

Université Paris Descartes

Institut Droit et Santé

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

E-UNIVERSITÉS

La construction d'un droit des communs du savoir

Thèse pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement par:

Pawel KAMOCKI

Le 27 octobre 2017

Devant un jury composé de :

Monsieur **Tristan AZZI**, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, président

Madame **Estelle DERCLAYE**, Professeur à l'Université de Nottingham, rapporteur

Monsieur **Luc GRYNBAUM**, Professeur à l'Université Paris Descartes, directeur de recherches

Monsieur **Thomas HOEREN**, Professeur à l'Université de Münster, directeur de recherches

Monsieur **Andreas WITT**, Professeur à l'Université de Cologne, co-directeur de recherches

Madame **Célia ZOLYNSKI**, Professeur à l'Université Versailles Saint-Quentin Paris Saclay, rapporteur

à Michaela

L'Université Paris Descartes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

Introduction générale

Première partie : Les missions des e-Universités face à la propriété littéraire et artistique

Titre I : L'emprise de la propriété littéraire et artistique sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques

Chapitre I : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets du droit d'auteur

Chapitre II : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets de certains droits voisins

Titre II : Les exceptions au monopole des titulaires des droits de la propriété littéraire et artistique visant à faciliter l'exercice des missions des e-Universités

Chapitre I : L'insuffisance des exceptions existantes pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

Chapitre II : Nouvelle exception nécessaire pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

Deuxième partie : Les e-Universités : les cultivateurs des communs du savoir

Titre I : Les communs du savoir : d'un mouvement de contestation vers un standard international

Chapitre I : Les communs du savoir — un concept ancré dans la réalité économique

Chapitre II : Les règles de culture des communs du savoir : les standards de l'*openness*

Titre II : La mise en place des communs du savoir

Chapitre I : Les outils contractuels pour la mise en place des communs du savoir : les licences publiques

Chapitre II : Le soutien institutionnel et législatif — les politiques promouvant les communs du savoir

Conclusion générale

Principales abréviations utilisées

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGA	<i>Annotated Grant Agreement</i>
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
ang.	en anglais
ANR	Agence nationale de la recherche
ANRT	Association Nationale de la Recherche et de la Technologie
APC	<i>Article Processing Charges</i>
BBB	Déclarations de Budapest, de Bethesda et de Berlin
BDSG	<i>Bundesdatenschutzgesetz</i>
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BOAI	<i>Budapest Open Source Initiative</i>
BSD	<i>Berkley Software Distribution</i>
BY	<i>Attribution (Creative Commons)</i>
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CAO	création (conception) assistée par ordinateur
CC	<i>Creative Commons</i>
CCE	Communication Commerce électronique
CDPA	<i>Copyright, Designs and Patents Act</i>
CDR	<i>Clinical Data Repositories</i>
CEA	Commissariat à l'énergie atomique
CeCILL	CEA CNRS INRIA Logiciel Libre (Licence)
CGO	création (conception) générée par ordinateur
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour du justice de l'Union européenne
CLUF	Contrat de Licence Utilisateur Final
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
D	Recueil Dalloz
DADVSI	(loi sur le) Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information
DFG	<i>Deutsche Forschungsgemeinschaft</i>
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz

DPPL	<i>Digital Peer Publishing License</i>
DRM	<i>Digital Rights Management</i>
DSG	<i>Datenschutzgesetz</i>
DSM	<i>Digital Single Market (Directive)</i>
EHEA	<i>European Higher Education Area</i>
EPSCP	<i>Établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel</i>
EUPL	<i>European Union Public License</i>
f-DPPL	<i>Free Digital Peer Publishing License</i>
FSF	<i>Free Software Foundation</i>
FUN	France Universités Numériques
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GBIF	<i>Global Biodiversity Information Facility</i>
GDPR	<i>General Data Protection Régulation</i> (Règlement général sur la protection des données)
GNUFDL	<i>GNU Free Documentation License</i>
GNU	« <i>GNU is not Unix</i> »
GPL	<i>General Public License</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GRUR-Int	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil</i>
GRUR-RR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Rechtsprechungs-Report</i>
H2020	<i>Horizon 2020</i>
HG	<i>Hochschulgesetz</i>
HRG	<i>Hochschulrahmengesetz</i>
IA	intelligence artificielle
IASC	<i>International Association for the Study of the Commons</i>
ICSU	<i>International Council for Science</i> (anciennement : <i>International Council of Scientific Unions</i>)
IFG	<i>Informationsfreiheitsgesetz</i>
INRA	Institut national de la recherche agronomique
INRIA	Institut national de recherche en informatique et en automatique
IWG	<i>Informationsweiterverwendungsgesetz</i>
IWP	<i>Information — Wissenschaft & Praxis</i>
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP S	Juris-Classeur périodique, édition spéciale
JDI	Journal de droit international "Clunet"
JIPITEC	<i>Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law</i>
LAL	Licence Art Libre

LAPSI	<i>European Thematic Network on Legal Aspects of Public Sector Information</i>
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LDSG	<i>Landesdatenschutzgesetz</i>
LGPL	<i>Lesser General Public License</i>
LIL	Loi informatique et libertés
LPA	Les Petites Affiches
MERLOT	<i>Multimedia Educational Resources for Learning and Online Teaching</i>
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
MIT OCW	<i>MIT OpenCourseWare</i>
NC	<i>Non-commercial (Creative Commons)</i>
ND	<i>No Derivatives (Creative Commons)</i>
NIH	<i>National Institutes of Health</i>
NRW	<i>Nordrhein – Westfalen</i>
NTIC	<i>Nouvelles technologies de l'information et de la communication</i>
OA	<i>Open Access</i>
OAI	<i>Open Archives Initiative</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCFP	Oeuvres conçues à des fins pédagogiques
ODC	<i>Open Data Commons</i>
OEB	Office européen des brevets
OER	<i>Open Educational Resource(s)</i>
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
OSI	<i>Open Source Initiative</i>
PatG	<i>Patentgesetz</i>
PIBD	Propriété Intellectuelle – Propriété Intellectuelle - Bulletin Documentaire
Propr. ind.	Revue Propriété industrielle
Propr. intell.	Revue Propriétés intellectuelles
PSI	<i>Public Sector Information</i>
RCUK	<i>Research Councils United Kingdom</i>
RDA	<i>Research Data Alliance</i>
RDIT	Revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms
REL	Ressource Educative Libre
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RIP	Répertoire des Informations Publiques
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

- S** Recueil Sirey
- SA** *Share-Alike (Creative Commons)*
- UNESCO** Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
- UrhG** *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*
- URI** *Uniform Resource Identifier*
- WDC** *World Data Center*
- WP29** Groupe de travail de l'article 29
- WWU** *Westfälische Wilhelms-Universität*
- ZUM** *Zeitschrift für UrheberZeitschrift für Urheber- und Medienrecht*
- ZVR** *Zweitveröffentlichungsrecht (droit d'exploitation secondaire)*

Introduction générale

Unseen University was much bigger on the inside. Thousands of years as the leading establishment in practical magic in a world where dimensions were largely a matter of chance in any case had left it bulging in places where it shouldn't have places. There were rooms containing rooms which, if you entered them, turned out to contain the room you'd started with (...). And because it was so big it could afford to have an almost unlimited number of staff on the premises (...). And if you looked hard enough in some of the outlying regions of the University, you could find an expert on anything. You could even find an expert on finding an expert.

— Terry Pratchett, *The Last Continent*, Random House 2008, p. 44

1. Définition. Charles S. Peirce, un philosophe américain du XIXe siècle est l'auteur d'une définition de l'université incluse dans la *Century Dictionary* publiée à New York en 1898. Selon cet auteur, l'université est une « *communauté d'hommes (nous ajouterons aujourd'hui sans doute : et de femmes) ayant pour finalité l'étude, qui confère des diplômes universellement reconnus et qui est dotée de privilèges par l'État afin que les citoyens puissent en recevoir le guidage intellectuel, et que les problèmes qui surgissent au cours du développement de la civilisation puissent être résolus* »¹.

Nous allons présenter les universités traditionnelles (I), pour pouvoir ensuite proposer une notion nouvelle : celle de e-Université (II).

I. Les universités de la société féodale à la société du savoir

2. Notion à plusieurs dimensions. Il convient d'examiner la notion d'université du point de vue historique et social (A), ainsi que du point de vue juridique (B).

¹ Traduction PK ; version originale : « *An association of men for the purpose of study, which confers degrees which are acknowledged as valid throughout Christendom, is endowed, and is privileged by the state in order that the people may receive intellectual guidance, and that the theoretical problems which present themselves in the development of civilisation may be resolved* ». P. P. WEINER, *Charles S. Peirce : Selected Writings (Values in a Universe of Chance)*, Dover Publications 1958, p. 331.

A. L'université traditionnelle sur le plan socio-historique

3. Genèse européenne. Les universités, comme le remarquent MM. Charle et Verger, sont une institution caractéristique de l'Europe occidentale². Les premières universités médiévales ont été créées entre le XIIe (ou, selon certains, la fin du XIe ; selon d'autres, le début du XIIIe³) et le XVe siècle dans l'espace entre Lisbonne (1290) à l'ouest et Cracovie (1364) à l'est et entre Uppsala (1477) au nord et Catane (1434) au sud⁴. Le prototype de ces établissements est sans doute l'Académie fondée par Platon à Athènes au IVe siècle av. J.-C. On sait peu sur les enseignements diffusés dans cet établissement, qui s'apparenta probablement plus à un club de débat qu'à une université d'aujourd'hui. Il semble cependant qu'il y exista une certaine hiérarchie entre les membres et qu'à part des discussions philosophiques, les mathématiques y furent enseignées⁵. L'Académie a survécu jusqu'en 529, quand elle fut fermée par l'empereur byzantin Justinien Ier ; il est remarquable qu'aujourd'hui seules les universités les plus anciennes (comme celle de Bologne) peuvent se vanter d'une histoire aussi longue.

4. Enseignement dans d'autres civilisations. Pour éviter l'eurocentrisme excessif, il convient de mentionner que d'autres civilisations anciennes ont aussi produit des institutions similaires à l'Académie de Platon, comme par exemple l'école de Nâlandâ en Inde (fondée au Ve siècle). En Chine, le premier établissement de ce type — Shang Xiang (上庠) date même d'avant le XXIe siècle avant J.-C. Dans le monde arabe les traces de la première université — celle d'Al Quaraouiyine dans la ville de Fès au Maroc — peuvent être retrouvées déjà au Xe siècle (bien qu'il soit difficile d'établir la date à laquelle l'université s'ajouta à la mosquée). Sans vouloir diminuer le mérite de ces civilisations, nous allons nous concentrer sur la tradition qui puise ses racines dans l'Europe occidentale, et qui s'est ensuite répandue en Amérique du Nord et dans le monde entier.

² C. CHARLE et J. VERGER, *Histoire des universités XIIe - XXIe siècle*, PUF 2012, p. 7.

³ *Ibidem*.

⁴ Cf. la carte dans C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 45, elle-même inspirée de *A History of the University in Europe*, vol. 1, Cambridge University Press 1992.

⁵ V. par ex. D. H. FOWLER, *The mathematics of Plato's Academy : a new reconstruction*, 2ème éd., Clarendon Press 1999.

5. De l'université médiévale à l'université moderne. Nous allons nous pencher d'abord sur les universités médiévales (1) et ensuite sur les universités des temps modernes (du XVIe siècle jusqu'à aujourd'hui ; 2).

1. Les universités médiévales

6. Des écoles monastiques et cathédrales aux universités. La période des Pères de l'église (du Ve au VIIIe siècle) connut déjà des écoles monastiques qui transmettaient le savoir intellectuel sous la forme des « *sept arts libéraux* » (*septem artes liberales*) divisés en *trivium* (la grammaire, la rhétorique, la dialectique) et *quadrivium* (l'arithmétique, la musique, la géométrie, l'astronomie). Ces disciplines (auxquelles s'ajoutaient parfois la théologie, la médecine, voire le droit) formèrent la base du *curriculum* dans les époques carolingienne et ottonienne (IX-Xe siècle). Au XIe siècle, les écoles monastiques ont cédé la place à de nombreuses écoles cathédrales ; en France, l'on en trouvait surtout au nord du pays : Angers, Orléans, Paris, Chartres, Laon, Reims etc⁶. L'Église, inquiète de cet essor spontané, pour préserver son monopole d'enseignement a mis au point en 1179 le système de *licentia docendi*, une espèce d' « *autorisation à enseigner* »⁷. À la même période, les premières écoles de droit et de médecine apparaissent notamment en Italie ; c'est dans l'éminente école de droit à Bologne que la première université se développera.

7. Le contexte : l'apparition des nouvelles « autorités ». Dans la période des écoles monastiques et cathédrales, ainsi que dans les premières universités médiévales, l'enseignement consistait en l'exégèse d'un certain nombre des textes, d' « *autorités* » héritées de l'Antiquité. Cette base de tous les savoirs s'est nettement élargie au XIIe siècle : il s'agit surtout de la redécouverte du *Corpus iuris civilis* et de l'apparition des nouvelles traductions des textes grecs (notamment d'Aristote). Ces nouvelles sources ont aussi permis un changement de la méthode d'enseignement qui a évolué grâce au recours à la dialectique⁸. Ce renouveau intellectuel a favorisé la création des universités.

⁶ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 8.

⁷ *Idem*, p. 9.

⁸ *Idem*, p. 11, p. 35.

8. Les trois premières universités. Les trois premières universités médiévales furent fondées à Bologne, Paris et Oxford. Si l'on leur attribue traditionnellement les dates de création de 1088 (Bologne), 1150 (Paris) et 1166 (Oxford), selon MM. Charle et Verger ces trois universités ont été réellement établies au début du XIII^e siècle. « À aucune on ne peut assigner de date précise de naissance, mais on peut considérer [ces trois universités] comme quasiment contemporaines »⁹. Elles furent créées par les communautés d'étudiants (Bologne) ou de maîtres (Paris et Oxford)¹⁰ pour « protéger [celles-ci] des exactions de la population locale, régler [les] conflits internes (...) [et] mettre sur pied les enseignements dont [elles] avaient besoin »¹¹, et pour garantir et préserver la liberté académique (*libertas scolastica*), si non face à l'Église, du moins face aux autorités politiques locales. Cette genèse explique le nom qu'on a donné à ce nouveau type de groupement : *universitas magistrorum et scholarium* — la communauté des maîtres et des apprentis¹². En effet, à son origine les universités ressemblent aux autres corporations médiévales, comme par exemple les guildes de métiers.

9. L'expansion du modèle. Dans les deux siècles suivants, des établissements inspirés des trois premières universités furent créés (ou, plus souvent, fondés par des souverains ambitieux) sur la péninsule Ibérique (Salamanque, Valladolid, Lisbonne) et ensuite en Europe centrale (Prague, Vienne, Cracovie, Pécs). De nouvelles universités ont aussi été créées en Italie et en France (Orléans, Angers, Avignon, Pérouse, Pavie...) ; pendant cette période, l'Angleterre s'est enrichie juste d'une université (Cambridge). Le processus s'est accéléré avec le Grand Schisme (1378-1417) ; l'Allemagne a vite rattrapé son retard par rapport aux autres pays : « avec une douzaine d'universités (...) créées entre 1378 et 1500 (Erfurt, Cologne, Heidelberg, Leipzig, Fribourg, Bâle, Tübingen etc.) [elle] devint le pays d'Europe au réseau le plus dense »¹³. Finalement, l'Ecosse et la Scandinavie se dotent aussi de leurs universités (Aberdeen, Glasgow, St. Andrews, Copenhague et Uppsala).

10. L'enseignement dans les premières universités. Les universités médiévales devaient avoir les quatre facultés (arts, médecine, droit, théologie), même si en pratique cer-

⁹ *Idem*, p. 7.

¹⁰ *Idem*, p. 14.

¹¹ *Idem*, p. 12.

¹² Cf. *supra* no. 1 pour la définition de Ch. S. Peirce.

¹³ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 21.

taines n'existaient que sur papier¹⁴. La faculté des arts où furent enseignés les sept arts libres¹⁵, servait de faculté préparatoire et généraliste¹⁶. Les deux types d'exercices pratiqués étaient la *lectio* (lecture) et la *disputatio* (dispute). La *lectio* était une paraphrase (*lecture extraordinaire* confiée souvent aux étudiants avancés ou bacheliers) ou un commentaire approfondi (*lecture ordinaire* assurée par les maîtres) des textes du programme. La *disputatio* était une discussion publique entre les étudiants sous la direction du maître autour des questions ou cas ayant surgi pendant la *lectio*¹⁷. Il est intéressant de voir que, contrairement aux pratiques bien répandues dans certaines universités d'aujourd'hui, il était interdit aux enseignants de dicter les *lectiones* et aux étudiants — de prendre des notes¹⁸. Les enseignements étaient bien évidemment diffusés en latin scolaire.

11. La mission de faciliter l'accès au livre. Comme le remarquent MM. Charle et Verger, « *les universités cherchèrent à faciliter à leur membres l'accès au livre* »¹⁹. Le prix du livre avant l'invention des caractères typographiques mobiles (à la moitié du XVe siècle) était, on le sait, très élevé. En règle générale, les universités médiévales ne possédaient que « *quelques dizaines, au mieux 200 à 300* »²⁰ livres (à l'exception du collège de la Sorbonne qui au début du XIVe siècle en possédait environ 1800)²¹. De surcroît, seule une minorité d'étudiants avait accès aux bibliothèques universitaires. Pour tenter de remédier à cette situation, « *les universités placèrent les métiers du livre (parcheminiers, copistes, libraires) sous leur contrôle et encouragèrent le système [de production des livres] (...) qui était censé accélérer la production des manuscrits tout en en faisant baisser le prix* »²².

12. La population étudiante et la mobilité universitaire. En 1400, l'université de Paris comptait environ 4000 étudiants, l'université de Bologne — entre 2000 et 3000, l'uni-

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ V. *supra* no. 8.

¹⁶ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 32.

¹⁷ *Idem*, p. 36.

¹⁸ *Idem*, p. 38.

¹⁹ *Idem*, p. 38.

²⁰ *Idem*, p. 39.

²¹ *Idem*, p. 39.

²² *Idem*, p. 39.

versité d'Oxford — entre 1500 et 2000²³. Il est difficile de repérer l'origine sociale des étudiants, mais on estime que la plupart appartenaient aux classes moyennes (contre entre 5% et 15% des nobles et au maximum 20% des classes inférieures), pour lesquelles les études universitaires étaient une voie d'ascension sociale²⁴. On remarque aussi que les étudiants médiévaux étaient relativement mobiles, même si cette mobilité profitait surtout aux grandes universités comme Paris ou Bologne ; toutefois, même dans ces établissements les étudiants d'origine étrangère restaient minoritaires (25% des effectifs au maximum)²⁵.

2. Les universités modernes : de la crise de l'autonomie à la mondialisation

13. Les grandes tournures de l'histoire des universités modernes. Dans les paragraphes suivants, nous allons présenter les phénomènes qui ont, de notre point de vue, le plus d'importance au regard de notre sujet. Nous allons donc nous pencher sur : la crise de l'autonomie universitaire (a), l'émergence du modèle allemand (ou humboldtien ; b) suivi par l'émergence du modèle américain (c), la globalisation des études (d) et les réformes européennes récentes (e).

14. Les universités françaises en période moderne. Force est de constater qu'en période moderne (surtout depuis la fin du XVIIIe siècle) les universités françaises ont connu de nombreuses difficultés. Notamment, le décret de 1793 supprime les universités « *sur toute la surface de la République* », et si elles sont recréées quinze ans plus tard par Napoléon, elles sont fortement subordonnées aux pouvoirs politiques changeants et ne retrouvent leur liberté académique qu'en 1896, après la réforme initiée par le ministre Raymond Poincaré. Une autre crise est survenue en 1968 quand, suite au mouvement étudiant, la loi *Faure* a affaibli la position des facultés au regard des universités. Les décennies suivantes ont été marquées par de nombreuses réformes, abouties et non-abouties²⁶, parfois contradictoires, dont l'analyse dé-

²³ *Idem*, p. 24.

²⁴ *Idem*, p. 26.

²⁵ *Idem*, p. 25.

²⁶ Il convient de mentionner au moins : la loi *Savary* de 1984, la loi *Pécresse* (LRU) de 2007 et la loi *Fioraso* de 2013 (cf. *infra* no. 44).

taillée excède le cadre de notre étude. Nous constatons cependant que, malgré ces difficultés, la France demeure l'une des grandes destinations pour les étudiants en mobilité²⁷.

a. La crise de l'autonomie des universités

15. La mainmise des États sur les universités. Si les premières universités furent créées pour protéger la population étudiante des pouvoirs politiques, on constate qu'au XVII^e siècle déjà cette indépendance a disparu et les États ont étendu leur contrôle sur les universités, en y imposant des cadres réglementaires plus ou moins stricts. Ainsi, furent réglementées les conditions d'inscription, la durée des études, les modalités d'examen, la langue et parfois même le contenu des enseignements. Ceci peut s'expliquer, au-delà des considérations d'ordre politique, par la situation financière de ces établissements. En effet, l'État prend souvent en charge les salaires des enseignants, ainsi que la construction des bâtiments universitaires²⁸. Ce contrôle des États sur l'enseignement supérieur continue aujourd'hui²⁹.

b. L'émergence du modèle allemand (humboldtien)

16. Le rôle de Wilhelm von Humboldt. Wilhelm von Humboldt (1767-1835, à ne pas confondre avec son frère Alexander, biologiste) était un philosophe, linguiste, diplomate et ministre de l'éducation prussien. Il fonda en 1809 l'Université de Berlin (qui porte son nom depuis 1949) ; il fut l'architecte du système universitaire (dénommé « *humboldtien* » ou simplement « *allemand* »³⁰) fondé sur deux idées fondamentales inspirées de la philosophie des Lumières : l'unité de l'enseignement et de la recherche (*Einheit von Forschung und Lehre*) et la liberté de formation (*Lernfreiheit*)³¹, traduisant la maxime : *Bildung durch Wissenschaft*³² — la formation par le savoir.

²⁷ V. *infra* no. 28.

²⁸ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, pp. 51-53.

²⁹ V. *infra* no. 34 et ss. sur les règles en vigueur.

³⁰ Pour cette deuxième appellation v. notamment : C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 84.

³¹ D. JAKOB, *Wilhelm von Humboldts Idee der Universität, Akademische Blätter*, disponible sur : <http://akademische-blaetter.de/wilhelm-von-humboldts-idee-der-universitaet/>, consulté le 13 décembre 2017.

³² *Ibidem*.

17. L'unité de l'enseignement et de la recherche. À partir du Moyen-Age, la tâche principale des universités consistait à préserver et à transmettre le savoir. Dans le modèle humboldtien, l'accent était mis sur la découverte des connaissances à travers la recherche. Dans son manifeste de 1810 (*Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin*), Humboldt écrit : « [d]ans l'organisation des établissements d'enseignement supérieur, il est essentiel de retenir le principe que le savoir n'est pas encore complètement découvert, qu'il se découvre constamment, et qu'il doit sans cesse faire l'objet de recherches »³³. C'est depuis l'époque humboldtienne (début du XIXe siècle) qu'on peut dire que la recherche fait partie des missions des universités, et qu'elle doit même y occuper une place aussi importante que l'enseignement. Dans ce modèle allemand, les universités dirigent des revues scientifiques à comité de lecture dans lesquelles les enseignants, mais aussi les étudiants, peuvent publier leurs recherches. Ainsi, l'université humboldtienne est une vraie communauté de chercheurs.

18. La liberté de formation. Dans l'idéal humboldtien, une grande liberté est laissée aux étudiants concernant par exemple le choix de matières et de cours à suivre. Il est remarquable que le mot *Bildung* signifie en allemand non seulement la formation (comme dans : « *formation académique* »), mais aussi l'acte de créer, construire ou donner une forme à quelque chose. Cette approche humaniste à la formation est souvent opposée à la situation en France à l'époque dans laquelle les grandes écoles suivaient un *curriculum* rigide³⁴.

19. L'impact dans le monde. Le modèle allemand de l'université a inspiré de nombreux établissements en Europe centrale et du Nord³⁵, il a aussi été une base du système américain³⁶. Toutefois, aujourd'hui le système allemand est parfois critiqué pour s'être trop éloigné du modèle humboldtien³⁷.

³³ W. von HUMBOLDT, *Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin*, 1809/1810, disponible sur : <http://edoc.hu-berlin.de/miscellanies/g-texte-30372/229/PDF/229.pdf>, consulté le 13 décembre 2017. Traduction PK, version originale : « *Es ist ferner eine Eigentümlichkeit der höheren wissenschaftlichen Anstalten, dass sie die Wissenschaft immer als ein noch nicht ganz aufgelöstes Problem behandeln und daher immer im Forschen bleiben* ».

³⁴ R. D. ANDERSON, *Curriculum and culture*, [in :] R. D. ANDERSON, *European Universities from the Enlightenment to 1914*, Oxford University Press 2004.

³⁵ R. D. ANDERSON, *Germany and the Humboldtian Model*, [in :] ANDERSON, *précité*.

³⁶ V. *infra* no. 21 et ss.

³⁷ D. JAKOB, *précité*.

20. Le débat sur la place de la recherche dans les universités d'aujourd'hui. La recherche occupe toujours une place importante dans des universités, même si celles-ci sont concurrencées par des instituts spécialisés. Le rôle des universités dans la recherche en sciences humaines et sociales reste prédominant, même si en sciences dures seule une partie minoritaire des recherches se fait dans les universités³⁸.

c. L'émergence du modèle américain

21. Le mécénat. La deuxième moitié du XIXe siècle dans le milieu académique états-unien est marquée par le mécénat par des grandes fortunes qui veulent donner à leur jeune pays des universités dignes de l'Europe, inspirées souvent du modèle allemand. Sont ainsi fondées : l'université de Stanford (1885), Hopkins (1876) ou Cornell (1892) qui figurent aujourd'hui parmi les meilleurs établissements au monde. Comme dans le modèle allemand, la recherche y occupe une place importante ; grâce aux financements généreux, ces établissements impressionnaient les observateurs européens « *frappés par la splendeur des locaux, le luxe des installations scientifiques et la pléthore de moyens (bibliothèques, logements professionnels etc.)* »³⁹.

22. L'utilitarisme menant à de nouvelles formations. L'esprit utilitariste est aussi caractéristique de cette période. Il a conduit à l'introduction de nouvelles formations absentes des universités européennes, notamment en matière de finances, de *business* et de *management*. La plus célèbre faculté où ces nouvelles matières sont enseignées, la *Harvard Business School*, a été fondée en 1908⁴⁰.

23. Vers la « multiversity ». L'émergence de nouvelles formations étroites, accompagnée d'une augmentation rapide des effectifs des universités ont conduit à une certaine fragmentation des universités. C'est pour cela que Clark Kerr, l'ancien président de l'Université de Californie (un établissement qui à l'époque avait plus d'employés qu'IBM⁴¹), a pu forger la notion de *multiversity*, qui met l'accent sur la pluralité et non sur l'unité. M. Kerr a écrit

³⁸ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, pp. 286-292.

³⁹ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, pp. 106-107.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Idem*, p. 153.

que « [1] *l'université est tellement des choses pour tellement des gens, qu'elle doit nécessairement être partiellement en guerre avec elle-même* »⁴² ; pour lui (même si ce point de vue est parfois critiqué⁴³) ce manque de cohérence interne est au profit de la capacité d'adaptation et à la productivité de ce nouveau type d'établissement⁴⁴.

d. La naissance du marché international de l'éducation supérieure

24. Introduction. Dans la société du savoir l'éducation est une valeur économique de base. Ainsi, comme pour les valeurs économiques traditionnelles, un marché international de l'éducation supérieure a émergé. Son arrivée a été marquée par la massification et la globalisation des études.

25. Deux vagues de massification. Après la seconde guerre mondiale, il y a eu deux vagues de massification des universités : la première a commencé dans les années 1960, la deuxième : dans les années 1980. L'explosion des effectifs a particulièrement touché la France. En effet, les effectifs dans l'enseignement supérieur ont augmenté de 129 000 en 1950 à 240 700 en 1960 jusqu'à 694 800 en 1970. Mais le phénomène a continué : en 1980 la France a eu 1 076 700 étudiants dans l'enseignement supérieur et 1 698 900 en 1990, pour arriver à 2 201 000 en 2006⁴⁵. En 2014, selon *Le Figaro*, il y en avait en France 2 390 000⁴⁶. Le même phénomène a touché d'autres pays, la deuxième vague de massification étant particulièrement forte non seulement en Europe centrale, mais aussi par exemple au Royaume-Uni ou en Scandinavie⁴⁷.

⁴² C. KERR, *The Uses of the University*, 5ème édition, Cambridge : Harvard University Press 2001, p. 7, traduction PK ; version originale originale : « *The university is so many things to so many people that it must, of necessity, be partially at war with itself* ».

⁴³ Par ex. par le président de l'université d'Emory, James W. Wagner : J. W. WAGNER, *Multiuniversity or University? Pursuing competing goods simultaneously*, disponible sur : http://www.emory.edu/ACAD_EXCHANGE/2007/febmar/wagneressay.html, consulté le 13 décembre 2017.

⁴⁴ C. KERR, *précité*, surtout p. 34-35.

⁴⁵ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 145-146 et 203-204.

⁴⁶ Le nombre d'étudiants a atteint un niveau record en France, *Figaro Etudiant*, publié le 20 février 2015 sur : <http://etudiant.lefigaro.fr/les-news/actu/detail/article/le-nombre-d-etudiants-a-atteint-un-niveau-record-en-france-4398/>, consulté le 13 décembre 2017

⁴⁷ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 145-146 et 203-204.

26. Les limites du phénomène. Déjà dans les années 1970, après la première vague de massification, un auteur estimait que le phénomène avait atteint ses limites⁴⁸. Or il semble que tant en France qu'en Allemagne le nombre des étudiants peut encore augmenter : en France, 55% de la population âgée de 19 à 24 ans étudiait (en 2009), en Allemagne c'était seulement 45,7% (2007), contre par exemple 73% en Espagne, 82% en Australie ou 86% aux États-Unis (en 2009)⁴⁹. Les pays en développement, comme par exemple la Chine (seulement 25% de population étudiante en 2009) ou l'Inde (11% en 2004)⁵⁰ ont encore un long chemin à parcourir en matière d'accès à l'enseignement supérieur. Tout cela permet de croire que l'effectif global des étudiants va encore augmenter dans les décennies à venir.

27. La globalisation des études. En 2012, plus de 4,5 millions d'étudiants ont suivi une formation de niveau universitaire dans un pays dont ils ne sont pas ressortissants. Entre 2000 et 2012, l'effectif mondial d'étudiants en formation à l'étranger a plus que doublé, avec un taux de croissance de près de 7 % par an⁵¹.

28. Principaux pays d'accueil. Les pays de l'OCDE accueillent 75% des étudiants en mobilité ; les États-Unis en accueillent 16%, le Royaume-Uni : 13%, l'Allemagne, la France et l'Australie : 6% chacune⁵². Les origines nationales des étudiants étrangers dans les principaux pays d'accueil diffèrent fortement : en 2002, la plupart (53,6%) des étudiants étrangers en France venaient d'Afrique, 25,8% d'Europe et seulement 14% d'Asie. En Allemagne, la plupart des étudiants étrangers venaient d'Europe (51%), 34,8% — d'Asie et seulement 9,5% d'Afrique⁵³. Ceci s'explique bien évidemment par des raisons historiques et culturelles (et surtout linguistiques). On peut supposer que plus élevé est le niveau d'étude et plus prestigieuse l'université, plus grande sera la participation d'étrangers. Selon un rapport publié annuellement par l'OCDE, parmi les facteurs pris en compte dans le choix du pays d'études, en

⁴⁸ R. COLLINS, *The Credential Society*, New York, Academic Press, 1979, cité par C. CHARLE, J. VERGER, p. 202.

⁴⁹ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 208-209.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Selon le rapport *Regards sur l'éducation* publié en 2014 par l'OCDE, disponible sur : http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/education/Regards-sur-l-education-2014_eag-2014-fr, consulté le 13 décembre 2017, pp. 362-383.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, pp. 269-270.

dehors de la qualité des enseignements proposés, il y a aussi des considérations économiques (les frais liés aux études et le coût de vie) et culturelles (et surtout linguistiques : les établissements proposant des formations en anglais étant choisis plus souvent que les autres)⁵⁴.

29. Principaux pays d'origine des étudiants en mobilité. Les étudiants d'Asie représentent 53% de tous les étudiants en mobilité. 22% des étudiants en mobilité viennent de Chine (ils se dirigent principalement vers les États-Unis, le Japon, le Royaume-Uni et l'Australie). Les ressortissants de l'Inde sont aussi fort représentés dans les statistiques (une grande partie d'entre eux se dirigent également vers les États-Unis et le Royaume-Uni). S'agissant des pays de l'Union Européenne, le plus grand nombre des étudiants en mobilité viennent d'Allemagne (4,2%) et de France (2,1%)⁵⁵.

e. Les réformes européennes récentes

30. Des réformes visant l'internationalisation des études. Les pays européens ont développé au fil des siècles leurs propres traditions et modèles universitaires, auxquels ils sont très attachés (« *souvent de manière irrationnelle* »)⁵⁶. Dans le contexte de massification et de globalisation des études⁵⁷ ils ont tout de même décidé d'entreprendre des réformes afin de renforcer leur compétitivité sur le marché international des études face aux États-Unis et aux pays émergents.

31. Programmes de mobilité et de coopération européenne. La vague des réformes européennes des universités a été provoquée par les programmes de mobilité ; le plus important de ces programmes est bien évidemment *Erasmus (EuRopean Action Scheme for the Mobility of University Students)*, créé en 1987. Il couvre aujourd'hui 33 pays (28 pays de l'Union Européenne, 3 pays de l'Espace économique européen et 2 pays en procédure d'adhésion à l'UE : la Turquie et la Macédoine) et permet d'effectuer des mobilités de 3 à 12 mois. En 2014, le programme a été remplacé par le programme *Erasmus+*. Ce changement s'accompagne d'un élargissement de la portée du programme (qui maintenant couvre aussi, entre

⁵⁴ Regards sur l'éducation 2014, *précité*.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ C. CHARLE, J. VERGER, *précités*, p. 239.

⁵⁷ V. *supra* no. 25.

autres, les échanges sportifs) et d'une nette augmentation du budget (14,7 milliards d'euros pour la période 2014-2020, soit une augmentation de 40% par rapport à la période précédente 2007-2013)⁵⁸. Or les programmes européens ne se limitent pas à *Erasmus* ; il convient aussi de mentionner les programmes *Tempus* ou *Lingua*.

32. Les crédits ECTS. Pour faciliter la mobilité dans le cadre du programme Erasmus, un système de crédits ECTS (*European Community Course Credit Transfer System*) a été créé en 1989⁵⁹. À son origine, ce système avait pour but de quantifier le travail effectué par un étudiant dans un établissement étranger et le faire reconnaître dans son établissement d'origine. En pratique, il a joué un rôle plus important en servant de base pour le Processus de Bologne.

33. Le Processus de Bologne et l'établissement de l'espace européen d'enseignement supérieur. Initié par la convention de Lisbonne de 1997 (bien qu'il prenne son nom d'une déclaration signée deux ans plus tard), le Processus de Bologne vise le rapprochement des systèmes d'enseignement supérieur européens. Ses deux objectifs clés sont : faciliter la mobilité des étudiants et l'enseignement tout au long de la vie. Lors de la conférence de Prague, 34 pays se sont engagés dans le processus (outre les États membres de l'Union Européenne, notamment la Russie, la Turquie et les pays de Balkans). Jusqu'à présent le plus grand exploit du Processus est sans doute l'harmonisation des systèmes nationaux d'enseignement supérieur qui consistait à généraliser le système anglo-américain de trois cycles : licence (en trois ans), master (en cinq ans) et doctorat (en trois ans supplémentaires). Chaque année d'études doit être équivalente à 60 crédits ECTS. En mars 2010, l'espace européen d'enseignement supérieur (EEES, ou EHEA : *European Higher Education Area*) a été proclamé par la Déclaration de Budapest et Vienne. La deuxième phase du Processus, annoncée par la Déclaration de Londres de 2007, vise à instaurer un système européen de garantie de qualité de l'enseignement supérieur.

⁵⁸ Communiqué de presse de la Commission Européenne du 26 septembre 2014, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1050_fr.htm, consulté le 13 décembre 2017.

⁵⁹ ECTS Users' Guide 2015, disponible sur : http://europass.cedefop.europa.eu/sites/default/files/ects-users-guide_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017, p. 6.

B. L'université traditionnelle sur le plan juridique

34. L'encadrement juridique des universités. Comme nous l'avons vu plus haut, dans les temps modernes les universités font l'objet (au moins jusqu'à un certain degré) d'une réglementation. En France, on retrouve les règles concernant les universités dans le Code de l'éducation, qui a été modifié à plusieurs reprises (récemment en 2013 par la loi *Fioraso* et en 2016 par la loi pour une République numérique). En Allemagne, les universités sont réglementées au niveau des *Länder*, même si le cadre général est posé par la *Hochschulrahmengesetz* (HRG) fédérale du 26 janvier 1976. Comme exemple de la réglementation allemande, nous allons prendre la loi de la Rhénanie-du-Nord—Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*, NRW) : *Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen* du 16 septembre 2014 (*Hochschulgesetz*, HG NRW), car c'est dans ce Land que se situe la WWU Münster où nous avons mené nos recherches.

35. L'absence de définition légale. Ni la loi française, ni la loi allemande ne contiennent une définition légale de l'université. Elles se contentent uniquement d'énumérer les universités parmi les établissements de l'enseignement supérieur (*Hochschulen* — article 1 de la HRG ; livre VII du Code de l'éducation). La loi française (article L.711-2, 1° du Code de l'éducation) classe les universités dans la catégorie des « *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* » (EPSCP), définies comme « *des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière* » et placés par l'article L. 123-1 du Code de l'éducation « *au centre du système d'enseignement supérieur* ». Des textes spéciaux procèdent ensuite à l'énumération des universités existantes dans les pays en cause (pour la France il s'agit des 75 universités énumérées dans l'article D. 711-1 du Code de l'éducation ; pour la NRW : les 14 universités énumérées dans l'article 1(2) de la HG NRW). Ceci démontre le statut particulier des universités qui échappent à une définition abstraite.

37. Les missions des universités. Les lois nationales investissent les universités de certaines missions. Leur portée exacte est — surtout dans la loi française — diluée par les tentatives de réglementation des contenus ou encore la qualité des enseignements à diffuser, ce qui est plutôt regrettable. Ainsi, on y retrouve des règles qui disposent par exemple que la formation doit être « *adaptée dans ses contenus et ses méthodes aux évolutions économiques,*

sociales et culturelles du pays et de son environnement européen et international »⁶⁰. De la lecture des textes, nous pouvons cependant dégager quelques axes que nous allons présenter ci-dessous.

1. La mission de formation

38. La mission principale des universités. Les universités sont chargées d'une mission de formation initiale et continue, tout au long de la vie⁶¹, ce qui (au moins dans la loi française⁶²) semble constituer leur mission principale.

39. L'orientation et l'insertion professionnelle. En lien avec leur mission de formation, les universités sont encore chargées des missions d'orientation et d'insertion professionnelle⁶³.

2. La mission de recherche

40. Différence entre l'approche française et l'approche allemande. Il est important de noter que tant la loi allemande que la loi française énumèrent la recherche parmi les missions des universités. Nous remarquons cependant que cette mission occupe une place différente dans les deux pays, ce qui peut se traduire par des différences liées à la tradition universitaire⁶⁴. Ainsi, dans la HRG et dans la HG NRW la recherche fait partie de la mission principale des universités qui consiste à « *faire progresser la science à travers la recherche, l'enseignement et les études* »⁶⁵. En France, la mission de recherche⁶⁶ est séparée de la mission d'enseignement⁶⁷, ce qui laisse songer que le législateur a voulu consacrer une hiérarchie

⁶⁰ L'art. L. 121-1 du Code de l'éducation.

⁶¹ L'art. L. 123-3, 1° du Code de l'éducation, l'art. 2(1) et (3) de la HRG, l'art. 3(1) et (3) de la HG NRW.

⁶² V. *infra* no. 40.

⁶³ L'art. L. 123-3, 3° du Code de l'éducation ; l'art. 2(1) de la HRG, l'art. 3(1) de la HG NRW.

⁶⁴ V. *supra* no. 16 et ss. sur le modèle allemand.

⁶⁵ Traduction PK ; version originale : « *Die Hochschulen dienen der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung, Lehre und Studium* » (l'art. 2(1) de la HRG, cf. l'art. 3(1) de la HG NRW).

⁶⁶ L'art. L. 123-3, 2° du Code de l'éducation.

⁶⁷ L'art. L. 123-3, 1° du Code de l'éducation.

d'importance entre ces deux tâches. De surcroît, selon la loi française la mission de recherche doit être effectuée « *au profit de la société* », et non seulement pour « *faire progresser la science* », comme le veut la loi allemande.

41. La diffusion et la valorisation des résultats de la recherche : des missions supplémentaires. La loi française semble ajouter des missions supplémentaires par rapport à la mission de recherche : celles de diffuser et de valoriser les résultats de la recherche⁶⁸. Quant à la mission de diffusion, elle peut être assurée par « *l'édition et la commercialisation d'ouvrages et de périodiques scientifiques ou techniques ou de vulgarisation, ainsi que la création, la rénovation, l'extension de musées, de centres d'information et de documentation et de banques de données* »⁶⁹. Les universités allemandes, quant à elles, sont aussi investies d'une mission de valorisation des résultats⁷⁰.

3. La mission de coopération européenne et internationale

42. Principe. Tant la loi française que la loi allemande chargent les universités d'une mission de coopération européenne et internationale⁷¹. Cette mission peut être remplie par des programmes d'échange d'étudiants et d'enseignants (comme l'*Erasmus*), mais aussi par le développement de projets de recherche en coopération européenne et internationale⁷².

II : e-Université : la technologie au service des missions traditionnelles des universités

43. Définition. Le modèle de e-Université que nous allons proposer ici n'a pas pour objectif de rompre avec le modèle traditionnel. Au contraire, basée sur le modèle traditionnel, et notamment les deux modèles présentés plus haut : le modèle allemand (humboldtien) et le modèle américain, la e-Université remplit les mêmes missions qu'une université tradition-

⁶⁸ L'art. L. 123-3, 2° du Code de l'éducation.

⁶⁹ L'art. L. 123-6 du Code de l'éducation ; cf. *infra* no. 54 et ss. sur la mission de la préservation du savoir par les e-Universités.

⁷⁰ L'art. 3(1-3) HG NRW, l'art. 2(7) HRG.

⁷¹ L'art. L. 123-3, 5° et 6° du Code de l'éducation ; l'art. 2(5) de la HRG et l'art. 3(7) de la HG NRW.

⁷² V. *infra* no. 51 sur la coopération dans la e-Recherche.

nelle. Ce qui la distingue d'une université traditionnelle est l'emploi des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), et notamment du web 2.0, dans la réalisation de ses missions.

44. La consécration des e-Universités? La loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche (dite « loi Fioraso »)⁷³ semble consacrer un mouvement vers la e-Université. Nous remarquons que certaines dispositions introduites par cette loi font clairement référence à l'utilisation des NTIC. Il s'agit par exemple du nouvel article L. 123-4-1 du Code de l'éducation, selon lequel « [l]e service public de l'enseignement supérieur met à disposition de ses usagers des services et des ressources pédagogiques numériques. Les logiciels libres sont utilisés en priorité ». Par ailleurs, l'article L. 611-8 du même code dispose que : « [l]es établissements d'enseignement supérieur rendent disponibles, pour les formations dont les méthodes pédagogiques le permettent, leurs enseignements sous forme numérique ». En 2016, un troisième alinéa a été inséré dans ce texte⁷⁴ afin de garantir que « [l]es enseignements mis à disposition sous forme numérique par les établissements ont un statut équivalent aux enseignements dispensés en présence des étudiants »⁷⁵. La HG NRW, adoptée en 2014, contient aussi (dans son art. 3(3)⁷⁶) une disposition similaire. Plus récemment, le décret du 24 avril 2017⁷⁷ a inséré dans le Code de l'éducation les articles D. 611-10 à D. 611-12 relatifs à la mise à disposition d'enseignements à distance. Même si nous sommes en principe contre la réglementation excessive de l'enseignement supérieur, nous admettons que ces initiatives des législateurs méritent d'être saluées. Par ailleurs, nous remarquons que depuis l'année 2009 déjà le décret français du 6 juin 1984⁷⁸ prévoit dans son article 3 que « [l]es enseignants-chercheurs participent à l'élaboration, par leur recherche, et assurent la transmission, par leur

⁷³ Loi n° 2013-660.

⁷⁴ Par l'art. 31 de la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁷⁵ L'ensemble de l'art. a ensuite été modifié par le Décret n° 2017-962 du 10 mai 2017 relatif à la reconnaissance de l'engagement des étudiants dans la vie associative, sociale ou professionnelle, entré en vigueur à compter de la rentrée universitaire 2017-2018.

⁷⁶ « Die Hochschulen fördern die Entwicklung und den Einsatz des Fern- und Verbundstudiums und können dabei und beim Wissenstransfer sich privatrechtlicher Formen bedienen und mit Dritten zusammenarbeiten. Die Hochschulen sollen ergänzend Lehrangebote in Form elektronischer Information und Kommunikation (Online-Lehrangebote) entwickeln ».

⁷⁷ Décret n° 2017-619 du 24 avril 2017 relatif à la mise à disposition d'enseignements à distance dans les établissements d'enseignement supérieur.

⁷⁸ Décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

enseignement, des connaissances au titre de la formation initiale et continue incluant, le cas échéant, l'utilisation des technologies de l'information et de la communication ». Depuis un certain temps, la transformation numérique de l'université fait aussi l'objet des travaux du Conseil National du Numérique⁷⁹.

45. Trois missions traditionnelles. Comme nous l'avons exposé précédemment, dans le modèle humboldtien qui a inspiré les universités à travers le monde (y compris en France) et qui a notamment servi de fondement au système américain, les deux missions fondamentales de l'université sont la recherche et l'enseignement. À ces deux missions s'ajoute une troisième, assurée déjà par les universités médiévales : de protéger le savoir existant et d'en faciliter l'accès aux membres de la communauté universitaire. Cette dernière mission est traditionnellement remplie par des bibliothèques universitaires. Ainsi, les missions des universités (et par conséquent des e-Universités) peuvent être décrites par trois verbes : produire (A), préserver (B) et transmettre (C) le savoir. Dans le cas des e-Universités, il s'agit du savoir sous forme de données électroniques : le e-Savoir.

A. La production du e-Savoir : la e-Recherche

46. Un flou terminologique. Ce que nous allons appeler *e-Recherche* (c'est à dire la recherche ayant pour l'outil principal les NTIC) dans cette étude n'a pas encore un nom bien fixé. Certains l'appellent la *Science 2.0*⁸⁰, d'autres : l'*Open Science*⁸¹, d'autres encore parlent

⁷⁹ V. notamment CNNum, *Université numérique : du temps des explorateurs à celui de la transformation*, avis, mai 2016, qui identifie (p. douze points clés des travaux: 1. Faciliter la mutation des lieux d'étude en lieux d'apprentissage coopératif ; 2. Accueillir les initiatives contributives des étudiants ; 3. Ouvrir les accès à la littérature numérique et proposer des formations diverses ; 4. Affirmer le rôle de l'Université pour le développement et la protection des Communs des sciences et des savoirs ; 5. Élaborer une politique de standards ouverts et évolutifs, normes et référentiels ; 6. Faire de la Formation Tout au Long de la Vie la clé de voûte de la pédagogie universitaire ; 7. Développer la recherche de l'Université sur elle-même (l'objectif dans lequel s'inscrit, nous l'espérons, aussi notre étude) ; 8. Développer ces recherches-actions en partenariat avec la R&D des industries numériques ; 9. Créer une nouvelle fonction décisionnaire de "responsable de la transformation numérique" ; 10. S'appuyer sur le design pour la conception de services numériques ; 11. Affirmer la responsabilité de l'Enseignement supérieur et de la recherche au cœur d'une société et 12. Développer une stratégie de recherche et de pédagogie sur les données.

⁸⁰ Par ex. l'association allemande *Leibniz-Forschungsverbund Science 2.0* : <http://www.leibniz-science20.de>.

⁸¹ Par ex. le Open Science Project : <http://www.openscience.org/>

de la (cyber-) infrastructure de recherche⁸² ou de la *e-Science*⁸³. À notre sens, tous ces noms se réfèrent à un aspect différent de la e-Recherche, sans pour autant couvrir l'ensemble du phénomène. Pour nous, la caractéristique essentielle de la e-Recherche est que c'est une recherche axée sur les données (*data-intensive research* ; 1) ; en pratique (ce qui n'est pas vraiment indispensable selon nous pour caractériser la e-recherche), elle se fait souvent de façon ouverte et collaborative (2).

1. La recherche axée sur les données

47. Le quatrième paradigme. Thomas S. Kuhn (1922-1996) dans son livre « *The Structure of Scientific Revolutions* » publié en 1962 décrit sa vision de la façon dont la science évolue. Selon lui, le développement du savoir scientifique n'est pas linéaire, mais il est marqué de révolutions, ou de « *changements de paradigme* », et tout ce qui se passe entre ces révolutions (et ce que Kuhn appelle « *la science normale* ») consiste à reclasser l'ensemble du savoir dans les cases définies par le nouveau paradigme⁸⁴. Pour montrer à quel point les révolutions scientifiques sont rares, Kuhn en donne quelques exemples, associés aux noms de Copernic, Newton, Lavoisier et Einstein⁸⁵. Cette théorie, il semble, peut aussi s'appliquer à la méthode scientifique. Selon Jim Grey, un chercheur de *Microsoft Research*, le mouvement vers la science axée sur les données (*data-intensive science*) est le quatrième changement de paradigme dans l'histoire de la méthode scientifique (après l'apparition de la science expérimentale, la science spéculative (*theoretical science*) et la science informatique (*computational science*))⁸⁶. Dans ce nouveau paradigme, le rôle de la science consiste à dériver les informations des données (*data*), et à les structurer en savoir (*knowledge*).

⁸² Par ex. l'University of South Carolina : http://www.sc.edu/about/offices_and_divisions/division_of_information_technology/rci/about_rci/

⁸³ Par ex. R. SCHROEDER, e-Sciences as research technologies : reconfiguring disciplines, globalizing knowledge, *Social Science Information* 2008, no. 47, p. 131.

⁸⁴ T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 4ème éd., The University of Chicago Press, 2012, pp. 1-9.

⁸⁵ T. S. KUHN, *précité*, p. 6.

⁸⁶ T. Hey, S. Tansley, K. Tolle, Jim Grey on eScience : A Transformed Scientific Method [in :] T. HEY, S. TANSLEY, K. TOLLE [dir.], *The Fourth Paradigm. Data Intensive Scientific Discovery*, Microsoft Research, Redmond, Washington, 2009, disponible sur : https://www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2009/10/Fourth_Paradigm.pdf, consulté le : 13 décembre 2017, pp. xvii-xxxi.

48. Données de recherche (*research data*). La notion de donnée est extrêmement difficile à cerner ; en effet, il existe plusieurs approches en la matière. Selon le philosophe de l'information Luciano Floridi de l'Université de Oxford, la nature des données est le mieux cernée par la définition « *diaphorique* » : la donnée est ce qui fait la différence entre le x et le y ⁸⁷. Dans cette approche, l'absence de signaux (comme par exemple une page blanche) constitue aussi une donnée, tout comme chaque message (et même des signes individuels). Les données forment la base de la « *pyramide des connaissances* » (*knowledge pyramid*, ou *DIKW pyramid* : *data — information — knowledge — wisdom*). Les données de recherche peuvent provenir de sources différentes ; en effet, leur nature va changer complètement en fonction de la discipline et de l'objet des études. Ainsi, les données peuvent par exemple être captées par des appareils électroniques (*Electronic Data Capture (EDC) systems*), récoltées pendant des expériences ou des enquêtes, mais aussi générées par les utilisateurs d'un réseau informatique (*network traffic data*). Dans les sciences humaines et sociales (car la e-Recherche est loin d'être réservée uniquement à l'univers des sciences dures), les données peuvent être des écrits (par exemple en littérature) ou d'autres résultats d'activités humaines (par exemple les enregistrements de chansons traditionnelles en anthropologie musicale), mais aussi des chiffres concernant les migrations humaines où l'accès des populations aux études supérieures (par exemple en sociologie).

49. Le *data mining* : une technologie révolutionnaire. La révolution dans la méthode scientifique a été possible grâce aux développements technologiques permettant d'analyser de grands ensembles de données non-structurées. Cette technologie relativement nouvelle (même si dans certains domaines elle est utilisée depuis presque vingt ans⁸⁸) est communément appelée *data mining*, ou *text and data mining* (nous allons écarter cette deuxième appellation, pourtant bien répandue, car elle nous semble redondante — les données textuelles restent bien des données)⁸⁹. En 2001, le *data mining* a été listé par le MIT parmi les technologies qui vont changer le monde au XXI^e siècle⁹⁰. En réalité, chaque opération d'analyse de

⁸⁷ V. L. FLORIDI, la définition de « donnée » dans W. A. DARITY [dir.], *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 2^eme éd., Macmillan, 2008.

⁸⁸ V. par ex. D. PYLE, *Data Preparation for Data Mining*, Morgan Kaufmann, 1999.

⁸⁹ V. CSPLA, *Rapport de la mission sur l'exploration de données*, juillet 2014.

⁹⁰ 10 Breakthrough Technologies 2001, MIT Technology Review, disponible sur : <http://www2.technologyreview.com/news/401766/data-mining/>, consulté le 13 décembre 2017.

données est différente et pour garantir les meilleurs résultats au regard des finalités poursuivies, elle doit être faite par un progiciel spécialement conçu. Toutefois, trois étapes précèdent la plupart des opérations de *data mining* ; elles sont souvent représentées par un acronyme ETL : *extract, transform and load*. Ainsi, les données sont d'abord extraites à partir de différentes sources (par exemple de l'Internet, ou d'un système EDC), puis transformées pour avoir un « *dénominateur commun* » et chargées dans une base de données structurée, où elles peuvent faire l'objet d'une analyse informatique. Ce modèle est important pour la suite de notre étude, car il comprend des actions qui doivent être qualifiées de reproduction, adaptation (selon le vocabulaire employé par le droit d'auteur), extraction (qui relève du monopole des producteurs de bases de données) ou simplement de traitement (qui, s'il concerne des informations personnelles, doit se conformer aux exigences de la loi) des données⁹¹.

50. La portée de la révolution. La vraie révolution dans la méthode scientifique qui a été possible grâce au *data mining* repose sur le fait qu'en science axée sur les données il n'est plus nécessaire de tester une hypothèse préalablement formulée. Le processus permet de retrouver les corrélations dans les données, même si elles sont inattendues⁹². Bien évidemment, l'usage plus classique de cette technologie — pour tester une hypothèse prédéfinie — est toujours possible, mais n'est plus le seul scénario.

2. La recherche collaborative

51. E-recherche : un travail d'équipe. Il a été démontré que la recherche axée sur les données favorise les projets pluridisciplinaires, car l'extraction de données et l'interprétation des résultats nécessitent souvent une expertise relevant de plusieurs domaines⁹³. D'un autre côté, la e-Recherche nécessite des investissements importants (pour développer les logiciels ou les cyber-infrastructures nécessaires). Tout cela incite les groupements de chercheurs en équipes de recherches qui dépassent souvent les frontières d'un pays où même d'un continent.

⁹¹ CSPLA, Rapport de la mission sur l'exploration de données, *précité*, spéc. pp. 21 et ss.

⁹² D. J. HAND, H. MANNILA et P. SMYTH, *Principles of Data Mining*, A Bradford Book, 2001, pp. 124 et ss.

⁹³ V. par ex. R. SCHROEDER, *précité* ; R. P. JIROTKA, T. RODDEN et G. C. BOWKER, Special Issue : Collaboration in e-Research, *Computer Supported Cooperative Work*, vol. 15, no. 4, août 2006, pp. 251-255 ; v. aussi : A. ROBIN, Recherche collaborative : techniques, évolution et perspectives, *RLDI* no. 107, août 2014, pp. 104-110.

Mis à part une myriade de petites coopérations de ce genre, on retrouve aussi des consortiums internationaux à grand budget, souvent avec un soutien gouvernemental ou du milieu d'affaires. À l'échelle européenne, il convient de mentionner par exemple le *Helix Nebula Science Cloud*⁹⁴ ou CLARIN ERIC⁹⁵.

52. La culture du partage. La révolution numérique a incité le développement de la culture du partage. Nombreux sont les usagers qui n'hésitent pas à partager des informations sur leur vie privée et professionnelle. Ce phénomène n'a pas épargné le monde de la recherche ; en effet, l'émergence des NTIC a permis aux chercheurs de mieux réaliser l'idéal d'une communauté basée sur le principe de l'économie du don⁹⁶. Le partage des idées et des résultats des travaux scientifiques, même préliminaires, a toujours été un des piliers de l'éthique académique⁹⁷ ; mais le web 2.0 a facilité le partage à grande échelle, souvent en dépassant les frontières de la communauté des chercheurs. Aujourd'hui même les doctorants partagent leurs travaux préliminaires par exemple sur des blogs de recherche ; tout le monde peut aussi participer au développement des *wikis* (dont la plus connue est évidemment la *Wikipédia*). On partage aussi les écrits scientifiques et les données, conformément aux règles d'*Open Access* et d'*Open Data*⁹⁸.

53. Perspective économique sur la libre diffusion des connaissances. Lieu de création des nouvelles connaissances, les universités sont des acteurs essentiels de l'économie fondée sur l'innovation⁹⁹. Comme le remarque un auteur, « *la diffusion et l'accès rapide sont des facteurs importants de l'innovation, de la croissance et du bien-être* »¹⁰⁰. Les NTIC ont baissé le coût marginal de la reproduction de l'information en le rendant négligeable ; il est donc de bon sens de diffuser le savoir librement et gratuitement, afin de maximiser l'efficacité

⁹⁴ <http://www.helix-nebula.eu>.

⁹⁵ <http://clarin.eu>.

⁹⁶ Cf. les principes de l'éthique académique énumérés par R. K. MERTON, *The Normative Structure of Science* [in :] R. K. MERTON, *The Sociology of Science : Theoretical and Empirical Investigations*, University of Chicago Press, 1979, pp. 267 et ss.

⁹⁷ V. *infra* no. 749 et ss.

⁹⁸ V. *infra* no. 781 et ss., 816 et ss.

⁹⁹ D. FORAY, *Économie de la connaissance*, La Découverte 2009, spéc. ch. VII.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 74.

de l'innovation. Cet objectif économique s'aligne avec l'éthique académique¹⁰¹. Ainsi on constate que les e-Universités sont naturellement prédisposées à s'engager dans la voie de l'*Open Science* — un modèle de libre partage du savoir tant au sein qu'en dehors de la communauté scientifique¹⁰².

B. La préservation du e-Savoir

54. L'importance de la préservation pour la recherche axée sur les données.

Comme nous l'avons montré plus haut, la préservation du savoir a été une mission des universités depuis leur création au Moyen-Age. À l'époque de la recherche axée sur les données la préservation revêt un nouveau sens. Il ne s'agit plus seulement de préserver les livres, les revues, les thèses et les mémoires sous forme numérique, mais aussi les données de la recherche. Ceci est nécessaire au vu de la reproductibilité des résultats scientifiques. Un chercheur de l'Université de Stanford a pu constater il y a plus de vingt ans déjà qu'un article scientifique, s'il n'est pas accompagné des logiciels d'analyse et des données qui ont permis l'obtention des résultats présentés dans l'article, n'est pas un travail académique, mais une simple publicité¹⁰³. En effet, pour que les résultats puissent être acceptés par la communauté scientifique, il faut qu'ils puissent être reproduits. Le partage de données (dont la préservation de ces données est une condition *sine que non*) facilite largement la reproductibilité de la recherche, et renforce la position de ses auteurs dans la communauté scientifique.

55. Les archives ouvertes et les entrepôts de données. On observe ainsi que la mission de préservation du savoir a aujourd'hui une portée différente qu'avant la révolution numérique. Notamment, les bibliothèques traditionnelles ne disposent pas (ou pas dans un degré suffisant) du matériel nécessaire à la préservation numérique. C'est pour cela que de nombreuses institutions de recherche ont créé dans leur sein des archives numériques et des « *entrepôts de données* » (*data repositories*). À part le matériel informatique, le fonctionnement de ces entrepôts nécessite d'importants choix quant à la politique de préservation, surtout au

¹⁰¹ Cf. *supra* no. 52.

¹⁰² V. *infra*, spéc. no. 755.

¹⁰³ Pr. Jon Clearbout, cité par V. STODDEN, The Legal Framework for Reproducible Scientific Research. Licensing and Copyright, *Computing in Science and Engineering*, vol. 11, no. 1, janvier/février 2009, pp. 35-40.

regard du fait que bientôt l'humanité produira plus de données que de l'espace de stockage¹⁰⁴, il ne sera donc plus possible de préserver toutes les données. Les institutions ont ici un rôle important à jouer ; leur prestige garantit la qualité et la fiabilité des données hébergées sur leurs serveurs.

56. Les projets de numérisation. À ceci s'ajoute la nécessité de mener des projets de numérisation : en effet, c'est uniquement depuis un certain temps que la plupart de données est « née numérique » (*born digital*). Les matériaux datant d'avant, pour pouvoir être intégrés dans des archives numériques, doivent d'abord être numérisés, ce qui entraîne souvent des questions de nature juridique, vu qu'une partie de ces matériaux sont des oeuvres orphelines (c'est-à-dire dont les auteurs ne peuvent pas être identifiés ou contactés¹⁰⁵).

57. L'importance des bases de données. Le principal outil permettant de stocker et gérer des données est une base de données. En assurant leurs missions, les e-Universités compilent des bases de données, mais aussi utilisent des bases de données produites par les autres, comme par exemple des éditeurs scientifiques. Ainsi, le régime juridique protégeant les droits exclusifs des producteurs de bases de données sera particulièrement important pour notre étude.

58. Le *Open Access*. Les archives numériques et les entrepôts de données de recherche mettent souvent les contenus qu'ils hébergent à disposition selon les règles de l'*Open Access*. Le mouvement *Open Access*, ainsi que d'autres mouvements visant à établir les « communs du savoir » (*Open Data, Open Source*), seront présentés en détail dans la suite de notre étude. Ici, nous allons nous limiter à dire que le cadre théorique du mouvement *Open Access* a été posé par trois déclarations (souvent appelées BBB) : la *Budapest Open Access Initiative* (adoptée en février 2002), le *Bethesda Statement on Open Access Publishing* (juin 2003) et la *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (octobre 2003). Selon le dernier de ces textes, l'*Open Access* signifie que tout utilisateur peut reproduire, utiliser, distribuer, transmettre, représenter et adapter le contenu sur tous les supports et pour toutes les finalités, à condition d'indiquer le nom de l'auteur. Du point de vue juridique, la diffusion des contenus selon les règles de *Open Access* nécessite l'utilisation des

¹⁰⁴ Le phénomène est dénommé *Data Capacity Gap*, v. par ex. D. ATHOW, World could 'run out of storage capacity' within two years warns Seagate, Techradar Pro, publié le 22 décembre sur : <http://www.techradar.com/news/internet/data-centre/world-could-run-out-of-storage-capacity-within-2-years-warns-seagate-vp-1278040/2>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰⁵ V. *infra* no. 245 et ss.

licences publiques appropriées afin de pouvoir garantir la durabilité des communs du savoir¹⁰⁶. Les institutions finançant la recherche, les universités et même certains législateurs nationaux¹⁰⁷ se sont engagés progressivement (et à des degrés différents) à la promotion de ce mouvement. On constate cependant, à notre plus grand regret, que la doctrine française majoritaire accueille le mouvement *Open Access* avec méfiance ; un auteur l'a même qualifié d'une « *obsession contemporaine* »¹⁰⁸.

C. La transmission du e-Savoir : la formation en ligne (*e-learning*)

59. Flou terminologique. Dans la langue française, plusieurs dénominations sont utilisées pour désigner ce qui en anglais est communément appelé *e-learning* (l'apprentissage en ligne, l'enseignement télématique ou encore le terme plus générique : l'enseignement à distance). La Délégation générale à la langue française et aux langues de France recommande l'appellation « *formation en ligne* »¹⁰⁹.

60. Définition de la Commission Européenne. Dans une communication de 2001, la Commission Européenne adopte la définition suivante du e-learning : « *l'utilisation des nouvelles technologies multimédias et de l'Internet, pour améliorer la qualité de l'apprentissage en facilitant l'accès à des ressources et des services, ainsi que les échanges et la collaboration à distance* »¹¹⁰.

61. Le rapport avec l'enseignement à distance. La définition de la Commission ne limite donc pas le *e-learning* à l'enseignement à distance (donc « *virtuel* ») : l'enseignement « *présentiel* » peut également bénéficier de l'utilisation des nouvelles technologies (par exemple l'usage des logiciels spécialisés lors des cours « *en classe* »). De même, l'enseignement à distance ne doit pas forcément utiliser de nouvelles technologies comme outil principal : on pense ici aux cours par correspondance, ou à la télévision éducative. Dans notre étude, nous allons nous intéresser uniquement à l'enseignement supérieur réalisé à l'aide des

¹⁰⁶ V. *infra* no. 850 et ss.

¹⁰⁷ V. *infra* no. 977 et ss.

¹⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, PUF, 10ème éd. 2017, no. 365, p. 389.

¹⁰⁹ J.O. du 14 mai 2005, consultable sur <http://www.culture.fr/franceterme/>.

¹¹⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen *Plan d'action eLearning — Penser l'éducation de demain* (COM/2001/0172 final).

nouvelles technologies de l'information et de la communication. Nous tenons à souligner que la distinction entre l'enseignement « *traditionnel* » (ou « *présentiel* ») et l'enseignement en ligne n'est pas binaire. Certes, certains cours (comme les MOOCs¹¹¹) sont destinés uniquement à l'environnement numérique, mais pour atteindre le maximum d'efficacité dans l'enseignement il faut combiner le meilleur des deux mondes¹¹².

62. L'enseignement participatif. À son origine, la formation en ligne ne se distinguait pas vraiment de l'enseignement par correspondance ou diffusé par les chaînes de télévision. L'Internet servait uniquement à stocker les contenus pédagogiques (comme les tutoriels vidéo proposés par le site netprof.fr) et à les diffuser. Or l'apparition du web participatif (dit *web 2.0*), où les utilisateurs peuvent activement modifier et créer de nouveaux contenus a fourni de nouveaux outils à l'enseignement en ligne, comme les plateformes pédagogiques (par exemple *Moodle*) et les forums. Cette nouvelle approche (appelée parfois le *e-learning 2.0*) a permis d'intensifier les échanges entre les étudiants et les enseignants et contribuer à la création de cours plus adaptés aux besoins individuels. Ce développement a été accompagné de nouvelles questions juridiques.

63. L'enseignement ouvert : les ressources éducatives libres. Tout comme les données de recherche et les articles scientifiques, les ressources pédagogiques peuvent être diffusées de manière libre. Le terme « *ressource éducative libre* » (REL, ou OER : *Open Educational Resource*) a été forgé lors du Forum de l'UNESCO de 2002 sur l'impact des didacticiels libres pour l'enseignement supérieur dans les pays en développement. Il désigne « *des matériels d'enseignement, d'apprentissage et de recherche sur tout support, numérique ou d'autre type, dans le domaine public ou qui ont été publiés sous une licence ouverte permettant l'accès, l'utilisation, l'adaptation et la redistribution par d'autres gratuitement et sans restrictions ou avec des restrictions limitées* ».

¹¹¹ V. *infra* no. 65.

¹¹² T. H. BENTON, *Online Learning : Reaching Out to the Skeptics*, *The Chronicle of Higher Education*, publié le 18 septembre 2009 sur : <http://chronicle.com/article/Online-Learning-Reaching-Out/48375/>, consulté le 13 décembre 2017.

64. Accès à la connaissance. Les partisans des ressources éducatives libres soulignent leur importance pour les pays en développement¹¹³. En effet, il apparaît qu'un nombre considérable d'utilisateurs des plateformes éducatives ouvertes proviennent de tels pays¹¹⁴. Toutefois, à notre sens le rôle des ressources éducatives libres ne se limite pas à faciliter l'accès à l'éducation dans des environnements où celui-ci peut être restreint ou difficile. Au contraire, de manière générale, la formation à distance libre et ouverte permet de « *remédier à des situations de handicap, d'exclusion, de difficulté d'accès à l'apprentissage ou à des dysfonctionnements de l'éducation classique* »¹¹⁵. Elle contribue également à renforcer l'égalité des chances entre les sexes¹¹⁶. Elle présente donc un intérêt particulier pour toute société qui adhère aux valeurs démocratiques.

65. Les MOOCs. Les MOOCs (*Massive Open Online Courses*, ou formation en ligne ouvertes à tous) sont un cas extrême d'utilisation de l'Internet dans l'enseignement. Venant des États-Unis (où ils s'inscrivent parfaitement dans le modèle de « *multiversité* »), les MOOCs se sont implantés en Europe vers 2010. L'année 2012 a même été proclamée « *L'année des MOOCs* » par le New York Times¹¹⁷. À part d'être diffusés entièrement en ligne, les MOOCs ont aussi pour caractéristique d'être ouverts à tous et (du moins en principe) à titre gratuit. En effet, dans le monde anglophone, le nombre des participants à un MOOC peut aller jusqu'à 100 000 personnes¹¹⁸. On a distingué deux types de MOOCs : les cMOOCs (*connectivist MOOCs*) et les xMOOCs (dont le nom fait référence à la plateforme edX qui héberge de nombreux cours de ce type, venant souvent d'universités très renommées). Les premiers mettent l'accent sur l'utilisation des réseaux sociaux et donnent donc plus d'autonomie aux uti-

¹¹³ UNESCO, Forum on the Impact of Open Courseware for Higher Education in Developing Countries. Final Report, Paris, 1-3 juillet 2003 (CI-2002/CONF.803/CLD.1) ; V. aussi: F. WOLFENDEN, OER Production and Adaptation through Networking across Sub-Saharan Africa: Learning from TESSA [in:] J. GLENNIE, K. HARLEY, N. BUTCHER, T. van WYK [dir.], *Open Educational Resources and Change in Higher Education: Reflections from Practice*, Commonwealth of Learning 2012, p. 91 et ss.

¹¹⁴ *Giving Knowledge for Free : the Emergence of Open Educational Resources*, OCDE 2007, p. 49.

¹¹⁵ Communication de la Commission Plan d'action eLearning, *précitée*, p. 10.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ L. PAPPANO, The Year of Mooc, The New York Times, publié le 2 novembre 2012 sur : http://www.nytimes.com/2012/11/04/education/edlife/massive-open-online-courses-are-multiplying-at-a-rapid-pace.html?_r=0, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹⁸ V. par ex. le MOOC du Pr. Edwin Bakker « Terrorism & Counterterrorism » disponible sur <https://www.coursera.org/learn/terrorism/> ; pour le nombre des inscrits v. <https://www.youtube.com/watch?v=qDKFOgt1liY>, publié le 31.08.2015, consulté le 13 décembre 2017.

lisateurs que les xMOOCs, centrés autour de l'enseignant et plus proches de l'enseignement traditionnel¹¹⁹. Malgré les critiques récentes (en effet, on a prédit que le nombre de MOOCs va diminuer dans les années à venir) il semble que les MOOCs vont s'implanter dans l'enseignement universitaire de manière permanente¹²⁰. Ces derniers temps l'aspect « ouvert » des MOOCs semble perdre de son importance — il semble que de plus en plus de cours en ligne vont exiger des utilisateurs de passer par une procédure d'authentification¹²¹, ce qui peut être vu comme un trahison des origines de ce type de formation.

66. Une méthode toujours controversée. La formation en ligne ne cesse pas de susciter des controverses. Il est vrai que sur le plan politique le e-learning permet de résoudre un certain nombre des problèmes dont souffre l'enseignement traditionnel à l'époque de la massification¹²² et d'optimiser l'utilisation des ressources et de l'infrastructure dont les universités disposent aujourd'hui (les salles de cours, le personnel enseignant...). Il ouvre aussi l'enseignement supérieur aux populations défavorisés (notamment dans les pays en développement) et permet (via l'anonymat ou l'utilisation de pseudonymes) de lutter contre la discrimination dans le milieu universitaire. Cependant, la plupart des enseignants étasuniens considèrent toujours que la formation en ligne a une légitimité inférieure par rapport à la formation traditionnelle¹²³ (même si des études officielles démontrent le contraire)¹²⁴. Ceci peut être dû au fait qu'on en est toujours à l'étape de recherche des bonnes méthodes d'enseignement en ligne¹²⁵, et qu'on essaie naturellement de reproduire les méthodes d'enseignement traditionnel qui ne sont pas forcément les mieux adaptées. C'est un truisme de dire qu'une méthode péda-

¹¹⁹ J.-M. GILLOT, Différents types de MOOCs, Techniques innovantes pour l'enseignement supérieur, publié le 12 juillet 2012 sur : <https://tipes.wordpress.com/2012/06/12/differents-types-de-moocs/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹²⁰ R. ZEMSKY, With a MOOC MOOC here and a MOOC MOOC there, here a MOOC, there a MOOC, everywhere a MOOC MOOC, *Journal of General Education*, vol. 63 no. 4, 2014, pp. 237-243.

¹²¹ V. KUNKEL, Top 8 eLearning and EdTech Trends for 2015, eLearning Industry, publié le 12 décembre 2014 sur : <http://elearningindustry.com/top-8-elearning-and-edtech-trends-2015>, consulté le 13 décembre 2017, no. 3.

¹²² V. *supra* no. 64.

¹²³ T. H. BENTON, *précité*.

¹²⁴ V. le rapport du U. S. Department of Education : Evaluation of Evidence-Based Practices in Online Learning. A Meta-Analysis and Review of Online Learning Studies (septembre 2010), disponible sur : <http://www2.ed.gov/rschstat/eval/tech/evidence-based-practices/finalreport.pdf>, consulté le 13 décembre 2017, pp. xiv et ss.

¹²⁵ Mais cf. *E-learning methodologies. A guide for designing and developing e-learning courses*, Food and Agriculture Organization (FAO) 2011; E. PONTES, A. SILVA, A. GUELFU et S. T. KOFUJI [dir.], *Methodologies, Tools and New Developments for E-Learning*, Intech 2012.

gogique fiable ne se développe pas du jour au lendemain, ni même en une décennie. Son développement nécessitera sans doute encore au moins une génération, et cela seulement si les enseignants n'hésitent pas à prendre des risques liés à l'emploi des nouvelles méthodes.

67. Délimitation du sujet. Nous utiliserons la notion d'e-Université pour désigner un concept abstrait — un établissement d'enseignement supérieur remplissant les missions des universités traditionnelles (production, préservation et transmission du savoir) en utilisant exclusivement des NTIC. Une « *e-Université pure* » n'existe pas, mais chaque université peut agir comme une e-Université. L'objectif de notre étude sera de situer les e-Universités dans le cadre juridique actuel en France et en Allemagne et de proposer des changements organisationnels et législatifs permettant de faciliter l'exercice de leurs missions. Nous abordons cette question principalement sous l'angle du droit de la propriété littéraire et artistique. D'autres sujets pertinents, comme la protection des données personnelles, le droit des contrats ou le droit de propriété industrielle ne seront évoqués qu'accessoirement.

Il est particulièrement intéressant de comparer les droits français et allemand en la matière ; en effet, les deux pays sont non seulement sièges d'importants centres universitaires et les acteurs majeurs de la mobilité étudiante ; ils sont également le berceau de la tradition romano-germanique du *droit d'auteur* qu'il convient de distinguer du *copyright* anglo-saxon (auquel nous ferons aussi parfois référence). De surcroît, il est intéressant de savoir d'un côté à quel point les droits de la propriété littéraire et artistique en France et en Allemagne ont été harmonisés¹²⁶, et d'un autre côté : dans quelle mesure ils ont gardé leur spécificité, liée à leurs fondements différents¹²⁷. Afin de ne pas perdre de vue la spécificité de ces deux systèmes nationaux, nous allons dans la plupart des cas les analyser séparément (en commençant en principe par le droit français), pour éviter d'en faire l'amalgame. Toutefois, parfois les régimes spécifiques émanant du droit de l'Union Européenne¹²⁸, très similaires dans les deux systèmes juridiques, pourront être analysés ensemble.

¹²⁶ Notamment par la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

¹²⁷ Comme par exemple la délimitation de l'objet de protection, l'aliénabilité des droits ou la place des droits moraux dans le système des droits exclusifs, les différents droits voisins...

¹²⁸ Comme par exemple le droit sui generis des producteurs de bases de données ou les règles relatives aux oeuvres orphelines.

Les e-Universités n'ont jamais, bien évidemment, fait l'objet d'une étude. Néanmoins, des sujets connexes ont déjà été traités tant dans la littérature francophone¹²⁹ que germanophone¹³⁰. S'agissant des communs du savoir, le sujet reste assez peu traité par les auteurs francophones¹³¹. Il convient cependant de mentionner l'ouvrage récent de Mme Bernault¹³², sans doute le premier en français à traiter le sujet de l'*Open Access* du point de vue d'un juriste. En revanche, de telles études existent déjà en langue allemande¹³³. La littérature anglophone (et surtout étasunienne) sur les communs en général¹³⁴, et les communs du savoir en particulier¹³⁵ est très riche.

L'une des difficultés principales que nous avons rencontrées est le fait que le sujet est en constante évolution. Seulement au cours des douze derniers mois, de grandes réformes affectant les activités des e-Universités ont eu lieu en France et en Allemagne. Le *data mining* et la formation à distance font aussi l'objet d'une nouvelle directive proposée par la Commission Européenne en 2016.

¹²⁹ Notamment : X. STRUBEL, *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS 1997 ; F. POIGNON, *Comment le droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique*, Arthur Rousseau 1929 ; M. CORNU, Création scientifique et statut d'auteur, *Hermès* 2010/2, no. 57, pp. 85-93 ; v. aussi en Suisse : F. DESSEMON-TET, Les droits d'auteur à l'Université [in :] *Mélanges de la Faculté de droit de Lausanne*, 1991, pp. 73-120.

¹³⁰ D. REIMER, Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, *GRUR* 1980, pp. 572-582 ; M. THIELE, Die Erstautorenschaft bei wissenschaftlichen Publikationen, *GRUR* 2004, pp. 392-395 ; B. von MOLTKE, *Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft*, Nomos 1992 ; v. aussi en Suisse : M. ALTENPOHL, *Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen*, Stämpfli, Bern 1987.

¹³¹ V. cependant : Ph. AIGRAIN, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005 ; v. aussi. M. CLÉMENT-FONTAINE, *Oeuvre libre*, Larcier 2012 ; M. CLÉMENT-FONTAINE, Les communs numériques [in :] *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 163 ; A. ROBIN, Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode *open science*, *Propriété Intellectuelle* no. 48, juillet 2013, pp. 260-270 ; v. aussi le très récent : M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF 2017.

¹³² C. BERNAULT, *Open access et droit d'auteur*, Larcier 2016.

¹³³ V. notamment : S. KRUIJATZ, *Open Access. Der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung*, Mohr Siebeck 2012 ; JÄGER, T. et METZGER, A., *Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, 4ème éd., C.H. Beck 2016.

¹³⁴ V. notamment : J. BOYLE, *The Public Domain : Enclosing of the Commons of the Mind*, Yale University Press 2008 ; Y. BENKLER, *Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press 2006 ; L. LESSIG, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House 2001 et autres écrits de ces auteurs.

¹³⁵ V. notamment : E. OSTROM, Ch. HESS [dir.], *Understanding Knowledge as a Commons*, MIT 2007 ; B. M. FRISCHMANN, M. J. MADISON, K. J. STRANDBURG, *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press 2014.

68. Plan. Dans la première partie de notre étude, nous analyserons l'influence de la propriété littéraire et artistique sur l'exercice des missions des e-Universités. Le constat pessimiste nous amènera à envisager une alternative à la privatisation du savoir : la culture des communs du savoir.

Première partie : Les missions des e-Universités face à la propriété littéraire et artistique

Deuxième partie : Les e-Universités : les cultivateurs des communs du savoir

Première Partie : Les missions des e-Universités face à la propriété littéraire et artistique

69. À leur origine, les universités étaient des corporations de maîtres et d'apprentis, créées pour garantir et préserver la *libertas scolastica* face aux autorités politiques et religieuses. Elles étaient donc en quelque sorte des îlots de liberté à l'abri des normes étatiques. Cette conception de l'université a bien évidemment changé à l'époque moderne, mais l'on retrouve encore sa trace dans le principe de la liberté académique, à laquelle on reconnaît, en France comme en Allemagne, une valeur constitutionnelle¹³⁶. En effet, les universités doivent assurer aux enseignants-chercheurs « *les moyens d'exercer leur activité d'enseignement et de recherche dans les conditions d'indépendance et de sérénité indispensables à la réflexion et à la création intellectuelle* »¹³⁷.

70. Auparavant, les activités d'enseignement et de recherche n'impliquaient pas nécessairement des actes de reproduction et de communication au public de contenus protégés par le droit de propriété. En effet, rappelons que dans les universités médiévales il était interdit aux enseignants de dicter leurs cours, et aux étudiants de prendre des notes ! Seule l'information brute, souvent sans aucun support matériel, était transmise. Le développement des techniques de reproduction (l'impression, la reprographie...) et puis d'enregistrement de contenus a bien sûr eu son influence sur les universités, mais à l'ère analogique (quand ces techniques étaient encore assez onéreuses) elle restait relativement faible. En effet, pendant longtemps les activités pédagogiques et scientifiques étaient considérées comme anodines du point de vue du droit de la propriété littéraire et artistique en vertu du principe *de minimis non curat lex*¹³⁸.

71. Cependant, dans les e-Universités les activités de recherche (production du savoir) consistent à collecter, analyser et partager les données de recherche, et l'activité d'enseignement (transmission du savoir) — à créer et diffuser les ressources pédagogiques numériques.

¹³⁶ Cons. const., décision no. 83-165 DC du 20 janvier 1984 ; art. 5(3) de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*) ; BVerfG 29 mai 1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176 (*Hochschul-Urteil*)

¹³⁷ Art. L. 123-9 du Code de l'éducation.

¹³⁸ R. XALABANDER, Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur à des fins pédagogiques en Amérique du Nord, en Europe, dans le Caucase, en Asie Centrale et en Israël, OMPI 2009, spéc. p. 19.

À cette liste s'ajoute l'activité de préservation du savoir, assurée traditionnellement par les bibliothèques universitaires (dont le rôle dans une e-Université revêt une importance particulière), qui consiste à numériser, archiver et mettre à disposition des écrits scientifiques et des jeux de données de recherche. En règle générale ces actes, s'ils portent sur des biens immatériels protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, peuvent être interdits par le titulaire des droits exclusifs. En effet, « [i]l n'y a guère d'utilisations de minimis dans un environnement numérique »¹³⁹.

72. Néanmoins, comme le relève M. Beurskens¹⁴⁰, la majorité des enseignants-chercheurs (à l'exclusion, bien évidemment, des spécialistes en matière de propriété intellectuelle) ne se préoccupe pas des droits de propriété littéraire et artistique. Ils sont en effet, pour la plupart, convaincus que les activités d'enseignement et de recherche se trouvent en dehors du monopole conféré par le droit d'auteur, ou qu'elles sont concernées par une large exception « *d'intérêt public* ».

73. Ainsi, dans la première partie de notre étude, nous allons voir si en effet les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent faire l'objet d'un droit de propriété littéraire et artistique, et si le législateur a prévu des exceptions concernant les activités des e-Universités.

Titre premier : L'emprise de la propriété littéraire et artistique sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques

Titre second : Les exceptions au monopole des titulaires des droits de la propriété littéraire et artistique visant à faciliter l'exercice des missions des e-Universités

¹³⁹ *Idem*, p. 7.

¹⁴⁰ M. BEURSKENS, *Law : Friend or Foe in Scientific Internet Use* [in :] A. TOKAR et al. [dir.], *Science and the Internet*, Düsseldorf University Press 2012, pp. 115-130.

Titre Premier : L'emprise de la propriété littéraire et artistique sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques

74. Les biens incorporels (ou immatériels), contrairement aux biens matériels n'existent pas dans la nature — ils sont consacrés par la loi en considération de leur valeur économique¹⁴¹. Ainsi, il est vrai (mais trop souvent oublié) que dans le domaine de l'immatériel l'appropriation reste une exception. Le droit de propriété intellectuelle, dont la propriété littéraire et artistique est une composante, est un tel régime d'exception — elle permet de s'approprier certains biens immatériels (les créations intellectuelles) qui remplissent les critères d'accès à la protection. Elle confère donc un monopole au titulaire des droits, dont la durée est (contrairement à la propriété d'un bien corporel) limitée dans le temps.

75. On assiste à présent au processus d'« *étonnante multiplication* »¹⁴² des biens immatériels. En effet, déjà dans les années 1960 H. Demsetz¹⁴³ avait prévu que les nouvelles technologies allaient créer de nouvelles valeurs, ce qui à son tour entraînerait l'apparition de nouveaux droits exclusifs, ou l'extension des droits existants. Effectivement, en 2006, un rapport a constaté que « *dans une économie où les idées priment, où c'est l'innovation qui crée la valeur, il est normal que les acteurs cherchent à protéger ces idées ou, à tout le moins, le bénéfice qu'ils peuvent en tirer* »¹⁴⁴. Ainsi, de nouveaux droits sont apparus (dont le plus important pour notre étude est le droit *sui generis* des producteurs de bases de données) et les conditions d'accès aux anciens monopoles ont été revues à la baisse.

76. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques, étant immatériels, ne sont appropriables

¹⁴¹ Cf. par ex. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4 éd., L. G. D. J., 2016, no. 5 et ss. (et *contra* spéc. no. 7 : « *La création se matérialise ou non sur un support physique, mais elle a une existence certaine et est parfaitement perceptible hors toute intervention du législateur* »).

¹⁴² R. LIBCHABER, *Biens*, *Répertoire de droit civil Dalloz*, no. 280-291.

¹⁴³ H. DEMSETZ, *Towards a Theory of Property Rights*, *Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association*, vol. 57, no. 2, mai 1967, pp. 347-360.

¹⁴⁴ M. LÉVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport présenté au Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 16 mars 2006, p. 22.

que s'ils remplissent les conditions d'accès à la protection. Il convient donc de voir si tel peut être le cas, en examinant les deux volets de la propriété littéraire et artistique : le droit d'auteur et les droits voisins.

Chapitre I : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets du droit d'auteur

Chapitre II : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets de certains droits voisins

Chapitre I : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets du droit d'auteur

77. Sources. En droit français, les règles sur le droit d'auteur se trouvent principalement dans le premier livre de la première partie du Code de la propriété intellectuelle. En droit allemand, le texte de référence est la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, appelée *Urheberrechtsgesetz*, ci-après : UrhG) du 9 septembre 1965, dont la première partie (*Teil I*) concerne le droit d'auteur.

78. Plan. Nous allons d'abord voir si les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent faire l'objet du droit d'auteur (section 1) pour pouvoir ensuite étudier le contenu des droits exclusifs conférés par ce régime juridique et leur pertinence pour les e-Universités (section 2) ainsi que la titularité de ces droits (section 3).

Section 1 : L'objet de la protection du droit d'auteur

Section 2 : Les droits exclusifs des auteurs

Section 3 : La titularité des droits d'auteur

Section 1 : L'objet de la protection du droit d'auteur

79. Plan. L'objet de la protection du droit d'auteur est une oeuvre de l'esprit (§ 1), à condition qu'elle soit originale (§ 2). Ainsi, sont admises à la protection les oeuvres « classiques », dont l'originalité est forte (une peinture, un concert, un roman), mais aussi les créations dont l'originalité est faible (appelées, selon l'expression adoptée par la doctrine allemande, la « *petite monnaie* », ou *kleine Münze* — § 3). Si les écrits scientifiques et les res-

sources pédagogiques numériques appartiennent plutôt à la première catégorie, les données de recherche et leurs compilations se situent souvent dans la deuxième.

§ 1. Oeuvre de l'esprit (*das Werk*)

80. En France : absence de définition légale. L'oeuvre de l'esprit n'est pas définie dans la loi française. Toutefois, les indices laissés par le législateur¹⁴⁵ ainsi que la doctrine et la jurisprudence abondante nous permettent de dégager certains éléments de définition de l'oeuvre de l'esprit : elle doit être le fruit d'une activité humaine créative exprimée dans une forme perceptible.

81. Définition allemande. L'article 2(2) de la UrhG définit l'oeuvre de l'esprit (*das Werk*) comme une création intellectuelle à caractère personnel (*persönliche geistige Schöpfung*).

82. Plan. Nous allons étudier deux éléments de la définition de l'oeuvre de l'esprit : une activité humaine créative (A) et une mise en forme (B).

A. L'oeuvre — le résultat d'une activité humaine créative

83. Plan. Pour M. Caron l'oeuvre est le résultat d'une activité humaine consciente qui entraîne la modification de la réalité¹⁴⁶. Cette définition semble correspondre à celle de l'article 2(2) de la UrhG : « *persönliche geistige Schöpfung* » (création intellectuelle à caractère personnel). Nous allons analyser les trois éléments de cette définition : l'homme comme auteur de l'oeuvre (*persönliche...*) (1), le caractère conscient de l'acte de création (...*geistige...*) (2) et la modification nécessaire de la réalité préexistante (...*Schöpfung*) (3).

¹⁴⁵ En droit français : l'art. L. 111-1 parle de la « création » d'une oeuvre ; l'art. L. 112-1 exige que chaque oeuvre ait une « forme d'expression » ; les art. L. 113-7 et L. 113-8 évoquent, en parlant de la titularité des droits, une « création intellectuelle ».

¹⁴⁶ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4 éd., LexisNexis 2015, p. 54, no. 45.

1. L'homme comme auteur de l'oeuvre (*persönliche Schöpfung*)

84. Principe. Il est évident que le droit d'auteur ne protège pas les objets produits par les animaux¹⁴⁷ ou par les forces de la nature. Cependant, le caractère protégeable des oeuvres créées avec un ordinateur révèle beaucoup plus de difficultés. La question présente une importance particulière pour notre étude, car en effet l'ordinateur accompagne le chercheur dans la compilation des données de recherche, et l'enseignant dans la création des ressources pédagogiques numériques.

85. Oeuvres créées avec un ordinateur : aperçu des solutions proposées. La doctrine s'est penchée sur la question très tôt, peu après l'apparition des premiers ordinateurs¹⁴⁸. En 1969 déjà Karl F. Milde Jr. a envisagé l'hypothèse des oeuvres générées par ordinateur ; l'auteur a proposé d'accorder la titularité des droits exclusifs sur ces oeuvres au producteur de l'ordinateur afin d'encourager l'investissement¹⁴⁹. En revanche, en 1985 Pamela Samuleson a proposé d'investir des droits l'utilisateur du logiciel générateur¹⁵⁰. Le problème a été abordé différemment par Michael S. Oberman à propos des compilations de données produites par ordinateur. L'auteur remarque que la facilité avec laquelle les compilations peuvent être faites par l'ordinateur ne mérite pas d'être récompensée par une protection égale à celle dont bénéficiaient les compilations faites manuellement. De surcroît, selon lui, si l'on accorde une protection excessive (c'est-à-dire égale à celle que la loi accorde traditionnellement aux oeuvres de l'esprit) aux compilations générées par ordinateur, ceci peut avoir un effet paralysant sur la circulation de l'information. Ainsi, M. Oberman postule d'accorder une protection plus limitée aux utilisateurs des logiciels compilateurs de données¹⁵¹. En 1977 au Royaume-Uni le Comité Whitford a publié son rapport¹⁵² qui s'est basé sur une idée selon laquelle l'ordinateur

¹⁴⁷ V. par ex. LG München 21 mars 1967, I UFITA 54 (1969), pp. 320-322 – *Tierdressur* ; *contra* : D. E. JOHNSON, Statute of Animals : Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators? *Animal Law Review*, 2008, no. 15, p. 15.

¹⁴⁸ K. F. MILDE Jr. Can a Computer be an « Author » or an « Inventor »? *Journal of the Patent Office Society*, 1969, no. 51, p. 378.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ P. SAMULESON, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, *University of Pittsburgh Law Review* 1985, no. 47, pp. 1185-1228.

¹⁵¹ M. S. OBERMAN, Copyright Protection for Computer-Produced Directories. *Fordham Law Review*, 1973, no. 41, pp. 767-806 (p. 799 et ss.)

¹⁵² Whitford Committee on Copyright Designs and Performers Protection, Cmnd 6732 HMSO, London 1977.

n'était qu'un outil ; les droits sur les créations générées par ordinateur doivent donc appartenir à la personne qui s'en sert. Les constatations du rapport ont par la suite inspiré le législateur britannique¹⁵³. Bien évidemment, les capacités des ordinateurs ont explosé depuis cette période.

86. Distinction entre les CAO et les CGO. La question des oeuvres créées par ordinateur semblait relever de la *science fiction*. En effet, l'ordinateur paraissait comme le pinceau d'un peintre — une simple prolongation de la main du créateur¹⁵⁴. Suite au développement de la puissance de calcul des ordinateurs, ils ont été décrits, pour reprendre la formule de M. Lucas, comme une prolongation non pas de la main du créateur, mais de son cerveau¹⁵⁵. La doctrine était donc amenée à distinguer entre les créations assistées par ordinateur (CAO) et les créations générées par ordinateur (CGO). Les premières résultent d'une mise en oeuvre de simples moyens techniques ; les secondes résultent de l'emploi des systèmes « *qui participent eux-mêmes de manière active au résultat final au même titre que la réflexion intellectuelle de l'artiste* »¹⁵⁶. Ainsi, l'oeuvre créée avec l'aide d'un ordinateur (CAO) est autonome par rapport au logiciel qui a permis son élaboration¹⁵⁷ ; le caractère protégeable des CAO semble ne pas poser de difficultés du point de vue juridique. En revanche, l'applicabilité du droit d'auteur aux CGO est parfois remise en question¹⁵⁸, notamment à cause des difficultés liées à la désignation de l'auteur de telles oeuvres. Selon M. Gaubiac, il serait pourtant injuste de leur refuser toute la protection¹⁵⁹. Nous ne partageons pas ce point de vue. Toutefois, force est de constater que, pour le moment, la question ne se pose pas vraiment, car en pratique on arrive

¹⁵³ V. *infra* no. 87.

¹⁵⁴ En ce sens : Y. GAUBIAC et M.-C. PIATTI, La création artistique assistée par ordinateur, *RIDA*, 1983, n° 118, p. 109 (p. 123) : '*Dans la mesure, en effet, où malgré les apparences, il appert, selon nous, l'informatique ne bouleverse en rien le phénomène de création, il faut pouvoir en conséquence le justifier juridiquement en démontrant que la facture de l'oeuvre engendrée par la machine témoigne de la personnalité de l'artiste, ce que nous avons d'ores et déjà laissé entrevoir*'

¹⁵⁵ A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Le droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, 2e éd, cité par Y. GAUBIAC, Oeuvres créées avec un ordinateur. *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1164, no. 4.

¹⁵⁶ Y. GAUBIAC, Oeuvres créées avec un ordinateur, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1164, par. 4.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem*, par. 5.

¹⁵⁹ *Idem*, par. 14.

toujours à trouver à l'origine de chaque oeuvre créée à l'aide d'un ordinateur une intervention humaine, aussi lointaine soit elle¹⁶⁰.

87. La solution britannique originale. Le *Copyright, Designs and Patents Act* britannique de 1988 (CDPA) est parmi les rares lois nationales sur le droit d'auteur qui contiennent des règles spéciales applicables aux oeuvres créées par ordinateur. En effet, la section 178 du CDPA définit la notion de *computer-generated work* comme une « oeuvre créée par l'ordinateur d'une telle manière qu'il n'y ait aucun auteur humain »¹⁶¹. La section 9(3) attribue la qualité de l'auteur d'une telle oeuvre à celui qui a pris les dispositions nécessaires à sa création (« *the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken* »). On peut dire ainsi que la loi britannique déroge du principe selon lequel l'oeuvre doit être créée par l'homme. Ces règles spéciales n'ont pourtant jamais été invoquées devant un juge¹⁶².

88. Le futur : la création de l'intelligence artificielle. En 1985, Mme Samuleson a constaté que « *seulement ceux coincés dans la boue doctrinale pourraient même songer que les ordinateurs peuvent être des auteurs* »¹⁶³. Trente ans après il est peut-être temps de réviser cette position? Dans son article Colin R. Davis envisage la question des « vraies » oeuvres générées par ordinateur, à savoir : les oeuvres créées par une intelligence artificielle (ci-après : IA). Selon lui, nous sommes sur le point de voir l'IA arriver, la question va donc devoir trouver une réponse. De surcroît, d'ici peu, l'IA va surpasser l'intelligence humaine, et cela même dans le domaine de la création artistique. L'auteur propose d'investir les machines intelligentes de droits d'auteur sur leurs propres créations ; selon lui, cette fiction juridique n'est pas loin de celle de la personnalité morale¹⁶⁴. La solution ne nous semble pas raisonnable ; nous croyons que les créations de l'IA doivent rester en dehors du droit d'auteur, faute d'avoir un auteur humain. On pourra peut-être songer, si la nécessité se présente, d'instaurer une protec-

¹⁶⁰ Cf. *infra* no. 89 pour les illustrations jurisprudentielles.

¹⁶¹ « *the work (...) generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work* » - traduction P. K.

¹⁶² C. R. DAVIS, An evolutionary step in intellectual property rights — Artificial Intelligence and intellectual property, *Computer Law and Security Review*, 2011, no. 27, p. 602.

¹⁶³ P. SAMULESON, *précité*, p. 1200 : « *Only those stuck in the doctrinal mud could even think that computers could be authors* ».

¹⁶⁴ C. R. DAVIS, *précité*, p. 617.

tion spécifique (un nouveau droit voisin?) pour les producteurs de machines intelligentes, afin de récompenser leur investissement? De toute manière, si l'IA venait à rapidement surpasser l'intelligence humaine, elle devrait aussi vite trouver une bonne solution à ce problème.

89. Illustrations jurisprudentielles. Dans un arrêt intéressant¹⁶⁵, la cour d'appel de Riom a jugé une photographie prise par satellite protégeable par le droit d'auteur ; il faut toutefois souligner qu'après sa prise, l'image a fait l'objet d'un traitement humain original. La protection par le droit d'auteur a cependant été refusée à une image satellitaire par la cour de Hambourg¹⁶⁶. De même, la Cour d'appel de Bordeaux a jugé « *qu'une œuvre de l'esprit même créée à partir d'un système informatique peut bénéficier des règles protégeant les droits d'auteur, à condition qu'elle laisse apparaître même de façon minime l'originalité qu'a voulu apporter son concepteur* »¹⁶⁷. Ainsi, le tribunal de Paris a pu décider qu'est protégeable une composition musicale assistée par ordinateur dès lors qu'elle implique une intervention humaine¹⁶⁸. Le seuil de cette intervention humaine exigée est, paraît-il, assez bas ; pourtant, dans une affaire le seul fait de faire pivoter un logo à l'aide d'un ordinateur a été jugé insuffisant pour prétendre à sa création¹⁶⁹. Lorsqu'il s'agit d'objets créés par la nature, la cour de Paris a refusé la protection du droit d'auteur aux enregistrements de chants d'oiseaux (qui ont pourtant été édités) en raison de l'absence de création¹⁷⁰. Une décision intéressante au sujet des oeuvres créées par ordinateur a été rendue par la Haute Cour (*High Court*) britannique¹⁷¹ ; en 1985 il a été jugé que les séquences aléatoires de lettres (à utiliser dans un jeu de sort) générées par ordinateur constituaient une oeuvre protégée dont la titularité appartenait au programmeur. Il convient de remarquer que la décision date d'avant le CDPA¹⁷².

¹⁶⁵ CA Riom, ch. com., 14 mai 2003 : D. 2003, 2754, note P. Sirinelli ; JCP E 2004, no. 49, 1770, p. 1920, note P. Gaudrat et A. Lallemand ; CCE 2003, comm. 117, C. Caron.

¹⁶⁶ OLG Hamburg, 4 avril 2003, 308 O 515/02 ZUM 2004, 675 ; mais cf. *infra* no. 283 et ss. sur la protection par l'article 72 de la UrhG.

¹⁶⁷ CA Bordeaux, 31 janv. 2005, Ste M. Saunier c/ ATEVI : Juris-Data n° 2005-262987 ; CCE 2006, chron. 3, obs. X. Daverat.

¹⁶⁸ TGI Paris, 1e ch., 1re sect., 5 juill. 2000 : Juris-Data n° 130310 ; CCE n° 3, mars 2001, comm. 23, C. Caron.

¹⁶⁹ TGI Paris, 3e ch., 27 juin 1997, *Arrari c/ Givenchy*, PIBD 1997, III, 661.

¹⁷⁰ CA Paris 6 oct. 1979 : RTD com. 1980, p. 746, obs. A. Françon ; D. 1981, jurispr. p. 190, note R. Plaisant.

¹⁷¹ *Express Newspapers PLC v Liverpool Daily Post and Echo PLC* [1985] 1 WLR 1089 (Ch).

¹⁷² V. *supra* no. 87.

90. L'application du critère aux données de recherche. Quand il s'agit des données de recherche, celles qui intéressent les sciences « *dures* » (physique, chimie, géologie, astronomie, biologie...) sont par définition « *créées* » par la nature. Le fait qu'elles soient récoltées par une machine (comme les images satellitaires) ne change rien quant à leur caractère non-protégeable, à moins qu'elles soient ensuite retravaillées par l'homme. Les sciences humaines (linguistique, études littéraires, sociologie...) cependant s'intéressent aux données résultant d'activités humaines (ce qui en soi, comme nous allons voir, ne suffit absolument pas pour déterminer la protection du droit d'auteur).

En ce qui concerne les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques, ils sont obligatoirement des créations humaines.

2. Caractère conscient de l'acte de création (*geistige Schöpfung*)

91. Débat. Il n'est pas évident si, pour créer une oeuvre protégeable, l'auteur doit agir de manière consciente ; autrement dit, est-ce qu'il doit avoir la conscience (ou même la volonté) de créer. L'adjectif « *intellectuel* » (*geistige*) utilisé pour caractériser la création peut en effet l'indiquer. Il ne s'agit pas ici de dire que créer est un acte juridique¹⁷³ — le CPI contient même des dispositions spéciales (l'article L. 132-7) concernant un auteur juridiquement incapable. Par contre, il n'est pas sûr si l'auteur doit au moment de la création être doté de discernement. La position de la doctrine et de la jurisprudence au regard de cette question n'est pas homogène.

92. Position de la doctrine. Selon M. Caron « [l]'expression 'oeuvre de l'esprit' souligne l'importance d'une approche spirituelle qui implique la conscience de créer »¹⁷⁴. L'auteur va même jusqu'à dire que « *le très jeune enfant (...) ou les personnes totalement dénuées de volonté, à cause d'une maladie mentale, ne devraient pas pouvoir créer au sens du droit d'auteur, faute d'avoir la volonté de se situer dans un processus créatif* »¹⁷⁵. Telle n'est pas la

¹⁷³ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd. Lexis Nexis, 2012, p. 72, no. 57

¹⁷⁴ C. CARON, *précité*, p. 57, no. 52. Tel est aussi le constat de A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 72, no. 57.

¹⁷⁵ C. CARON, *précité*, p. 57, no. 53.

position de MM. Vivant et Bruguière, selon lesquels « *sauf à nier son humanité, on ne saurait prétendre que l'amoindrissement de ses facultés mentales (...) rend [l'auteur] incapable de percevoir le geste qui est le sien* »¹⁷⁶. En revanche, la doctrine semble s'accorder sur le point que l'auteur peut consciemment introduire dans le processus créatif des éléments issus du hasard et de la spontanéité¹⁷⁷.

93. Position de la jurisprudence. Une décision bien curieuse au sujet d'une oeuvre « *dictée de l'au-delà* » par un esprit et retranscrite par un médium a été rendue par la Cour de la chancellerie (*The Court of Chancery*) britannique en 1927¹⁷⁸. En l'espèce il avait été jugé que le médium (bien qu'elle n'ait été à l'origine du contenu de l'oeuvre) pouvait revendiquer la protection du droit d'auteur ; en effet le degré suffisant du « *labour, skill and judgement* » (effort, compétence et discernement) a été exercé lors de sa création. Il convient de souligner que le critère de protection au Royaume-Uni était à l'époque (et jusqu'à très récemment) bien différent de celui appliqué en Europe continentale¹⁷⁹. Beaucoup plus récemment, aux États-Unis la cour d'appel du neuvième circuit a jugé (appliquant une notion d'originalité plus proche de celle connue en Europe continentale) que le droit d'auteur sur un livre dicté par une divinité (*Urantia book*) appartenait également au médium qui l'a transcrit¹⁸⁰. La solution retenue par la Haute cour néerlandaise (*Hoge Raad*) dans la célèbre affaire *Endstra*¹⁸¹ est complètement différente : en l'espèce il a été jugé que les rapports d'enquête établis à partir des transcriptions des entretiens entre la victime d'un chantage et un agent de police ne sont pas protégés par le droit d'auteur, car la conversation n'a pas été conduite « *dans un but créatif* ». Il est vrai que cette solution controversée était probablement motivée par l'intérêt général, car l'affaire du chantage a à l'époque suscité un grand débat public au Pays-Bas. En France, la protection a été refusée à un échange spontané de paroles lors d'un cours au motif que « [leur] *spontanéité révèle qu'ils ne sont pas le fruit d'une création préexistante* »¹⁸².

¹⁷⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Dalloz 2015, p. 144, no. 114

¹⁷⁷ C. CARON, *précité*, p. 57-58, no. 54 ; W. BULLINGER [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *Praxis-kommentar zum Urheberrecht*, 4e éd, C.H. Beck 2014, art. 2 UrhG, no. 17.

¹⁷⁸ *Cummins v. Bond* [1927] 1 Ch. 167.

¹⁷⁹ V. *infra* no. 148 et ss.

¹⁸⁰ *Urantia Foundation v. Maaherra* [1997] 144 F.3d 955 (9th Cir. 1997).

¹⁸¹ LJN : BC2153, Hoge Raad, C07/131HR, 30 mai 2008 (*Endstra Tapes*).

¹⁸² Cass 1re civ. 13 nov. 2008 (*Être et avoir*) : CCE 2009, comm. 2, note C. Caron.

L'introduction de ce nouveau critère a surpris une partie de la doctrine¹⁸³ ; à notre avis, sa mise en oeuvre, si l'on voulait l'appliquer de manière généralisée, peut non seulement s'avérer difficile, mais elle peut aussi avoir un effet pervers. Si l'on prend pour exemple les toiles de Jackson Pollock, à quel point résultent-elles d'une conception préexistante à leur création?

94. L'application de l'exigence aux données de recherche. Si l'on exige que l'oeuvre résulte d'une réelle volonté de créer, cela relâcherait de l'emprise du droit d'auteur une grande partie des données de recherche en sciences humaines et sociales. Les conversations spontanées, si souvent étudiées par les linguistes, les sociologues, les psychologues, se retrouveraient dans le domaine public. Toutefois, cette solution est à notre avis déraisonnée, non seulement parce qu'elle exigerait une preuve impossible à apporter. Or, les linguistes le savent, seule une toute petite partie de nos conversations est vraiment spontanée ; le plus souvent l'on emploie des formules (*formulae*) et des motifs de discours (*conversational patterns*)¹⁸⁴. À notre sens, les échanges spontanés de paroles ne peuvent pas être d'emblée écartés du périmètre du droit d'auteur — ils peuvent toujours être protégés par ce droit, à condition toutefois de remplir tous les autres critères de protection, et notamment celui d'originalité.

S'agissant des écrits scientifiques et des ressources pédagogiques numériques, l'exigence ne pose pas de problèmes — leur création est nécessairement une activité consciente.

3. La modification du réel (*Schöpfung*)

95. Principe. Le *Trésor de la langue française*¹⁸⁵ définit la création comme un « acte consistant à produire et à former un être ou une chose qui n'existait pas auparavant ». Il n'est donc pas étonnant que pour que l'on puisse parler d'une oeuvre créée, il faille que la réalité se trouve modifiée. En effet, cette modification du réel est ce qui distingue les créations et les découvertes.

¹⁸³ V. C. Caron, note précitée à propos de Cass 1re civ. 13 nov. 2008.

¹⁸⁴ V. surtout : A. WRAY, *Formulaic language and the lexicon*, Cambridge University Press, 2002.

¹⁸⁵ Disponible en version informatisée sur: <http://atilf.atilf.fr>.

96. Illustration doctrinale. Comme illustration, MM. Vivant et Bruguière citent dans leur ouvrage l'exemple d'un artiste contemporain italien dénommé Giuseppe Penone¹⁸⁶. Certains de ses travaux consistent à dévoiler les noeuds originels « *cachés* » dans des souches de bois. Il ne s'agit donc pas de modification du réel au sens strict. Cependant, selon les auteurs (dont le point de vue est en l'occurrence aussi le nôtre), dans les oeuvres de Penone « *la main de l'homme est toujours présente et le choix de l'artiste, son intervention fut-elle ténue* »¹⁸⁷ ; les oeuvres conçues de cette manière peuvent donc être protégeables.

97. Illustrations jurisprudentielles. La protection du droit d'auteur a été, à juste titre, refusée au folklore de Louisiane (en langue cajun)¹⁸⁸ ou à des mots utilisés dans la banlieue¹⁸⁹, ainsi qu'à un fait historique brut¹⁹⁰. La CJUE a aussi clairement rejeté l'hypothèse selon laquelle des mots individuels pourraient être protégés par le droit d'auteur¹⁹¹. En effet, dans les cas cités, il ne s'agit pas de création, mais d'une découverte, un dévoilement de quelque chose qui pourtant existait bien auparavant, même à l'insu du grand public. Cependant, un arrêt semble (à tort) déroger à ce principe fondamental. En 1985 la Cour d'appel de Paris¹⁹² a jugé que le scénario d'un film sur la sorcellerie violait le droit d'auteur d'une ethnologue, auteure du livre « *Les Mots, la Mort et les Sorts. La sorcellerie dans le bocage* », même s'il ne comportait aucun emprunt matériel à l'oeuvre, mais uniquement, comme l'appelle la Cour, des « *emprunts intellectuels* ». Or le livre en cause ne visait qu'à décrire une réalité existante!

98. L'application du principe aux données de recherche. Les données de recherche en sciences dures ainsi que toutes les données provenant d'expériences (comme par exemple en sociologie) ne sont que la « *description* » du réel, et non pas sa modification. Modifier le réel irait à l'encontre des finalités scientifiques, qui consistent à décrire et à comprendre la

¹⁸⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 146, par. 116 (comme Giuseppe Penone).

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ CA Paris, 14 janv. 1992 : RIDA, avr. 1992, p. 198.

¹⁸⁹ CA Paris, 21 févr. 2001 : CCE 2001, comm. 75, C. Caron.

¹⁹⁰ TGI Paris, 7 mars 1990 : D. 1991, somm. p. 87, obs. C. Colombet.

¹⁹¹ CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08 (*Infopaq*), no. 46.

¹⁹² CA Paris, 4e ch., 15 janv. 1985 : Juris-Data n° 85-20711, inédit. L'affaire est analysée en détail par X. STRUBEL, *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Editions, Paris 1997, p. 54 et ss.

réalité telle qu'elle est. Voici encore une raison pour laquelle ce type de données ne sauraient être protégées par le droit d'auteur en tant que telles¹⁹³. Cependant, quand il s'agit des données de recherche en sciences humaines (qui s'intéressent à la création humaine), la situation est bien différente — en effet, les modifications que l'homme apporte à son environnement (que ce soit par son activité artistique, intellectuelle ou sociale) sont l'objet même de l'étude des sciences humaines.

99. Transition. La création humaine seule ne suffit pas pour accéder à la protection du droit d'auteur ; encore faut-il que cette création revête d'une forme d'expression.

B. L'oeuvre — une création de forme

100. Introduction. L'objet de protection du droit d'auteur est de caractère immatériel ; ainsi, la propriété intellectuelle de l'oeuvre (un bien immatériel) se distingue de la propriété corporelle du support (appelée parfois *corpus mechanicum*). Cependant, Pouillet écrivait déjà que « *la propriété est limitée à l'objet créé* »¹⁹⁴ ; en effet, pour pouvoir bénéficier de la protection légale, l'oeuvre doit sortir de l'imagination de l'auteur et se manifester sous une forme suffisamment concrétisée (1). En revanche (et *a contrario*), les idées sont dépourvues de toute protection par le droit d'auteur (2).

1. Les exigences concernant la forme

101. Plan. Pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur, la forme de l'oeuvre doit tout d'abord être perceptible aux sens (a). A cette exigence principale, nous pouvons ajouter deux autres, selon lesquelles la forme doit être figurable (b) et elle ne doit pas être entièrement dictée par la fonctionnalité de l'oeuvre (c). Ceci ne signifie pas pour autant — du moins en droit français et allemand — que la forme doive être fixée de manière permanente (d).

¹⁹³ Mais v. *infra* no. 161 et ss. sur la protection des recueils.

¹⁹⁴ E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 8ed. Paris 1908, no. 14.

a. Forme perceptible

102. Pour que l'oeuvre puisse être protégée, il faut que sa forme puisse être perçue par les sens humains. Et il ne s'agit pas ici uniquement de la vue et de l'ouïe ; la forme de l'oeuvre peut également être perçue par l'odorat, le goût ou le toucher¹⁹⁵. Le principe semblait tout à fait évident jusqu'à l'apparition des logiciels, dont le code source peut être perçu par l'ordinateur, mais pas par l'homme, à moins qu'il ait des connaissances spécialisées en informatique. Selon M. Caron « *la forme qui ne s'adresse qu'à une machine — et pas à une personne humaine — ne devrait (...) pas être protégée par le droit d'auteur* »¹⁹⁶. Même si l'on s'accordait sur le point que les logiciels ne devraient pas en réalité bénéficier de la protection du droit d'auteur, qu'ils ne le font que par la force d'une disposition expresse de la loi, le point de vue de M. Caron ne peut pas être partagé. En effet, l'auteur semble avoir oublié que chaque oeuvre numérisée (y compris notre étude) est en fait réduite à une suite de 0s et de 1s, qui s'adresse à une machine et qui ne peut pas être perçue par une personne humaine quel que soit son niveau de compétences en informatique. Selon nous, le fait qu'une oeuvre puisse être perçue par l'homme uniquement grâce à une machine ne devrait naturellement avoir aucune incidence sur la protection qui lui est accordée par le droit d'auteur.

b. Forme figurable

103. Par figurabilité d'une forme nous entendons sa capacité d'être représentée d'une manière qui permette, de façon objective et suffisamment précise, son identification. En effet, si la forme n'est pas figurable, elle est également impossible à prouver. Ainsi, s'agissant de ce type d'oeuvres, pour reprendre l'adage ancien, ce n'est pas le droit qui manque, mais la preuve¹⁹⁷. La remarque est parfois faite au regard des oeuvres chorégraphiques et similaires (pantomimes, numéros de cirque) ; à défaut d'un système de notation objectif et fiable per-

¹⁹⁵ Du moins du point de vue théorique, v. O. LALIGANT, Des oeuvres aux marches du droit d'auteur : les oeuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher, *RRJ* 1992, p. 99-128. La protection des parfums rencontre cependant une grande résistance de la jurisprudence française, v. par. ex. Cass 1re civ., 13 juin 2006 : *RIDA* 4/2006, p. 349 ; *JCP G* 2006, II, 10138, note Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2006, 2704, note C. Caron ; *CCE* 2006, comm. 119. C. Caron ; *D.* 2006, p. 2470, note B. Edelman ; *Propr. intel.* 2006, p. 442, obs. A. Lucas ; *Propr. ind.* 2006, comm. 82, note J. Schmidt-Szalewski.

¹⁹⁶ C. CARON, *précité*, p. 62, no. 62.

¹⁹⁷ *Non ius deficit sed probatio.*

mettant de les transcrire (comme la notation musicale pour les oeuvres musicales), ces oeuvres en pratique ne peuvent bénéficier d'une protection légale que si elles ont été enregistrées¹⁹⁸.

c. Absence de protection des formes dictées par la fonction

104. Comme nous allons le voir *infra*¹⁹⁹, la destination de l'oeuvre n'a pas d'incidence sur la protection qui peut lui être accordée par le droit d'auteur. Cependant, la destination de l'oeuvre ne peut pas être le seul facteur déterminant sa forme ; autrement dit, pour qu'une création utilitaire puisse être protégée par le droit d'auteur, il faut que sa fonction puisse être aussi bien remplie par plusieurs formes, et le choix entre ces formes doit s'effectuer sur la base d'autres critères que l'utilité. Dans certaines décisions²⁰⁰ les tribunaux substituent ce critère à celui d'originalité²⁰¹. Certes, une oeuvre dont la forme est dictée entièrement par les contraintes techniques liées à sa destination ne sera pas originale, car elle ne laisse pas de place pour une manifestation de la personnalité de son auteur²⁰². Toutefois, d'autres décisions²⁰³ — et au moins une partie de la doctrine²⁰⁴ — semblent distinguer ces deux conditions. Dans une certaine mesure, nous partageons ce point de vue : en effet, nous reconnaissons que la forme d'une oeuvre utilitaire qui n'est pas entièrement dictée par sa fonction puisse pour autant manquer d'originalité (par exemple un banal tournevis peut revêtir toute une gamme de couleurs, qui ne seraient pas dictées par sa fonction, mais qui ne suffiraient pas à rendre sa forme originale et protégeable par le droit d'auteur). D'un autre côté, la possibilité d'effectuer un choix dans la création d'une forme semble être une forte indication de son originalité ; tellement forte qu'on peut même parler d'une présomption de fait. Ceci explique

¹⁹⁸ C. CARON, *précité*, no. 188, p. 156.

¹⁹⁹ No. 123 et ss.

²⁰⁰ CA Paris, 11 oct. 2000 : RIDA 2/2001, p. 367.

²⁰¹ V. *infra* no. 129 et ss.

²⁰² V. *infra* no. 137 et ss.

²⁰³ CA Paris, 15 mai 1990 : D. 1992, somm. p. 311, obs. J.-J. Brust.

²⁰⁴ C. BERNAULT, La protection des formes fonctionnelles par le droit d'auteur de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, chron. p. 957 et ss.

pourquoi parfois les tribunaux, ayant établi que la forme d'une oeuvre peut être détachée de sa fonction, ne s'interrogent plus sur son originalité.

d. Fixation

105. Il est clair que la forme, pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur en France ou en Allemagne, ne doit pas être fixée de manière permanente²⁰⁵. Ainsi, peuvent être protégées les oeuvres éphémères, comme par exemple une composition florale²⁰⁶, une sculpture en chocolat²⁰⁷, ou un happening²⁰⁸. Les lois des pays de *common law* ont adopté une solution inverse²⁰⁹ (ce qui est expressément autorisé par l'article 2.2 de la Convention de Berne) ; ainsi, au Royaume-Uni la protection a été refusée à une composition d'« *objets trouvés* » (mais pas aux photos la représentant)²¹⁰ ou aux effets pyrotechniques lors d'une pièce de théâtre²¹¹. La distinction n'est pas anodine : à titre d'exemple, une photographie d'une création éphémère (par exemple un bouquet de fleurs) serait une oeuvre originale dans les pays du *common law* et une oeuvre dérivée (donc potentiellement contrefaisante) dans les pays de l'Europe continentale!

2. Absence de protection des idées

106. Principe. Si seule la forme (perceptible, figurable et détachable de sa fonction) peut être protégée par le droit d'auteur, il en résulte que tout ce qui n'est pas la forme (serait-

²⁰⁵ Y. GENDREAU, Le critère de fixation en droit d'auteur, RIDA no. 159 (janv. 1994), pp. 111 et ss.

²⁰⁶ CA Paris, 10 avr. 1995 : RIDA 3/1995, p. 241, obs. A. Kéréver.

²⁰⁷ TGI Laval, 16 févr. 2009 : RLDI 2009, no. 47, 1539, obs. L. Costes ; RLDI 2009, no. 50, 1630, note F. Fontaine ; Propr. intell. 2009, no. 32, p. 260, note J. M. Bruguière ; CCE 2010, étude 4, A. Bensamoun.

²⁰⁸ BGH 06.02.1985, I ZR 179/82, GRUR 1985, 529.

²⁰⁹ V. art. 102 du Copyright Act 1976 (17 U.S.C.) : « ...fixed in any tangible medium of expression... » ; v. aussi par ex. art. 3(2) du CDPA.

²¹⁰ *Creation Records Ltd. et al. v. News Group Newspapers Ltd.* [1997] EWHC Ch 370

²¹¹ *Tate v. Fullbrook* [1908] 1 K.B. 821 (C.A. 1908).

ce le contenu?) se trouve en dehors de la protection. Traditionnellement, ce « *contenu* » est appelé « *l'idée* ». En effet, selon un adage, « *les idées sont de libre parcours* »²¹².

107. Absence du principe dans les lois française et allemande. Ce principe, reconnu comme une pierre angulaire du droit d'auteur, ne se trouve pourtant ni dans le texte français, ni dans le texte allemand. En revanche, on le retrouve dans les textes étasunien²¹³ ou polonais²¹⁴, ainsi que dans les textes internationaux²¹⁵.

108. Justification du principe. L'absence de protection accordée aux idées a pour but d'éviter l'emprise excessive du droit d'auteur et protéger les intérêts collectifs tels que la liberté d'expression, mais aussi la liberté de création et de recherche, voire la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre²¹⁶. Nous remarquons en passant qu'il a été proposé dans la doctrine de justifier l'absence de protection des idées par un raisonnement *a contrario* ; dans cet argument, en matière des biens incorporels la non-appropriation est une règle et l'appropriation — l'exception consacrée par le droit de la propriété intellectuelle²¹⁷. Autrement dit, un bien incorporel peut être approprié seulement si toutes les conditions prévues par la loi sont réunies.

109. La mise en oeuvre difficile. Le principe d'absence de protection des idées s'avère particulièrement difficile à mettre en oeuvre, et ce n'est pas seulement parce que la signification du mot « *idée* » est difficile à cerner²¹⁸. Personne ne conteste que les idées qui n'existent que dans l'esprit de l'auteur, qui n'ont jamais été exprimées, ne soient pas éligibles à la protection du droit d'auteur²¹⁹. Toutefois, la question se pose de savoir à quel moment on

²¹² En France on attribue cet adage traditionnellement à Henri Desbois, mais Monsieur Cherpillod remarque qu'il peut aussi être attribué à Fichte, Goethe ou même à Sénèque (I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC 1985, p. 52, nbp. 120).

²¹³ Section 102(b) du Copyright Act, 17 USC.

²¹⁴ Art. 1 (2) de la loi polonaise sur le droit d'auteur (Ustawa o praxie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83).

²¹⁵ Art. 9.2 de l'ADPIC, art. 2 du Traité de l'OMPI.

²¹⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 152, no. 127.

²¹⁷ X. STRUBEL, *précité*, p. 44 et ss.

²¹⁸ Le Dictionnaire de français Larousse énumère 9 significations de ce mot (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>, consulté le 13 décembre 2017).

²¹⁹ Déjà Pouillet écrivit que « *la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste ans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* » (E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Paris, 1908, p. 45).

peut dire que l'idée « *prend forme* »? Cette question est essentielle pour délimiter le champ d'application du droit d'auteur ; elle prend une ampleur particulière lorsqu'il s'agit des oeuvres scientifiques. Ainsi, plusieurs grands auteurs ont analysé le processus créatif pour essayer de tracer une frontière plus ou moins précise entre ces éléments d'une oeuvre qui peuvent bénéficier de la protection (la forme d'expression) et ceux qui sont « *de libre parcours* ». Par exemple, au XIX^{ème} siècle en Allemagne Kohler a distingué trois étapes de création d'une oeuvre : d'abord, l'auteur conçoit une « *représentation imaginaire* » (*imaginäres Bild*)²²⁰ de l'oeuvre dans son esprit ; ensuite, il procède à établir sa « *forme interne* » (*innere Form*)²²¹, qui correspond à une ébauche, un plan de l'oeuvre, son ossature. Finalement, l'oeuvre prend sa forme finale, appelée par Kohler « *forme extérieure* » (*äussere Form*), qui est une concrétisation de la « *représentation imaginaire* »²²². Selon cet auteur, tous ces trois stades de naissance d'une oeuvre sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur²²³, à condition d'être originaux (et pour Kohler, le standard d'originalité était relativement élevé²²⁴). La doctrine allemande ultérieure n'est pas allée aussi loin que Kohler, mais elle a repris les notions de formes intérieure et extérieure, les deux étant susceptibles de recevoir la protection du droit d'auteur²²⁵. En France, Desbois a aussi distingué trois étapes de la création d'une oeuvre littéraire : l'idée, la composition (entendue comme « *l'enchaînement des idées* ») et l'expression ; seul le premier étape échappe à la protection du droit d'auteur²²⁶. En Suisse, M. Cherpillod dans sa thèse définit les idées comme les « *données de base* », c'est-à-dire « *une sorte de matériau de base, que l'auteur utilise (...) pour façonner son oeuvre* »²²⁷. Définies de telle manière, les idées « *sembl[ent] être un élément insuffisamment travaillé et trop abstrait pour prétendre à la même protection qu'une oeuvre* »²²⁸. Selon l'auteur, ce serait

²²⁰ J. KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Mannheim 1892, p. 45.

²²¹ J. KOHLER, *précité*, p. 41 et s.

²²² J. KOHLER, *précité*, p. 56 et s.

²²³ J. KOHLER, *précité*, p. 59 et s.

²²⁴ J. KOHLER, *précité*, p. 95.

²²⁵ V. par ex. M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Stämpfli, 1968, pp. 11 et s. ou C. BERKING, *Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

²²⁶ H. DESBOIS, *Droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz 1978, p. 11 et ss.

²²⁷ I. CHERPILLOD, *précité*, p. 34.

²²⁸ I. CHERPILLOD, *précité*, p. 35.

alors le travail, l'effort²²⁹ qui permet de distinguer les idées et les formes protégeables. Nous préférons voir dans les « *idées-données de bases* » un équivalent des éléments chimiques, des particules qui ne peuvent plus être simplifiées, comme les couleurs, les sons, les mots, les thèmes ou encore les faits bruts. À notre sens, ces éléments de base ne peuvent pas être protégés par le droit d'auteur ; en revanche, chaque enchaînement de ces éléments est en effet susceptible d'être protégé s'il est original.

110. Illustrations jurisprudentielles. Les idées peuvent être comprises comme des thèmes : en ce sens, la protection a été refusée par exemple au sujet d'une histoire d'adultère²³⁰. Or la notion d'idée recouvre aussi les méthodes : l'une des premières décisions à consacrer le principe de non-protection des idées est *Baker v. Selden*²³¹, dans laquelle la protection a été refusée à une méthode de comptabilité (*bookkeeping method*). La solution est aujourd'hui classique ; en France, elle a été retenue pour une méthode d'enseignement²³², une méthode d'analyse du marché boursier²³³ ou une méthode de guérison²³⁴. En revanche, la protection a été (à tort) retenue pour un concept consistant à envoyer des cartes postales par le biais d'un lien hypertexte²³⁵. Dans l'univers du logiciel, l'idée peut aussi signifier une fonctionnalité, qui échappe également à la protection²³⁶.

111. Critique dans la doctrine. Le principe est souvent critiqué par la doctrine notamment pour son manque de clarté et son caractère quelque peu superflu. Ainsi, M. Cherpillod²³⁷ postule dans sa thèse d'abandonner la distinction entre la forme et l'idée et d'attacher la protection à tous les éléments des oeuvres qui remplissent les conditions de protection (c'est-à-dire qui sont originaux et exprimés dans une forme qualifiée), à l'exception des

²²⁹ Qui pourtant, comme nous allons le voir *infra* no. 121 n'a pas d'incidence sur la protection du droit d'auteur!

²³⁰ CA Paris, 12 mai 1909 : DP 1910, 2, 81, note Ch. Claro.

²³¹ 101 U.S. 99 (1879).

²³² Cass. com. 29 nov. 1960 : Gaz. Pal. 1961, 1, 152 ; RIDA, avr. 1961, p. 78 ; RTD com. 1961, p. 607 obs. H. Desbois.

²³³ CA Versailles, 19 juin 1997 : Gaz. Pal. 1997, 1, somm. p. 25.

²³⁴ CA Paris, 10 mars 2004 : Propr. intell. 2004, no. 12, p. 778, obs. A. Lucas.

²³⁵ Cass, 1re civ, 13 déc. 2005 : CCE 2006, comm. 18, note C. Caron ; Propr. ind. 2006, comm. 27, note J. Schmidt-Szalewski ; RLDI 2006, no. 14, p. 15, note Ph. Belloir ; RTD com. 2006, p. 79, obs. F. Pollaud-Dulian ; JCP E 2006, 2178, no. 2, obs. F. Sardainé.

²³⁶ CA Paris, 10 oct. 2003 : CCE 2004, comm. 14, C. Caron.

²³⁷ I. CHERPILLOD, *précité*, spéc. p. 183 et ss.

règles, procédés et méthodes. Telle semble aussi être la conclusion de M. Caron²³⁸. Selon M. Gautier²³⁹ une idée suffisamment précise et individualisée peut bien être protégée par le droit d'auteur ; l'auteur souligne qu'il ne serait pas raisonnable de laisser les idées, représentant parfois une valeur considérable, sans aucune protection juridique. M. Le Torneau²⁴⁰ se joint à cette liste de critiques de la distinction traditionnelle forme/idée qu'il juge « *totalelement artificielle* », et envisage même la protection des idées par un droit *sui generis*.

112. Substituts juridiques. Les idées, qui peuvent en effet être sièges de grande valeur, ne sont pas laissées sans protection aucune. La reprise d'une idée peut s'analyser comme un acte de parasitisme ou de concurrence déloyale et être sanctionnée par la responsabilité civile. Ceci concerne, bien évidemment, aussi la reprise d'autres éléments non-protégeables²⁴¹.

113. Dichotomie anodine? Force est de constater que si l'on applique rigoureusement l'exigence de mise en forme²⁴² ainsi que le critère d'originalité²⁴³, il n'est plus besoin d'exclure les idées du champ d'application du droit d'auteur : elles ne seront pas protégées soit par leur manque de forme suffisante (méthodes, fonctionnalités), soit par leur manque d'originalité (par exemple les intrigues banales, la thématique...).

114. Importance du principe pour les e-Universités. La non-protection des idées est un principe important pour la protection des oeuvres scientifiques, mais elle n'a pas vraiment d'incidence sur la protection des données de recherche. Par définition, les données informatiques ont franchi le pas d'expression et ont revêtu une forme suffisante pour prétendre à la protection du droit d'auteur. Le principe peut cependant présenter une importance secondaire pour les activités des e-Universités, car il interdit l'appropriation par le droit d'auteur par exemple des méthodes d'enseignement ou d'analyse des données à des fins de recherche. Il en est de même s'agissant des écrits scientifiques et des ressources pédagogiques — le droit d'auteur protège uniquement leur forme d'expression (qui peut parfois être plate et peu origi-

²³⁸ C. CARON, *précité*, p. 71 et ss., no. 72 et ss.

²³⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10 éd., PUF 2017, no. 42, p. 55 et ss.

²⁴⁰ Ph. LE TORNEAU, *Folles idées sur les idées*, CCE 2001, no. 2, chron. 4.

²⁴¹ Cf. *infra* no. 326.

²⁴² V. *supra* no. 101 et ss.

²⁴³ Qui sera analysé *infra* no. 129.

nale) et pas leur contenu informationnel (où devrait se situer la valeur d'un travail scientifique ou didactique).

§ 2. Seul critère de protection par le droit d'auteur : l'originalité (*Individualität*)

115. Introduction. Si l'objet en question peut être qualifié d'oeuvre de l'esprit au sens expliqué dans le paragraphe précédent, cela ne signifie pas pour autant qu'il sera protégé par le droit d'auteur, mais seulement susceptible de recevoir une telle protection. Pour que le droit d'auteur s'y attache, il faut encore que l'oeuvre soit originale. Cette originalité est à la fois une condition suffisante (A) et nécessaire (B) d'accès au bénéfice du droit d'auteur.

A. L'originalité : condition suffisante

116. Plan. Pour pouvoir accéder à la protection du droit d'auteur, aucune autre condition n'est imposée aux oeuvres de l'esprit. Ainsi, selon la « *règle d'égalité des oeuvres* »²⁴⁴ annoncé dans l'article L. 112-1²⁴⁵ du CPI, sont indifférents du point de vue du droit d'auteur les aspects tels que : le genre (1), la forme d'expression (2), le mérite (3) ou la destination (4) de l'oeuvre. S'ajoutent à cette liste les formalités à accomplir pour accéder à la protection (5).

1. L'indifférence du genre

117. Principe. Selon le principe de l'indifférence du genre, la protection du droit d'auteur ne peut pas être refusée à une oeuvre au seul motif qu'elle appartient à un genre « *peu*

²⁴⁴ L'expression du Professeur Gautier : P.-Y. GAUTIER, *précité*, no. 49 et ss., pp. 61 et ss.

²⁴⁵ Cf. l'art. 2(1) de la loi suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 : « *Par oeuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel.* ». La loi allemande, cependant, ne contient pas de liste similaire.

sérieux » (comme les jeux vidéo²⁴⁶), « *indécent* » (comme les films pornographiques²⁴⁷), ou tout simplement non énuméré par la loi.

118. En Allemagne. La doctrine allemande ne met pas d'accent particulier sur l'indifférence du genre ; au contraire, la loi allemande — inspirée par la Convention de Berne — semble réserver la protection du droit d'auteur aux oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques. Selon M. Loewenheim, l'appartenance de l'oeuvre à une de ces trois catégories (comprises largement) est en effet une pré-condition d'accès à la protection²⁴⁸. En revanche, l'auteur souligne qu'aucune discrimination ne peut avoir lieu entre les oeuvres appartenant à un de ces trois genres²⁴⁹. En effet, il est difficile de s'imaginer une oeuvre qu'il serait impossible de qualifier dans au moins l'une de ces catégories (surtout si on s'accorde, comme le veulent des textes européens et internationaux, à traiter les logiciels comme les oeuvres littéraires²⁵⁰). Il en résulte que l'approche allemande en ce qui concerne la non-discrimination des oeuvres en fonction de leur genre n'est en effet pas différente de celle adoptée traditionnellement en France.

2. L'indifférence de la forme d'expression

119. Principe. La règle de non-discrimination des oeuvres en fonction de leur forme d'expression, élevée par l'article 2(1) de la Convention de Berne au rang de minimum conventionnel, peut être confondue avec la règle interdisant la discrimination entre les oeuvres en fonction de leur genre²⁵¹. En effet, interprété largement, ce principe peut englober aussi l'indifférence du mérite et de la destination (ce qui explique, peut-être, pourquoi la Convention de Berne ne parle pas de ces derniers). Cependant, nous préférons y voir une règle annonçant l'indifférence des formes au sens strict, s'adressant uniquement aux aspects

²⁴⁶ Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : RIDA 3/1986, p. 136, note A. Lucas ; D. 1986, 405, note B. Edelman ; JCP G 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant.

²⁴⁷ CA Lyon, 4e ch., 27 juin 1984 : PIBD 1985, III, 39.

²⁴⁸ U. LOEWENHEIM, *Handbuch des Urheberrechts*, 2 éd., C.H. Beck 2010, par. 6 A., no. 4, p. 54.

²⁴⁹ *Ibidem*, mais cf. BGH, 13 nov. 2013, I ZR 143/12, GRUR 2014, 175 (*Geburtstagszug*).

²⁵⁰ V. l'art. 1 de la Directive 2009/24/CE ; l'art. 10 de l'ADPIC.

²⁵¹ C. CARON, *précité*, p. 90, no. 103.

quantitatifs de la forme²⁵². Autrement dit, à notre sens, le principe interdit de refuser l'accès à la protection aux oeuvres courtes, telles que par exemple les slogans, les titres²⁵³ ou les *jingles*.

3. L'indifférence du mérite

120. Principe. Le mérite est un « *critère inéluctable de la protection des oeuvres de l'esprit* »²⁵⁴. Le principe interdisant au juge de « *s'ériger en juge du beau, du bon goût ou de 'politiquement correct'* »²⁵⁵ est bien établi dans la doctrine²⁵⁶ et dans la jurisprudence²⁵⁷ ; néanmoins sa mise en oeuvre suscite toujours quelques difficultés.

121. Double signification. Selon nous, le mot « *mérite* » relève d'un double sens. Premièrement, dans son sens objectif, il signifie la qualité (artistique, utilitaire, scientifique) de l'oeuvre, directement liée à sa valeur économique. Mais deuxièmement, compris dans son sens subjectif, le mot « *mérite* » peut également signifier l'effort investi dans la création de l'oeuvre. Dans ce sens, l'oeuvre qui est née d'un procédé laborieux ne peut pas être traitée différemment d'une oeuvre dont la création a été facile pour son auteur²⁵⁸.

122. Mise en oeuvre difficile. Il est vrai que le principe est d'une mise en oeuvre particulièrement délicate, car l'originalité peut parfois se confondre avec le mérite. En effet, certaines décisions font référence au « *talent* » de l'auteur²⁵⁹, à la « *notoriété* » de l'oeuvre²⁶⁰, ou — plus souvent encore — à « *l'effort* » ou à « *l'apport* » intellectuel de l'auteur²⁶¹. Cette dif-

²⁵² Dans ce sens : U. LOWENHEIM, *précité*, par. 6, no. 26.

²⁵³ V. *infra* no. 166.

²⁵⁴ C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ 1981, no. 335 et s. ; dans ce sens : U. LOEWENHEIM, *précité*, par. 6, no. 25.

²⁵⁵ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 248, no. 243.

²⁵⁶ Déjà : A.-Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur*, Paris, Renouard éd., 1838, t. II, no. 47.

²⁵⁷ Déjà : CA Paris, 3 déc. 1867 : Ann. propr. ind. 1868, p. 404.

²⁵⁸ Dans ce sens : C. CARON, *précité*, p. 92, no. 105 ; cf. *supra* no. 91 et ss. sur l'exigence de conscience dans l'activité créatrice ; v. aussi *infra* no. 148 sur le *sweat of the brow*.

²⁵⁹ CA Paris, 20 sept. 1994 : RIDA 2/1994, p. 367.

²⁶⁰ CA Paris, 7 juin 1990 : JurisData no. 1990-023045.

²⁶¹ V. *infra* no. 143.

difficulté à distinguer entre le mérite et l'originalité peut même pousser le juge à renoncer à toute tentative d'évaluation d'originalité de l'oeuvre²⁶². Selon M. Caron « *la véritable signification de cette règle réside dans l'interdiction d'arguer du mérite pour refuser la protection. En revanche, rien n'interdit, dès lors que l'originalité est constatée, d'utiliser le mérite pour accorder la protection* »²⁶³. Par contre, selon Mme Buydens distinguer une oeuvre originale (« *le fruit du génie ou de l'esprit* ») d'une oeuvre qui ne mérite pas protection (« *simple produit de travail ou de la patience* ») n'est pas un jugement esthétique, basé sur le mérite, mais une simple constatation de type de travail intellectuel manifesté dans l'oeuvre²⁶⁴. Nous ne partageons pas les opinions de ces deux auteurs ; nous croyons que l'approche objective à l'originalité permet, contrairement à l'approche subjective²⁶⁵, d'éviter le conflit entre l'originalité et le mérite de l'oeuvre.

4. L'indifférence de la destination

123. Principe. Le principe de l'indifférence de la destination s'appuie sur la conviction, formulée déjà par Pouillet, que « *l'art est un, quelles que soient ses manifestations* »²⁶⁶. Les oeuvres à destination utilitaire peuvent donc être protégées par le droit d'auteur aussi bien que les oeuvres d'art pur. Ainsi, la doctrine française parle du principe de « *l'unité de l'art* »²⁶⁷.

124. Critique. Le principe a été critiqué par la doctrine qui y voit le risque « *d'affadir le droit d'auteur* »²⁶⁸. De surcroît, le cumul de protection qu'il entraîne entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles « *mine la cohérence du système* »²⁶⁹ du droit de la propriété intellectuelle. À notre sens, la source de ces problèmes, certes réels et non-négligeables, se

²⁶² Cass. civ. 1, 6 mars 1979 : Bull. civ. I, no. 82 ; RTD Com. 1979, 462, obs. A. Françon.

²⁶³ C. CARON, *précité*, p. 93, no. 107.

²⁶⁴ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétation*, Larcier 1993, p. 59.

²⁶⁵ V. *infra* no. 137 et ss., 142 et ss.

²⁶⁶ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Paris 1911, 5e éd., no. 28.

²⁶⁷ Y. GAUBIAC, *La théorie de l'unité de l'art*, thèse Paris II, 1980 (dir. A. Françon).

²⁶⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précité*, p. 109, no. 94.

²⁶⁹ *Ibidem*.

trouve non pas dans le principe de l'indifférence de la destination, mais plutôt dans le seuil d'originalité qui a été placé trop bas tant en France qu'en Allemagne²⁷⁰.

125. Exception : les oeuvres officielles. Le principe reçoit une exception importante, à savoir lorsqu'il s'agit de textes officiels (*amtliche Werke*). Déjà la Convention de Berne dans son article 2(4) dispose que « [i]l est réservé aux législations des pays [signataires] de déterminer la protection à accorder aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes ». Les œuvres officielles ne sont protégées par le droit d'auteur ni en France (où l'exclusion est de caractère prétorien), ni en Allemagne (où elle est consacrée par l'article 6 de la UrhG)²⁷¹. Ceci est bien évidemment lié au principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », mais l'exclusion en cause va en réalité beaucoup plus loin, en s'étendant non seulement à la jurisprudence judiciaire et administrative, mais même aux oeuvres telles que par exemple un catalogue de l'exposition universelle de 1867²⁷², la cote des bourses diffusée par la société des bourses françaises²⁷³ ou des billets de banque²⁷⁴, qui « à cause de leur destination (...) tombent dans le domaine commun, dès qu'en a lieu la publication »²⁷⁵. Selon MM. Vivant et Buguière, l'exception concerne tous les documents mentionnés à l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs²⁷⁶ (devenu l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration), mais il a même été invoqué (à tort?) pour refuser la protection à des conditions générales de vente²⁷⁷. Nous remarquons en passant que le Royaume-Uni et adopte une solution originale en matière de protection des oeuvres officielles : les droits exclusifs sur ces oeuvres appartiennent en effet à la Couronne (*crown copyright*)²⁷⁸ qui choisit de les mettre

²⁷⁰ V. *infra* no. 158.

²⁷¹ Déjà Renouard écrivit dans son traité que « Les pouvoirs publics, institués pour gouverner, non seulement dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêt de chaque citoyen pris individuellement, ne font point acte de propriété lorsqu'ils créent et promulguent des lois » (A.-Ch. RENOUARD, *précité*, p. 133 (cité par M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, p. 165, no. 141)).

²⁷² T. Seine, 10 févr. 1875.

²⁷³ T. com. Compiègne, 2 juin 1989, RDIT 1989/4, p. 60, note N. Mallet-Poujol.

²⁷⁴ Cass. 1re civ., 5 févr. 2002 : RIDA 3/2002, p. 381 ; CCE 2002, comm. 34, C. Caron ; D. 2002, p. 1128, note J.-P. Gridel ; Gaz. pal. 2003, 1, p. 403, concl. J. Sainte-Rose ; Propr. intell. 2002, no. 3, p. 50, obs. P. Sirinelli.

²⁷⁵ H. DESBOIS, *précité*, p. 72.

²⁷⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précité*, p. 166, no. 142.

²⁷⁷ CA Paris, 24 sept. 2008 : Propr. intell. 2009, no. 20, p. 49, obs. J.-M. Bruguière (*venteprivée.com vs. Kalypso*)

²⁷⁸ Section 163 et ss. du CDPA.

sous une licence publique²⁷⁹. La solution a été retenue en Irlande²⁸⁰, mais abandonné aux États-Unis²⁸¹.

5. Absence de formalités

126. Principe. Les oeuvres originales sont protégées par le droit d'auteur « *du seul fait de leur création* »²⁸² ; ainsi, aucune formalité telle qu'un dépôt ou un enregistrement auprès d'une institution officielle n'est requise ni pour la naissance, ni pour l'exercice du monopole. Ceci est d'ailleurs expressément exigé par l'article 5(2) de la Convention de Berne. Certes, la loi peut exiger le dépôt de certaines oeuvres par exemple auprès de la bibliothèque nationale (tout comme le fait l'article L. 132-2 du Code du patrimoine), mais ceci n'a aucune incidence sur le droit d'auteur.

127. Histoire. Le principe d'absence de formalités est aujourd'hui quasi-généralisé ; pourtant, les premières textes sur le droit d'auteur — le *Statute of Anne* de 1710 et le *Copyright Act* fédérale de 1790 — imposait des formalités. Telle était aussi la solution en France et en Allemagne²⁸³. Aujourd'hui encore, les États-Unis maintiennent un système d'enregistrement des oeuvres auprès du *Copyright Office* ; l'enregistrement n'est plus une condition de protection, mais il permet toujours au titulaire des droits d'obtenir des dommages et intérêts plus élevées en cas d'atteinte à son droit d'auteur²⁸⁴.

128. Proposition de restauration des formalités dans l'environnement numérique. Un auteur a courageusement discuté la restauration des formalités comme un possible remède aux problèmes posés par l'intensification de circulation des oeuvres dans l'environnement

²⁷⁹ V. *infra* no. 390 et ss.

²⁸⁰ Section 191 du Copyright and Related Rights Act 2000.

²⁸¹ Section 105 du Copyright Act 1976 (17 U. S. C.).

²⁸² Art. L. 111-1 du CPI.

²⁸³ S. VAN GOMPEL, Formalities in the digital era : an obstacle or opportunity? [in :] L. BENTLY, U. STUTHERSANEN et P. TORREMANS (dir.), *Global Copyright, Three hundred years since the Statute of Anne from 1709 to cyberspace*, Edward Elgar, 2010, p. 395-424.

²⁸⁴ Section 412 du Copyright Act 1976 (17 U.S.C.).

numérique²⁸⁵. Il est vrai que cela permettrait de faire régner une sécurité juridique dont on manque cruellement dans le domaine du droit d'auteur. Or, l'auteur ne le cache absolument pas, la solution irait à l'encontre non seulement de la Convention de Berne, mais aussi des fondations théoriques du droit d'auteur moderne.

B. Originalité (*Individualität*) : condition nécessaire

129. Introduction. L'originalité (*Individualität*) — la notion centrale du droit d'auteur — ne se laisse pas définir facilement, ce qui en fait la plus grande faiblesse du système. M. Sirinelli est même allé jusqu'à admettre que « *la vérité oblige à dire que l'on ne sait pas exactement en quoi consiste l'originalité* »²⁸⁶. Tout d'abord, les lois et les conventions internationales n'apportent pas — ou très peu — d'aide quant à la définition de cette notion-clé (1). Deuxièmement, des différences profondes dans la définition de l'originalité persistent entre les pays du *droit d'auteur* et ceux du *copyright* (2). Troisièmement, le droit européen vient récemment de perturber l'image déjà peu cohérente en essayant d'harmoniser la notion d'originalité (3). Il n'est donc pas étonnant que le concept d'originalité soit parfois critiqué par la doctrine qui postule de le remplacer par d'autres critères (4). Son influence sur les e-Universités sera également présentée (5).

1. L'absence de définition légale

130. Dans les textes internationaux. Si la Convention de Berne emploie la notion d'oeuvre originale²⁸⁷, elle le fait dans un sens différent : comme une oeuvre qui précède et sert de modèle pour une oeuvre dérivée (une traduction ou autre adaptation). Il en est de

²⁸⁵ S. VAN GOMPEL, *précité* ; v. aussi S. DUSOLLIER, (Re)introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain [in :] L. GUIBAULT et Ch. ANGELOPOULOS [dir.] *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, pp. 75 et ss.

²⁸⁶ P. SIRINELLI, Pierre, *Chronique de jurisprudence*, RIDA no. 215, (janvier 2008), p. 267.

²⁸⁷ Art. 2(3), 8, 11(2), 11ter(2), 14,(2) 14bis(1), 14ter (1) et 16(1).

même pour la Convention universelle sur le droit d'auteur²⁸⁸. Dans ce sens, l'oeuvre originale est simplement une oeuvre qui n'est pas une oeuvre dérivée ou contrefaite.

131. Dans les textes européens. On remarque de la part du législateur européen certaines tentatives de définition de la notion d'originalité. Ainsi, l'article 1(3) de la Directive 91/259/CEE relative à la protection des programmes d'ordinateur²⁸⁹, l'article 3(1) de la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données et l'article 6 de la Directive 93/98/CEE relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur²⁹⁰ définissent une oeuvre originale (logiciel, base de données ou photographie) comme « *une création intellectuelle propre à son auteur* » (*eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers*). À notre sens, cette définition ne diffère que très légèrement de celle présente en droit allemand²⁹¹. Elle a été dernièrement étendue par la CJUE à toutes catégories d'oeuvres²⁹².

132. En France. Le CPI n'évoque l'originalité que dans un seul article : L. 112-4 du CPI, selon lequel les titres des oeuvres sont protégés sous réserve de leur « *caractère original* ».

133. En Allemagne. La notion d'originalité (*Individualität*) est absente de la UrhG ; elle a été déduite par la doctrine de la définition de l'oeuvre protégée (*das Werk*) : *persönliche geistige Schöpfung* (l'article 2 de la UrhG)²⁹³.

134. Dans d'autres pays. Le *Copyright Act* étasunien énonce clairement la protection des « *original works of authorship* »²⁹⁴ ; le CDPA britannique aussi exige expressément l'originalité des oeuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques²⁹⁵. Parmi d'autres lois nationales qui énumèrent l'originalité comme une condition de protection par le droit d'auteur

²⁸⁸ Art. IV(1) et art. V(2)(e).

²⁸⁹ Le texte a été remplacé par la Directive 2009/24/CE, sans que l'art. susvisé ne change.

²⁹⁰ Le texte a été remplacé par la Directive 2006/116/CE sans que l'art susvisé ne change.

²⁹¹ V. *infra* no. 133.

²⁹² V. *infra* no. 153.

²⁹³ H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2e ed., C.H. Beck 2010, no. 161.

²⁹⁴ Section 102 du Copyright Act 1976 (17 U. S. C.).

²⁹⁵ Section 1(1)(a) du CDPA.

on compte aussi la loi polonaise²⁹⁶. Aucune de ces lois ne définit pour autant le contenu de la notion.

2. Tentatives de définition dans la doctrine et la jurisprudence

135. Plan. Il a donc été laissé à la doctrine et à la jurisprudence de définir le contenu de la notion d'originalité. La tâche est bien difficile, voire impossible, car « *ce concept se joue (...) des mots et aucune définition ne pourra lui enlever la souplesse qui lui est inhérente* »²⁹⁷. Traditionnellement, dans les pays du droit d'auteur (a) et ceux du *copyright* (b) l'on aboutissait à une définition différente.

a. Dans la tradition du droit d'auteur

136. Plan. Dans la tradition du droit d'auteur quand il s'agit de définir l'originalité l'on peut distinguer deux courants : un courant subjectif (i) et un courant objectif (ii). La différence entre les deux approches a été bien cernée par MM. Lucas, pour lesquels : « *[d]ans une approche objective, on dira que le cheminement importe peu et que seul compte le résultat. Dans une approche subjective, on mettra l'accent sur le lien entre l'oeuvre et le créateur* »²⁹⁸.

i) Courant subjectif

137. Principe. Dans le courant subjectif, l'originalité est définie comme « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ». Il s'agit donc d'un lien spécifique entre la personne de l'auteur et son oeuvre qui en est le prolongement. Dans cette approche, le monopole vise à protéger ce lien²⁹⁹.

²⁹⁶ Art. 1(1) de la loi polonaise sur le droit d'auteur (Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83), qui emploie la notion allemande d'individualité.

²⁹⁷ C. CARON, *précité*, p. 86, no. 96.

²⁹⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précité*, p. 63, no. 48.

²⁹⁹ *Idem*, p. 133, no. 125

138. Les travaux de Henri Desbois. La paternité de cette théorie peut être attribuée à Henri Desbois. S'il y a dans la doctrine française un paragraphe qui mérite d'être cité *in extenso*, c'est certainement le célèbre exemple du Professeur :

„Voici deux peintres, qui, sans s'être concertés et se promettre un mutuel appui, fixent l'un après l'autre sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage. Le second de ces paysages n'est pas nouveau au sens objectif du mot, puisque, par hypothèse, le premier a pour sujet le même site. Mais le défaut de nouveauté ne met pas obstacle à la constatation de l'originalité : les deux peintres, en effet, ont déployé une activité créatrice, l'un comme l'autre, en traitant, indépendamment l'un de l'autre, le même sujet. Peu importe que, s'ils appartiennent à la même école, leurs toiles respectives présentent des ressemblances telles que les regards attentifs d'experts-exercés risquent de commettre une erreur d'attribution : dès lors que les oeuvres d'art donnent prise aux droits d'auteur même si le sujet, au lieu d'être imaginaire, a été fidèlement emprunté au domaine des réalistes, ces deux toiles recevront la même qualification, indépendamment de leurs qualités respectives. Elles constituent l'une et l'autre des oeuvres absolument originales, si bien que celui des deux artistes, qui aura planté son chevalet le second, échappera aux remontrances du premier : il ne pourra encourir aucun reproche, du fait qu'il n'aura pas sollicité l'autorisation de son devancier, il n'aura commis aucune contrefaçon et ne sera envers lui tributaire d'aucune redevance.”³⁰⁰

Grâce à l'oeuvre de Desbois, l'approche subjective est devenue classique en droit français.

139. Originalité subjective, nouveauté objective. Le courant subjectif oppose l'originalité à la nouveauté, qui est une notion objective, en réservant cette deuxième au droit de propriété industrielle³⁰¹.

140. Jurisprudence. En France, la jurisprudence dominante — y compris la plus récente³⁰² — adopte l'approche subjective, en exigeant que l'oeuvre protégée porte « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ». La Cour de cassation a aussi consacré l'opposition entre l'originalité et la nouveauté³⁰³.

141. Appréciation critique. Sur le plan théorique l'approche subjective peut s'avérer tentante ; or, la pratique a dilué sa vraie signification. Peut-on toujours trouver la personnalité

³⁰⁰ H. DESBOIS, *précité*, p. 5

³⁰¹ V. par ex. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précité*, p. 120, no. 110.

³⁰² Cass 1re civ. 10 déc. 2014, pourvoi no : 13-23.076, inédit ; Cass 1re civ., 10 déc. 2014, pourvoi no. 10-19.923, inédit ; Cass 1re civ., 13 nov. 2014, pourvoi no. 13-20.209, inédit.

³⁰³ Cass. 1re civ. 11 févr. 1997 : JCP G 1997, II, 22973, 1re esp., note X. Daverat ; D. 1998, p. 290, 2e esp. note F. Greffe ; RTD com. 1999, p. 391, obs. A. Françon ; Cass 1re civ., 3 juin 1998 : RIDA 4/1998, p. 155 ; Cass. 1re civ., 20 mars 2007 : RIDA 3/2007, p. 355 ; Propr. intell. 2007, p. 361, 1re esp., obs. J. Passa.

de l'auteur dans un logiciel, ou dans une base de données, sans parler d'un panier à salade³⁰⁴ ou d'un décapsuleur³⁰⁵? En pratique on ne peut qu'admettre que « [s] 'il n'y a pas personnalité (dans l'oeuvre), l'auteur créé quand même et on protège »³⁰⁶. Force est de constater aussi que le fondement de l'approche érigée par Desbois n'est pas aussi solide qu'il puisse paraître. On ose rarement dire que dans l'exemple cité *supra* les deux tableaux sont, certes, subjectivement originaux, mais ils sont aussi objectivement nouveaux, car ils se distinguent forcément l'un de l'autre! L'exemple des deux peintres prouve en revanche que la protection ne s'étend pas aux idées (ici : comprises comme les sujets).

ii) Courant objectif

142. Principe. Le relâchement du lien entre l'auteur et son oeuvre, marqué par le changement dans l'approche théorique à la création³⁰⁷ suivi par l'apparition des logiciels, a forcé la doctrine et une partie de la jurisprudence à revisiter l'approche subjective à l'originalité³⁰⁸.

143. L'arrêt *Pachot*. En 1986 l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que l'auteur d'un logiciel « avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en oeuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée », et que « la cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par Monsieur Pachot portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision »³⁰⁹. Ce critère — l'apport intellectuel — illustre l'approche objective à l'originalité. Nous remarquerons que la Cour ne cherchait plus la personnalité de

³⁰⁴ Cass. crim., 2 mai 1961 : D. 1962, jurispr., p. 163, note P. Greffe ; JCP G 1961, II, 12242, note G. Raymond ; RTD com. 1961, p. 834, obs. P. Roubier et A. Chavanne.

³⁰⁵ Cass. crim., 9 oct. 1974 : RIDA 1975, no. 85, p. 176.

³⁰⁶ Marie-Françoise Marais, conférence donnée dans le cadre de l'AFPIDA, 14 févr. 2008, citée par M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précité*, p. 275, n°p. 3.

³⁰⁷ V. surtout R. BARTHES, La mort de l'auteur (1968), [in :] *Le bruissement de la langue*, Paris : Seuil, 1984, pp. 61-67.

³⁰⁸ V. par ex. A. MAFFRE-BAUGÉ, *L'oeuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité?*, thèse Montpellier 1997.

³⁰⁹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : JCP E 1986, II, no. 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, et I, 15791, no. 1, obs. M. Vivant et A. Lucas ; RIDA juill. 1986, p. 136, note A. Lucas ; RTD com. 1986, p. 399, obs. A. Françon ; D. 1986, jurispr. p. 405, note B. Edelman.

l'auteur dans l'oeuvre, mais plutôt un apport, une plus-value objective, et donc — nous n'hésitons pas à l'admettre — une nouveauté, mais une nouveauté qualifiée, marquée par l'intelligence de l'auteur. Dans son rapport sur l'arrêt le Conseiller Jonquerès a appelé l'originalité « *une notion à contenu variable* »³¹⁰, consacrant ainsi ce double standard : subjectif pour les oeuvres relevant de l'art « *pur* », objectivisé pour les logiciels et autres créations utilitaires.

144. Suite de l'arrêt Pachot. Le critère adopté dans l'arrêt Pachot a été vite subjectivisé à nouveau : en 1991, la Cour de cassation l'a remplacé par « *l'apport personnel* »³¹¹. Ainsi, on recherche toujours un apport, et donc d'une certaine nouveauté : une nouveauté marquée pas forcément de l'intelligence de l'auteur, mais de sa personnalité. L'originalité comprise comme cela est, à notre sens, un compromis entre l'approche objective et l'approche subjective. La solution s'est implantée dans la jurisprudence concernant les logiciels (ce qui témoigne qu'elle a été jugée compatible avec la définition européenne d'originalité) : en 2012, la Cour de cassation a cassé un arrêt au motif qu'il n'a pas cherché si « *les choix opérés témoignaient d'un apport intellectuel propre et d'un effort personnalisé de celui qui avait élaboré le logiciel* »³¹².

145. Appréciation critique. Si l'on veut admettre au sein du droit d'auteur les logiciels (et les droits international et européen l'exigent) et d'autres créations utilitaires, il est inévitable d'atténuer la rigidité de l'approche subjective à l'originalité. Cependant, dans un système aussi imprégné de considérations personalistes que le droit d'auteur français ce changement ne peut pas s'effectuer facilement. Il a été soulevé dans la doctrine — et à juste titre — qu'en l'absence de la personnalité de l'auteur dans l'oeuvre, il est difficile de justifier l'existence de droits moraux³¹³, surtout aussi développés qu'en France³¹⁴. Pour finir, nous remarquons aussi que l'application du double critère : différent pour les créations tournées vers

³¹⁰ RDPI, 1986, no. 3, p. 203 sous Ass. plén. 7 mars 1986.

³¹¹ Cass. 1re civ., 16 avr. 1991 : JCP G 1991, II, 21770, note H. Croze ; JCP E 1991, I, 141, no. 2, obs. M. Vivant et A. Lucas ; D. 1993, somm. p. 13, obs. C. Colombet (affaire *Isermatic*) ; aussi Cass. com. 3 mai 1994 : RIDA avr. 1995, p. 293.

³¹² Cass. 1re civ, 17 oct. 2012, pourvoi n° 11-21641.

³¹³ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 133, no. 124.

³¹⁴ V. *infra* no. 204.

le beau et pour celles tournées vers l'utile, est critiquable ; en effet, l'accès au même monopole ne peut pas être conditionné par deux critères différents³¹⁵!

146. Le subjectivisme extrême : l'unicité statistique. Le subjectivisme dans la définition d'originalité a été mené à son extrême par un auteur suisse, Max Kummer. Dans son ouvrage publié en 1968 (et donc à la même date que le célèbre essai de Roland Barthes « *La mort de l'auteur* »), Kummer proposait de protéger par le droit d'auteur tous les objets qui sont uniques du point de vue de la probabilité statistique³¹⁶. La théorie (dite d'unicité statistique) ne s'interroge donc pas sur le processus créatif ni sur la genèse de l'oeuvre — les objets créés par les forces de la nature ou fruits de pur hasard (qui ne sauraient être qualifiés d'oeuvres selon la systématique suivie par notre étude) peuvent donc remplir les critères de protection légale. L'approche n'a pas pu être bien accueillie par la doctrine³¹⁷, ni suivie par la jurisprudence. On constate ainsi qu'un certain degré de subjectivisme est nécessaire pour cerner la notion d'originalité en droit d'auteur.

b. Dans la tradition du *copyright*

147. Plan. Les droits d'auteur britannique (i) et étasunien (ii), bien qu'ils aient une racine commune, se distinguent par leur approche à l'originalité³¹⁸.

i) En droit britannique

148. Avant 1916 : *sweat of the brow*. Dans une ancienne décision *Walter v. Lane*³¹⁹ la Chambre des Lords (*House of Lords*) admit la protection par le droit d'auteur des notes prises par un rapporteur lors d'un discours d'un comte au motif que la prise de notes exigeait un certain degré d'effort (*industrious collection*). En effet, la protection de la « *sueur de*

³¹⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 132-133, no. 124.

³¹⁶ M. KUMMER, *précité*, pp. 30 et ss.

³¹⁷ V. par ex. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *précité* ; cependant, I. CHERPILLOD (*précité*, p. 62, no. 95) semble approuver le critère d'« unicité statistique ».

³¹⁸ Pour une analyse comparative, v. par ex. D. J. GERVAIS, *Feist Goes Global : A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law*, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, 49, p. 949 et ss.

³¹⁹ *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539

front » (*sweat of the brow*) était déjà établie en équité depuis quelques décennies³²⁰ ; il faut remarquer cependant que l'originalité n'était pas exigée par la loi de l'époque.

149. Après 1916 : *Labour, skill and judgement*. Le critère d'originalité a été inclus pour la première fois dans la loi britannique en 1911³²¹. Peu après, il a été jugé³²² que l'exigence est satisfaite si l'oeuvre en question est une création indépendante (dans le sens d'absence de copie) et que sa création a nécessité un certain degré de « *labour, skill and judgement* » (effort, compétence et discernement). Plus récemment, la Chambre des Lords a transformé ce critère en y ajoutant l'adjectif « *original* »³²³.

150. La survie du *labour, skill and judgement*. Le critère ancien a cependant été retenu par la jurisprudence et appliqué même dans les dernières décennies³²⁴. Aujourd'hui, au moins depuis l'arrêt *Infopaq*, la protection du simple effort par le droit d'auteur n'est plus possible³²⁵.

ii) En droit étasunien

151. *Original selection and arrangement*. En 1884, dans une affaire³²⁶ concernant l'originalité d'une des photographies représentant Oscar Wilde, la Cour Suprême a jugé qu'elle était le fruit de la « *conception originale de l'auteur* », apparente à travers le choix (*selection*) et la disposition (*arrangement*) des éléments constitutifs. L'arrêt a marqué la doctrine par son excellent raisonnement, et cela non seulement aux États-Unis.

152. Rejet du *sweat of the brow*. L'hypothèse de protection de l'effort (*sweat of the brow*) a été rejetée expressément par la Cour Suprême en 1991 dans un célèbre arrêt *Feist v.*

³²⁰ *Morris v. Ashbee*, [1868] 7 Eq. 34 ; *Kelly v. Morris*, [1866] 1 Eq. 697.

³²¹ Par le *Imperial Copyright Act* of 1911.

³²² *Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601.

³²³ *Newspaper Licensing Agency, Ltd. v. Marks & Spencer, plc*, [2001] UKHL 38 ; [2002] R.P.C.

³²⁴ *Express Newspapers Plc v. News (U.K.) Ltd.* [1990] F.S.R. 359 (Ch. D.)

³²⁵ V. *infra* no. 153.

³²⁶ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 60 (1884).

*Rural*³²⁷ dans lequel le standard de « *original selection and arrangement* » a été appliqué pour refuser la protection à un annuaire téléphonique³²⁸.

3. Influence du droit de l'Union Européenne

153. Harmonisation par la jurisprudence de la CJUE. Dans l'arrêt *Infopaq*³²⁹ la définition « *européenne* » d'originalité (« *création intellectuelle propre à son auteur* »)³³⁰, qui ne s'appliquait formellement qu'aux logiciels, photographies et bases de données, a été étendue à tous les types d'oeuvres. La solution a ensuite été confirmée et précisée dans des arrêts *Bezpečnostní softwarová asociace*³³¹, *Premier League*³³², *Painer*³³³, *Football Dataco*³³⁴ et *SAS*³³⁵. Ainsi, dans la recherche d'originalité il s'agit, selon la CJUE, de trouver dans l'oeuvre une « *touche personnelle* »³³⁶ de son auteur qui s'exprime à travers des « *choix libres et créatifs* »³³⁷ ou encore « *le choix, la disposition et la combinaison* »³³⁸ des composants de l'oeuvre. En revanche, « *lorsque l'expression (...) est dictée par [la] fonction technique [de l'oeuvre], le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en oeuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »³³⁹. Il en est de même quand les « *règles [du genre] ne laissent pas de place pour une liberté créative* »³⁴⁰.

³²⁷ *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).

³²⁸ J. C. GINSBURG, No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After *Feist v. Rural Telephone*, *Columbia Law Review* 1992, no. 92, p. 338 et s.; cf. *infra* no. 161 et ss. sur la protection des recueils.

³²⁹ CJUE, 16 juill. 2009, C-05/08 (*Infopaq*), no. 37.

³³⁰ V. *supra* no. 131.

³³¹ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09.

³³² CJUE, 4 oct. 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08.

³³³ CJUE, 1 déc. 2011, C-145/10.

³³⁴ CJUE, 1 mars 2012, C-604/10.

³³⁵ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10.

³³⁶ CJUE, 1 déc. 2011, C-145/10 (*Painer*), no. 92

³³⁷ CJUE, 1 mars 2012, C-604/10 (*Football dataco*), no. 38, v. aussi CJUE, 1 déc. 2011, C-145/10 (*Painer*), no. 94.

³³⁸ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10 (*SAS*), no. 67

³³⁹ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace*), no. 49.

³⁴⁰ CJUE, 4 oct. 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08 (*Premier League*), no. 98.

154. Accueil. Après l'arrêt *Infopaq*, M. Caron n'a pas hésité à annoncer la victoire de la conception française (concrétisée par Desbois) sur la conception anglo-saxonne³⁴¹. Selon cet auteur « *le juriste français ne sera pas dépaysé par cette conception de l'originalité qui a toujours été une notion particulièrement souple. En effet, loin de se fonder sur la nouveauté objective, la Cour consacre une originalité subjective en la rattachant expressément à un auteur (...)* »³⁴². Nous ne partageons pas ce point de vue ; en effet c'est bien la Cour Suprême étasunienne qui recherche « *la conception originale de l'auteur* » dans « *le choix et la disposition* » depuis 1884³⁴³. MM. Vivant et Bruguière voient dans la définition « *européenne* » d'originalité plutôt une consécration de la solution de l'arrêt *Pachot*³⁴⁴. Force est de constater que le législateur français n'a pas jugé opportun de transposer la définition d'originalité présente dans les trois directives, manifestement parce qu'il l'a considérée conforme à la jurisprudence traditionnelle française³⁴⁵. Nous partageons la position des MM. Lucas qui jugent cette attitude comme « *abusive* »³⁴⁶. En effet, à notre sens la notion « *européenne* » d'originalité est proche de celle retenue par l'arrêt *Pachot*, mais elle est tout de même bien distincte de la conception subjective comme l'a décrite Henri Desbois. Par conséquent, les tribunaux français continuent — à tort selon nous — de rechercher « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* » dans les oeuvres de l'esprit. En revanche, le critère appliqué en France aux logiciels devrait être étendu aux autres créations. S'agissant du droit allemand, le critère de protection adopté en droit européen ne diffère guère de la définition même de l'oeuvre consacrée expressément par la UrhG.

4. Appréciation critique

155. Doctrine. La notion d'originalité, malgré son rôle essentiel en droit d'auteur, est parfois critiquée par la doctrine. Ainsi, selon M. Gautier, « *ou bien la jurisprudence recherche*

³⁴¹ C. CARON, note à propos de l'arrêt *Infopaq*, CCE 2009, no. 11, comm. 97.

³⁴² C. CARON, *Droit d'auteur...*, précité, p. 82, no. 88.

³⁴³ V. *supra* no. 151.

³⁴⁴ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, précités, p. 276, no. 274.

³⁴⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, précités, p. 131, no. 123.

³⁴⁶ *Ibidem*.

le mérite, sous couvert d'originalité, ou bien elle ne recherche ni l'un, ni l'autre, se contentant d'utiliser formellement l'adjectif 'original', selon une clause de style propre à satisfaire la Cour de cassation »³⁴⁷. Dans une ancienne édition de son traité, l'auteur écrivait même que « [p]lutôt que d'évaluer la faible originalité d'un annuaire ou d'un panier à salade, qui fait tout autant appel à l'appréciation subjective du juge, mieux vaudrait peut-être renoncer à la vérification d'originalité »³⁴⁸. Parmi d'autres critiques de cette notion il faut énumérer aussi M. Laligant ; selon lui, il serait préférable d'appeler le critère d'accès à la protection du droit d'auteur « création », et non pas « originalité »³⁴⁹.

5. Application de la notion aux écrits scientifiques et aux ressources pédagogiques numériques

156. Rappel : protection limitée à la forme d'expression. Avant de voir comment la notion d'originalité peut s'appliquer aux écrits scientifiques et aux ressources pédagogiques numériques, il convient de rappeler que les idées, les informations brutes, les faits, les théories abstraites et les méthodes échappent à la protection du droit d'auteur³⁵⁰. Néanmoins, les oeuvres scientifiques peuvent être protégées par le droit d'auteur à condition que leur expression (par exemple le plan) constitue une « création intellectuelle propre à son auteur ». Il est donc possible d'imaginer un travail d'une grande valeur scientifique, mais dépourvu de toute originalité, car présenté sous une forme banale³⁵¹ (tel peut être le cas de certains articles ou encore des cours de base destinés aux étudiants en licence). La protection des oeuvres scientifiques est donc faible³⁵² (car le droit d'auteur n'empêche aucunement un autre chercheur

³⁴⁷ P.-Y. GAUTIER, *précité*, no. 51, p. 64.

³⁴⁸ P.-Y. GAUTIER, *précité* (6ème éd. 2007), no. 51.

³⁴⁹ O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

³⁵⁰ V. *supra* no. 109.

³⁵¹ C'est à cause de l'absence d'originalité que la protection a été refusée à un cours diffusé par un instituteur dans la célèbre affaire « *Etre et avoir* » : Cass 1re civ., 13 nov. 2008, no. 06-16.278 : Jurisdata no. 2008-045785 ; Bull. civ. 2008, I, no. 259 ; RLDI 2009/46, no. 1501, obs. M. Scafner, A. Abello et G. Sroussi.

³⁵² Pour des illustrations jurisprudentielles v. par ex. : BGH, 27 mars 1963, Ib ZR 129/61, BGHZ 39, 306-311 – (*Rechenschieber*) ; BGH 21 nov. 1980, I ZR 106/78, GRUR 1981, 352-353 – (*Staatsexamensarbeit*).

d'emprunter les éléments non-protégés d'une oeuvre de son collègue ; il suffit de changer la forme d'expression), et leur originalité doit être appréciée au cas par cas.

157. Siège de l'originalité d'une oeuvre scientifique. L'originalité d'une oeuvre scientifique s'apparente à celle d'une compilation, car elle réside dans le choix et la disposition des matières qui la constituent³⁵³. Ainsi, la cour d'appel provinciale (*Oberlandesgericht*) de Francfort a pu juger que l'originalité d'une dissertation (*Habilitationschrift*) résidait dans la compilation (*Sammlung*), le choix (*Auswahl*), la répartition (*Einteilung*), la disposition (*Anordnung*) et la mise en forme (*sprachliche Gestaltung*) des contenus³⁵⁴.

158. Révision à la baisse ; présomption d'originalité des oeuvres scientifiques? Force est de constater que les conditions d'accès au droit d'auteur ont tendance à être revues à la baisse — si l'on y admet un panier à salade³⁵⁵, on peut difficilement refuser la protection à un article scientifique. Ainsi, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques bénéficient souvent d'une espèce de « *présomption d'originalité* », autrefois réservée aux oeuvres dont l'originalité et classiquement forte, tel un roman de fiction ou un opéra...

159. Exemple : thèses. Il arrive régulièrement que la jurisprudence consacre l'originalité d'une thèse de doctorat. Ainsi, on retrouve par exemple des décisions portant sur des thèses en gestion³⁵⁶, en droit privé³⁵⁷ ou en droit d'auteur³⁵⁸. Une thèse peut aussi faire l'objet d'un auto-plagiat³⁵⁹. Il apparaît que la quasi-totalité des thèses qui ne sont pas plagiées va remplir le critère d'originalité. Certaines chartes de thèses exigent même l'originalité de la thèse³⁶⁰. Des questions peuvent toutefois être soulevées concernant la titularité des droits sur une thèse³⁶¹.

³⁵³ V. *infra* no. 161.

³⁵⁴ OLG Frankfurt a. M. 27 mars 2012, 11 U 66/11, ZUM 2012, 574-577.

³⁵⁵ V. *supra* no. 141.

³⁵⁶ CA Paris, 17 mai 1975 : RIDA 1975, p. 33, Gaz. Pal. 1977, 1, p. 15.

³⁵⁷ Cass. crim., 15 juin 2010 : CCE 2010, comm. 95, C. Caron.

³⁵⁸ CA Douai, 3 juillet 2012 : CCE 2012, comm. 121, C. Caron.

³⁵⁹ CA Paris, 4 juin 2004 : Propr. intell. 2004, no. 13, p. 923, obs. P. Sirinelli.

³⁶⁰ Par ex. la charte des thèses de l'Université Paris-Dauphine prévoit que « *Le sujet de thèse conduit à la réalisation d'un travail à la fois original et formateur, dont la faisabilité s'inscrit dans le délai prévu* » - v. sur http://www.edd.dauphine.fr/fileadmin/mediatheque/edd/Charte_des_these_de_l_Universite_Paris-Dauphine_approuve_CS_et_CA_juin_2014.pdf, p. 3, consulté le 13 décembre 2017.

³⁶¹ V. *infra* no. 231.

§ 3. *Kleine Münze* du droit d'auteur

160. Plan. Pour mieux cerner le sens réel de l'originalité, il est utile de se pencher sur la « *petite monnaie* » du droit d'auteur — les créations de faible originalité, mais qui peuvent cependant être admises à la protection du droit d'auteur. Du point de vue de notre étude, les plus intéressantes créations de ce type incluent : les recueils (A), les extraits d'oeuvres (B) et les cartes géographiques (C).

A. Recueils

161. Principe. La protection des recueils est consacrée dans les textes internationaux³⁶² et européens³⁶³. Elle est aussi prévue par l'article L. 112-3 du CPI et l'article 4 de la UrhG. Les deux textes nationaux — inspirés des textes internationaux — indiquent que l'originalité des recueils doit être recherchée « *dans le choix ou la disposition des matières* »³⁶⁴.

162. La protection limitée à la structure. L'originalité d'un recueil est indépendante de l'originalité de ses parties constitutives. Il en résulte qu'une compilation d'éléments qui se trouvent dans le domaine public peut être protégée par le droit d'auteur, si sa structure — son « *enveloppe* » — est originale. Toutefois, la protection se limite uniquement à cette structure, délimitée par le choix et la disposition des éléments constitutifs, sans s'étendre en aucun cas aux éléments constitutifs du recueil³⁶⁵.

163. Choix ou disposition des matières : illustration. Prenons pour exemple un recueil d'oeuvres de Shakespeare. S'il comprend uniquement un certain nombre d'oeuvres de ce dramaturge, sélectionnées par l'éditeur sur les critères subjectifs (« *Meilleures oeuvres de Shakespeare* »), il est susceptible de recevoir la protection du droit d'auteur (originalité dans le choix). S'il comprend toutes les oeuvres de Shakespeare, il peut pour autant être original

³⁶² Art. 10.2 de l'ADPIC, l'art. 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, l'art. 5.2 de la Convention de Berne.

³⁶³ Art. 1.2 de la Directive 96/9/CE.

³⁶⁴ Nous observons qu'il s'agit ici d'une alternative.

³⁶⁵ Art. L. 122-3 du CPI et 4(1) de la UrhG

par la disposition de ces oeuvres qui, au lieu d'être classées de manière banale, comme par ordre chronologique ou alphabétique, peuvent être classées, par exemple, par thème ou par importance appréciée subjectivement par l'éditeur. Uniquement dans l'hypothèse où le recueil contiendrait toutes les oeuvres de Shakespeare (ou toutes les oeuvres remplissant un critère subjectif, comme par exemple celles dont l'action se passe en dehors d'Angleterre) qui seraient en plus classées dans un ordre banal (par exemple chronologique ou alphabétique), il ne saurait remplir les critères de protection. Il est important de ne pas oublier que le fait que la compilation soit protégée par le droit d'auteur ne confère aucun droit exclusif sur les oeuvres de Shakespeare qui demeurent dans le domaine public. Il signifie seulement, pour simplifier, qu'un autre éditeur ne peut pas publier la même anthologie (où les mêmes oeuvres sont incluses dans le même ordre) sans autorisation de l'auteur de la compilation originale.

164. Illustration jurisprudentielles. Nombreuses sont des décisions en faveur de la protection de catalogues³⁶⁶, anthologies³⁶⁷, ou même annuaires³⁶⁸. Mais la jurisprudence sur ce point manque cruellement de cohérence³⁶⁹, ce qui est très regrettable.

165. Réflexion sur les compilations des données de recherche. Il a été soulevé³⁷⁰ à juste titre que les compilations de données de recherche (jeux de données) préparées par les chercheurs remplissaient rarement le critère d'originalité. En effet, en récoltant les données les chercheurs ne procèdent habituellement pas à une sélection basée sur des critères subjectifs ; au contraire, ils ont pour ambition d'inclure un nombre maximal de données pertinentes. Quant à la disposition, celle-ci aussi reposera normalement sur des critères objectifs (par exemple par ordre alphabétique, chronologique, de croissance...).

³⁶⁶ Par ex. : CA Bordeaux 24 août 1864 : DP 1864, 2, p. 76 ; S. 1864, 2, p. 94 ; Cass 1re civ. 7 mars 2006, RLDI 2006/15, 432.

³⁶⁷ Par ex. : OLG Köln 21 déc. 2011, I-6 U 118/11, GRUR-RR 2012, 325 (*Newton-Bilder*).

³⁶⁸ Par ex. TGI Paris 24 sept. 1976 : RIDA 3/1997, p. 155 ; CA Paris, 29 sept. 2000 : JCP G 2001, IV, 1400.

³⁶⁹ Par ex., la protection a été refusée à des catalogues (CA Versailles, 27 avr. 2006 : RLDI 2006, 560), ou des annuaires (CA Paris, 12 nov. 1997 : Gaz. Pal. 1997, I, somm. p. 201, note L. Tellier-Loniewski) ; v. surtout : Cass 1re civ., 2 mai 1989, JCP G 1990, II, 21392, note A. Lucas ; RIDA 1/1990, p. 309 (l'arrêt *Corposa*, déclarant que « le travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi »).

³⁷⁰ I. HARGREAVES et al., *Standardisation in the Area of Innovation and Technological Development, notably in the Field of Text and Data Mining*, Commission Européenne 2014, p. 48.

B. Extraits d'oeuvres

166. Principe. En pensant s'abriter des problèmes de nature juridique, les enseignants-chercheurs se contentent parfois de n'utiliser dans leurs travaux que des extraits d'oeuvres. Or, on le sait, la taille de l'oeuvre est un facteur indifférent du point de vue du droit d'auteur. Pour accéder à la protection il suffit que les extraits soient originaux. Existe-t-il un seuil quantitatif au-dessous duquel l'originalité serait *a priori* exclue? La réponse partielle a été apportée par la CJUE dans l'arrêt *Infopaq*³⁷¹. S'agissant d'extraits de 11 mots, la CJUE a jugé qu'ils peuvent s'avérer originaux. En revanche, l'originalité des mots individuels a été expressément exclue (on peut cependant, à notre sens, trouver l'originalité dans certains néologismes...). Il nous semble que même l'association de deux mots puisse être originale, ce dont témoigne la protection qui est accordée aux certains titres³⁷². Il semble alors qu'un seul choix (le choix d'un seul mot) ne suffit pas pour accéder à la protection ; un élément de disposition est aussi nécessaire (association de deux ou plusieurs mots).

C. Cartes géographiques

167. Principe. Les cartes sont énumérées comme des oeuvres protégeables dans l'article L. 122-2, 11° du CPI ainsi que dans l'article 2(1), 7 de la UrhG (avec d'autres illustrations de caractère technique). Pourtant, il est difficilement concevable comment des oeuvres qui, par leur nature même, ont pour but de représenter la réalité de manière aussi fidèle que possible, puissent porter l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs. C'est d'autant plus le cas que le choix des éléments qui pourrait être arbitraire (tels que les couleurs ou l'échelle), est souvent limité par les conventions qui s'imposent aux cartographes. Il semble cependant que ce choix limité puisse suffire pour conférer l'originalité à une carte géographique. Dans cette hypothèse, il est impossible de retenir l'approche subjective à l'originalité.

³⁷¹ CJUE, 16 juill. 2009, C-05/08.

³⁷² V. par ex. CA Paris, 25 oct. 1995 : Légipresse 1995, III, p. 149 (*Charlie Hebdo*), CA Paris, 4 avril 1960 : JCP G 1960, II, 11659, concl. M. Combaldieu ; D. 1969, p. 535, note H. Desbois (*Les liaisons dangereuses*), v. même : CA Paris, 25 sept. 1989, RIDA 2/1990, p. 207 (*Le chardon*) ; la solution beaucoup plus rare en Allemagne, v. par ex. : OLG Köln, GRUR 1962, 534 – (*Der Mensch lebt nicht vom Lohn allein*).

168. Illustrations jurisprudentielles. Un certain nombre de décisions ont consacré la protection des cartes et plans géographiques³⁷³. Or la jurisprudence concernant les cartes géographiques manque de cohérence : comment expliquer le fait que la protection ait été admise pour un plan de Sallanches³⁷⁴, mais refusée à un plan de Darguignan³⁷⁵...?

169. L'originalité des jeux de données de recherche. Il peut paraître au premier regard que rares sont les projets de recherche (sauf ceux qui s'intéressent directement au beau, comme les études littéraires) où les données sauraient remplir le critère d'originalité. Et si l'on retient l'approche subjective à l'originalité, tel est effectivement le cas. Toutefois, la notion d'originalité est tellement difficile à cerner (même si elle semble se réduire à une liberté de choix) et son application par les tribunaux tellement difficile à prédire, qu'en pratique tous les projets qui s'intéressent à la création humaine peuvent avoir à faire avec les oeuvres originales. En particulier, il ne faut pas oublier que peuvent aussi être protégés les plans, les cartes géographiques et les illustrations à caractère technique. De surcroît, même dépourvues d'originalité, les données de recherche peuvent faire partie d'un recueil (base de données) original ; cependant, ceci ne confère pas la protection aux données incluses dans le recueil, mais seulement à sa structure : le choix et la disposition des données. Les données individuelles (non-originales) peuvent être librement extraites d'une telle base de données. Toutefois, un jeu de données original ne peut pas être reproduit dans son intégralité, du moins non « *en état* » — et le travail de science moderne suppose souvent une telle réutilisation des données.

En revanche, il est important de retenir que (ce qui n'a pas toujours été clair) le simple effort investi dans les travaux de collecte et de compilation des données ne suffit pas pour prétendre à la protection du droit d'auteur. Ainsi, un chercheur qui se borne à récolter des données non-protégées, sans les organiser de manière originale, n'a pas accès au monopole du droit d'auteur, même s'il a consacré des décennies à effectuer ce travail.

³⁷³ Par ex. CA Paris, 7 janvier 1991 : JCP G 1991, IV, p. 180, D. 1992, somm. p. 13, obs. C. Colombet (carte routière Michelin), CA Paris, 22 juin 1999 : CCE 1999, comm. 36, C. Caron, pourvoi rejeté par Cass 1re civ., 8 janv. 2002 : RIDA 3/2002, p. 321, obs. A. Kéréver (plan du cimetière Père-Lachaise).

³⁷⁴ CA Chambéry, 22 févr. 2007, JurisData no. 2007-338398.

³⁷⁵ CA Aix, 6 nov. 2008, JurisData no. 2008-006036.

170. Transition. Dans cette section, nous avons démontré que non seulement les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques, mais aussi certaines données de recherche ainsi que leur compilations (jeux de données) peuvent être protégés par le droit d'auteur. Il convient maintenant de présenter le contenu de ce droit : le monopole conféré aux auteurs des oeuvres protégées.

Section 2 : Les droits exclusifs des auteurs

171. Introduction. Comme nous l'avons exposé dans la première section de ce chapitre, les écrits scientifiques, les ressources pédagogiques et même les données de recherche peuvent être protégées par le droit d'auteur. Il convient donc de voir maintenant en quoi consiste le monopole des auteurs, et quel peut être son impact sur les missions des e-Universités. On distingue deux volets du monopole des auteurs : les droits patrimoniaux (§1) et les droits moraux (§2).

§1. Les droits patrimoniaux des auteurs

172. Remarque générale. Les droits patrimoniaux confèrent à l'auteur « *le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire* »³⁷⁶ de son oeuvre.

173. Durée. En règle générale (qui connaît quelques rares exceptions), les droits patrimoniaux expirent soixante-dix ans après la mort de l'auteur³⁷⁷. La solution est depuis un certain temps harmonisée au niveau européen³⁷⁸ ; les textes internationaux n'exigent cependant qu'une période de cinquante ans³⁷⁹.

³⁷⁶ Cass. civ. 25 juill. 1887 : S. 1888, 1, 17, note Ch. Lyon-Caen.

³⁷⁷ Art. 64 de la UrhG, art. 123-1 du CPI.

³⁷⁸ Art. 1.1 de la Directive 93/98/CEE du 29 oct. 1993, codifiée par la Directive 2006/116/CE du 12 déc. 2006.

³⁷⁹ V. art. 7.1 de la Convention de Berne.

174. Plan. Nous allons présenter le contenu des droits patrimoniaux visés par les textes internationaux et européens (A) et par les textes nationaux (B).

A. En droit international et européen

175. Plan. L'on retrouve un catalogue des droits patrimoniaux dans des textes internationaux (1) et européens (2).

1. En droit international

176. Convention de Berne. La Convention de Berne (dont l'acte original date de 1886, et le dernier acte — de 1979) prévoit les droits exclusifs suivants : le droit d'adaptation (article 12, article 8 pour les traductions), le droit de reproduction « *de quelque manière et sous quelque forme que ce soit* » (article 9) et le droit de représentation publique et de transmission (article 11 pour les oeuvres dramatiques et musicales, article 11ter pour les oeuvres littéraires, article 11bis pour la radiodiffusion, article 14(1) pour les oeuvres cinématographiques). Cette liste constitue une base pour les autres textes restant en relation avec la Convention de Berne.

177. Convention Universelle sur le droit d'auteur. La Convention Universelle (datant de 1953, révisée en 1971) sur le droit d'auteur ne prévoit expressément qu'un droit exclusif : celui de faire et de publier les traductions des oeuvres protégées (article V).

178. Accord sur les ADPIC. À la liste des droits prévus par la Convention de Berne, l'accord sur les ADPIC (signé en 1994) ajoute le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale des programmes d'ordinateur ou d'oeuvres cinématographiques (article 11).

179. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (adopté en 1996) complète la liste des droits en y ajoutant le droit de distribution (définie comme la mise des exemplaires de l'oeuvre à la disposition du public par la vente ou tout autre transfert de propriété — article 6), le droit de location (il s'agit de location commerciale des programmes d'ordinateurs, des oeuvres cinématographiques et d'oeuvres incorporées dans les phonogrammes — article 7) et le droit de communication au public (définie comme

« toute communication (...) par fil ou sans fil, y compris (...) de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée » — l'article 8).

2. En droit européen

180. Sources. La Directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (codifié par la Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur) harmonise lesdits droits sur les supports matériels des oeuvres. Plus récemment, la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information a prévu un certain degré d'harmonisation quant au contenu des droits exclusifs³⁸⁰, sans pour autant affecter les droits consacrés par la Directive 92/100/CEE (considérant 28 de la Directive 2001/29/CE).

181. Droits exclusifs. La Directive 92/100/CEE (codifiée par la Directive 2006/123/CE) consacre les droits de location et de prêt des supports matériels des oeuvres protégées. La Directive 2001/29/CE prévoit trois types de droits exclusifs des auteurs sur les oeuvres : le droit de reproduction (article 2), le droit de communication au public (article 3) et le droit de distribution (article 4).

182. Formulation large. Les droits exclusifs prévus par la Directive 2001/29/CE sont formulés de manière très large ; ainsi, l'article 2 parle de reproduction « *directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* » ; l'article 3 — de « *toute communication au public (...) par fil ou sans fil, y compris (...) de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* » et l'article 4 de « *toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement* » (toutefois, ce dernier droit est limité par la doctrine de « *première vente* », expressément consacrée par l'article 4(2) de la même Directive).

183. Interprétation large. En dépit de leur formulation large, les droits exclusifs doivent aussi recevoir une interprétation large, comme prévu par les considérants 21 (à propos du droit de la reproduction), 23 (à propos de la communication au public), 24 (à propos du

³⁸⁰ V. : F. POLLAUD-DULIAN, Les droits exclusifs consacrés par la directive, Propri. intell. 2002, no. 2, p. 7.

droit de mise à disposition) de la Directive 2001/29/CE et par la jurisprudence de la CJUE³⁸¹. Il en résulte que d'autres droits exclusifs peuvent en être déduits, comme par exemple le droit d'adaptation qui peut être conçu comme une forme du droit de reproduction³⁸².

184. Programmes d'ordinateur. L'article 4 de la Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (codifiée par la Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009) prévoit trois droits exclusifs : la reproduction (le droit qui s'étend à tous les actes nécessitant une reproduction), l'adaptation (comprenant aussi la traduction, la transformation et l'arrangement) et la distribution au public (y compris la location). Ainsi, la communication ou la mise à disposition du public d'un programme d'ordinateur ne relèvent pas des prérogatives du titulaire des droits tant qu'elles ne nécessitent pas la reproduction.

B. En droit national

185. Plan. Les paragraphes suivants vont présenter le contenu des droits patrimoniaux en droit français (1) et en droit allemand (2).

1. En droit français

186. Approche synthétique : deux prérogatives classiques. Le système des droits patrimoniaux en France reste fondé sur deux prérogatives classiques³⁸³, énumérées dans l'article L. 122-1 du CPI : le droit de reproduction et le droit de représentation. Ainsi, on peut dire que le législateur français adopte classiquement une approche synthétique des droits patrimoniaux³⁸⁴.

³⁸¹ V. par ex. CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08 (*Infopaq*), no. 41 : CCE 2009, comm. 97, C. Caron ; JCP G 2009, no. 39, 272, note L. Marino ; Propr. intell. 2009, no. 33, p. 379, note V.-L. Benabou ; RTD eur. 2010, p. 944, obs. E. Treppoz (droit de reproduction) ; CJUE, 4 oct. 2011, (*Football Association Premier League Ltd.*), CCE 2011, comm. 110, C. Caron ; JCP G 2012, 978, no. 3, obs. C. Caron ; Propr. intell. 2012, no. 42, p. 51, note V.-L. Benabou (droit de communication au public).

³⁸² J.-P. TRIAILLE, *Study on the legal framework of text and data mining*, European Commission 2014, p. 31/32.

³⁸³ C. CARON, *précité*, pp. 277 et ss., no. 308 et ss.

³⁸⁴ *Ibid.*

187. Droit de reproduction. La reproduction est définie par l'article L. 122-3 du CPI comme une « *fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* ». Ainsi, le droit français exige deux éléments : l'élément matériel (fixation sur un support matériel) et l'élément moral (possibilité de communiquer l'oeuvre au public). S'agissant de l'élément matériel, il est défini de manière suffisamment large pour englober les « *nouveaux* » moyens de reproduction³⁸⁵ (y compris la reprographie³⁸⁶), la numérisation³⁸⁷ ou même l'adaptation (y compris la traduction et toute autre transformation)³⁸⁸. S'agissant de l'élément moral, les copies uniques faites pour un usage privé semblent tomber en dehors du champ du droit de reproduction ; toutefois, il n'est pas clair si l'intention de communiquer l'oeuvre au public doit être prouvée pour constituer un acte de reproduction au sens du CPI (telle semble être la position de la jurisprudence³⁸⁹ et d'une partie de la doctrine³⁹⁰), ou si seule la possibilité de le faire suffit. À notre sens, à la lumière de l'article 2 de la Directive 2001/29/CE qui consacre une définition large de la reproduction, il faudrait abandonner l'élément moral de la définition française, ou au moins se satisfaire d'un test objectif qui ne prend pas en compte l'intention. De toute manière, les reproductions destinées uniquement à un usage privé sont exemptées de droits exclusifs par l'exception de copie privée³⁹¹.

188. Droit de représentation. Le droit de représentation est la dénomination traditionnelle de ce que la Directive 2001/29/CE appelle (dans son article 3) « *le droit de communication au public* ». L'article L. 122-2 du CPI définit la représentation comme une « *communication de l'oeuvre par un procédé quelconque* ». Cette communication peut donc être directe (il s'agit des modes traditionnels comme par exemple ceux évoqués par l'article L. 122-2 du CPI : récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique ou encore exposi-

³⁸⁵ Y. GAUBIAC, Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur, RIDA oct. 1984, p. 23 et RIDA janv. 1985, p. 107.

³⁸⁶ La reprographie bénéficie d'un régime spécifique consacré par l'art. L. 122-10 du CPI.

³⁸⁷ TGI Paris, ord. réf, 14 août 1996 : RIDA 1997, no. 171, p. 361, note C. Caron ; D. 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1997, p. 97, obs. A. Françon et nombreuses décisions postérieures.

³⁸⁸ Le droit de traduction, adaptation, transformation ou arrangement est confirmé — sans que ce soit vraiment nécessaire — par l'art. L. 122-4 du CPI.

³⁸⁹ Cass. 1re civ., 26 janv. 1994 : RIDA oct. 1994, p. 433.

³⁹⁰ C. CARON, *précité*, p. 279-280, no. 310.

³⁹¹ V. *infra* no. 463 et ss.

tion publique d'une oeuvre graphique³⁹²) ou indirecte (projection publique, télédiffusion par tout procédé, transmission par Internet³⁹³). Selon l'interprétation imposée par la Directive 2001/29/CE, la notion de représentation doit aussi englober la communication au public « *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* »³⁹⁴.

189. La notion de public. La notion de public, cruciale tant pour le droit de représentation que pour le droit de reproduction³⁹⁵, n'a pourtant pas été définie par le législateur français³⁹⁶. La doctrine la définit comme « *un nombre indéterminé de personnes qui n'ont pas forcément une relation de clientèle avec celui qui permet la communication de l'oeuvre* »³⁹⁷. Il convient de remarquer que par « *public* » on comprenait jadis un groupe de personnes réuni au même moment dans un même endroit ; les nouveaux modes de communication ont rompu d'abord avec l'unité spatiale³⁹⁸ et ensuite avec l'unité temporelle³⁹⁹.

190. Prérogatives « modernes ». On peut constater que l'approche synthétique du droit français n'a pas bien résisté au temps. De nouvelles prérogatives ont dû pénétrer le système, notamment sous la pression du droit de l'Union Européenne. Il s'agit surtout du droit de distribution (l'article 4 de la Directive 2001/29/CE, mais aussi l'article 6 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur), soumis à l'épuisement. Il est remarquable que ce droit n'existe toujours pas formellement dans le CPI, mais on en retrouve une trace dans l'article L. 122-3-1. Un autre droit qui entre difficilement dans le système dichotomique est le droit de destination

³⁹² Cass. 1re civ., 6 nov. 2002 : CCE 2003, comm. 2, C. Caron ; Légipresse 2003, no. 201, III, p. 66, note A. De-faux.

³⁹³ Ceci ne suscite aucune controverse ni dans la doctrine (T. DESURMONT, Qualification juridique de la transmission numérique, RIDA 1996, no. 170, p. 55), ni dans la jurisprudence, constante depuis T. com. Paris, 3 mars 1997 : JCP E 1997, I, 657, obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc ; Légipresse 1997, no. 142, III, p. 85, obs. Ch. Caron.

³⁹⁴ V. *supra* no. 182.

³⁹⁵ Si l'on recherche toujours son élément moral (v. *supra* no. 187).

³⁹⁶ Mais cf. notamment CJUE, 15 mars 2012, C-135/10 (*SCF*) — selon la Cour, le public implique un « *nombre de personnes assez important* ».

³⁹⁷ A. FRANÇON, La notion de public selon le droit d'auteur français, [in :] *Mélanges Alain Sayag*, Litec 1997, p. 23.

³⁹⁸ Cass. 1re civ., 6 avr. 1994 : D. 1994, jurispr. p. 179, note P.-Y. Gautier ; RTD Com. 1994, p. 272, obs. A. Françon ; D. 1995, somm. p. 110, obs. C. Colombet ; JCP G 1994, II, 22273, note J.-Ch. Galloux, RIDA 1994, no. 161, p. 367, note A. Kéréver.

³⁹⁹ Voir *supra*, l'art. 3 de la Directive 2001/29/CE et l'art. 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur : « (...) *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ».

(encré, encore selon Desbois⁴⁰⁰, dans l'article L. 131-3 du CPI), qui permet au titulaire des droits d'interdire certains usages des reproductions de l'oeuvre⁴⁰¹ et qui a été reconnu par les jurisprudences française⁴⁰² et européenne⁴⁰³ même avant l'adoption de la Directive 2001/29/CE.

191. Programmes d'ordinateur. La loi française transpose fidèlement mot pour mot les dispositions de la Directive 91/250/CEE (codifiée par la Directive 2009/24/CE) régissant les droits exclusifs appartenant à l'auteur d'un logiciel. Ainsi, l'article L. 122-6 du CPI prévoit trois prérogatives : la reproduction, l'adaptation et la distribution au public. Le monopole des auteurs de logiciels en France ne comprend donc aucun droit de représentation (communication au public)⁴⁰⁴.

2. En droit allemand

192. Approche analytique. Contrairement au droit français qui maintient — avec difficultés — l'approche synthétique aux droits patrimoniaux, le droit allemand adopte une approche analytique. Ainsi, l'article 15 de la UrhG contient une liste de huit droits exclusifs, divisés en deux catégories : les droits portant sur l'exploitation matérielle de l'oeuvre (article 15(1)) et les droits concernant la communication de l'oeuvre au public sous une forme immatérielle (art. 15(2)). A cette liste s'ajoute le droit d'adaptation, expressément reconnu par le législateur (art. 23 de la UrhG), qui échappe à cette dichotomie.

193. Exploitation matérielle de l'oeuvre (*Verwertung in körperlicher Form*). La première catégorie de droits exclusifs concerne l'exploitation des oeuvres (qu'il s'agisse du support original ou des copies) fixées sur un support matériel (y compris sous forme numérique dans la mémoire d'un ordinateur⁴⁰⁵). Les droits d'exploitation matérielle des oeuvres comprennent le droit de reproduction (« *temporaire ou permanente, par quelque procédé que*

⁴⁰⁰ H. DESBOIS, *précité*, p. 370.

⁴⁰¹ Pour une analyse détaillée v. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, LGDJ 1989.

⁴⁰² Par ex. Cass. 1re civ., 1er mars 1988 : JCP G 1988, II, 21120, note A. Françon.

⁴⁰³ CJCE, 9 avr. 1987 : RIDA 1987, no. 133, p. 168 ; RTD com. 1987, p. 391, obs. A. Françon.

⁴⁰⁴ C. CARON, *précité*, p. 304, no. 334.

⁴⁰⁵ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, 5 éd., C.H. Beck 2015, art. 15, no. 25.

ce soit et dans quelque nombre que ce soit »⁴⁰⁶ — *Vervielfältigungsrecht* : l'article 16 de la UrhG), le droit de distribution (en principe épuisable, mais comprenant aussi le non-épuisable droit de location (*Vermitrecht*) — *Verbreitungsrecht* : l'article 17 de la UrhG) et le droit d'exposition (concernant les oeuvres graphiques qui n'ont pas été publiées avant — *Ausstellungsrecht* : l'article 18 de la UrhG). Il convient de remarquer que le droit de reproduction couvre aussi la numérisation des oeuvres⁴⁰⁷. À la liste de l'article 15(1) on peut ajouter aussi le droit de prêt (*Verleihrecht*), qui est en quelque sorte conçu comme une exception au droit exclusif de distribution.

194. La communication de l'oeuvre sous forme immatérielle. La liste des droits énumérés dans l'article 15(2) de la UrhG et concernant la communication de l'oeuvre sous forme immatérielle est une analyse détaillée de ce que l'article 3 de la Directive 2001/29/CE dénomme le droit de communication au public et l'article L.122-2 du CPI : la représentation. Ces droits comprennent : la communication directe (récitation, exécution musicale, projection — l'article 19 de la UrhG), la radio- et télédiffusion et, conçu comme une prérogative spéciale, le droit de mise à disposition du public (« *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* », c'est-à-dire de la mise en ligne — l'article 19a de la UrhG). Il convient de remarquer que le droit d'exposer le support matériel de l'oeuvre (par exemple un tableau dans une galerie d'art) n'appartient pas à cette liste (bien qu'il soit déduit du droit de représentation en droit français) — ce qui estompe la netteté du parallèle qu'on pourrait dessiner entre l'article 15(2) de la UrhG d'une part et l'article 122-2 du CPI (et l'article 3 de la Directive 2001/29/CE) d'autre part.

195. La notion de public. Contrairement à la loi française⁴⁰⁸, la loi allemande contient une définition de public. Selon l'article 15(3) de la UrhG « *chaque personne qui n'est pas en relation personnelle avec celui qui exploite l'oeuvre, ni avec d'autres personnes auxquelles l'oeuvre est communiquée ou mise à leur disposition, est un membre du public* »⁴⁰⁹. Le même

⁴⁰⁶ Version originale : *gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl.*

⁴⁰⁷ OLG Hamburg, 4 févr. 2002, 5 U 106/01, GRUR-RR 2002, 251 (pour les sonneries de téléphones portables).

⁴⁰⁸ V. *supra* no. 189.

⁴⁰⁹ Traduction PK, version originale : « *Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.* »

texte précise que pour qu'on puisse parler d'une communication au public, il faut que plusieurs membres du public soient visés. La définition légale allemande n'est donc pas substantiellement différente de la définition proposée par la doctrine française⁴¹⁰.

196. Les programmes d'ordinateur. La loi allemande, tout comme la loi française, transpose mot par mot les dispositions de l'article 4 de la Directive 2009/24/CE (dans l'article 69c de la UrhG), mais elle y ajoute également — à la différence du CPI — le droit de communication au public (en reprenant la formulation de l'article 3(1) de la Directive 2001/29/CE). La solution a déjà été validée par la jurisprudence de la Cour fédérale⁴¹¹.

197. L'importance des droits patrimoniaux pour les activités des e-Universités. La reproduction des données de recherche revêt une importance cruciale pour les activités de e-recherche. En effet, l'analyse informatique de données (*data mining*) exige qu'elles soient copiées, même s'il s'agit uniquement des copies temporaires dans la mémoire d'un ordinateur⁴¹². La reproduction est aussi nécessaire pour la préservation numérique des données, si importante du point de vue de la reproductibilité de la recherche scientifique. Or la définition large du droit de reproduction rend ces activités impossibles sans autorisation des titulaires de droits, ou une exception légale. Quant au premier scénario, il n'est guère satisfaisant : une étude⁴¹³ démontre que les chercheurs devraient consacrer 62% de leur temps de travail à chercher des autorisations des titulaires des droits.

Les missions des e-Universités s'intéressent aussi au droit d'adaptation. En effet, l'annotation (qui consiste à « *décrire* » les données primaires en y attachant des « *métadonnées* »), une activité essentielle non seulement pour le *data mining*, mais aussi pour les plus basiques des activités de recherche, consiste en effet à produire des adaptations des oeuvres. Il en est de même par exemple pour tout changement de format des données, si important pour la préservation numérique et la standardisation des données qui précèdent leur

⁴¹⁰ V. *supra* no. 189.

⁴¹¹ BGH 20 mai 2009, I ZR 239/06 GRUR 2009, 864 Tz 16 (*CAD-Software*).

⁴¹² V. *infra* no. 473 et ss., spéc. no. 488.

⁴¹³ A. GUADAMUZ, D. CABELL, Data Mining in UK Higher Education Institutions: Law and Policy, *Queen Mary Intellectual Property Review* vol. 4 (2014), no. 1, p. 3.

analyse informatique. Les ressources pédagogiques peuvent aussi contenir des adaptations des oeuvres de l'esprit.

Quant à la communication au public des données de recherche, elle peut sembler facultative pour les chercheurs. On pourrait penser que le partage des oeuvres au sein d'un groupe de recherche limité à quelques personnes, sans que soit effectuée une mise en ligne, ne constitue pas une communication au public au sens du droit d'auteur. Ce raisonnement est erroné : en effet, les bonnes pratiques académiques — motivées par les impératifs de reproductibilité des résultats scientifiques — exigent que soient publiés non seulement les résultats obtenus, mais aussi la description détaillée du processus qui en a permis l'obtention et les données sur lesquelles ils se fondent. Le nombre croissant d'entrepôts de données de recherche (*research data repositories*) et le mouvement *Open Data*⁴¹⁴ témoignent de cette tendance.

En revanche, la communication au public est bien évidemment essentielle pour la mission d'enseignement et pour le fonctionnement des bibliothèques numériques.

§ 2. Droits moraux

198. Remarques générales. Contrairement aux droits patrimoniaux, les droits moraux n'ont pas pour objet de protéger l'intérêt économique de l'auteur, mais de sauvegarder le lien entre l'oeuvre et son créateur⁴¹⁵.

199. Plan. Nous allons dans un premier temps envisager les droits moraux consacrés par les textes internationaux et européens (A), pour pouvoir ensuite présenter les droits moraux dans les textes nationaux (B).

A. En droit international et européen

200. Plan. En droit international (1) et européen (2) peu d'attention est accordée aux droits moraux.

⁴¹⁴ V. *infra* no. 816 et ss.

⁴¹⁵ Cf. *supra* no. 137 et ss. sur la définition subjective d'originalité.

1. En droit international

201. Convention de Berne. La Convention de Berne est le seul texte international qui consacre les droits moraux. L'article 6bis(1) dispose que « *[i]ndépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ». L'article 6bis(2) exige en principe que les droits moraux soient maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux.

2. En droit européen

202. Absence d'harmonisation. Les droits moraux restent en dehors du champ d'application de la Directive 2001/29/CE, comme le précise le considérant 19 de ladite Directive. Malgré l'absence d'harmonisation des droits moraux, la jurisprudence de la cour européenne y fait parfois référence⁴¹⁶.

B. En droit national

203. Plan. Nous allons présenter le contenu des droits moraux en droit français (1) et en droit allemand (2).

⁴¹⁶ Notamment dans l'affaire *Phil Collins* : CJCE 20 oct. 1993, C-92/92 : RTD eur. 1995, p. 845, obs. G. Bonet ; D. 1995, jurispr. p. 133, note B. Edelman.

1. En droit français

204. Caractéristiques ; approche dualiste. La France est la patrie des droits moraux des auteurs⁴¹⁷. Selon l'article L. 121-1 al. 3 du CPI les droits moraux sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Ainsi, ils ne s'éteignent pas avec le temps, ne peuvent pas faire l'objet d'une cession et ne se perdent pas par le non-usage⁴¹⁸. Cette approche selon laquelle les droits moraux peuvent exister indépendamment des droits patrimoniaux peut être qualifiée de dualisme⁴¹⁹.

205. Contenu. Les deux prérogatives essentielles d'ordre moral sont : le droit de paternité de l'oeuvre (c'est-à-dire le droit de l'auteur de voir son nom associé à l'oeuvre — l'article L. 121-1 du CPI) et le droit au respect (c'est-à-dire le droit de s'opposer « à toute altération, si minime qu'elle soit, susceptible d'altérer le caractère [de l'oeuvre] et de dénaturer la pensée [de l'auteur] »⁴²⁰). À ce noyau dur des droits moraux s'ajoutent : le droit de divulgation (c'est-à-dire de la première communication au public — l'article L. 122-2 du CPI) et le droit de repentir (qui permet à l'auteur de modifier sa création après la cession des droits patrimoniaux) et de retrait (c'est-à-dire de retirer une oeuvre diffusée de la circulation). Ces deux derniers droits, consacrés par l'article L. 122-4 du CPI, s'exercent contre une indemnité⁴²¹ et sont freinés, comme tous les droits moraux, par la théorie de l'abus de droit⁴²².

206. Programmes d'ordinateur. Les droits moraux d'auteur d'un logiciel sont limités de manière significative (article L. 121-7 du CPI) ; son droit au respect peut être exercé seulement si les modifications du logiciel portent atteinte à son honneur ou à sa réputation. Les droits de repentir et de retrait lui sont complètement enlevés.

⁴¹⁷ M. T. SUNDARA RAJAN, *Moral Rights : Principles, Practices and New Technology*, Oxford University Press 2011, pp. 51 et ss.

⁴¹⁸ Ceci explique pourquoi, dans une affaire célèbre, un descendant de Victor Hugo a pu récemment invoquer ses droits moraux sur « *Les Misérables* », bien après que l'oeuvre soit tombée dans le domaine public (sans succès : Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, pourvoi no. 04-15.543).

⁴¹⁹ M. T. SUNDARA RAJAN, *précité*, p. 67 et s.

⁴²⁰ CA Paris, 20 nov. 1935 : S. 1936, 2, 170.

⁴²¹ CA Paris, 6 juin 2000 : Propr. intell. 2001, p. 61, obs. A. Lucas.

⁴²² C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec 1998.

2. En droit allemand

207. Caractéristiques ; approche moniste. Contrairement au droit français, le droit allemand adopte une vision moniste des droits moraux (*Urheberpersönlichkeitsrechte*)⁴²³. Dans cette approche, les droits moraux ne sont pas des droits autonomes par rapport aux droits patrimoniaux, mais ils sont plutôt un autre aspect du même droit — le droit d’auteur. Il en résulte que les droits moraux dans le système allemand partagent le sort des droits patrimoniaux (rappelons ici que les droits d’auteur en Allemagne sont inaliénables⁴²⁴!), notamment en ce qui concerne leur durée. Ainsi, tout comme les droits patrimoniaux, les droits moraux s’éteignent soixante-dix ans après la mort de l’auteur.

208. Contenu. Le droit allemand reconnaît trois principales prérogatives d’ordre moral similaires à celles existant en droit français : le droit de divulgation⁴²⁵, le droit de paternité⁴²⁶ et le droit au respect⁴²⁷. A cette liste s’ajoutent : le droit de retrait en cas de changement de conviction (qui lui ne peut pas être limité par contrat⁴²⁸), le droit de révoquer la cession en cas de non-exercice des droits par le cessionnaire⁴²⁹ et le droit de repentir⁴³⁰.

209. L’importance des droits moraux pour les activités des e-Universités. Dans le monde de la recherche, les droits moraux des auteurs semblent être protégés par les bonnes pratiques et l’éthique académique qui exigent l’indication de la source et s’opposent à la dénaturation de la pensée des auteurs. Il semble même que ces règles garantissent une protection plus large que le droit d’auteur, car elles obligent les chercheurs à indiquer même la paternité des idées (au sens par exemple des hypothèses), qui ne sont pas protégées par le droit d’auteur ; de même, cette obligation déontologique ne s’éteint pas avec le temps (deux siècles

⁴²³ M. T. SUNDARA RAJAN, *précité*, p. 75 et s.

⁴²⁴ L’art. 29(1) de la UrhG.

⁴²⁵ *Veröffentlichungsrecht*, l’art. 12 de la UrhG.

⁴²⁶ *Anerkennung der Urheberschaft*, l’art. 13 de la UrhG, en lien avec l’art. 63 de la UrhG.

⁴²⁷ *Entstellung des Werkes*, l’art. 14 de la UrhG en lien avec les art. 39, 62 et 93 de la UrhG.

⁴²⁸ Art. 42 de la UrhG.

⁴²⁹ Art. 41 de la UrhG.

⁴³⁰ Seulement dans les circonstances étroitement définies par l’art. 12 de la *VerlG* (Loi sur le droit d’édition).

après sa mort, il est toujours exigé d'attribuer sa théorie à Kant), contrairement aux droits moraux dans le système allemand.

Toutefois nous remarquons un problème que le droit de paternité peut causer aux chercheurs. Dans un jeu de données contenant des créations d'un grand nombre d'auteurs (il peut même s'agir de plusieurs dizaines de milliers!), l'obligation d'attribution peut en effet être un important obstacle à la réutilisation de ces données. L'on appelle ce phénomène « *attribution stacking* »⁴³¹. Il est vrai qu'il s'agit plutôt d'un obstacle de caractère technique, qui devrait être surmonté à l'aide d'une solution technique, mais il est important que le droit se montre parfois compréhensif face à ce problème⁴³².

210. Transition. Nous avons montré quels actes nécessitent en principe l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. Par la suite, nous nous intéresserons à identifier ces titulaires de droits. La prochaine section de ce chapitre portera donc sur les sujets originaires du droit d'auteur.

Section 3 : La titularité des droits d'auteur

211. Introduction. Après avoir examiné l'objet et le contenu du droit d'auteur, il convient de s'interroger sur la titularité des droits exclusifs. Nous allons voir le principe selon lequel la titularité des droits revient au créateur de l'oeuvre (§ 1), examiner le cas de créations plurales (§ 2) et nous interroger sur la problématique des oeuvres orphelines (§ 3).

§ 1. Le principe : l'auteur titulaire des droits

212. Plan. Selon le principe fondamental (appelé en allemand *Schöpferprinzip* — le principe du créateur), la titularité initiale des droits d'auteur appartient à l'auteur de l'oeuvre (A) ; ce principe, tout en étant une véritable clé de voûte du droit d'auteur continental, connaît

⁴³¹ P. MILLER, Getting it right with data attribution, publié le 10 mai 2013 sur <http://cloudofdata.com/2013/05/getting-it-right-with-data-attribution/>, consulté le 13 décembre 2017.

⁴³² V. *infra* no. 440 sur l'impossibilité d'indiquer la source.

tout de même quelques exceptions, notamment concernant de la situation professionnelle de l'auteur (B). Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici uniquement de la titularité initiale ; les droits peuvent ensuite faire l'objet de dispositions contractuelles, dans les limites décrites par la loi.

A. Le principe du créateur

213. Énoncé du principe. Les pays appartenant à la tradition du droit d'auteur continental (y compris la France et l'Allemagne) optent pour l'approche personnaliste : dans ces pays, le droit d'auteur appartient à celui qui est à l'origine de l'oeuvre, qui a personnellement accompli sa création et qui a pu la marquer de son empreinte personnelle⁴³³. Ce principe n'est pourtant pas clairement énoncé dans le texte du CPI (même si l'on peut le déduire de l'article L. 111-1, disposant que le droit naît du seul fait de la création) ; en revanche, on le retrouve dans l'article 7 de la UrhG⁴³⁴.

214. Absence du principe dans les textes européens et internationaux. Les textes européens et internationaux ne contiennent aucune règle concernant la titularité des droits d'auteur. Ceci est certainement motivé par la volonté de concilier les traditions continentale et anglo-saxonne ; en effet, dans les pays de *copyright* la titularité initiale du droit d'auteur peut appartenir à l'employeur de l'auteur⁴³⁵, ou à une personne morale⁴³⁶.

215. La qualité d'auteur. Il est évident que seule une personne physique peut accomplir un acte de création. Ainsi, dans le système du droit d'auteur continental, une personne morale ne peut pas être titulaire initial des droits d'auteur⁴³⁷ (sauf s'il s'agit, en droit français, de l'hypothèse étroite d'une oeuvre collective⁴³⁸). Étant d'ordre public, la qualité d'auteur ne

⁴³³ V. *supra* no. 137 et ss.

⁴³⁴ *Urheber ist der Schöpfer des Werkes.* — L'auteur et le créateur de l'oeuvre.

⁴³⁵ V. la notion de *work for hire*, définie dans la section 101 du Copyright Act étasunien (17 U.S.C.).

⁴³⁶ Par ex. la section 9(2) du CDPA britannique attribue la qualité d'auteur au producteur d'un phonogramme, ou à l'éditeur d'une publication.

⁴³⁷ Or il arrive aussi aux juges, même de cassation, d'attribuer la titularité initiale du droit d'auteur à une personne morale, v. notamment Cass. com., 15 juin 2010 : CCE 2010, comm. 120, C. Caron ; Propr. intell. 2011, no. 38, p. 82, note J.-M. Bruguière (l'arrêt parle même de la « marque d'une entreprise » pour définir l'originalité!).

⁴³⁸ V. *infra* no. 232 et ss.

peut pas être modifiée par contrat ou par une disposition testamentaire⁴³⁹. Finalement, elle n'appartient pas à celui qui a fourni des outils, des matières, des idées (qui, on le sait, sont de libre parcours) ou qui a donné des conseils (soient-ils les plus avisés) au créateur. De même, celui qui a réalisé l'acte matériel de création en suivant à la lettre les directions d'autrui n'est pas l'auteur de l'oeuvre ainsi créée.

B. Incidence de la situation professionnelle de l'auteur sur la titularité des droits d'auteur

216. Importance des contrats pour les e-Universités. Une grande partie des oeuvres qui intéressent notre étude (à l'exclusion de celles créées par des étudiants) sont créées par des enseignants-chercheurs travaillant au sein d'universités. Il est donc important de voir comment leur situation professionnelle peut modifier la titularité initiale des droits. La question s'avère délicate, car il s'agit de concilier la logique personnaliste du droit d'auteur et l'intérêt économique de l'employeur.

217. Au premier abord : absence apparente de conséquences. Les textes français⁴⁴⁰ et allemand⁴⁴¹ semblent s'accorder sur ce point : il apparaît que le statut de salarié ou de fonctionnaire n'ait pas de conséquences sur la titularité des droits — l'auteur demeure le titulaire initial de droits sur ses propres oeuvres. La solution est dure pour l'employeur (surtout si l'on y ajoute les limitations légales concernant la cession des droits sur des oeuvres futures⁴⁴²!), ce qui explique pourquoi les pays de tradition anglo-saxonne, plus pragmatique, n'y adhèrent pas.

218. Interprétation jurisprudentielle. En réalité, la situation est beaucoup plus complexe. En Allemagne, la jurisprudence constante reconnaît la cession tacite des droits d'auteur au profit de l'employeur par le contrat de travail⁴⁴³. En France, nombreuses sont les voix des

⁴³⁹ V. notamment Cass 1re civ., 16 mai 2012, Propr. intell. 2012, no. 44, p. 328, note A. Lucas.

⁴⁴⁰ Art. L. 111-1 al. 3 du CPI.

⁴⁴¹ Art. 43 de la UrhG.

⁴⁴² Qui en droit français (l'art. L. 131-1) sont beaucoup plus strictes qu'en droit allemand (l'art. 40 UrhG).

⁴⁴³ V. par ex. A. LUCAS-SCHLOETTER, Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale, *Cahiers IRPI*, no. 5/2004, p. 35 ; l'auteur utilise le mot « cession » dans un souci de simplification, car, on le sait, les droits d'auteur en droit allemand ne peuvent pas être cédés. Il s'agit en réalité d'une autorisation tacite d'exploitation.

partisans d'une telle solution⁴⁴⁴, même si l'approche contraire (selon laquelle la cession des droits au profit de l'employeur, pour être valable, doit être expresse⁴⁴⁵) semble dominer⁴⁴⁶. Force est de constater que la réforme du droit français s'impose, car le dispositif existant manque de clarté. Dans le milieu universitaire, cependant, la question n'est pas si brûlante, car les contrats de travail (comme par exemple le contrat doctoral) comportent typiquement une cession expresse des droits de propriété intellectuelle⁴⁴⁷.

219. Exception : les logiciels. Les articles L. 113-9 du CPI et 69b de la UrhG disposent que les droits patrimoniaux sur des logiciels créés dans le cadre d'un contrat de travail sont exercés, sauf stipulation contraire, par l'employeur. Cela ne signifie pas que l'employeur en soit l'auteur — les droits naissent dans le patrimoine des auteurs pour être ensuite immédiatement transmis à l'employeur par le biais d'une cession légale. Cette disposition s'explique par la logique économique : l'entreprise qui investit dans la création d'un logiciel ne veut pas que son modèle économique soit compromis par l'exercice des droits d'auteur des salariés. On pourrait voir dans ce dispositif une exception qui confirme la règle selon laquelle les droits d'auteur sur les créations des salariés restent dans les patrimoines de leurs créateurs⁴⁴⁸.

220. Le cas particulier des auteurs-fonctionnaires. Que ce soit en France ou en Allemagne, une partie des contenus qui intéressent notre étude est créée par des fonctionnaires

⁴⁴⁴ V. par ex. C. DRUEZ, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse Paris II, 1984, pp. 211 et ss. ; CA Paris, pôle 6, 11 ch., 11 juin 2009, Propr. intell. 2010, p. 708, obs. A. Lucas (adoptant un raisonnement a contrario pour une oeuvre qui « n'entraîne pas dans les fonctions habituelles » du salarié).

⁴⁴⁵ ...comme l'exige clairement l'art. L. 131-3 al. 1 du CPI!

⁴⁴⁶ Dans ce sens notamment un arrêt récent de la Cour de cassation : Cass 2e civ., 30 janv. 2014, Propr. intell. 2014, no. 51, p. 158, obs. J.-M. Bruguière.

⁴⁴⁷ Article 7-2 d'un Contrat d'engagement en qualité de doctorant contractuel à l'Université Paris Descartes stipule : « *Les missions confiées au doctorant au titre du présent contrat de travail comportent une mission inventive permanente.*

En conséquence et conformément à la législation en vigueur en matière de propriété intellectuelle (...), les inventions faites par le doctorant appartiennent à Paris Descartes.

Le doctorant reconnaît que Paris Descartes est propriétaire de tout autre résultat valorisant, protégeable ou non [sic! - PK] par un titre de propriété intellectuelle.

Ainsi, les logiciels créés par le doctorant dans le cadre du présent contrat appartiennent à Paris Descartes en application de l'article L. 113-9 du code de la propriété intellectuelle.

En outre, le doctorant s'engage à céder à l'établissement, par le biais de cessions particulières, la propriété pleine et entière des résultats protégés par le droit d'auteur qu'il pourrait obtenir ou pourrait contribuer à obtenir (...). »

⁴⁴⁸ Toutefois, si la cession légale (comme celle prévue par les art. L. 113-9 du CPI et 69b UrhG) est une exception réservée aux logiciels, rien ne s'oppose à ce que la cession tacite reste le principe concernant toutes les autres oeuvres créées par les salariés...

(*Beamte*). En effet, tel est le statut des maîtres de conférences et des professeurs des universités en France⁴⁴⁹, ainsi que des professeurs allemands⁴⁵⁰ (dans les deux pays, il y a aussi des salariés parmi les chercheurs⁴⁵¹).

221. L'avis OFRATÉME. En droit français, l'avis OFRATÉME du Conseil d'État, datant du 21 novembre 1972⁴⁵² a investi l'État des droits sur les oeuvres « *dont la création fait l'objet même du service* » d'un fonctionnaire. Ainsi, dans l'ordre administratif, les droits d'auteur sur les créations des fonctionnaires (à l'exclusion, bien évidemment, des oeuvres dont la création « *n'est pas liée au service ou s'en détache* »⁴⁵³) appartenait à l'administration, et cela « *dans toute la mesure nécessaire à l'exercice [de ses] fonctions* »⁴⁵⁴. Il est vrai que, dans l'ordre administratif, cela coule de source : à défaut, l'auteur-fonctionnaire aurait pu invoquer son monopole par exemple pour s'opposer à la publication d'un rapport rédigé dans le cadre de sa mission. La solution, appliquée aussi par les tribunaux de l'ordre judiciaire⁴⁵⁵, n'a pas épargné les universités : le TGI de Paris a donc jugé que l'État était titulaire des droits sur les oeuvres d'un allocataire de recherche⁴⁵⁶ et la Cour d'appel de Versailles — que la titularité des droits d'auteur sur un cours d'un enseignant vacataire revenait à l'université, qui pouvait donc le diffuser aux étudiants dans le cadre de sa mission d'enseignement⁴⁵⁷. Or la solution allait manifestement à l'encontre de l'article L. 111-1 alinéa 3 du CPI (ou l'article 1 alinéa 3 de la

⁴⁴⁹ Ces deux corps d'enseignants sont régis par le Décret no 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

⁴⁵⁰ En Allemagne, la réforme de la fonction publique a eu lieu en 2009 (par la loi *Dienstrechtsneuordnungsgesetz* – DNeuG des 5 février 2009), remplaçant les anciennes catégories des fonctionnaires dans l'enseignement supérieur (*Künstlerischer Assistent, Wissenschaftlicher Assistent, Hochschuldozent, Oberassistent, Oberingenieur, Professor, Universitätsprofessor*) par deux catégories : *Juniorprofessor* et *Professor* - v. les art. 130 et ss. DNeuG et le site officiel : <http://oeffentlicher-dienst.info/beamte/bund/besoldungsgruppen.html>.

⁴⁵¹ Comme par ex. les doctorants contractuels en France ou les *Wissenschaftlicher Mitarbeiter* en Allemagne.

⁴⁵² CE, 21 nov. 1972, avis no. 309.721, in Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2ème éd. 2002, no. 8, p. 106, obs. G. Kuperfils.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ Et bien accueillie au moins par une partie de la doctrine : A. KEREVER, *Le droit d'auteur français et l'État*, RIDA, no. 110 (oct. 1981), pp. 3 et ss.

⁴⁵⁶ TGI Paris, 1re ch., 31 mars 1999 : RIDA 1/2000, p. 333, note A. Kéréver.

⁴⁵⁷ CA Versailles, 2e ch., 15 mars 2007, CCE 2007, comm. 69, note C. Caron.

loi du 11 mars 1957 qui le précédait)⁴⁵⁸. Une réforme législative s'imposait, et elle est finalement intervenue par la loi du 1er août 2006⁴⁵⁹. Au premier regard, le texte confirme le principe posé par la loi ancienne, mais en réalité il s'agit ici d'un trompe-l'œil. En effet, selon le nouveau texte, le fonctionnaire est titulaire des droits « *sous réserve des exceptions prévues par le [CPI]* ». Or la loi de 2006 a également inséré dans le CPI l'article L. 131-3-1 qui consacre la solution OFRATEME⁴⁶⁰. Le projet de cette réforme a fait couler beaucoup d'encre dans le milieu universitaire qui y voyait une atteinte à la liberté académique⁴⁶¹ ; dans le texte finalement adopté, un troisième alinéa a donc été ajouté à l'article L. 111-1 du CPI, qui consacre une exception au profit des « *agents auteurs d'oeuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique* ». Cette catégorie englobe évidemment les universitaires⁴⁶², mais aussi par exemple les magistrats.

222. Exceptions concernant les partenariats public-privé? Une disposition spéciale de l'article L. 131-3-1 alinéa 2 du CPI concerne les partenariats public-privé, c'est-à-dire les contrats de recherche conclus entre un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP — la catégorie qui, on le sait, englobe les universités) et une personne morale de droit privé. Toutefois sa rédaction, et surtout sa relation avec le dernier alinéa de l'article L. 111-1 du CPI sont énigmatiques. Il semble que le législateur souhaite que dans le cadre de ces partenariats, le droit d'auteur sur les créations des enseignants-chercheurs revienne (par le biais d'une cession légale) à l'EPSCP. Cette exception s'explique par la « *lo-*

⁴⁵⁸ Avant la loi du 1er août 2006, le texte a pour autant été rédigé de manière très limpide : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance [des droits d'auteur]* ».

⁴⁵⁹ Sur la réforme, v. C. BERNAULT, Le droit d'auteur des enseignants. L'enseignant est-il un fonctionnaire « comme les autres »?, CCE, no. 3, mars 2010, étude 6.

⁴⁶⁰ Ledit article L. 131-3-1 du CPI dispose que « [d]ans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une oeuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État ». Une disposition similaire concernant le droit de divulgation a été insérée dans l'article L. 121-7-1 du CPI.

⁴⁶¹ V. par ex. C. CARON, Menaces sur le droit des universitaires, CCE 2005, étude 28 ; M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, Droit d'auteur des universitaires et des chercheurs, L'expropriation sans cause d'utilité publique, D. 2005. Chron. 3025 ; M. GUILLEMAIN et A. LALLEMENT, La réforme du droit d'auteur des agents publics, Difficultés d'application aux enseignants chercheurs, D. 2005. Chron. 1418.

⁴⁶² L'art. L. 952-2 du Code de l'éducation dispose : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité* ».

gique d'entreprise »⁴⁶³ — il s'agit d'éviter une situation où les objectifs du partenariat public-privé seraient mis en échec par l'exercice du droit d'auteur des chercheurs (qui pourraient, par exemple, refuser toute exploitation commerciale de leurs oeuvres).

223. Allemagne : exception académique. En droit allemand, comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence reconnaît une cession tacite des droits au profit de l'employeur, résultant du seul contrat de travail. En principe, la solution s'applique aussi *mutatis mutandis* aux fonctionnaires. Or dans le milieu académique, elle reçoit une exception importante, en raison du principe fondamental de liberté de l'enseignement et de la recherche, consacrée par l'article 5 alinéa 3 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne (GG). Ainsi, il a été jugé⁴⁶⁴ que les professeurs qui conduisent leurs propres recherches, sans être soumis à aucune directive ou aucun contrôle hiérarchique, jouissent pleinement de leurs droits d'auteur. Cela concerne également les salariés (comme par exemple des *wissenschaftlicher Mitarbeiter*)⁴⁶⁵, sous réserve qu'ils soient vraiment indépendants dans la création de leurs oeuvres (par exemple les droits d'auteur sur les sujets d'examen élaborés par un chargé d'enseignement selon les directives de son supérieur hiérarchique sont cédés à l'université⁴⁶⁶).

224. États-Unis: « teacher's exception ». On pourrait croire⁴⁶⁷ que les universités étatsuniennes détiennent le *copyright* sur les créations de leurs enseignants-chercheurs. En effet, en principe aux États-Unis l'employeur est le titulaire initial du *copyright* sur les oeuvres créées par un salarié (*work for hire*)⁴⁶⁸. Or s'agissant des universitaires les choses ne sont pas aussi simples. Traditionnellement, en vertu du principe développé par la jurisprudence du début du XX^{ème} siècle (« *teacher's exception* »), les enseignants-chercheurs étaient titulaires des droits sur leurs créations. Depuis le *Copyright Act* du 1976 (17 U.S.C.), qui ne consacre pas cette règle, le régime général de *work for hire* semble s'appliquer aussi aux universitaires.

⁴⁶³ V. M. CORNU, A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques, *Prop. intell.* 2006, pp. 270-280.

⁴⁶⁴ Notamment BGH, 27 sept. 1990, I ZR 244/88, GRUR 1991, 523 ; ZUM 1991, 580 ; NJW 1991, 1480 (*Grabungsmaterialien*) ; la solution n'est pas nouvelle et elle avait déjà été consacrée par des tribunaux inférieurs : v. aussi par ex. T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 43, no. 12.

⁴⁶⁵ T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, art. 43, no. 12.

⁴⁶⁶ LG Köln 1 sept. 1999, 28 O 161/99 ; D. LEUZE, Die Urheberrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter, GRUR 2006, p. 552.

⁴⁶⁷ Au regard de ce qui a été dit *supra* no. 214.

⁴⁶⁸ Le *work for hire* est défini dans la section 101 du Copyright Act (17 U. S. C.).

Ce serait donc à l'université qu'appartient la titularité initiale des droits sur les créations des enseignants-chercheurs (même si cela n'a jamais été expressément confirmé par le juge)⁴⁶⁹. Certains établissements décident tout de même de « rendre » les droits sur certaines créations aux enseignants-chercheurs, tout en les gardant sur d'autres⁴⁷⁰. Tout semble donc être une question de politique de l'université en cause.

225. Conclusion. Force est de constater que tant en droit français qu'en droit allemand, la titularité des droits d'auteur sur les créations des enseignants-chercheurs revient en principe à leurs auteurs et non pas aux universités pour lesquelles ils travaillent. On peut alors parler d'un « *privilège des professeurs* »⁴⁷¹. Le principe semble être généralisé en droit allemand (à l'exclusion des oeuvres conçues sous le contrôle de l'autorité hiérarchique). En droit français il reçoit deux exceptions : l'une concernant les salariés, tels que les doctorants contractuels, dont les droits d'auteur sont cédés à l'université par le biais d'un contrat (contenant normalement une clause expresse de cession) ; l'autre s'appliquant aux partenariats public-privé, dans le cadre desquels les droits d'auteur des enseignants-chercheurs appartiennent à l'université. Notre avis sur cette solution est mitigé — d'un côté, nous nous réjouissons, avec la doctrine majoritaire, du fait que les enseignants-chercheurs restent maîtres de leurs créations. Toutefois, nous sommes aussi conscients que la solution n'est pas nécessairement favorable aux e-Universités, surtout quand elles doivent rivaliser dans le contexte international. En effet, les e-Universités pourraient remplir leurs missions (d'enseignement et de recherche, mais aussi de valorisation et transfert de connaissances) avec plus de facilité, et peut-être même plus d'efficacité, si elles détenaient le droit d'auteur. Il est donc nécessaire de trouver le juste milieu. Il serait peut-être raisonnable d'accorder aux universités un droit de préférence⁴⁷² pour la mise en ligne des ressources pédagogiques et des jeux de données de re-

⁴⁶⁹ Sur les controverses qui entourent la question, v. E. TOWNSED, Legal and Policy Responses to the Disappearing "Teacher Exception," or Copyright Ownership in the 21st Century University, *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 4 (2003), no. 2, p. 209.

⁴⁷⁰ Cf. *infra* no. 981 et ss.

⁴⁷¹ Notion employée par la Recommandation de la Commission concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonnes pratiques destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, C(2008) 1329.

⁴⁷² Cf. l'art. L. 131-3-1 al. 2 du CPI (non-applicable aux universitaires): « Pour l'exploitation commerciale de l'oeuvre mentionnée au premier alinéa, l'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence ».

cherche élaborés par les enseignants-chercheurs, tout en garantissant à ces derniers le droit de percevoir une rémunération équitable. Il s'agit donc d'une situation où l'enseignant-chercheur devrait demander à son université si elle veut exercer son droit de préférence contre une rémunération équitable avant de mettre en ligne de telles oeuvres créées dans le cadre de sa mission (ou autoriser autrui à le faire). La solution n'est pas nouvelle, elle existe par exemple dans la loi polonaise⁴⁷³ ; des solutions similaires ont aussi été postulées en Allemagne⁴⁷⁴ et en France⁴⁷⁵. En revanche, il serait excessif d'étendre ce droit de préférence aux écrits scientifiques (articles, monographies, ouvrages, chapitres et autres contributions écrites), avec lesquels leurs auteurs ont des liens plus intimes.

§ 2. Les oeuvres aux auteurs multiples

Deux co-auteurs entrent dans un bar.

Un silence inconfortable tombe dans la pièce, dans l'attente de celui qui va commander en premier⁴⁷⁶.

226. Introduction. Comme nous l'avons souligné dans notre introduction, les NTIC stimulent les échanges entre les universitaires ; il en résulte que dans les e-Universités, les créations ont souvent des auteurs multiples. Ce phénomène concerne les données de recherche (en effet, les jeux de données sont, à l'époque du *Big Data*, rarement compilés par un chercheur solitaire!), les écrits scientifiques (les monographies, les chapitres et les articles à auteurs multiples) et les ressources pédagogiques numériques (qui, elles aussi, sont souvent créées par une équipe d'enseignants). Nous allons brièvement présenter les catégories d'oeuvres à plusieurs auteurs en droit français (A) et allemand (B), ainsi que l'incidence de leur statut particulier sur la titularité et l'exploitation des droits.

⁴⁷³ L'art. 14(1) de la loi polonaise sur le droit d'auteur (*Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych*) ; en droit polonais, la durée de ce droit de priorité est limitée à 6 mois.

⁴⁷⁴ T. PFLÜGER et D. ERTMANN, *E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich*, ZUM 2004, p. 436 et ss. ; spécialement p. 442.

⁴⁷⁵ Ch. VANNESTE, *Rapport relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : AN, rapp. no. 2349, 2005, pp. 128-129; cf. l'art. L. 131-3-1 al. 2 du CPI.

⁴⁷⁶ Boutade académique tweetée par « Shit Academics Say » le 9 février 2015 : <https://twitter.com/Academics-Say/status/564782592877400066>, consulté le 13 décembre 2017.

A. La création plurale en droit français

227. Plan. L'article L. 113-2 du CPI identifie trois types d'oeuvres à plusieurs auteurs : les oeuvres de collaboration (1), les oeuvres collectives (2) et les oeuvres dérivées (3).

1. Les oeuvres de collaboration

228. Notion. Selon le premier alinéa de l'article L. 113-2 du CPI, « [e]st dite de collaboration l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». On est donc en présence d'une telle oeuvre si un acte de mise en forme originale⁴⁷⁷ est accompli par plusieurs personnes ; *a contrario*, n'est pas co-auteur celui qui fournit uniquement des idées (y compris les informations scientifiques⁴⁷⁸), des conseils⁴⁷⁹ ou du matériel nécessaire à la création de l'oeuvre. Le concours de plusieurs personnes à la création d'une oeuvre doit résulter d'une « communauté d'inspiration », selon la célèbre formule de Desbois⁴⁸⁰, ou même d'une « intimité spirituelle »⁴⁸¹ entre les co-auteurs, et c'est ici, dans le processus créatif « horizontal », que se situe l'essentiel d'une oeuvre de collaboration. Tout le reste importe peu : les contributions des co-auteurs peuvent relever de genres différents⁴⁸² (on cite classiquement la collaboration d'un compositeur et d'un parolier, mais les exemples plus modernes ne manquent pas, comme dans le cas de collaboration entre un développeur de logiciels et un linguiste⁴⁸³), elles peuvent être inégales⁴⁸⁴, créées simultanément ou successivement⁴⁸⁵.

⁴⁷⁷ V. *supra* no. 100 et ss., 129 et ss.

⁴⁷⁸ Cass. 1er civ., 8 nov. 1983, Bull. civ. I, p. 260 (ouvrage de vulgarisation scientifique).

⁴⁷⁹ Mais un sculpteur qui réalise une sculpture sous la direction d'un peintre peut être reconnu comme co-auteur : Civ. 1er, 13 nov. 1973, D. 1974, 533, note C. Colombet ; JCP 1975, II, 18029, note M.-C. Manigne (*Renoir v. Guino*).

⁴⁸⁰ H. DESBOIS, *précité*, no. 133.

⁴⁸¹ CA Paris, 11 mai 1965, D. 1967, 555, note A. Françon.

⁴⁸² L'hypothèse expressément reconnue par l'art. L. 113-3, al. 4.

⁴⁸³ CA Paris, Pôle 5, chambre 1, du 27 févr. 2013 : Propr. intell. 2013, no. 47, p. 181, obs. A. Lucas.

⁴⁸⁴ CA Paris, 1er ch., 18 avr. 1956 : D. 1957, 108, note H. Desbois.

⁴⁸⁵ TGI Nanterre, 6 mars 1991 : Cah. dr. auteur, avr. 1991, p. 19.

229. Régime. Selon l'article L. 113-3 du CPI « [l]'oeuvre de collaboration est la propriété commune des auteurs ». Comme le précise un arrêt ancien, il s'agit d'une « copropriété totale sur la totalité de l'oeuvre et totale sur chacune des parties »⁴⁸⁶. Il en résulte que tous les actes d'exploitation relatifs à une oeuvre de collaboration nécessitent le consentement de tous les co-auteurs⁴⁸⁷. Mais les co-auteurs peuvent aussi, comme le prévoit le dernier alinéa de l'article L. 113-3 du CPI, exploiter leurs contributions séparément si deux conditions sont réunies : premièrement, elles doivent relever de genres différents (comme la musique et les paroles ou les vidéos et la partie descriptive d'un cours en ligne) ; deuxièmement, l'exploitation d'une contribution personnelle ne peut pas porter préjudice à l'exploitation de l'oeuvre commune (autrement dit, il est interdit de faire de la concurrence à l'oeuvre commune). Dans le silence du CPI, on peut appliquer à cette propriété commune les règles du Code civil concernant l'indivision (les articles 815 et suivants).

230. Exemples dans les e-Universités. Les exemples des oeuvres de collaboration qui intéressent notre étude sont nombreux. D'abord, un jeu de données de recherche aura souvent plusieurs co-auteurs, et cela même s'ils n'y travaillent pas tous en même temps, mais apportent leurs contributions successivement. Les écrits scientifiques sont souvent rédigés par plusieurs auteurs — il s'agit non seulement des articles et des rapports co-écrits par une équipe, mais aussi par exemple des ouvrages collectifs, même si chaque chapitre est rédigé par un auteur différent (car ils poursuivent tous une idée commune). Cela ne concerne pas, cependant, des actes des colloques, où toutes les contributions sont créées indépendamment — ceux-ci doivent plutôt être qualifiés de recueils d'oeuvres. Finalement, les ressources pédagogiques numériques peuvent aussi être des oeuvres de collaboration, si plusieurs auteurs concourent à leur création — par exemple si une personne crée des vidéos intégrées dans un cours rédigé par une autre personne.

231. Thèse — oeuvre de collaboration? On peut s'interroger si une thèse, étant un fruit de collaboration entre le doctorant et le directeur de thèse, peut être qualifiée d'oeuvre de collaboration ; autrement dit — si la qualité de coauteur peut être reconnue au directeur de

⁴⁸⁶ CA Paris, 27 févr. 1918, Gaz. Pal. 1918, 1 p. 125.

⁴⁸⁷ Par. ex. Cass 1re civ., 19 mai 1976 : Bull. civ. I, p. 195 ; RIDA 1977, janv. p. 104, RTD com. 1977, p. 326 obs. H. Desbois ; CA Paris, 4e ch., 27 oct. 1995, JurisData, no. 1995-024823.

thèse⁴⁸⁸. Au vu de l'analyse de la notion présentée ci-dessus, la réponse négative s'impose — le rôle du directeur de thèse, aussi important soit-il, consiste à fournir des conseils ou aider à développer un projet de recherche. En aucun cas le directeur de thèse ne doit réaliser l'acte de mise en forme (donc : la rédaction) à la place du doctorant. Il est pourtant de bon usage d'indiquer le nom du directeur (avec le nom du doctorant) lorsqu'on cite une thèse — il ne s'agit pas ici d'une obligation légale de respecter les droits moraux du directeur, mais d'une simple politesse et le non-respect de cette coutume ne saurait être sanctionné sur le plan juridique.

2. Les oeuvres collectives

232. Notion. L'oeuvre collective est définie au troisième alinéa de l'article L. 113-2 du CPI comme « *l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». L'origine de cette catégorie d'oeuvres est jurisprudentielle⁴⁸⁹ et elle précède la première loi contemporaine sur le droit d'auteur. Comme exemple d'une telle oeuvre on peut citer — classiquement — les dictionnaires⁴⁹⁰, mais aussi un cours de navigation⁴⁹¹, un site Internet⁴⁹² ou une série de bandes dessinées sur l'histoire de France⁴⁹³. Toutefois la notion d'oeuvre collective, une spécificité française, est particulièrement difficile à dégager⁴⁹⁴. Le rôle central dans la création d'une telle oeuvre est joué par une personne (physique ou morale)

⁴⁸⁸ Th. ANCELIN, De la protection d'une thèse : propositions de pistes de réflexion, RLDI juin 2006, no. 17, pp. 61-71.

⁴⁸⁹ Jurisprudence *Firmin Didot* : Cass. crim., 16 juill. 1853 : DP 1853, 1, 309, rapport M. Quenault ; Cass. crim. 4 mai 1854, DP 1855, 1, 127.

⁴⁹⁰ Cass. 1re civ., 16 nov. 2004 : RLDI 2005, mars, no. 78, p. 8, obs. L. Costes, A. Maffre-Baugé ; RIDA 2005, no. 204, p. 237, obs. A. Kéréver ; Légipresse 2005, no. 224, III, 172, note A. Granchet ; RTD com. 2005, 81, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁹¹ Cass. 1re civ., 1er juill. 1970 : D. 1970, p. 769, note B. Edelman ; RTD com. 1971, 336, obs. H. Desbois.

⁴⁹² CA Paris, 4e ch., 10 oct. 2003 : JCP E 2005, chrono. 81, par. 4, obs. A. Maffre-Baugé ; CCE 2004, comm. 14, C. Caron.

⁴⁹³ CA Paris, 6 mars 1981 : D. 1982, IR. 46, obs. C. Colombet.

⁴⁹⁴ B. EDELMAN, L'oeuvre collective : une définition introuvable, D. 1998, 141 ; A. LATREILLE, La notion d'oeuvre collective ou l'entonnoir sur la tête, CCE 2000, chron. no. 10.

qu'on peut appeler le promoteur ou le maître d'oeuvre. Pour que la qualification d'oeuvre collective puisse être retenue, il faut que le promoteur prenne l'initiative de sa création⁴⁹⁵, mais il doit aussi en assumer la direction en donnant des directives et des instructions aux auteurs⁴⁹⁶. Un certain lien de subordination⁴⁹⁷ ou de dépendance entre le promoteur et les auteurs est requis — le processus de création d'une oeuvre collective est donc organisé « *verticalement* ». L'article L. 113-2 alinéa 3 du CPI semble exiger aussi que les contributions individuelles soient impossibles à distinguer, qu'elles se fondent dans l'oeuvre commune. Certains arrêts appliquent cette exigence à la lettre⁴⁹⁸ ; d'autres, plus anciens, se montrent plus modérés, en admettant la qualification d'oeuvre collective pour des oeuvres dans lesquelles l'identification des contributeurs reste possible⁴⁹⁹. Cette deuxième approche nous paraît beaucoup plus plausible. Force est de constater que si l'on exige la vraie « *fusion* » des contributions, il restera très peu d'oeuvres collectives, car la plupart des journaux, magazines, encyclopédies et même sites Internet se trouvera en dehors de cette catégorie (ce qui en soi ne serait peut-être pas mauvais, mais alors pourquoi maintenir en vie une construction vidée de sens pratique?).

233. Régime. Selon l'article L. 113-5 du CPI, le promoteur est investi des droits d'auteur sur l'oeuvre collective. Les droits (pas seulement patrimoniaux, mais aussi — ce qui était parfois contesté⁵⁰⁰ — moraux⁵⁰¹) naissent donc *ab initio* dans son patrimoine, sans qu'il y ait besoin d'avoir recours à une cession. Voici l'exception au principe selon lequel le droit d'au-

⁴⁹⁵ Sur la qualification rejetée en cas d'absence d'initiative : CA Paris, pôle 5, 1ère chambre, 18 déc. 2009 : Propr. intell. 2010, no. 35, p. 709, obs. A. Lucas.

⁴⁹⁶ À cause de l'absence de direction suffisante, la qualification a été refusée à un magazine : CA Paris, 17 oct. 2012 : Propr. intell. 2013, no. 46, p. 48, obs. A. Lucas, ou au site internet viedemerde.fr : CA Paris, 22 mai 2015 : Propr. intell. 2015, no. 56, p. 273, obs. J.-M. Bruguière.

⁴⁹⁷ Cass. civ. 1ère, 16 nov. 2004 : RLDI 2005, no. 78, p. 8, obs. L. Costes, A. Maffre-Baugé ; RIDA 2005, no. 204, p. 237, obs. A. Kéréver ; Légipresse 2005, no. 224, III, 172, note A. Granchet ; RTD com. 2005, 81, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁹⁸ CA Versailles, ch. réunies, 24 mars 2004 : Légipresse 2004, no. 212, III, 103, note Ch. Alleaume ; CCE 2004, comm. 55, C. Caron ; CA Paris, 25 févr. 2004 : Propr. intell. 2004, no. 12, p. 766, obs. A. Lucas.

⁴⁹⁹ CA Paris, 2 juin 1981 : Gaz. Pal. 1982, 1, p. 22, note R. Plaisant ; CA Paris, 26 janv. 1970, : D. 1970, jurispr. p. 294, concl. P. Lecourtier.

⁵⁰⁰ Notamment : H. DESBOIS, *précité*, no. 691.

⁵⁰¹ Cass. 1re civ., 22 mars 2012 : CCE 2012, comm. 61, obs. C. Caron ; Propr. intell. 2012, no. 44, obs. J.-M. Bruguière.

teur naît sur la tête du créateur⁵⁰²! Il n'est pas sûr si les contributeurs retiennent des droits quelconques sur leurs contributions, comme le revendiquent souvent les journalistes⁵⁰³.

234. Exemples dans les e-Universités. La notion d'oeuvre collective reste assez floue et les tribunaux l'appliquent avec parcimonie⁵⁰⁴, ce qui peut se comprendre — le régime est assez radical dans la mesure où il prive les créateurs des droits sur leurs contributions. Néanmoins, nombreux sont les exemples de créations dans les e-Universités à propos desquelles on peut songer à la qualification d'oeuvre collective. Nous pensons par exemple à un grand jeu de données (comme un corpus général d'une langue⁵⁰⁵), compilé par des chercheurs sous la direction d'un consortium d'établissements de recherche, ou alors d'un MOOC développé par un groupe d'enseignants-chercheurs sous la direction d'une université. Finalement, les oeuvres scientifiques les plus classiques peuvent aussi être des oeuvres collectives : nous pensons ici à des encyclopédies (comme par exemple le célèbre *Jurisclasseur*), dictionnaires ou encore des revues scientifiques.

3. Les oeuvres composites (ou dérivées) — un cas de « pluralité successive »

235. Notion. Les oeuvres composites sont définies à l'alinéa 2 de l'article L. 113-2 du CPI, selon lequel « [e]st dite composite l'oeuvre nouvelle à laquelle est incorporée une oeuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Il s'agit donc d'une incorporation d'une oeuvre (que l'on peut appeler préexistante) dans une autre oeuvre (que l'on peut appeler seconde). Toutefois, le vocable « incorporation » ne doit pas être interprété littéralement — pour pouvoir inclure des traductions et des adaptations dans cette catégorie, Des-

⁵⁰² V. *supra* no. 213.

⁵⁰³ Leur résistance a d'ailleurs abouti d'abord à une série de décisions favorables (TGI Strasbourg, 3 févr. 1998 : RIDA 1998, no. 176, p. 466 ; CA Paris, 1^{re} ch., 10 mai 2000, JCP 2000, II, 10430, obs. E. Derieux ; JCP E 2000, p. 1903, obs. A. Maffre-Baugé ; RIDA 2001, no. 187, p. 321, obs. A. Kéréver ; CA Lyon, 1^{er} ch., 9 déc. 1999, D. 2000, 62 ; RIDA 2000, no. 184, p. 357), puis à une réforme du CPI : la loi du 12 juin 2009 a inséré des règles spéciales concernant l'exploitation des oeuvres des journalistes (les art. L. 132-35 à L. 132-45 du CPI, ainsi que le nouveau art. L. 121-8 du CPI); les exceptions étant d'interprétation stricte, il est clair que ce régime ne peut pas être généralisé.

⁵⁰⁴ V. *supra* no. 232.

⁵⁰⁵ Il peut s'agir, plus spécifiquement, du Corpus Frantext, développé par le laboratoire ATILF, né du rapprochement des laboratoires du CNRS et de l'Université Nancy 2.

bois parlait même d'une « *incorporation intellectuelle* »⁵⁰⁶. Ainsi, l'on peut distinguer, comme l'a fait la doctrine⁵⁰⁷, deux hypothèses : de « *vraies* » oeuvres composites, où l'oeuvre préexistante est incorporée *telle quelle*, sans aucune modification (par exemple une photographie intégrée dans une affiche) et des oeuvres dérivées qui sont en réalité des modifications des oeuvres préexistantes (par exemple une nouvelle version d'un logiciel, un ouvrage scientifique mis à jour). La distinction n'emporte cependant aucun changement de régime applicable. Bien évidemment, l'oeuvre préexistante doit être elle-même protégée par le droit d'auteur (sinon il s'agit d'un simple emprunt d'un élément du domaine public), mais son adaptation doit elle aussi consister à ajouter des éléments originaux⁵⁰⁸ pour que son auteur puisse avoir accès à la protection du droit d'auteur. L'incorporation de l'oeuvre peut impliquer un changement de genre (un film tiré d'un roman), mais cela n'est pas indispensable (par exemple une traduction n'implique pas de changement de genre). Ce qui importe, c'est l'absence de collaboration entre l'auteur de l'oeuvre préexistante et l'auteur de l'oeuvre seconde (à défaut cette dernière doit être qualifiée d'oeuvre de collaboration). Il ne s'agit donc pas vraiment d'une pluralité d'auteurs, mais, selon l'expression de la doctrine, d'une « *pluralité successive* »⁵⁰⁹.

236. Régime. La création d'une oeuvre composite ou dérivée nécessite la reproduction des éléments originaux — l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre préexistante est donc déjà nécessaire au moment de la création⁵¹⁰. Il est vrai que dans un arrêt⁵¹¹ la Cour de cassation a jugé que la réalisation d'un projet d'oeuvre dérivée ne pouvant faire l'objet d'exploitation ne nécessite pas l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre première ; or il s'agit ici, selon nous, d'une simple application du principe *de minimis*⁵¹². Ce qui est indiscutable, c'est que l'exploitation d'une oeuvre composite ou dérivée nécessite l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre préexis-

⁵⁰⁶ H. DESBOIS, *précité*, no. 128.

⁵⁰⁷ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 403, p. 381-382.

⁵⁰⁸ Par exemple, la colorisation d'un film n'est pas originale : CA Versailles, ch. réunies, 19 déc. 1994 : RIDA 1995/2 p. 389 (affaire *Huston*).

⁵⁰⁹ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 400 et ss., p. 380 et ss.

⁵¹⁰ Mais pour un point de vue contraire, v. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 409, p. 384, qui y voient une limitation excessive de la liberté de création.

⁵¹¹ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1981, n° 80-12.546 : JurisData n° 1981-703611, Bull. civ. 1981, I, no. 339.

⁵¹² Quel intérêt d'exiger une autorisation du titulaire des droits (essentiellement économiques) pour créer un projet qui n'est pas exploitable?

tante. Ce dernier est en principe libre de ne pas donner son autorisation, même si cette liberté peut, dans certains cas spéciaux, être limitée par le droit de la concurrence (par exemple quand il s'agit d'une ressource essentielle⁵¹³). Il a aussi droit à une rémunération proportionnelle sur les recettes d'exploitation de l'oeuvre seconde⁵¹⁴. Enfin, il convient de remarquer qu'une oeuvre dérivée peut elle-même être la base d'une autre oeuvre dérivée ; dans ce cas, il est nécessaire d'obtenir l'autorisation d'exploitation de tous les auteurs⁵¹⁵. Cela peut facilement conduire à un effet de « *poupée russe* », où l'oeuvre dérivée cache en elle-même des oeuvres dérivées et son exploitation (du moins : exploitation licite) peut se voir paralysée par la nécessité d'obtenir l'autorisation de tous les titulaires des droits (et ça même si l'on met de côté les questions de droit international privé!).

237. Exemples dans les e-Universités. Les exemples d'oeuvres dérivées dans les e-Universités ne manquent pas ; on pense ici d'abord à toutes sortes de mises à jour et compléments des créations existantes, qu'elles soient des données de recherche, des écrits scientifiques ou des ressources pédagogiques numériques. On peut dire (même si ces propos sont très réducteurs) que le travail d'enseignant-chercheur consiste à créer des oeuvres composites où dérivées — ajouter des éléments originaux à des éléments existants. La question de frontière entre une simple inspiration (qu'on pourrait, du point de vue du droit d'auteur, définir comme la reprise des éléments non-protégés) et une création dérivée se pose donc pleinement et une réponse *in abstracto* est impossible. D'un côté, il faut garder à l'esprit le fait que les « *matières premières* » du travail scientifique — les informations — sont de libre parcours ; d'un autre côté, comme nous l'avons exposé précédemment, les données de recherche (dont l'information peut être extraite) n'échappent pas complètement à l'emprise du droit d'auteur, ce qui est regrettable.

238. Appréciation critique. À notre sens, la notion d'oeuvre composite est superflue. En effet, elle n'apporte rien de nouveau à l'article L. 112-3 du CPI, selon lequel « *les auteurs de traductions, adaptations, transformations ou arrangements des oeuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de*

⁵¹³ Sur cette théorie v. notamment CE, 29 juillet 2002, req. n° 200886 : Propr. intell., no. 6 (janvier 2003), p. 57, obs. A. Lucas.

⁵¹⁴ Cass. 1re civ., 12 déc. 2000 : RIDA 2001, no. 188, p. 337, obs. A. Kéréver.

⁵¹⁵ Cass. civ 1re, 22 juin 1959, D. 1960, p. 129, note H. Desbois (affaire *La Tosca*).

l'oeuvre originale ». Les enthousiastes du rasoir d'Occam diraient sans doute que ce principe peut être déduit des fondations mêmes du droit d'auteur (car, comme nous l'avons déjà souligné, la création d'une oeuvre dérivée consiste à reproduire des éléments originaux). De surcroît, la notion n'apporte rien à la classification des oeuvres plurales que l'article L. 113-2 du CPI veut introduire. En effet, une oeuvre composite peut bien être une oeuvre de collaboration⁵¹⁶ ou même une oeuvre collective⁵¹⁷.

B. La création plurale en droit allemand

239. Plan. Plus individualiste que le droit français, le droit allemand ne connaît pas le régime d'oeuvre collective et les oeuvres composites y sont traitées comme des adaptations (article 3 de la UrhG). La UrhG ne reconnaît qu'une seule hypothèse de pluralité des auteurs — la *Miturheberschaft* (terme que nous allons traduire comme « copaternité » pour pouvoir la distinguer nettement de la notion française d'oeuvre de collaboration, qui n'est pas identique). A cette notion (1) s'oppose celle de « fausse pluralité », qui caractérise les *verbundene Werke* (oeuvres associées — 2).

1. Copaternité (*Miturheberschaft*)

240. Notion. Selon l'article 8 de la UrhG on est en présence de copaternité d'une oeuvre lorsque plusieurs auteurs ont concouru à sa création et lorsqu'il est impossible d'exploiter leurs contributions individuelles séparément. Les co-auteurs doivent agir dans une intention commune, ils doivent donc se mettre d'accord quant à leurs objectifs et suivre un plan commun⁵¹⁸. Tel sera souvent le cas des écrits scientifiques ou des ressources pédagogiques élaborés en équipe⁵¹⁹. Les contributions individuelles peuvent ensuite être créées simultanément.

⁵¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1973 : Bull. civ. I, p. 390, Gaz. Pal. 1974, 1, p. 94 (affaire du Prince Igor : un opéra de Borodin achevé après son décès par Glazunov et Rimsky-Korsakov).

⁵¹⁷ Par exemple une édition augmentée d'une encyclopédie.

⁵¹⁸ BGH, 14 juill. 1993, GRUR 1994, 39, 40 (logiciel de comptabilité) ; LG Köln, 9 août 2006, ZUM-RD 2007, 201 (une sculpture).

⁵¹⁹ K. PLETT, *Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk*, Luchterhand Verlag, 1984, spécialement pp. 43 et ss.

ment ou successivement⁵²⁰. Elle peuvent être inégales — il suffit que chacune d’entre elles soit originale au sens du droit d’auteur allemand⁵²¹. *A contrario*, et comme en droit français, celui qui fournit uniquement des idées⁵²² ou des conseils⁵²³ n’est pas un co-auteur. Ce qui est important et qui distingue la copaternité allemande d’une oeuvre de collaboration à la française, est que les contributions individuelles, même si elles peuvent être dissociées, ne peuvent pas être exploitées séparément : ainsi, si elles relèvent de genres différents (comme la musique et les paroles), l’ensemble va souvent devoir être qualifié d’oeuvres associées (*verbundene Werke*)⁵²⁴. En revanche, la copaternité est reconnue dans le cas des films, car les contributions de leurs auteurs, même si elles révèlent de genres différents, ne peuvent pas être exploitées séparément⁵²⁵. Enfin, il convient de remarquer que si au moment de la création les auteurs agissaient dans une intention commune, la copaternité ne cesse pas, même s’il se révèle ultérieurement qu’une des contributions (par exemple une scène d’une pièce de théâtre⁵²⁶, ou un chapitre d’un ouvrage scientifique) peut être exploitée séparément.

241. Régime. Le régime de copaternité ressemble à celui d’une oeuvre de collaboration. En effet, l’oeuvre ainsi créée est la propriété commune (*Gesamthandsgemeinschaft*) de tous les co-auteurs et leur autorisation est nécessaire pour tout acte d’exploitation (et pour toute modification) de l’oeuvre commune⁵²⁷. L’article 9(2) de la UrhG exclut la possibilité pour un co-auteur de refuser de donner sa permission s’il est de mauvaise foi. Les règles relatives aux sociétés civiles (les articles 705 et suivants du BGB) s’appliquent dans le silence de la UrhG⁵²⁸. Les contributions individuelles, par définition, ne sont pas exploitables, elles ne peuvent donc pas être exploitées séparément (contrairement au régime français de l’oeuvre de collaboration).

⁵²⁰ BGH 14 juill. 1993, I ZR 47/91, GRUR 1994, 39 (*Buchhaltungsprogramm*).

⁵²¹ V. *supra* no. 160 et ss. sur la kleine Münze.

⁵²² BGH, 19 oct. 1994, I ZR 156/92, GRUR 1995, 47 (*Rosaroter Elefant*) — sur l’idée d’un éléphant rose anthropomorphe.

⁵²³ Sur le cas spécial d’un directeur de thèse, v. M. THIELE, Die Erstautorenschaft bei wissenschaftlichen Publikationen, GRUR 2004, 392.

⁵²⁴ BGH, 9 juin 1982, I ZR 5/80, GRUR 1982, 743.

⁵²⁵ G. SCHULZE, [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 9, no. 4.

⁵²⁶ BGH, 3 mars 1959, I ZR 17/58, GRUR 1959, 335-337 (*Wenn wir alle Engel wären*).

⁵²⁷ BGH, 23 févr. 2012, I ZR 6/11, GRUR 2012, 1022.

⁵²⁸ *Idem*.

242. Exemples dans les e-Universités. Une grande partie des écrits scientifiques sera concernée par les règles de copaternité : des articles, des ouvrages rédigés par une équipe de chercheurs etc. La qualification, il nous semble, sera plus difficile à retenir pour certains MOOCs, où les contenus (les différentes composantes ou modules) sont susceptibles d'une exploitation séparée (il s'agit donc d'oeuvres associées). *A priori*, elle devra également être rejetée pour les actes de colloques. En revanche, elle peut être retenue pour des jeux de données compilés par un groupe de chercheurs.

2. Oeuvres associées (*verbundene Werke*)

243. Notion et régime. Selon l'article 9 de la UrhG, les « *oeuvres associées* » sont des oeuvres de différents auteurs, associées à des fins d'exploitation commune. Il ne s'agit donc pas vraiment d'une pluralité d'auteurs, mais plutôt d'une pluralité d'oeuvres qui sont exploitées ensemble et qui ne remplissent pas les critères de copaternité. Dans ce sens, l'on peut parler d'une « *fausse pluralité* » des auteurs. Tel sera le cas d'une chanson (association de musique et de paroles), d'un opéra ou d'un livre illustré⁵²⁹. Chacune des oeuvres associées garde son caractère indépendant (ce qui s'exprime par exemple par la durée de protection, évaluée séparément pour chaque oeuvre associée) ; la seule spécificité du régime des oeuvres associées consiste en l'exploitation de l'ensemble. En effet, en associant leurs oeuvres, les auteurs forment une société civile (*Gesellschaft*) à laquelle s'appliquent les règles des articles 705 et suivants du BGB, et dont les objectifs sont délimités par les raisons pour lesquelles les oeuvres ont été associées⁵³⁰. Ainsi, l'exploitation des oeuvres associées dans un objectif commun nécessite un accord de tous les auteurs, sauf qu'une autorisation ne peut pas être refusée si ce refus est contraire à l'exigence de bonne foi. Dans la limite de l'objectif poursuivi par les auteurs, le régime s'apparente donc à celui qui caractérise la copaternité. Les parties individuelles, toutefois, peuvent être exploitées séparément, dans la mesure où cela ne nuit pas à l'objectif commun pour lequel les oeuvres ont été associées.

⁵²⁹ LG München I, 23 janv. 2009, 21 O 13662/07, GRUR-RR 2009, 218 (*Die Wilden Kerle*).

⁵³⁰ OLG Düsseldorf, 13 févr. 1996, 20 U 115/95, GRUR 1997, 49-51 (les photos associées pour une exposition ne sont plus des oeuvres associées après l'événement).

244. Exemples dans les e-Universités. Les oeuvres associées sont aussi présentes dans les e-Universités. Comme nous l'avons évoqué précédemment, on pense ici aux actes de colloques et à certains MOOCs, où les contenus peuvent être exploités séparément. Mais à la réflexion, certains jeux de données peuvent aussi être des associations d'oeuvres : tel sera par exemple le cas d'un corpus multi-modal, où les vidéos sont préparées par une équipe et ensuite annotées par une autre (à condition que le travail de cette dernière aboutisse à la création d'une oeuvre protégeable, ce qui n'est pas évident).

§ 3. Titulaires introuvables — l'hypothèse d'une oeuvre orpheline

245. Aperçu du problème. Les projets de numérisation en masse (tels que *Google Books*⁵³¹, *Europeana*⁵³² ou *Gallica*⁵³³) ont attiré l'attention des législateurs vers le problème des oeuvres dont les titulaires des droits ne peuvent pas être retrouvés. Comme le décrit un rapport du CSPLA, « [c]ette situation empêche (...) l'utilisation de l'oeuvre, puisqu'une autorisation est indispensable en vertu du droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, l'utilisation non autorisée d'une oeuvre constitue une contrefaçon »⁵³⁴. Un autre rapport estime que ce problème concerne environ 40% de livres dans la *British Library*, et jusqu'à 90% des photographies dans la *London Metropolitan Archive*⁵³⁵, il représente donc un enjeu majeur⁵³⁶. Il n'épargne pas les bibliothèques universitaires, ce qui le rend important pour notre étude.

⁵³¹ <https://books.google.com>

⁵³² <http://www.europeana.eu>

⁵³³ <http://gallica.bnf.fr>

⁵³⁴ Rapport du CSPLA sur les oeuvres orphelines, 19 mars 2008, p. 5.

⁵³⁵ Copyright, and the Regulation of Orphan Works : A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation ; rapport du Intellectual Property Office, 2013, pp. 9 et ss.

⁵³⁶ Qui a fait, ce qui n'étonne pas, l'objet de très nombreux rapports, par ex. le Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines du CSPLA du 19 mars 2008 ; Report on Orphan Works, United States Copyright Office, janvier 2006 ; Orphan Works and Mass Digitization : a Report of the Register of Copyrights, juin 2015 ; Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues, i2010 : Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, avril 2007.

246. Actions des législateurs. Le premier grand rapport sur les oeuvres orphelines a été publié en 2006 aux États-Unis⁵³⁷, mais jusqu'à présent aucune solution définitive n'a été adoptée outre-Atlantique. Le législateur européen, et français notamment, ont agi plus vite : la loi française du 1er mars 2012⁵³⁸ a inséré dans le CPI des dispositions particulières relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles, dont le champ d'application recouvrait une partie des oeuvres orphelines. Ce régime a dernièrement été jugé non-conforme à la Directive 2001/29/CE⁵³⁹. Le 25 octobre 2012, le législateur européen a adopté (seulement dix-sept mois après la publication du projet⁵⁴⁰) la Directive 2012/28/UE sur certaines utilisations autorisées des oeuvres orphelines. Le texte a été transposé en droit allemand par la loi du 1er octobre 2013⁵⁴¹, et en droit français — par la loi du 20 février 2015⁵⁴². Ainsi, les dispositions relatives aux oeuvres orphelines se retrouvent aujourd'hui aux articles L. 135-1 à L. 135-7 du CPI et aux articles 61 à 61c de la UrhG. Les deux transpositions ont beaucoup plus de points communs que de différences, il est donc possible de les présenter ensemble.

247. La place du régime des oeuvres orphelines dans le système du droit d'auteur. Selon le considérant 20 de la Directive 2012/28/CE, le dispositif concernant les oeuvres orphelines est en effet une exception au monopole des auteurs qui complète la liste des exceptions prévues à l'article 5 de la Directive 2001/29/CE⁵⁴³. Il en résulte que l'application de ce régime est soumise au test en trois étapes⁵⁴⁴. Le législateur allemand a en effet transposé la Directive 2012/28/CE dans la section VI de la UrhG, contenant les exceptions au monopole des auteurs. Le législateur français, toutefois, a jugé opportun de la transposer non pas dans l'article L. 122-5 du CPI (contenant les exceptions aux droits patrimoniaux), mais dans un nouveau Chapitre V du Titre III portant sur l'exploitation des droits. Du point de vue technique, il ne s'agit donc pas, en droit français, d'une exception au régime général, mais plutôt

⁵³⁷ Report on Orphan Works, United States Copyright Office, janvier 2006.

⁵³⁸ Loi n° 2012-287.

⁵³⁹ CJUE, 16 nov. 2016, C-301/15 (*Soulier*).

⁵⁴⁰ Proposition de la Directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (COM(2011) 289 final) publiée le 24 mai 2011.

⁵⁴¹ BGBl. I p. 3728.

⁵⁴² Loi n° 2015-195.

⁵⁴³ V. *infra* no. 355 et ss.

⁵⁴⁴ V. *infra* no. 351.

d'un régime spécifique propre aux oeuvres orphelines. C'est d'ailleurs pour cela que nous l'analysons ici et non pas dans le chapitre consacré aux exceptions au monopole des auteurs.

248. La définition de l'oeuvre orpheline. Une oeuvre est considérée comme orpheline si aucun de titulaires de droits sur cette oeuvre n'a été identifié ou retrouvé⁵⁴⁵, malgré des recherches diligentes⁵⁴⁶. À l'étude de la Directive et de ses transpositions nationales on découvre que, pour qu'on puisse parler d'oeuvre orpheline, l'oeuvre en cause doit être divulguée⁵⁴⁷, et que la première divulgation doit avoir lieu sur le territoire d'un État membre de l'Union Européenne⁵⁴⁸, ce qui exclut non seulement les manuscrits non-divulgués, mais aussi les oeuvres publiées ou diffusées initialement en dehors de l'Union. Par ailleurs, le droit français, où la définition générale d'une oeuvre orpheline⁵⁴⁹ a été introduite par la loi du 1er mars 2012, donc avant même l'adoption de la Directive 2012/28/UE, exige que les recherches des titulaires soient non seulement diligentes, mais aussi avérées et sérieuses. En effet, le rapport du CSPLA sur les oeuvres orphelines, publié en 2008, proposait de définir les recherches des titulaires comme avérées et sérieuses⁵⁵⁰, tandis que le projet de la Directive, ainsi que son texte final, parlent de recherches diligentes. Le législateur français, au lendemain de la publication du projet de la Directive, a donc choisi de faire amalgame de ces deux approches, ce qui paraît en effet bien superflu. Nous estimons qu'il n'y a pas de réelle différence entre les recherches « *diligentes* » et « *avérées et sérieuses* » — de toute manière, il s'agit de la même notion, harmonisée au niveau européen⁵⁵¹.

249. L'oeuvre orpheline et la pluralité des titulaires de droits. Comme nous l'avons vu précédemment, il peut y avoir plusieurs titulaires des droits sur une oeuvre. Si une partie des titulaires ne peut pas être identifiée ou retrouvée, l'oeuvre peut être considérée partiellement orpheline. L'utilisation d'une telle oeuvre est donc soumise à l'autorisation de ces titu-

⁵⁴⁵ La Directive 2012/28/CE parle d'un titulaire « identifié ou localisé » (ang. *identified or located*) ; à notre sens, il s'agit ici uniquement d'une différence des traductions — le mot « retrouvé » nous semble ici plus adapté.

⁵⁴⁶ Cf. l'art. 2(1) de la Directive 2012/28/UE, l'art. 61(2) UrhG, l'art. L. 113-10 du CPI.

⁵⁴⁷ *Idem*.

⁵⁴⁸ Cf. considérant 12 de la Directive 2012/28/UE, qui expose le principe et sa motivation - « *des raisons de curiosité internationale* ».

⁵⁴⁹ Art. L. 113-10 du CPI.

⁵⁵⁰ Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines du CSPLA, 19 mars 2008, pp. 8 et ss.

⁵⁵¹ V. surtout l'art. 4 de la Directive 2012/28/UE sur la reconnaissance mutuelle du statut d'oeuvre orpheline dans tous les États membres ; cf. l'art. 135-1, 2° du CPI.

laires qui ont pu être identifiés ou retrouvés ; au regard des autres titulaires, l'oeuvre est considérée comme orpheline⁵⁵².

250. Champ d'application. Le régime de la Directive 2012/28/CE ne s'applique pas à toutes les oeuvres orphelines, mais uniquement aux oeuvres « *publiées sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits* », ainsi qu'aux oeuvres audiovisuelles et sonores qui font partie des collections des bibliothèques accessibles au public, des musées, des archives, des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore ou des établissements d'enseignement⁵⁵³. Cela résulte d'une disposition expresse de l'article 1(4) de la Directive 2012/28/CE. L'article 10 de la même Directive contient une clause de réexamen qui envisage — après un rapport annuel publié par la Commission — l'inclusion d'autres oeuvres (« *en particulier des photographies et autres images qui existent en tant qu'oeuvres indépendantes* ») dans son champ d'application. Pour le moment, l'exclusion de ces autres catégories d'oeuvres résulte clairement de la liste limitative de l'article 1 de la Directive — c'était donc inutile de les exclure par une disposition expresse, comme l'a fait le législateur français⁵⁵⁴, surtout que celle-ci peut conduire à des difficultés d'interprétation. Alors, avant d'utiliser un livre orphelin, faut-il en supprimer les illustrations qui existent en tant qu'oeuvres indépendantes (il ne s'agit pas, nous le soulignons, d'un support indépendant, mais bien d'une oeuvre — un bien immatériel dont le sort est indépendant de son support!)? Cela impliquerait la nécessité d'examiner « *l'indépendance* » de l'image, qui n'est pas une tâche simple (par exemple, chaque photo incluse dans un livre peut être exploitée indépendamment ; seuls certains dessins techniques peuvent être vraiment dépendants de leur contexte)! A notre sens, il faut écarter cette hypothèse et admettre, comme l'ont fait le législateur et la doctrine allemands⁵⁵⁵, que le champ d'application de la Directive est délimité non pas par le genre de l'oeuvre mais par son support — tant que l'oeuvre graphique est intégrée dans un livre, une revue, un journal ou un magazine, elle entre, avec l'ensemble du support, dans le champ d'application du régime des oeuvres orphelines. *A contrario*, les oeuvres graphiques sur des supports indépendants doivent être exclues.

⁵⁵² Art. 2(2) de la Directive 2012/28/CE ; l'art. L. 135-2 du CPI ; l'art. 61(3) UrhG.

⁵⁵³ Art. 1(2) de la Directive 2012/28/CE ; l'art. L. 135-1, 1° du CPI ; l'art. 61(2) UrhG.

⁵⁵⁴ Art. L. 135-1, 1° a) *in fine*.

⁵⁵⁵ T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, art. 61 UrhG, no. 12.

251. Les institutions bénéficiaires. Les oeuvres orphelines peuvent être utilisées seulement par des institutions (des bibliothèques, des musées, des archives, des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore ou des établissements d'enseignement) dans les collections desquels elles se trouvent. Il en résulte par exemple, tout-à-fait logiquement, qu'une université (établissement d'enseignement) ne peut pas se prévaloir des dispositions sur les oeuvres orphelines pour utiliser un livre qui fait partie de la collection de n'importe quelle bibliothèque (car pratiquement chaque livre peut être trouvé dans une bibliothèque!), ou qu'une bibliothèque universitaire ne peut pas utiliser une revue qui se trouve dans une autre bibliothèque en tant qu'oeuvre orpheline⁵⁵⁶. Il est important du point de vue de notre étude que la Directive semble autoriser l'utilisation des oeuvres orphelines dans le cadre d'un partenariat public-privé (par exemple un partenariat entre une université et un institut de recherche privé)⁵⁵⁷.

252. Les utilisations autorisées. Les oeuvres orphelines peuvent être reproduites (au sens de l'article 2 de la Directive 2001/29/CE) sans autorisation des titulaires des droits, mais uniquement à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration⁵⁵⁸. Elles peuvent également être mises à disposition du public (dans le sens de l'article 3 de la Directive 2001/29/CE), mais ne peuvent pas être distribuées par vente ou autrement (dans le sens de l'article 4 de la Directive 2001/29/CE). Les droits moraux des auteurs doivent être respectés, suivant la spécificité de chaque système juridique. De surcroît, une oeuvre orpheline peut être utilisée par une institution bénéficiaire uniquement dans un but lié à l'accomplissement de sa mission d'intérêt public⁵⁵⁹. Ainsi, les universités peuvent utiliser les oeuvres orphelines dans leur mission d'enseignement, mais aussi dans leur mission de recherche. En revanche, toute utilisation dans un but lucratif est interdite, mais les institutions peuvent (en France pendant une période limitée à sept ans⁵⁶⁰) percevoir des recettes pour couvrir les frais liés à la numérisation et à la mise à disposition du public

⁵⁵⁶ G. SPINDLER, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works-Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, pp. 349 - 352.

⁵⁵⁷ Art. 6(4) de la Directive 2012/28/UE.

⁵⁵⁸ Art. 6(1) b) de la Directive 2012/28/UE ; l'art. L. 135-2 du CPI ; l'art. 61(1) et l'art. 61(5) UrhG.

⁵⁵⁹ Art. 6(2) de la Directive 2012/28/UE ; l'art. L. 135-2 du CPI ; l'art. 61(5) UrhG.

⁵⁶⁰ Art. L. 135-2 du CPI.

d'oeuvres orphelines⁵⁶¹. Il n'est pas clair si le coût des recherches des titulaires des droits peut aussi être intégré dans ces recettes.

253. Recherches diligentes ; base de données des oeuvres orphelines. Les recherches diligentes des titulaires des droits sont une condition nécessaire pour la reconnaissance du statut d'oeuvre orpheline. En effet, de telles recherches doivent être menées à l'égard de chaque oeuvre, et cela avant toute utilisation⁵⁶². Logiquement, elles doivent être effectuées dans l'État membre où a eu lieu la première publication ou divulgation de l'oeuvre (ou dans l'État où se trouve le siège du producteur d'une oeuvre audiovisuelle)⁵⁶³, mais aussi dans d'autres pays, s'il y a des éléments de preuve suggérant que des informations pertinentes sur les titulaires des droits peuvent y être retrouvés⁵⁶⁴. Les recherches doivent être effectuées de bonne foi et consister à consulter les sources appropriées déterminées par chaque État membre⁵⁶⁵. Les institutions bénéficiaires⁵⁶⁶ sont obligées de tenir un registre de leurs recherches et d'en informer l'autorité compétente dans leur pays (en France — le ministre chargé de la culture, ou l'organisme désigné à cette fin par celui-ci ; en Allemagne — *Deutsche Patent- und Markenamt*), en indiquant les utilisations envisagées des oeuvres. Cette autorité compétente doit ensuite transmettre les informations à l'Office de l'Union européenne de la propriété intellectuelle, afin qu'elles puissent être enregistrées dans une base de données spécialisée⁵⁶⁷. Le fait qu'une oeuvre soit répertoriée dans cette base de données semble suffire pour lui octroyer le statut d'oeuvre orpheline et dispenser les autres institutions qui l'ont dans leurs collections d'obligations d'effectuer des recherches des titulaires de droits⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ Art. 6(2) de la Directive 2012/28/UE ; l'art. L. 135-2 du CPI ; l'art. 61(5) UrhG.

⁵⁶² Art. 3(1) de la Directive 2012/28/UE.

⁵⁶³ Art. 3(3) de la Directive 2012/28/UE ; l'art. 135-3, 1^o du CPI ; l'art. 61a(1) UrhG.

⁵⁶⁴ Cette disposition n'a pas été transposée en droit français (mais on la retrouve dans les art. précités de la Directive et de la UrhG).

⁵⁶⁵ La loi française énonce que doivent être consultées « des sources appropriées pour chaque catégorie d'oeuvres » (art. L. 135-3, 1^o du CPI) ; la liste des telles sources a été introduite par le Décret n^o 2015-506 du 6 mai 2015 et codifiée à l'art. R. 135-1-I ; la loi allemande contient une annexe énumérant les sources appropriées (*Anlage (zu § 61a) Quellen einer sorgfältigen Suche*), inspirée de l'annexe de la Directive 2012/28/UE.

⁵⁶⁶ La transposition allemande précise que les recherches peuvent être effectuées par un tiers (comme un organisme spécialisé) à la demande de l'institution.

⁵⁶⁷ Consultable sur : <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>

⁵⁶⁸ Considérant 16 de la Directive 2012/28/UE ; l'art. L. 135-4 du CPI.

254. La réapparition du titulaire des droits. La réapparition du titulaire des droits met fin au statut de l'oeuvre orpheline. L'institution bénéficiaire est donc obligée de cesser toute utilisation de l'oeuvre, dès que le titulaire justifie de son statut auprès d'elle. Il a aussi droit à une rémunération pour les utilisations effectuées⁵⁶⁹.

255. L'importance du régime pour les e-Universités ; l'appréciation critique. Les oeuvres potentiellement orphelines représentent une grande partie des collections de bibliothèques universitaires⁵⁷⁰. En effet, les thèses et les mémoires font partie de la « *littérature grise* »⁵⁷¹, souvent concernée par le problème de l'orphelinat. Le phénomène peut aussi toucher aux revues, dictionnaires, encyclopédies et autres écrits scientifiques, si leur éditeur fait faillite ou se fait acheter par une autre entreprise, sans que les questions relatives à la propriété intellectuelle soient proprement réglées. Du point de vue des e-Universités, le régime des oeuvres orphelines est donc important, car il permet, dans certaines circonstances, la numérisation et la mise en ligne de ces oeuvres qui, sinon, seraient vouées à l'oubli. Or, à notre sens, la solution adoptée est fort décevante : principalement, parce qu'elle ne concerne que certaines catégories d'oeuvres. *Quid* des jeux de données de recherche, sauvegardées sous forme électronique, qui peuvent aussi devenir orphelines? *Quid* des logiciels qui deviennent si vite obsolètes, ne serait-ce que à cause de leur support (il n'est pas facile, et il le sera de moins en moins, de récupérer les données par exemple des disquettes 8 pouces, utilisées dans les années 1970). *Quid* même des livres orphelins publiés en dehors de l'Union Européenne? À l'heure actuelle, toutes ces catégories d'oeuvres orphelines ne peuvent pas être utilisées, ce qui est très regrettable, compte tenu du caractère très limité des exceptions d'enseignement et de recherche⁵⁷².

⁵⁶⁹ Art. 5 de la Directive 2012/28/UE ; art. L. 135-6 du CPI ; art. 61b UrhG.

⁵⁷⁰ Selon le *Report on Orphan Works* de 2006 (*précité*, p. 22), l'impossibilité de retrouver les éditeurs concerne 22% de collections d'une bibliothèque universitaire.

⁵⁷¹ J. SCHÖPFEL, T. A. LIPINSKI, Legal Aspects of Grey Literature, *The Grey Journal*, 2012, vol. 8 (3), pp. 137-153, hal : <sic 00905090>. La littérature grise peut être définie comme des documents qui ont été divulgués, mais qui n'ont jamais fait partie d'une édition commerciale.

⁵⁷² V. *infra* no. 363 et ss.

Conclusion du chapitre I

256. Les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques sont en principe protégés par le droit d'auteur, car ils sont des créations intellectuelles à caractère personnel exprimées dans une forme perceptible. Certes, ils doivent remplir le critère d'originalité qui doit être évalué au cas par cas, mais cette condition étant considérablement objectivée (et donc revue à la baisse), on peut s'attendre à ce que ce pas soit facilement franchi. En effet, de nombreuses décisions accordent la protection du droit d'auteur aux thèses, manuels ou cours. Toutefois, force est de constater que le caractère scientifique et informationnel de ces créations affaiblit leur protection par le droit d'auteur, qui se limite à la forme d'expression originale, sans pour autant affecter les contenus.

257. Quant aux données de recherche, nous avons constaté qu'elles non plus n'échappent pas complètement au droit d'auteur. Ceci concerne en particulier les données qui sont des fruits d'une activité humaine créative (et pas de simples descriptions de phénomènes naturels) — ce genre de données intéresse les sciences humaines et sociales. Il est également admis que le droit d'auteur peut protéger les cartes et les dessins techniques. De surcroît, les données de recherche, même si elles ne sont pas protégeables en tant que telles, peuvent être intégrées dans un recueil original (un jeu de données), ce qui ne sera pas sans influence sur leur réutilisation.

258. Les activités des e-Universités, si elles portent sur des biens immatériels protégés par le droit d'auteur, nécessitent *a priori*⁵⁷³ l'autorisation des titulaires des droits. En effet, ces titulaires disposent des droits exclusifs d'interdire des actes tels que la reproduction et la communication au public de leurs oeuvres, pourtant nécessaires au regard des missions des e-Universités. De surcroît, doivent également être pris en compte les droits moraux (et notamment le droit de paternité et le droit au respect) dont le respect est exigé non seulement par la loi, mais aussi par les bonnes pratiques académiques.

259. Le droit d'auteur sur les oeuvres créées par des enseignants-chercheurs leur appartient en principe (sauf quelques exceptions concernant par exemple des partenariats public-privé, ou des oeuvres des salariés). Ceci renforce la liberté académique, mais ne facilite pas l'exploitation de ces oeuvres par l'e-Université, d'autant plus qu'il s'agit souvent de créations

⁵⁷³ Sauf si elles entrent dans le cadre des exceptions prévues par la loi — v. *infra* no. 339 et ss.

plurales (oeuvres aux auteurs multiples). Il serait à notre sens souhaitable d'envisager d'accorder à l'université un droit de préférence pour la mise en ligne des jeux de données de recherche et des ressources pédagogiques numériques élaborés par les enseignants-chercheurs, tout en garantissant à ces derniers une rémunération équitable. En revanche, il est souhaitable au regard de la liberté académique que le droit d'auteur sur les écrits scientifiques reste attribué au chercheur.

260. Enfin, nous avons constaté que de nombreux écrits scientifiques sont concernés par le phénomène des « *oeuvres orphelines* », car leurs titulaires de droits sont introuvables. Malheureusement, la Directive 2012/28/CE qui autorise certaines utilisations de ces oeuvres se borne à faciliter leur préservation et présente un intérêt très limité pour les activités pédagogiques et scientifiques, même si elle facilite en effet les projets de numérisation des collections des bibliothèques, y compris universitaires.

Chapitre II : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets de certains droits voisins

261. Introduction. La propriété littéraire et artistique comporte deux volets traditionnels : le droit d'auteur et les droits voisins. Ayant traité dans le précédent chapitre la question de l'emprise du droit d'auteur sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques, il est temps de se poser la même question au regard des droits voisins.

262. Histoire et sources des droits voisins. L'histoire des droits voisins (*Verwandte Schutzrechte*) est liée au développement des techniques de fixation de sons et d'images. Le premier texte international qui consacrait la protection des « *auxiliaires de la création* » est la Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de diffusion. D'autres textes internationaux⁵⁷⁴ et européens⁵⁷⁵ concernant les droits voisins ont été adoptés au fil des années. En France, les droits voisins ont été introduits tardivement, par la loi du 3 juillet 1985 (dès les années 60, les tribunaux cherchèrent des solutions sur le plan de la responsabilité civile⁵⁷⁶), tandis qu'en Allemagne ils faisaient déjà partie de la UrhG lors de son adoption en 1965.

263. Objet de la protection des droits voisins. À la différence du droit d'auteur qui protège les créateurs d'œuvres originales, les droits voisins protègent une variété de prestations des « *auxiliaires de la création* », à savoir les artistes-interprètes, les producteurs de vidéogrammes et phonogrammes ainsi que de bases de données, les entreprises de communica-

⁵⁷⁴ La Convention de Genève du 29 octobre 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée, la Convention de Bruxelles du 21 mai 1974 concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite ; le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

⁵⁷⁵ Dont les plus importants sont : Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, Directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

⁵⁷⁶ Par ex. Cass. 1re civ. 4 janv. 1964 : D. 1964, 321, note Ph. Pluyette ; JCP 1964, II, 13712 et I, 1844, chron. R. Badinter ; RTD com. 1964, 320, obs. H. Desbois.

tion audiovisuelle etc. La liste des bénéficiaires diffère selon le pays⁵⁷⁷. L'étendue et la durée des monopoles conférés à chaque catégorie de ces prestataires diffèrent, ce qui explique l'utilisation du pluriel dans l'expression « *droits voisins* ».

264. Dans la tradition du *copyright*. La tradition anglo-saxonne ne connaît pas les droits voisins. En droit étasunien ou anglais certaines prestations, comme les enregistrements sonores (phonogrammes)⁵⁷⁸, les éditions (au sens des arrangements typographiques)⁵⁷⁹ ou les restaurations d'oeuvres⁵⁸⁰ peuvent être protégées par le droit d'auteur.

265. Rapport avec le droit d'auteur. En droit français, l'article L. 211-1 du CPI énonce que « *les droits voisins ne portent pas atteinte au droit d'auteur* » ; ainsi, ils ne peuvent pas être interprétés de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur. La disposition est sans doute inspirée par le premier article de la Convention de Rome et l'article 1.2 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Or le législateur allemand n'a inséré dans la UrhG aucune disposition générale dans ce sens, certainement dans l'intention de souligner l'indépendance de ces deux régimes de droits exclusifs. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la UrhG renvoie très souvent aux dispositions du droit d'auteur pour délimiter la portée des droits voisins⁵⁸¹, ce qui ne laisse pas de doute quant à la primauté du droit d'auteur sur les droits voisins, du moins sur le plan conceptuel.

266. Plan. En théorie chaque catégorie de droits voisins peut présenter une certaine importance pour les e-Universités. On s'imagine facilement par exemple une recherche théâtrologique portant sur les prestations des artistes-interprètes, ou un MOOC utilisant des extraits de phonogrammes ou vidéogrammes. Cependant, seuls trois régimes spécifiques, qui nous semblent particulièrement importants pour le sujet de notre étude, feront ici l'objet d'une analyse plus détaillée : le droit des producteurs de bases de données (section 3), la protection des éditions scientifiques (section 1) et la protection des photographies non-originales (section 2).

⁵⁷⁷ Par exemple, la UrhG, contrairement au CPI, accorde le bénéfice d'un droit voisin spécifique aux éditeurs de presse (art. 87f-87h UrhG), à certains autres éditeurs (art. 70 et 71 de la UrhG) ou aux photographes (art. 72 de la UrhG).

⁵⁷⁸ Section 5A du CDPA, section 102, a), 7 du Copyright Act (17 U.S.C.).

⁵⁷⁹ Section 8 du CDPA.

⁵⁸⁰ Section 104A du Copyright Act (17 U.S.C.).

⁵⁸¹ Dans les art. 70-72, 74, 76-79, 82, 83, 85, 87 et 87g de la UrhG.

Section 1 : Droit des rédacteurs d'éditions critiques et scientifiques

Section 2 : Protection des photographies non-originales

Section 3 : Droit *sui generis* des producteurs de bases de données

Section 1 : Protection des rédacteurs d'éditions critiques et scientifiques

267. Plan. Dans cette section, nous allons présenter un régime juridique inconnu au droit français : la protection légale des éditions scientifiques. Nous allons prendre comme point de départ la protection instaurée par l'article 70 de la UrhG (§ 1), pour ensuite présenter la situation à l'échelle européenne (§ 2).

§ 1. Protection des rédacteurs d'éditions scientifiques par l'article 70 de la UrhG

268. Introduction. L'article 70 de la UrhG consacre une protection des éditions scientifiques (*wissenschaftliche Ausgaben*), en conférant à leurs rédacteurs une protection quasi-identique à celle du droit d'auteur. Mise à part la durée du monopole, toutes les règles sur le droit d'auteur s'appliquent *mutatis mutandis* au rédacteur d'une telle édition. Nous allons présenter l'objet (A), la titularité (B) et la durée (C) du monopole accordé.

A. Objet du monopole : une édition scientifique (*wissenschaftliche Ausgabe*)

269. Principe. Selon l'article 70(1) de la UrhG « [L]es éditions d'oeuvres ou d'autres textes qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur sont protégées *mutatis mutandis* par les règles [du droit d'auteur] si elles sont le fruit d'un travail scientifique et si elles sont substantiellement différentes des éditions de ces oeuvres ou autres textes connus antérieurement »⁵⁸².

⁵⁸² Traduction PK, version originale : « *Ausgaben urheberrechtlich nicht geschützter Werke oder Texte werden in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Teils 1 geschützt, wenn sie das Ergebnis wissenschaftlich sichertätiger Tätigkeit darstellen und sich wesentlich von den bisher bekannten Ausgaben der Werke oder Texte unterscheiden* ».

270. Édition. Le mot « édition » (*Ausgabe*) est ici employé dans son sens technique (comme dans l'expression « édition critique », et non pas comme dans l'expression « édition de poche »). Il s'agit donc d'une version d'une création qui est pourvue d'un appareil critique.

271. Source primaire. La source primaire d'une édition scientifique protégeable ne doit pas être protégée par le droit d'auteur : ainsi, elle peut être soit une oeuvre de l'esprit qui était tombée dans le domaine public, soit un « texte » qui n'a jamais été protégé par ce droit⁵⁸³. Il est vrai que la loi évoque des textes, mais la doctrine s'accorde⁵⁸⁴ sur le fait que le genre de la source primaire est indifférent : les écrits, les oeuvres musicales, graphiques (comme les peintures ou les cartes), ou même les oeuvres audiovisuelles (comme les films) peuvent donc faire l'objet d'une édition scientifique protégeable.

272. Fruit d'un travail scientifique. Une édition protégeable doit être le fruit d'un travail scientifique qui est caractérisé par l'emploi de méthodes scientifiques, telles que la comparaison ou la juxtaposition⁵⁸⁵. L'utilisation de références, de notes de bas de page ou de commentaires peut être un indice de travail scientifique⁵⁸⁶. Le seuil de ce travail est relativement élevé ; en particulier, n'est pas suffisant le seul classement des documents par ordre d'importance⁵⁸⁷. En revanche, la valeur scientifique de l'édition est sans incidence sur la protection⁵⁸⁸. Il s'agit donc de protéger un effort qualifié (travail scientifique), et pas le mérite d'une édition.

273. Différence substantielle par rapport aux éditions connues antérieurement. Afin de se qualifier pour la protection de l'article 70 de la UrhG, l'édition scientifique doit être substantiellement différente des autres éditions de la même oeuvre qui ont été connues antérieurement. L'objectif de cette exigence est certainement d'éviter que la protection légale s'éternise grâce aux seuls efforts scientifiques répétés, sans qu'une vraie plus-value soit apparue dans le résultat. Les critères sur lesquels cette différence est appréciée ne sont pas définis. En pratique deux éditions d'une même oeuvre doivent être réputées substantiellement dif-

⁵⁸³ Par exemple un texte officiel, v. *supra* no. 125.

⁵⁸⁴ D. THUM [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 70, no. 4-7.

⁵⁸⁵ BGH 23 mai 1975 - I ZR 22/74, GRUR 1975, 667-669 (*Reichswehrprozess*).

⁵⁸⁶ *Idem*.

⁵⁸⁷ OLG Braunschweig 30 mars 1973, 2 U 62/72, GRUR 1974, 411 (*Zinn-Stadtmarken*).

⁵⁸⁸ T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 70, no. 7.

férentes si un spécialiste en la matière peut déterminer avec certitude laquelle de ces deux éditions a été utilisée⁵⁸⁹. Le texte n'exige nullement que des éditions antérieures existent — la première édition remplira automatiquement ce critère⁵⁹⁰. Au final, la différence substantielle par rapport aux éditions connues antérieurement étant un critère objectif, le seul fait qu'une édition similaire existe au moment de la publication d'une deuxième édition suffit pour que la protection soit refusée à cette dernière ; il n'est pas nécessaire que la première édition soit connue au rédacteur de la deuxième édition ou même qu'elle soit publiée⁵⁹¹.

B. Titularité du monopole portant sur les éditions scientifiques

274. Rédacteur. Le rédacteur (*Verfasser*), c'est à dire la personne physique qui se trouve à l'origine de l'édition scientifique, est le titulaire du monopole conféré par l'article 70 de la UrhG. Cela exclut la personne morale qui emploie le rédacteur ou encore l'éditeur de l'édition. Comme le droit d'auteur, le monopole du rédacteur ne peut pas être cédé à autrui (l'article 29 de la UrhG s'applique *mutatis mutandis*), mais il peut faire l'objet d'une licence. Les cas de pluralité des rédacteurs sont régis par les règles sur la pluralité des auteurs⁵⁹².

C. Durée du monopole portant sur les éditions scientifiques

275. Principe. Selon l'article 70(3) de la UrhG le monopole du rédacteur d'une édition scientifique dure vingt-cinq ans à compter de la publication de l'édition. Il est donc beaucoup plus limité dans le temps que celui de l'auteur.

⁵⁸⁹ U. LOEWENHEIM, *précité*, s. 70, no. 9.

⁵⁹⁰ D. THUM [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, s. 70, no. 17.

⁵⁹¹ *Idem*, no. 12.

⁵⁹² Les art. 9 et 10 de la UrhG, v. *supra* no. 240 et ss., 243 et ss.

§ 2. Protection des éditions critiques et scientifiques à l'échelle européenne

276. Plan. La protection des éditions scientifiques n'existe pas en droit international. Cependant, à l'échelle européenne elle est consacrée par l'article 5 de la Directive sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (A). Aujourd'hui une protection similaire existe dans plusieurs États membres (B), mais pas en France (C).

A. Dans la Directive 93/98/CEE relative à la durée de protection du droit d'auteur

277. Principe. L'article 5 de la Directive 93/98/CEE (remplacée par la Directive 2006/116/CE sans changement de l'article susvisé) dispose que : « [l]es États membres peuvent protéger les éditions critiques et scientifiques d'œuvres qui sont tombées dans le domaine public. La durée de protection maximale de tels droits sera de trente ans à compter du moment où, pour la première fois, l'édition a été publiée licitement ». La protection est donc entièrement facultative : seule sa durée maximale a été définie. De surcroît, le texte ne définit pas l'édition critique et scientifique et ne dit rien sur le fait que la protection puisse être assurée par le droit d'auteur ou un droit voisin. Il est en effet étonnant, comme le remarquent des auteurs⁵⁹³, qu'une directive, un instrument d'harmonisation, introduise une disposition qui approfondisse encore les différences entre les droits nationaux des États membres.

B. En droits nationaux des États membres

278. Transposition divergente. Quand la Directive 93/98/CEE a été adoptée, la solution allemande présentée plus haut existait déjà depuis presque trente ans (elle était présente dans la rédaction initiale de la UrhG de 1965). Mais l'Allemagne n'était pas le seul pays qui connaissait un droit similaire avant la Directive ; par exemple, le CDPA du Royaume-Uni, adopté en 1988, protège (par le droit d'auteur) les « *dispositions typographiques des éditions*

⁵⁹³ T. MARGONI, M. PERRY, Scientific and Critical Editions of Public Domain Works : An Example of European Law (Dis)Harmonisation, *Canadian Intellectual Property Review*, Vol. 27 (2011), pp. 157-170.

publiées » (*typographical arrangements of published editions*)⁵⁹⁴. La protection des éditions critiques et scientifiques existe aussi en Italie⁵⁹⁵, en Espagne⁵⁹⁶, en Pologne⁵⁹⁷ et au Portugal⁵⁹⁸, mais les différences entre les régimes spécifiques dans ces États membres sont très profondes⁵⁹⁹.

C. Absence de protection des éditions scientifiques en France

279. Principe. Le droit français ne connaît pas de protection spécifique des éditions critiques et scientifiques. Dans un jugement relativement récent, le TGI de Paris a rejeté l'hypothèse de protection d'une édition scientifique par le droit d'auteur.

280. Jugement Droz-Garnier. L'affaire Droz-Garnier⁶⁰⁰ opposait la Librairie Droz, une société d'édition suisse spécialisée dans les éditions d'œuvres du Moyen âge à deux sociétés françaises : Classique G et Classique GN (anciennement dénommées Classique Garnier et Editions Classique Garnier), éditeurs du « *Grand corpus de littératures française et francophone, du Moyen âge au XXe siècle* ». La Librairie Droz a assigné les sociétés françaises en contrefaçon de 197 transcriptions d'œuvres du Moyen âge. Le 27 mars 2014, le TGI Paris a jugé que « *le savant qui va transcrire un texte ancien (...) ne cherche pas à faire œuvre de création mais de restauration et de reconstitution (...). Il va effectuer des choix mais ceux-ci ne sont pas fondés sur la volonté d'exprimer sa propre personnalité mais (...) sur le souci de restituer (...) l'expression d'un auteur ancien (...). Son travail de reconstitution ne constitue*

⁵⁹⁴ Section 15 du CDPA.

⁵⁹⁵ Art. 85quater de la loi italienne sur le droit d'auteur (*Legge 22 aprile 1941 n. 633 sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*).

⁵⁹⁶ Art. 129 de la loi espagnole sur le droit d'auteur (*Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*).

⁵⁹⁷ Art. 99(2) de la loi polonaise sur le droit d'auteur (*Ustawa z 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych*).

⁵⁹⁸ Art. 39(2) du code du droit d'auteur portugais (*Code of Copyright Law : Decreto-Lei no 63/85, de 14 de Março, Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*).

⁵⁹⁹ Pour une étude comparée v. T. MARGONI, M. PERRY, *précités*.

⁶⁰⁰ TGI Paris, 27 mars 2014 : Propr. intell. 2014, no. 52, p. 256, obs. A. Lucas ; RLDI 2014, no. 104, p. 18, obs. L. Costes.

pas une adaptation ni même une traduction puisqu'il cherche à transcrire le texte tel qu'il était et non pas à l'écrire dans un langage moderne ». Ainsi, la société suisse a été déboutée de sa demande. La solution doit, bien évidemment, être approuvée en général, et en particulier au regard de l'absence en droit français de règles spéciales sur la protection des éditions scientifiques.

281. L'importance du droit des rédacteurs des éditions scientifiques pour les missions des e-Universités. L'idée de protéger le travail scientifique qui aboutit à un résultat tangible est en soi louable. Même aux yeux d'un profane, le rédacteur d'une édition de poésie médiévale ne mérite pas moins une protection légale que l'auteur d'un panier à salade⁶⁰¹. De surcroît, la protection par un droit voisin évite de « *contaminer* » le droit d'auteur et de déprécier le critère d'originalité, qui a déjà beaucoup souffert dans les dernières décennies.

L'idée est donc louable, mais sa réalisation est très regrettable. Cachée dans une directive qui est censée harmoniser la durée du droit d'auteur, la disposition consacrée aux éditions critiques et scientifiques n'a nullement servi à harmoniser quoi que ce soit ; au contraire, elle a plutôt approfondi les divergences. Il serait peut-être souhaitable d'envisager une vraie harmonisation en la matière? Dans un tel scénario, il faudra certainement assortir le nouveau régime juridique d'une large exception de recherche. Rien n'est plus juste : une édition qui a été créée grâce à la science est rendue à la communauté scientifique.

282. Transition. Le droit des éditeurs d'éditions scientifiques, inconnu au droit français, s'avère pertinent du point de vue des activités des e-Universités en Allemagne. Par la suite nous étudierons un autre droit voisin reconnu par la loi allemande, mais absent en droit français. Il s'agit du monopole bien curieux portant sur des photographies non-originales.

⁶⁰¹ V. *supra* no. 141.

Section 2 : Protection des photographies non-originales

283. Principe. L'article 72 de la UrhG prévoit une protection par un droit voisin (voire un *quasi*-droit d'auteur!) pour les photographies et d'autres images produites de manière similaire, qui ne remplissent pas le critère d'originalité.

284. En droit européen. Existant dans la UrhG depuis son adoption en 1965, la solution est aujourd'hui expressément autorisée par le droit européen : selon l'article 6 de la Directive 93/98/CEE (remplacée par la Directive 2006/116/CE sans changement de l'article sus-visé) les États membres peuvent prévoir la protection des photographies non-originales.

285. Plan. Nous allons présenter l'objet (§ 1), la titularité (§ 2) et la durée (§ 3) de ce monopole spécifique.

§ 1. Objet du monopole : les photographies (et d'autres images produites de manière similaire) non-originales

286. Absence de protection par le droit d'auteur. En droit allemand, les photographies originales⁶⁰² sont dénommées *Lichtbildwerke* (oeuvres photographiques) et protégées par le droit d'auteur (article 2, (1), 5 de la UrhG). L'article 72 de la UrhG instaure une protection (analogue de celle du droit d'auteur) pour les *Lichtbilder*, les photographies non-originales. L'absence d'originalité (et par conséquent de protection du droit d'auteur) est donc en réalité la seule condition de cette protection spécifique. Si l'on prend en considération le fait que le seuil d'originalité exigée pour la protection du droit d'auteur n'est pas élevé, on constate que rares sont les photographies protégées par l'article 72 de la UrhG.

287. D'autres images produites d'une manière similaire. Sont concernées non seulement les photographies, mais aussi « *d'autres images produites de manière similaire* » (*Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden*). Il s'agit de toutes les images créées par un faisceau d'énergie⁶⁰³. Les images doivent être des représentations indé-

⁶⁰² V. *supra* no. 129 sur le critère d'originalité ; v. surtout l'art. 6 de la Directive 2006/116/CE et l'arrêt de la CJUE du 7 mars 2013, C-145/10 (*Painer*).

⁶⁰³ BGH, 27 févr. 1962, I ZR 118/60, GRUR 1962, 470-472 (AKI).

pendantes de la réalité⁶⁰⁴ ; l'on peut en déduire une exigence de fixation. Par exemple, les images vues par un télescope ne sont pas protégées⁶⁰⁵, à moins qu'elles ne soient enregistrées. Ainsi, peuvent être protégées des cadres des émissions de télévision⁶⁰⁶, des captures d'écran d'ordinateur ou des images générées par ordinateur⁶⁰⁷.

288. Exclusions des simples photocopies. Les « *simples photocopies* » (*einfache Lichtbildkopie*) des objets bidimensionnels, telles que celles faites avec une photocopieuse, sont exclues de la protection de l'article 72 de la UrhG car elles ne constituent pas des produits indépendants, mais uniquement des reproductions au sens de l'article 16 de la UrhG⁶⁰⁸ (qui définit le droit de reproduction). Un strict minimum de nouveauté et d'effort intellectuel dans la production de l'image est donc requis pour que la protection puisse jouer⁶⁰⁹. Il semble alors que des numérisations de livres qui s'apparentent à des « *simples photocopies numériques* » vont aussi être exclues.

289. Exemples. Sont admis à bénéficier de la protection de l'article 72 de la UrhG par exemple les photographies d'instruction⁶¹⁰, les photographies dans un catalogue publicitaire⁶¹¹, les images radiographiques ou échographiques⁶¹², les photographies aériennes ou satellitaires prises automatiquement⁶¹³, les photographies prises dans un photomaton⁶¹⁴ ou par un photoradar⁶¹⁵. Nous remarquons que ces types d'images peuvent souvent — probablement même plus souvent que les photographies originales — intéresser les chercheurs.

⁶⁰⁴ D. THUM [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 72, par. 12.

⁶⁰⁵ BGH, 27 févr. 1962, I ZR 118/60, *précité*.

⁶⁰⁶ *Idem* ; BGH 19 nov. 2009, I ZR 128/07, GRUR 2010, 620 (*Film-Einzelbilder*).

⁶⁰⁷ M. MAAß, Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, 338.

⁶⁰⁸ BGH 7 déc. 2000, I ZR 146/98 : GRUR 2001, 755-757 (*Telefonkarte*) ; BGH 8 nov. 1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669-673 (*Bibelreproduktion*).

⁶⁰⁹ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 72, no. 10.

⁶¹⁰ BGH 10 oct. 1991, I ZR 147/89 : GRUR 1993, 34 (*Bedienungsanweisung*).

⁶¹¹ BGH, 3 nov. 1999, I ZR 55/97 : MMR 2000, 218 (*Werbefotos*).

⁶¹² Ch. CZYCHOWSKI [in :] U. LOEWENHEIM, *précité*, art. 72, no. 19.

⁶¹³ LG Berlin, 30 mai 1989, 16 O 33/89 : GRUR 1990, 270.

⁶¹⁴ Ch. CZYCHOWSKI [in :] U. LOEWENHEIM, *précité*, art. 72, no. 20

⁶¹⁵ F. K. FROMM, A. NORDEMANN, J. B. NORDEMANN, W. NORDEMANN, *Urheberrecht*, 11 éd., C.H. Beck 2014, art. 72, par. 10.

§ 2. La titularité du monopole

290. Principe. Le titulaire de la protection de l'article 72 de la UrhG est le « *producteur de l'image* » (*der Hersteller des Lichtbilds*)⁶¹⁶, défini comme celui qui a déterminé les conditions techniques dans lesquelles l'image a été produite⁶¹⁷. Seules les personnes physiques peuvent être « *producteurs* » d'images, car elles seules sont capables de l'effort intellectuel dont le minimum est exigé pour que la protection puisse s'appliquer⁶¹⁸. Comme le droit d'auteur, le droit des producteurs d'images ne peut pas être cédé à autrui (l'article 29 de la UrhG s'applique *mutatis mutandis*), mais il peut faire l'objet d'une licence. La relation de travail et la propriété du matériel utilisé pour la prise d'image n'ont pas d'incidence sur la titularité de ce droit. Ainsi, le droit sur les photos prises dans un photomaton appartient à l'utilisateur de la machine ; en cas des photos prises par satellite — à celui qui détermine les paramètres de ces photos⁶¹⁹.

§ 3. La durée du monopole

291. Principe. Le monopole conféré par l'article 72 de la UrhG dure cinquante ans à compter de la publication de l'image concernée. Cependant, si l'image n'est pas publiée dans les cinquante années qui suivent sa production, la possibilité d'obtenir la protection expire⁶²⁰.

292. L'importance de la protection des photographies non-originales pour les missions des e-Universités. Voici une solution bien curieuse pour un juriste français : protéger les photographies non-originales par un droit voisin. Le droit d'auteur protège la création originale, le droit des producteurs de bases de données — l'investissement, le droit des rédac-

⁶¹⁶ Art. 72(2) de la UrhG.

⁶¹⁷ LG Berlin, 30 mai 1989, 16 O 33/89 : GRUR 1990, 270 (*Satellitenfoto*).

⁶¹⁸ *Idem*.

⁶¹⁹ *Idem*.

⁶²⁰ Art. 72 (3) UrhG.

teurs d'éditions scientifiques — le travail scientifique... mais qu'est-ce qui est protégé par l'article 72 de la UrhG? L'investissement matériel? Le savoir-faire? Peut-être. Il se peut que le savoir-faire nécessaire pour fabriquer une image à l'aide d'un appareil photo ait mérité la protection en 1965, quand le texte de la UrhG a été adopté. Toutefois, à l'ère du numérique il ne la mérite certainement plus, surtout pas au point de justifier une protection analogue à celle du droit d'auteur pendant une période de cinquante ans.

Il est donc d'autant plus regrettable que ce régime frappe fort le monde de la recherche. Les radiographies, les échographies, les images satellitaires, les photographies d'instruction dépourvues d'originalité, qui devraient logiquement se trouver dans le domaine public (sous réserve de la protection de la vie privée des personnes concernées) se retrouvent protégées par un puissant monopole. Voici comment s'assurer que les chercheurs plutôt que de chercher de nouvelles connaissances s'occupent à chercher des autorisations auprès des titulaires des droits!

293. Transition. Comme nous l'avons souligné au début de ce chapitre, chaque droit voisin peut être pertinent pour les missions des e-Universités. Nous nous bornons à présenter trois régimes qui nous paraissent le plus importants du point de vue de notre étude. De ces trois régimes sélectionnés, le plus important pour nous est sans aucun doute le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, que nous allons présenter par la suite.

Section 3 : Droit *sui generis* des producteurs de bases de données

294. Histoires et sources. La reconnaissance d'un droit *sui generis* aux producteurs de bases de données est imposée par le troisième chapitre de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. L'objectif du texte est clairement exposé dans le considérant 39 ; il s'agit en effet de « protéger les [producteurs] de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de [leur] investissement financier et professionnel (...) ». La Directive a été transposée en France par la loi du 1 juillet 1998 (dans les articles L. 341-1 et suivants du CPI) et en Allemagne par la loi du 22 juillet 1997 (dans les

articles 87a et suivants de la UrhG). Les dispositions nationales dans les deux pays suivent de très près le texte de la Directive, elles pourront donc être analysées ensemble.

295. Droit voisin? Dans la loi allemande, les dispositions relatives au droit des producteurs de bases de données se trouvent dans la partie dédiée aux droits voisins. Le législateur français a, quant à lui, inséré les articles régissant ce régime dans le troisième livre de la première partie du CPI. Si l'on suit la classification du CPI, le droit *sui generis* est donc un droit de propriété littéraire et artistique, mais pas un droit voisin du droit d'auteur (ceux-ci sont régis par le deuxième livre de la même partie du CPI). Ceci peut s'expliquer par l'intention de ne pas perturber l'équilibre du deuxième livre, car plusieurs dispositions générales applicables à l'ensemble de ce livre ne sauraient s'appliquer au droit des producteurs de bases de données. Cependant, une partie de la doctrine française qualifie ce droit de droit voisin⁶²¹ ; nous allons suivre ce point de vue.

296. Plan. Il convient de présenter d'abord le monopole existant aujourd'hui (§ 1), pour pouvoir ensuite s'interroger sur son avenir et des voies alternatives de protection des bases de données (§ 2).

§ 1. Le monopole instauré par le troisième chapitre de la Directive 96/9/CE

297. Plan. Pour présenter un monopole, il faut se pencher sur son objet (A), sa titularité (B), son contenu (C) et sa durée (D).

A. Objet du monopole

298. Principe. Le monopole des producteurs de bases de données porte sur une base de données (1) si elle atteste d'un investissement substantiel (2).

⁶²¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, Livre II ; C. CARON, *précité*, 2e Partie ; mais *contra* : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 222, no. 215 et P.-Y. GAUTIER, *précité*, p. 190, no. 181 et ss., qui en parlent dans la partie dédiée au droit d'auteur (plus précisément, à la protection des bases de données).

1. Base de données

299. Définition. Tout comme le monopole d'auteur porte sur une oeuvre de l'esprit, le monopole du producteur de base de données porte sur une base de données (*Datenbank*). Celle-ci est définie dans l'article 1(2) de la Directive 96/9/CE comme « *un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière* ». La même définition se retrouve également dans l'article L. 341-1 du CPI et dans l'article 87a (1) de la UrhG.

300. Précisions de la CJUE. La CJUE a apporté d'importantes précisions à la définition d'une base de données. Ainsi, il a été jugé à plusieurs reprises que la protection des éléments constitutifs d'une base de données par le droit d'auteur est anodine au regard de sa définition⁶²². De surcroît, la Cour a jugé dans l'affaire *Fixtures Marketing c/ OPAP* que les éléments constitutifs doivent être « *séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, musical ou autre s'en trouve affectée* »⁶²³. Nous remarquons que l'exigence d'indépendance des éléments constitutifs exclut du champ d'application de la définition par exemple les oeuvres multimédia⁶²⁴. Les éléments constitutifs doivent aussi être « *disposés de manière systématique ou méthodique* » ; pour la CJUE « *cette condition implique que [la base de données] figure sur un support fixe, de quelque nature que ce soit, et comporte un moyen technique tel qu'un procédé électronique (...) ou un autre moyen, tel qu'un index, une table des matières, un plan ou un mode de classement particulier, qui permette la localisation de tout élément indépendant contenu en son sein* »⁶²⁵.

⁶²² V. en ce sens : CJUE, 5 mars 2009, C-545/07 (*Apris-Hristovich*), no. 8 : CCE 2009, comm. 44, C. Caron ; RIDA 2009, no. 221, p. 339, note P. Sirinelli ; Propr. intell. 2009, no. 33, p. 383, note V.-L. Benabou ; CJUE, 9 oct. 2008, C-304/07 (*Directmedia*), no. 6 ; pour une application à un catalogue d'archive en l'absence de moyens permettant d'accéder à un des éléments à partir d'un mot clé, v. TGI Paris, 3e ch., 30 mars 2010 : Propr. ind. 2010, comm. 75, note J. Larrieu; cf. *infra* no. 627 sur l'affaire *Microfor*.

⁶²³ CJUE, 9 nov. 2004, C-444/02 (*Fixtures Marketing c/ OPAP*), no. 29 : Propr. ind. 2005, comm. 7, 3e esp., note P. Kamina.

⁶²⁴ C. DOUTRELEPONT, *Le nouveau droit exclusif du producteur de bases de données consacré par la directive européenne 96/9/CE du 11 mars 1996 : un droit sur l'information?*, [in :] Mél. Waelbroeck, Bruylant, 1999, pp. 903-920 ; *contra* : N. MALLET-PUJOL, *La création mutmédia et le droit*, Litec, 2000, no. 445.

⁶²⁵ CJUE, 9 nov. 2004, C-444/02 (*Fixtures Marketing c/ OPAP*), précité, no. 30.

301. Extension récente du champ d'application de la notion par la CJUE. Dans un arrêt récent⁶²⁶, la CJUE a considérablement élargi le champ d'application de la notion de base de données. Il a été jugé qu'une carte topographique (sous forme analogique) constitue une base de données. Ce constat controversé a été motivé par le fait que les données géographiques extraites de cette carte conservent « *une valeur informative suffisante pour pouvoir être qualifiées d'éléments indépendants d'une base de données au sens de [l'art. 1(2) de la Directive 96/9/CE]* ». Le caractère indépendant de ces éléments a pu être retenu car, après leur extraction de la carte, les données géographiques présentaient toujours une valeur informative autonome⁶²⁷. Autrement dit, les informations extraites d'une carte peuvent servir à la fabrication d'une autre carte. La carte est donc un recueil d'éléments indépendants, qui après leur extraction représentent toujours une valeur autonome. Le caractère utilitaire de la carte entre ici en jeu, mais nous pouvons bien nous imaginer que littéralement chaque information peut représenter une valeur autonome pour quelqu'un dans un contexte spécifique. Ainsi, la solution est critiquable, voire dangereuse, et cela pour deux raisons⁶²⁸ : d'une part, elle semble se focaliser davantage sur la valeur informationnelle de la base de données que sur l'investissement engagé dans sa fabrication⁶²⁹ ; d'autre part : elle menace qu'à l'ère du numérique tout objet peut être qualifié de base de données, et être protégé par un monopole puissant.

302. Qualités indifférentes : la forme de la base et la nature des données. Selon l'article 1(1) de la Directive 96/9/CE la protection s'applique aux bases de données « *quelles que soient leur formes* ». La règle (que les législateurs nationaux allemand et français n'ont pas jugé nécessaire de transposer) signifie certainement que peuvent être protégées aussi bien les bases électroniques et celles sur un support papier⁶³⁰ (même si la proposition initiale ne visait que les bases électroniques⁶³¹). La CJUE a aussi souligné que l'origine et la nature des

⁶²⁶ CJUE 29 oct. 2015 C-490/14, (*Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer*), Dalloz IP/IT 2016, p. 89, obs. V.-L. Benabou ; Propr. intell., janv. 2016, p. 68, obs. C. Bernault ; RTD com. 2016, p. 125, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁶²⁷ *Idem*, no. 23.

⁶²⁸ Nous rejoignons ici Mme Benabou (obs. précitées).

⁶²⁹ V. *infra* no. 305 et ss.

⁶³⁰ V. considérant 13 de la Directive ; pour l'application jurisprudentielle v. par ex. CA Paris, 11 janv. 2002 : Propr. intell. 2002, no. 5, p. 42, obs. A. Lucas ; CCE 2002, comm. 97, C. Caron ; BGH, 6 mai 1999, I ZR 199/96 : GRUR 1999, 923 (annuaire téléphonique).

⁶³¹ Green Paper on copyright and the challenge of technology — Copyright issues requiring immediate action (COM(88)172), p. 205 et ss.

données incorporées dans une base (et surtout leur caractère officiel et accessible au public) doivent rester sans incidence sur sa protection par le droit *sui generis*⁶³².

303. Exclusion de logiciel. L'article 1(3) de la Directive 96/9/CE dispose que « [l]a protection prévue [pour les bases de données] ne s'applique pas aux programmes d'ordinateur utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement des [ces bases] accessibles par des moyens électroniques ». La règle (qui n'a été expressément transposée ni en droit français, ni en droit allemand) peut paraître simple, mais sa mise en oeuvre est loin d'être évidente. En effet, il n'est pas toujours facile de séparer les données et les éléments logiciels (c'est-à-dire les instructions de traitement) d'une base de données, comme par exemple dans un système de gestion de bases de données (*database management system*) relationnel, tel que *MySQL*⁶³³. L'analyse détaillée de cette question dépasse le champ de notre étude⁶³⁴.

304. Exemples. La définition d'une base de données étant très large, nombreux sont les types de recueils qui peuvent entrer dans son champ. L'on peut qualifier de bases de données par exemple : les grilles de programmes⁶³⁵, les horaires de vols⁶³⁶, les compilations des résultats sportifs⁶³⁷, les catalogues⁶³⁸, les annuaires téléphoniques⁶³⁹, les sites internet⁶⁴⁰ ou même les plans topographiques⁶⁴¹. Les bases de données ont donc une importance capitale pour la e-recherche, qui consiste en l'analyse des jeux de données.

⁶³² CJUE, 5 mars 2009, C-545/07 (*Apris-Hristovich*), précité, no. 72.

⁶³³ Pour plus d'informations sur le fonctionnement de ce système, v. *MySQL 5.7 Reference Manual*, disponible sur : <http://dev.mysql.com/doc/refman/5.7/en/index.html>, consulté le 13 décembre 2017.

⁶³⁴ La difficulté de la distinction entre le logiciel et les données a été constatée même avant l'adoption de la Directive 96/9/CE, v. : M. VIVANT, Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion?, D. 1995, chron. p. 197.

⁶³⁵ Kammergericht, 9 juin 2000, 5 U 2172/00 : MMR 2001, 171 (*Ticketverkaufssystem*).

⁶³⁶ LG Köln, 8 mai 2002, 28 O 180/02 : MMR 2002, 689 (*Online-Fahrplanauskunft*).

⁶³⁷ CJUE, 18 oct. 2012, C-173/11 (*Football Dataco*).

⁶³⁸ par ex. CA Paris, 12 sept. 2001 : CCE 2001, comm. 121, C. Caron ; JCP 2002, II, 10000, note F. Pollaud-Dulian ; JCP E 2002, 888, n° 4, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière.

⁶³⁹ BGH, 6 mai 1999, I ZR 199/96 : GRUR 1999, 923 (*Tele-Info-CD*).

⁶⁴⁰ OLG Frankfurt, 22 mars 2005, 11 U 64/04 : GRUR-RR 2005, 299 (*Online-Stellenmarkt*).

⁶⁴¹ LG München I, 9 nov. 2005, 21 O 7402/02 : GRUR 2006, 225 (*Topografische Kartenblätter*); cf. *supra* no. 301.

2. Seul critère : l'investissement substantiel

305. Exigence d'un investissement. L'article 7(1) de la Directive 96/9/CE mentionne un « *investissement substantiel* » comme une condition *sine qua non* de naissance du droit *sui generis* des producteurs de bases de données. La même condition se retrouve dans l'article 87a(1) de la UrhG (où elle fait partie de la définition même d'une base de données) et dans l'article L. 341-1 du CPI.

306. Nature de l'investissement. Le considérant 40 de la Directive 96/9/CE indique que l'investissement « *peut consister dans la mise en oeuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie* ». C'est certainement ce texte qui a motivé le législateur français à préciser dans la loi de transposition que l'investissement peut être de nature « *financier, matériel ou humain* ». Cette précision peut prêter à confusion, surtout dans la partie qui concerne l'investissement humain : en effet, il ne peut pas s'agir d'un apport intellectuel, ce qui reviendrait à subordonner la naissance du monopole des producteurs à l'originalité. Une telle interprétation irait manifestement à l'encontre de l'esprit de la Directive 96/9/CE ; or même la Cour de cassation n'est pas toujours à l'abri de cette erreur⁶⁴² ! Quant à l'investissement matériel, il semble se rapporter à l'investissement financier⁶⁴³. Il est donc surprenant que la CJUE semble avoir repris en partie la logique du législateur français en jugeant que l'investissement peut avoir un caractère « *humain, technique ou financier* »⁶⁴⁴.

307. Finalité de l'investissement. Selon l'article 7(1) de la Directive 96/9/CE l'investissement doit avoir pour objet « *l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu* » de la base de données. Le législateur français a jugé bon d'ajouter à cette liste « *la constitution* ». Encore une fois, l'initiative nous semble inutile⁶⁴⁵. Dans quatre arrêts rendus le 9 novembre 2004 la CJUE s'est appuyée sur le considérant 39 de la Directive pour constater que

⁶⁴² Cass. com. 23 mars 2010 : RIDA 3/2010, p. 373, CCE 2010, comm. 84, C. Caron, Propr. intell. 2010, p. 856, obs. J.-M. Bruguière ; Propr. ind. 2010, comm. 43, note N. Bouche ; RLDI 2010/62, 2030, obs. C. Castets-Renard.

⁶⁴³ cf. Ph. GAUDRAT, *Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit sui generis*, RTD com. 1999, p. 86 ; en ce sens aussi A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 950, no. 1151 ; *contra* : C. CARON, *précité*, pp. 592-593, no. 625 (qui estime que l'investissement matériel désigne « *par exemple, le matériel informatique indispensable pour faire vivre la base [sic]* »).

⁶⁴⁴ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), no. 20 : CCE 2005, comm. 2, C. Caron.

⁶⁴⁵ Cf. Ph. GAUDRAT, *précité*.

« la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données doit (...) s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création même d'éléments »⁶⁴⁶. La doctrine a accueilli cette précision visant à « resserrer » le champ d'application du monopole des producteurs avec un certain soulagement⁶⁴⁷. En effet, le droit des producteurs de bases de données a clairement pour objet « de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données »⁶⁴⁸. En revanche, il a aussi été jugé le même jour que : « la circonstance que la constitution d'une base (...) soit liée à l'exercice d'une activité principale dans le cadre de laquelle la personne qui constitue la base est également le créateur des éléments contenus dans cette base n'exclut pas (...) que cette personne puisse revendiquer (...) le droit sui generis »⁶⁴⁹.

308. Ampleur de l'investissement. L'article 7(1) de la Directive 96/9/CE dispose que la substantialité de l'investissement peut s'apprécier du point de vue qualitatif ou quantitatif. La précision n'a pas été transposée par le législateur français — force est de constater qu'elle n'est guère éclairante. Ainsi, les juges nationaux ont été laissés avec assez peu d'indices sur le seuil minimum d'investissement ; ils se montrent assez prudents, tant en France qu'en Allemagne, et en pratique admettent la protection beaucoup plus souvent qu'ils ne la refusent⁶⁵⁰. Toutefois, la marge de manoeuvre reste très importante, ce qui ne renforce certainement pas la sécurité juridique⁶⁵¹ et constitue la plus grande faiblesse du droit des producteurs de bases de données. Il semble cependant que de manière générale on peut s'attendre à ce que les bases de données de recherche produites dans des laboratoires universitaires remplissent le critère d'investissement substantiel.

⁶⁴⁶ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 31.

⁶⁴⁷ V. par ex. M. VIVANT, L'investissement, rien que l'investissement, RLDI 2005, no. 3, p. 41 et s.

⁶⁴⁸ Par ex. CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 31.

⁶⁴⁹ *Idem*, no. 35.

⁶⁵⁰ Le constat de C. CARON, précité, p. 592, no. 625.

⁶⁵¹ Ce manque de sécurité juridique est particulièrement visible en Allemagne : d'un côté un investissement nécessaire pour une compilation de 251 liens a été jugé substantiel (LG Köln, 25 août 1999, 28 O 527/98, ZUM-RD 2000, 304, affaire babynet.de) ; d'un autre côté, la protection a été refusée à une base contenant les données d'environ 3400 entreprises dans 570 secteurs d'industrie (LG Düsseldorf, 7 février 2001, 12 O 492/00, ZUM 2002, 65).

B. Titulaire du monopole

309. Producteur. Le considérant 41 de la Directive 96/9/EC définit le producteur (appelé dans la Directive, certainement en raison d'une mauvaise traduction, le « *fabricant* ») comme : « *la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements* ». Le texte précise aussi que sont exclus de la définition notamment les sous-traitants. La même définition de producteur se trouve dans l'article L. 341-1 du CPI. Le législateur allemand l'a simplifiée — l'article 87a(2) de la UrhG dit seulement que la qualité de producteur appartient à celui qui a effectué l'investissement nécessaire. Cependant, la différence entre ces deux définitions ne doit pas, à notre sens, être surestimée, surtout au vu du fait que les tribunaux allemands n'hésitent pas à citer directement le considérant 41 de la Directive 96/9/CE⁶⁵². Ainsi, le producteur est celui qui porte à la fois la responsabilité économique et organisationnelle de la création d'une base de données.

310. Personne physique ou morale. Il convient de souligner que l'auteur (au sens du droit d'auteur) d'une base de données, c'est-à-dire la personne physique à l'origine de sa conception intellectuelle, n'a aucun droit au titre du régime *sui generis*. En revanche, les textes n'excluent pas *a priori* les personnes physiques du bénéfice de ce droit, tant qu'elles remplissent les critères de la définition de producteur⁶⁵³, même si en pratique le monopole appartiendra sans doute plus souvent à une personne morale.

311. Investisseurs privés ou publics. Au Pays-Bas les organismes publics sont exclus du bénéfice du droit *sui generis*⁶⁵⁴. L'argument qui peut être cité en faveur d'une telle solution et qui est loin d'être déraisonnable est que l'investissement de fonds publics ne devrait pas donner lieu à un droit exclusif. Cependant, dans la plupart des pays de l'Union Européenne, y

⁶⁵² Par ex. BGH, 1 déc. 2010, I ZR 196/08 : GRUR 2011, 724, no. 26.

⁶⁵³ D. THUM, K. HERMES [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 87a, no. 141 ; C. CARON, *précité*, p. 593, no. 626.

⁶⁵⁴ Raat van State (Conseil d'Etat néerlandais), 29 avril 2009, Uitspraak 200801985/1, v. aussi : A. Ch. BE-UNEN, *Protection for databases – The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 150.

compris en France⁶⁵⁵ et en Allemagne⁶⁵⁶, les organismes publics sont admis au bénéfice de ce monopole⁶⁵⁷. Ainsi, les universités françaises et allemandes peuvent jouir du monopole accordé par le droit *sui generis*.

312. Exclusions. Selon le considérant 56 de la Directive 96/9/CE seuls les producteurs établis dans les pays de l'Union Européenne ou un pays offrant une protection comparable aux producteurs européens de bases de données peuvent bénéficier du droit *sui generis* (v. aussi l'art. L. 341-2 du CPI). Ceci exclut notamment les producteurs étasuniens.

C. Le contenu du monopole

313. Plan. L'article 7 de la Directive 96/9/CE confère au producteurs de bases de données un droit d'interdire l'extraction et la réutilisation (1) de la totalité ou d'une partie substantielle de la base (2). L'on parle ainsi de droits exclusifs d'extraction et de réutilisation.

1. Nature des activités pouvant être interdites

314. Remarque sur la terminologie. Pour éviter toute confusion, le chapitre III de la Directive 96/9/CE consacré au droit *sui generis* utilise une terminologie distincte de celle employée par la Directive 2001/29/CE. Ainsi, au lieu d'employer les notions de reproduction (*Vervielfältigung*), de communication au public (*öffentliche Wiedergabe*) et de distribution (*Verbreitung*), le texte évoque l'extraction (*Entnahme*) et la réutilisation (*Weiterverwendung*). Le législateur français a suivi les choix terminologiques de la Directive et il a inséré les définitions d'extraction et de réutilisation dans l'article L. 342-1 du CPI. Son homologue allemand s'est servi du rasoir d'Occam : les articles 87a à 87e de la UrhG consacrés au droit des producteurs de bases de données utilisent en effet la terminologie du droit d'auteur. Ainsi, la réutilisation en droit allemand s'appelle *Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe* (la distri-

⁶⁵⁵ V. surtout : CE, 29 juill. 2002, 10e et 9e ss-sect., n° 20086, Sté CEGEDIM : JurisData n° 2002-064294 ; JCP E 2003, 149, note J.-M. Bruguière ; Propr. intell. 2003, p. 57, obs. A. Lucas ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 39, note M. Malaurie-Vignal ; Expertises 2003, p. 35 (répertoire SIRENE commercialisé par l'INSEE).

⁶⁵⁶ OLG Köln, 15 déc. 2006, 6 U 229/05 : MMR 2007, 443 (répertoire DWD (*Deutscher Wetterdienst*)).

⁶⁵⁷ Cf. *infra* no. 1037 sur la neutralisation du monopole de l'administration française par les règles relatives à la réutilisation des informations publiques.

bution ou la communication au public) et l'extraction : *Vervielfältigung* (la reproduction). La solution allemande mérite peut-être d'être saluée : force est de constater que même la CJUE utilise parfois la notion de reproduction dans le contexte du droit *sui generis*...⁶⁵⁸

315. Extraction. L'article 7(2) a) de la Directive 96/9/CE définit l'extraction comme « *le transfert permanent ou temporaire (...) du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit* ». On observe une analogie avec le droit de reproduction en matière de droit d'auteur⁶⁵⁹ ; les deux droits exclusifs sont définis de manière très large. Ainsi, la source de l'extraction (qu'elle soit faite directement de l'original d'une base de données ou de sa copie⁶⁶⁰) et la technique utilisée⁶⁶¹ importent peu. Il est aussi sans importance, comme l'a précisé la CJUE, que l'extraction ait pour objet la constitution d'une autre base de données ou qu'elle soit effectuée à des fins non-commerciales⁶⁶². On observe même que le producteur d'une base de données peut interdire une extraction provisoire⁶⁶³ (à condition cependant qu'elle concerne la totalité ou une partie substantielle de la base⁶⁶⁴) ; en ce sens, ses prérogatives s'entendent plus loin que celles de l'auteur⁶⁶⁵ sur l'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE).

316. Réutilisation. L'article 7(2), b) de la Directive 96/9/CE définit la réutilisation comme « *toute forme de mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes* ». Le concept est donc un hybride de ce que le droit d'auteur européen appelle la communication au public et la distribution⁶⁶⁶. Encore une fois, la CJUE s'est

⁶⁵⁸ CJUE, 9 oct. 2008, C-304/07 (*Directmedia*), no. 41.

⁶⁵⁹ V. *supra* no. 171 et ss., spéc. no. 187.

⁶⁶⁰ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), *précité*, no. 52.

⁶⁶¹ CJUE, 9 oct. 2008, C-304/07 (*Directmedia*), no. 37-38.

⁶⁶² CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), *précité*, no. 48.

⁶⁶³ CJUE, 5 mars 2009, C-545/07 (*Apris-Hristovich*), *précité*, no. 43 (le caractère temporaire de l'extraction peut cependant avoir une incidence sur l'appréciation de la gravité d'une violation et de l'étendue du préjudice à réparer).

⁶⁶⁴ V. *infra* no. 319 et ss.

⁶⁶⁵ V. *infra* no. 473 et ss.

⁶⁶⁶ V. *supra* no. 171 et ss., spéc. 181-183.

prononcée en faveur d'une interprétation large de cette notion⁶⁶⁷ ; il n'est donc pas surprenant qu'elle englobe aussi le fonctionnement des métamoteurs de recherche⁶⁶⁸.

317. Consultation (non). La CJUE a souligné plusieurs fois que le monopole des producteurs de bases de données ne s'étend pas aux actes de consultation des contenus qui ne sont pas accompagnés d'extractions ni de réutilisations⁶⁶⁹. La solution est de bon sens, car elle ne permet pas l'appropriation totale des contenus informationnels de la base. Or, à notre avis, elle n'est pas suffisante du point de vue de la recherche. Comme nous l'avons exposé, l'analyse informatique des données permettant d'y retrouver de nouvelles informations nécessite l'extraction (la reproduction) des contenus. Ainsi, l'on peut constater que le droit *sui generis*, malgré l'intention du législateur européen, paralyse l'accès à l'information ; cette paralysie est d'autant plus grave car elle touche indirectement aux informations nouvelles qui peuvent être découvertes dans une base de données grâce à l'analyse informatique.

318. Indexation (non). Il n'est pas surprenant que la CJUE ait jugé que le fournisseur d'un métamoteur de recherche permettant de rechercher des informations dans plusieurs bases de données à l'aide d'une requête formulée par l'utilisateur et présentant les résultats sous l'apparence de son propre site internet est en violation du droit *sui generis* des producteurs de bases de données explorées par son service⁶⁷⁰. Or il est intéressant de voir qu'il a été jugé en France que l'activité d'indexation des contenus d'un site internet sous forme de liens hypertexte permettant d'accéder directement à ce site ne porte pas atteinte au monopole des producteurs de bases de données⁶⁷¹. La solution est de bon sens en trouvant un juste équilibre entre les intérêts des producteurs et la liberté d'accès à l'information dans l'environnement numérique. Certains auteurs parlent même d'une liberté de l'indexation⁶⁷², une espèce d'exception

⁶⁶⁷ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 51

⁶⁶⁸ V. *infra* no. 318.

⁶⁶⁹ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 54 ; v. aussi CJUE, 9 oct. 2008, C-304/07 (*Directmedia*), précité, no. 51.

⁶⁷⁰ CJUE, 19 déc. 2013, C-202/12 (*Innoweb*).

⁶⁷¹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 juin 2013, n° 12/05061 : Propr. intell. 2013, n° 49, p. 402, obs. A. Lucas.

⁶⁷² C. LE GOFFIC, *Activités numériques et propriété intellectuelle*, RLDI 2014, no. 102, p. 102-126, spéc. p. 117.

prétorienne au droit exclusif d'extraction. Cette position fait écho à la théorie des utilisations orthogonales⁶⁷³.

2. Ampleur des activités pouvant être interdites

319. Plan. L'extraction et la réutilisation peuvent être interdites quand elles portent sur la totalité ou une partie substantielle de la base de données (a). Dans certaines conditions, sont également interdites les extractions et les réutilisations répétées et systématiques de parties non substantielles (b).

a. Partie substantielle de la base de données

320. Selon l'article 7(1) de la Directive 96/9/CE, le caractère substantiel d'une partie d'une base de données s'apprécie de manière quantitative ou qualitative. Selon la CJUE, l'appréciation quantitative « *se réfère au volume de données extrait et/ou réutilisé de la base et doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de la base* »⁶⁷⁴. L'appréciation qualitative est plus problématique ; selon la CJUE, elle doit se référer « *à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie qualitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée* »⁶⁷⁵. Ainsi, il s'agit non pas de la valeur informationnelle de la partie⁶⁷⁶, mais plutôt de l'ampleur de l'investissement qui est à son origine. On constate que, outre les précisions apportées par la CJUE, une grande marge de manoeuvre est laissée — une fois encore — au juge national.

⁶⁷³ V. *infra* no. 616 et ss.

⁶⁷⁴ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 70.

⁶⁷⁵ *Idem*, no. 71.

⁶⁷⁶ L'approche prenant en compte la valeur informationnelle de la partie extraite a été défendue par la doctrine (GAUDRAT, *précité*) et la jurisprudence française (par ex. TGI Paris, 3e ch., 5 sept. 2001 : CCE 2002, comm. 16, C. Caron ; Légipresse 2001, III, p. 219, 2e esp., note L. Tellier-Loniewski ; RIDA 2/2002, p. 385, obs. A. Kéréver) avant que l'arrêt *British Horseracing Board* ne soit rendu.

b. Extractions et réutilisations répétées et systématiques de parties non substantielles.

321. L'article 7(5) de la Directive 96/9/CE interdit les extractions et les réutilisations répétées et systématiques de parties non substantielles d'une base de données lorsque celles-ci sont « *contraires à une exploitation normale de cette base* », ou lorsqu'elles « *causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du [producteur] de la base* ». Ces deux exigences font référence au test en trois étapes⁶⁷⁷, ce qui est pour le moins étonnant⁶⁷⁸, surtout eu égard à l'intention du législateur européen de détacher le droit *sui generis* des notions propres au droit d'auteur⁶⁷⁹. Or il ne s'agit pas ici d'une exception au monopole qui pourrait justifier l'application du test en trois étapes, mais d'une limite externe⁶⁸⁰. D'ailleurs, la transposition française⁶⁸¹ se borne à mentionner « *l'utilisation normale d'une base de données* » et passe outre le « *préjudice injustifié aux intérêts légitimes du producteur* » (tel n'est pas le cas de la transposition allemande⁶⁸²). Selon la CJUE « *[l]'objectif de cette disposition est de faire obstacle à des [opérations] qui, par leur effet cumulatif, porteraient gravement atteinte à l'investissement [du producteur de la base]* »⁶⁸³.

D. La durée du monopole

322. Principe. Le droit des producteurs de bases de données expire quinze ans après le 1er janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement de la base⁶⁸⁴. Cependant, si avant l'expiration de ce délai la base a été mise à disposition du public de quelque manière que ce soit, le droit expire quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de la première

⁶⁷⁷ V. *infra* no. 351.

⁶⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données : D. affaires 1997, p. 539-546, spéc. p. 543.

⁶⁷⁹ V. *supra* no. 314.

⁶⁸⁰ V. *supra* no. 342.

⁶⁸¹ Art. L. 342-2 du CPI.

⁶⁸² Art. 87b (1) de la UrhG.

⁶⁸³ CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*), précité, no. 86.

⁶⁸⁴ Art. 10 de la Directive 96/9/CE, L. 342-5 du CPI, 87d de la UrhG.

mise à disposition. Ainsi, une base de données peut être protégée pendant un délai maximum de trente ans, même si aucune modification n'y est apportée.

323. Nouvel investissement substantiel. Si la base de données fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement⁶⁸⁵. La solution résulte de la rédaction peu claire de l'article 10(3) de la Directive 96/9/CE, exigeant pour un renouvellement de délai de protection une « *modification substantielle* ». Selon la transposition allemande, chaque modification d'une base de données qui nécessite un investissement substantiel donne lieu à une nouvelle base de données⁶⁸⁶. Même si les solutions française et allemande sont légèrement différentes sur le plan théorique, l'on constate qu'en pratique une base de données peut être protégée *ad vitam aeternam*, à condition qu'elle fasse l'objet d'investissements substantiels renouvelés au moins tous les quinze ans!

§ 2. Perspectives

324. Avenir incertain. Un rapport d'évaluation de la Directive 96/9/CE a été publié par la Commission le 12 décembre 2005. Ses conclusions sont loin d'être enthousiastes ; en effet, il estime que l'impact économique du droit *sui generis* n'a pas pu être prouvé, tout comme son influence stimulante sur le secteur de bases de données⁶⁸⁷. Le document reconnaît toutefois que l'annulation de la Directive 96/9/CE serait confrontée à une forte résistance du secteur et nécessiterait une nouvelle réponse à la question d'un standard commun d'originalité dans l'Union Européenne⁶⁸⁸. Or, on le sait, cette question a été résolue depuis — à partir de l'arrêt *Infopaq* de 2009, le standard de « *création intellectuelle propre à son auteur* » a été consacré par la CJUE⁶⁸⁹, ce qui semble écarter la doctrine anglo-saxonne de « *sweat of the*

⁶⁸⁵ Art. L. 342-5 *in fine* du CPI.

⁶⁸⁶ Art. 87a (1) de la UrhG.

⁶⁸⁷ *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Commission Européenne, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017, p. 5.

⁶⁸⁸ *Idem*, p. 6.

⁶⁸⁹ V. *supra* no. 153.

brow »⁶⁹⁰ et laisser une grande partie des bases de données en dehors de la protection du droit d'auteur. Toutefois, la Directive 96/9/CE suscite toujours des critiques : dans son *Rapport vers un acte sur le marché unique numérique* publié le 21 décembre 2015, le Parlement européen a invité la Commission « à assurer un suivi des possibilités politiques d'annuler la directive 96/9/CE »⁶⁹¹. En effet, le Parlement y voit un obstacle à la construction d'une économie fondée sur les données⁶⁹². Nous saluons cette initiative⁶⁹³, tout en étant conscients des difficultés qu'il faudra surmonter (et notamment la résistance de l'industrie des bases de données) pour la mener à bien. Selon nous, l'investissement substantiel dans une base de données ne saurait justifier (et encore moins à l'ère numérique) une exception au principe de la libre concurrence qu'est le monopole du producteur.

325. Vers un monopole du producteur de données? Cependant, une tendance contraire s'est fait aussi remarquer. Notamment dans la Communication de la Commission « *Créer une économie européenne fondée sur les données* » du 10 janvier 2017 nous pouvons lire qu'« *il serait possible d'accorder au 'producteur de données', c'est-à-dire le propriétaire ou l'utilisateur à long terme du dispositif [produisant des données] (le locataire), un droit d'utiliser et d'autoriser l'utilisation de données à caractère non personnel. Une telle approche aurait pour but de clarifier la situation et d'offrir un choix plus étendu au producteur de données, en donnant aux utilisateurs la possibilité d'utiliser leurs données, ce qui contribuerait à libérer les données produites par des machines* »⁶⁹⁴. Un tel dispositif, s'il est adopté, risquerait de rendre l'accès aux données de recherche très coûteux, ce qui pourrait à son tour anéantir la recherche universitaire axée sur les données.

⁶⁹⁰ V. *supra* no. 148 et 152.

⁶⁹¹ Parlement européen, Rapport vers un acte sur le marché unique numérique (2015/2147(INI)), par. 108.

⁶⁹² V. aussi la Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2016 "Vers un acte sur le marché unique numérique" (2015/2147(INI)), no. 108 : « [Le Parlement] observe que, d'après l'évaluation de la directive sur les bases de données effectuée par la Commission, cette directive constitue un obstacle au développement d'une économie européenne fondée sur les données ; invite la Commission à assurer un suivi des possibilités politiques d'annuler la directive 96/9/CE ».

⁶⁹³ En ce sens v. notamment J. H. REICHMANN et P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 50 (1997), pp. 52-166 qui se prononce contre un monopole sur les bases de données; *contra* v. notamment E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis*, Edward Elgar 2008, qui préconise (pp. 271 et ss.) la protection par un droit spécifique de propriété intellectuelle.

⁶⁹⁴ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions « *Créer une économie européenne fondée sur les données* », 10 janvier 2017, {SWD(2017) 2 final}.

326. Alternatives. Contrairement à ce que certains peuvent craindre, l'abolition de la Directive 96/9/CE ne priverait pas les bases de données de toute protection juridique. Au-delà des mesures qui consistent à limiter l'accès même aux bases de données, et dont l'efficacité est discutable (les contrats d'adhésion sous forme de « *conditions d'utilisation* », ou les mesures techniques de protection), la protection par une action en concurrence déloyale nous semble être la meilleure alternative, comme le montre l'exemple étasunien⁶⁹⁵. Rappelons qu'aux États-Unis la théorie de « *sweat of the brow* » a été expressément rejetée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Feist v. Rural*⁶⁹⁶, et qu'aucun droit de propriété des bases de données non-originales n'a été introduit pour combler ce vide. Pourtant, les États-Unis demeurent le leader mondial de l'industrie des bases de données⁶⁹⁷. En droit étasunien, l'outil principal de protection juridique des bases de données est la théorie dite de « *misappropriation* », appliquée pour la première fois pour protéger l'information au début du siècle dernier par l'arrêt *International News Service v Associated Press*⁶⁹⁸, et développée notamment dans l'arrêt *NBA v. Motorola*⁶⁹⁹. L'action en « *misappropriation* » de l'information vise à sanctionner l'appropriation parasitaire d'une information produite aux dépens du demandeur. Pour que l'action puisse être admise, il est nécessaire que l'information soit susceptible de perdre sa valeur dans le temps (*time-sensitive*), et que le demandeur soit en concurrence avec le défendeur — son champ d'application est donc très limité. En France, une action similaire (fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil) a été admise par les tribunaux pour sanctionner la concurrence parasitaire, « *caractérisée par l'appropriation déloyale du travail d'autrui ou l'utilisation fautive de techniques propres au concurrent, ou encore par le fait de se placer dans le sillage d'un agent économique pour récupérer, à bon compte et sans son consentement, les fruits des efforts que ce dernier a pu déployer antérieurement* »⁷⁰⁰. Il nous semble que l'action en respon-

⁶⁹⁵ Cf. E. DERCLAYE, *précité*, pp. 235 et ss., selon laquelle la protection des bases de données aux États-Unis est inadéquate, car la protection est trop courte et limitée uniquement aux relations entre concurrents.

⁶⁹⁶ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), v. *supra* no. 152.

⁶⁹⁷ First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, *précité*, pp. 22-23.

⁶⁹⁸ 248 (US) 215 (1918).

⁶⁹⁹ 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

⁷⁰⁰ Cass. com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-23.389, inédit.

sabilité civile⁷⁰¹ pourrait fournir une protection suffisante à l'investissement nécessaire pour produire une base de données, tout en garantissant au secteur de la recherche, du moins non-commerciale, un libre accès à l'information. En effet, une telle protection a le mérite de mettre l'accent sur la sanction pour un agissement déloyal ou parasitaire, sans que la libre circulation de l'information se trouve excessivement perturbée.

Conclusion du chapitre II

327. Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent être concernés par divers droits voisins. Chaque droit voisin peut être pertinent du point de vue des activités des e-Universités — notamment, les ressources pédagogiques numériques peuvent comporter des phonogrammes ou des vidéogrammes. Toutefois, dans notre analyse nous nous sommes bornés à présenter trois régimes juridiques dont l'incidence sur les e-Universités est particulièrement forte.

328. Le droit des rédacteurs d'éditions scientifiques (prévu par l'article 70 de la UrhG) leur confère un monopole sur le résultat de leur travail scientifique, mais il a un effet pervers en entravant la réutilisation à des fins de recherche des nouvelles éditions d'oeuvres tombées dans le domaine public. Le droit français ne reconnaît pas ce monopole.

329. L'incidence du droit voisin portant sur les photographies non-originales sur la recherche est encore plus grande. En effet, l'article 72 de la UrhG confère aux producteurs d'images telles que les radiographies ou les photographies prises par satellite un monopole similaire à celui des auteurs, dont la durée s'étend à cinquante ans. L'existence d'un tel régime est injustifiable à l'ère numérique et il mérite d'être abrogé. Heureusement, le droit français ne le reconnaît pas non plus.

330. Le droit *sui generis* introduit par la Directive 96/9/CE présente un intérêt particulier pour les e-Universités, car non seulement les données de recherche, mais aussi les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent être intégrés dans une base de données protégée. Force est de constater que ce régime juridique qui manque cruellement

⁷⁰¹ Selon nous, une action parfaite pour sanctionner l'utilisation déloyale d'une base de données devrait : 1. exiger la preuve d'un préjudice ; 2. exiger une faute intentionnelle ; 3. être admissible aussi en dehors des relations de concurrence.

de clarté ne semble pas remplir son rôle qui était de favoriser l'investissement et stimuler l'industrie de l'information. En revanche, il entrave l'accès à l'information (et par conséquent au savoir) et constitue un obstacle majeur à l'exercice des missions des e-Universités. Nous espérons qu'il sera abrogé à l'occasion de la prochaine révision de la Directive 96/9/CE.

Conclusion du titre premier

331. Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent faire l'objet de divers monopoles relevant du droit de propriété littéraire et artistique. Il s'agit non seulement du droit d'auteur, mais aussi des droits voisins, et en particulier le droit *sui generis* des producteurs de bases de données dont l'emprise sur les données de recherche est particulièrement importante.

332. Les activités des e-Universités nécessitant la collection, la diffusion et l'analyse de ces biens immatériels se trouvent largement paralysées, car ces actes nécessitent souvent des autorisations des titulaires des divers droits exclusifs. L'obtention de ces autorisation prends du temps (car les titulaires ne sont pas toujours faciles à identifier et à contacter) et surtout génèrent des coûts que les universités ne peuvent souvent pas assumer. En revanche, les universitaires sont rarement intéressés par les avantages liés à leurs propres monopoles — motivés par l'éthique académique, ils privilégient la diffusion large de leurs travaux auprès de leurs pairs et d'autres membres de la communauté académique.

333. Il est donc de bon sens d'assortir les droits de propriété littéraire et artistique de larges exceptions dispensant les enseignants-chercheurs de l'obligation d'obtenir l'autorisation des titulaires des monopoles dans l'exercice de leurs missions.

Titre Second : Les exceptions au monopole des titulaires des droits de la propriété littéraire et artistique visant à faciliter l'exercice des missions des e-Universités

334. Comme nous l'avons vu dans le premier titre, l'emprise du droit de la propriété littéraire et artistique sur les ressources indispensables à l'exercice des missions des e-Universités (les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques) est considérable. On peut alors s'attendre à ce que le législateur atténue le conflit entre les intérêts des titulaires des droits et celui des e-Universités en introduisant dans la loi des exceptions à des fins d'enseignement et de recherche.

335. La tension inhérente entre les intérêts des titulaires des droits et ceux du public se manifeste déjà dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, le deuxième alinéa de l'article 27 de ce texte prévoit que « *[c]hacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Il est cependant précédé par l'alinéa premier, selon lequel : « *[t]oute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent* ». Il appartient donc au législateur de trouver le délicat équilibre entre les intérêts en cause.

336. Ainsi, nous allons maintenant nous pencher sur les exceptions et limitations existants en droit de propriété intellectuelle et artistique, pour pouvoir ensuite nous intéresser à des solutions nouvelles et en proposer d'autres.

Chapitre I : L'insuffisance des exceptions existantes pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

Chapitre II : Nouvelle exception nécessaire pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

Chapitre I : L'insuffisance des exceptions existantes pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

337. Remarque introductive. Dans ce chapitre, nous allons nous concentrer sur des exceptions qui existent en droit français et allemand depuis qui ont été adoptées avant l'année 2016. L'efficacité de ces exceptions du point de vue des missions des e-Universités peut donc être mise en perspective. Les exceptions nouvelles (introduites en Allemagne et en France dans la dernière année), visant les activités des e-Universités de manière plus spécifique, seront analysées dans le deuxième chapitre du présent titre.

338. L'analyse suivante va se dérouler en deux sections, correspondant à deux chapitres du premier titre de cette partie. Dans un premier temps nous allons donc voir les exceptions au monopole des auteurs (section 1), et dans un second temps — les exceptions au monopole des titulaires de certains droits voisins (section 2).

Section 1 : Les exceptions au monopole des auteurs

Section 2 : Les exceptions au monopole des titulaires de certains droits voisins

Section 1 : Les exceptions au monopole des auteurs

339. Plan. Pour tenter de « *maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les (...) titulaires de droits (...) et les utilisateurs* »⁷⁰², les législateurs ont envisagé d'introduire des exceptions au principe du monopole des auteurs. Après une présentation du droit commun des exceptions (§ 1) nous allons examiner quelques exceptions spécifiques (§ 2).

⁷⁰² Considérant 31 de la Directive 2001/29/CE ; cf. : le préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

§ 1. Droit commun des exceptions

340. Plan. Une étude des exceptions au monopole des auteurs doit s'interroger sur la nature des exceptions (A) et leurs sources (B).

A. Nature des exceptions

341. Plan. Nous allons nous interroger sur la distinction entre les exceptions et les limitations du droit d'auteur (1), présenter la relation entre les exceptions légales et les stipulations contractuelles (2) et exposer le principe d'interprétation stricte des exceptions (3).

1. Exceptions ou limitations?

342. L'intérêt de la distinction. La distinction entre les exceptions et les limitations du droit d'auteur n'est pas purement théorique ; en effet, il s'agit d'établir une hiérarchie entre le monopole des auteurs et les intérêts (ou s'agit-il des droits?)⁷⁰³ des utilisateurs. Quand on parle des exceptions, on s'imagine « *un îlot de liberté dans une mer d'exclusivité* »⁷⁰⁴ ; si l'on dépasse les strictes limites de l'exception on retombe dans le droit exclusif. Les limitations, en revanche, dessinent les contours du monopole, au-delà desquels règne la liberté. Ainsi, M. Caron distingue les limites internes (au sens des exceptions) et externes (au sens des limitations)⁷⁰⁵.

343. Conséquences pratiques. Du point de vue pratique, la distinction peut avoir une incidence non seulement sur l'interprétation de ces dispositions (les exceptions doivent rester d'interprétation stricte, tandis que l'interprétation des limitations repose, à notre sens, sur un équilibre entre deux intérêts qui sont en jeu), mais aussi sur l'interprétation des stipulations

⁷⁰³ Pour le débat sur la question, v. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec 2004, pp. 186 et ss.

⁷⁰⁴ C. GEIGER, *précité*, p. 194.

⁷⁰⁵ C. CARON, *Droit d'auteur...*, pp. 320-321, no. 351 ; pp. 328 et ss., no. 358 et ss.

contractuelles les concernant (la portée des exceptions pouvant être restreinte par les contrats⁷⁰⁶).

344. Vocabulaire employé dans les textes. La loi allemande utilise la notion de limitations (*Schranken*), tandis que le législateur français esquivé le choix en s'abritant derrière la formule « *l'auteur ne peut interdire...* ». La Directive 2001/29/CE parle diplomatiquement des « *exceptions et limitations* », en suggérant, il semble, qu'au moins une des règles de l'article 5 (qui porte cette intitulé) est une limitation (serait-ce l'article 5(1), concernant les reproductions provisoires⁷⁰⁷). Il serait peut-être préférable d'harmoniser la terminologie en la matière?

345. Conclusion. Force est de constater que les deux types de dispositions existent en droit d'auteur européen. Les limitations (limites externes) sont les principes qui encadrent l'emprise du droit d'auteur ; Mme Guibault en énumère quatre : le critère d'originalité, la durée limitée, l'absence de protection des idées et la doctrine de première vente⁷⁰⁸. On peut songer à y ajouter l'exclusion des oeuvres officielles⁷⁰⁹ ou la notion de public (car l'oeuvre peut être librement communiquée aux personnes qui ne constituent pas un public⁷¹⁰). Ce chapitre s'intéresse uniquement aux exceptions (limites internes, *exemptions*), c'est-à-dire les dispositions légales permettant d'exclure la responsabilité pour contrefaçon dans certaines situations prévues expressément par la loi.

2. Exceptions et contrats

346. Possibilité de collision. En règle générale, les exceptions ne sont pas d'ordre public et elles ne font naître aucun droit au profit des utilisateurs⁷¹¹. Il n'est donc pas étonnant qu'elles doivent céder la place au principe de la liberté contractuelle. Ainsi, en cas de collision

⁷⁰⁶ V. *infra* no. 346 et ss.

⁷⁰⁷ V. *infra* no. 473 et ss.

⁷⁰⁸ L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts*, Kluwer Law International, 2002, p. 15-16.

⁷⁰⁹ V. *supra* no. 125.

⁷¹⁰ V. *supra* no. 189, 195.

⁷¹¹ Cf. Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, pourvoi no. 05-15824 (affaire *Mulholland Drive*) : RIDA 3/2006, p. 323 ; JCP G 2006, II, 10084, note A. Lucas ; CCE 2006, comm. 56, C. Caron ; Propr. intell. 2006, p. 179, obs. A. Lucas ; RTD com. 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian.

entre une exception légale et une stipulation contractuelle cette deuxième va prévaloir⁷¹². On peut s'interroger seulement si la violation d'une telle stipulation saura engager la responsabilité pour contrefaçon, ou uniquement la responsabilité contractuelle⁷¹³.

347. Conséquences. Il en résulte que « *l'auteur d'un article scientifique pourrait ainsi en théorie en interdire contractuellement (...) la citation ou la critique* »⁷¹⁴. Ceci peut avoir des conséquences particulièrement néfastes lorsqu'il s'agit de l'environnement numérique, dans lequel l'accès aux oeuvres se fait souvent sur une base contractuelle (par exemple *via* les conditions générales de vente ou *terms of service*) et tout pouvoir de négociation est pratiquement enlevé aux utilisateurs⁷¹⁵.

348. À l'étranger. Certaines lois nationales confèrent aux exceptions un caractère impératif. Tel est le cas de la loi belge⁷¹⁶. La solution, qui s'inscrit d'ailleurs dans un courant visant la protection du co-contractant en position de faiblesse, doit être approuvée.

3. Le principe d'interprétation stricte

349. Principe. Il ne fait aucun doute que les exceptions doivent recevoir une interprétation stricte, selon l'ancien adage *exceptio est strictissimae interpretationis*. Le principe a été maintes fois confirmé par la jurisprudence⁷¹⁷. L'interprétation stricte exclut tout raisonnement par analogie ; seule est possible la lecture *a contrario*.

350. Une limite : les droits fondamentaux. Certaines décisions nous laissent penser que les exceptions au droit d'auteur ne doivent pas toujours être interprétées strictement. En Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral a pu décider en 2000 que les exceptions au

⁷¹² V. par ex. L. GUIBAULT, *précitée* ; C. ALLEAUME, La contractualisation des exceptions, *Prop. intell. no. 25* (octobre 2007), p. 436-442.

⁷¹³ A notre sens, il peut s'agir uniquement de la responsabilité contractuelle. En ce sens : A. DIETZ, Les frontières du droit d'auteur, Journées d'études de l'ALAI de Cambridge en 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 268 (cité par A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 329, n^op. 738).

⁷¹⁴ M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses, *CCE 2009*, 9, *chron.* 22, p. 13.

⁷¹⁵ *Idem.*

⁷¹⁶ Art. 23 bis de la loi belge sur le droit d'auteur de 1994.

⁷¹⁷ V. par ex. CA Paris, 26 mars 2010, *CCE 2010*, *comm.* 107, Ch. Caron ; BGH, 29.04.2010 - I ZR 69/08 (*Vorschaubilder*).

droit d'auteur doivent être interprétées à la lumière des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Il s'agissait en l'espèce de Heiner Müller, écrivain allemand, qui a incorporé de larges citations des oeuvres de Bertold Brecht dans une scène de sa pièce de théâtre intitulée « *Germania 3* ». La Cour d'appel provinciale de Munich⁷¹⁸ a jugé que l'usage litigieux n'entrait pas dans le périmètre de l'exception de citation⁷¹⁹ ; elle a donc condamné l'auteur pour contrefaçon et interdit la reproduction et la distribution de sa pièce. La solution a été sanctionnée par le Tribunal constitutionnel⁷²⁰ qui y voyait une atteinte aux droits fondamentaux, et notamment à la liberté de l'expression artistique (l'article 5.3 de la Constitution allemande). Une logique similaire a récemment été suivie par la CJUE dans un arrêt concernant l'exception de parodie⁷²¹. Autrement dit, il apparaît que quand une exception est une émanation d'un droit fondamental, elle est sur un « *pied d'égalité* » avec les droits exclusifs (qui, eux aussi, sont une émanation d'un droit fondamental de propriété) et peut recevoir une interprétation large. La perspective est intéressante pour notre étude, car la liberté d'enseignement et de recherche est aussi un droit fondamental reconnu expressément par la Constitution allemande (par le même article 5.3 visé dans la décision *Germania 3*).

350a. Les droits fondamentaux en tant que nouvelles exceptions au droit d'auteur en France? Le rapport entre le droit d'auteur et la liberté d'expression a aussi suscité des débats en France. Déjà en 1999 dans l'affaire *Utrillo* le TGI de Paris⁷²² a pu décider qu' « *en vertu [du] droit du public à l'information, la société nationale de télévision France 2 n'était pas tenue de solliciter l'autorisation de représenter les oeuvres de Maurice Utrillo dans un reportage de courte durée au sein de son journal télévisé* ». En 2015, l'arrêt *Klasen*⁷²³ de la Cour de cassation a jeté une nouvelle lumière sur cette question. Dans un litige opposant un

⁷¹⁸ OLG München, 26 mars 1998, 29 U 5758/97, ZUM 1998, 417.

⁷¹⁹ V. *infra* no. 449 et ss.

⁷²⁰ BVerfG, 29 juin 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149 (*Germania 3*).

⁷²¹ CJUE, 3 sept. 2014, C-201/13 (*Deckmyn*).

⁷²² TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1999 : CCE 1999, chron. 1, Ch. Caron ; D. 1999, jurisprudence. p. 580, note P. Kamina ; D. 2000, chron. p. 455, note B. Edelman ; RTD com. 2000, p. 96, note A. Françon ; RIDA 2/2000, p. 374, obs. A. Kerever.

⁷²³ Cass. 1re civ., 15 mai 2015, no. 13-27.391, JurisData no. 2015-011061 ; JCP G 2015, 967, note Ch. Geiger ; CCE 2015, comm. 55, Ch. Caron ; CCE 2015, étude 17, M. Vivant ; Légipresse 2015, no. 330, p. 474, note V. Varet ; D. 2015, p. 1672, obs. A. Bensamoun et P. Sirinelli ; RTD com. 2015, p. 515, obs. F. Pollaud-Dulian. V. aussi : Cass. 1re civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759, Sté Bel Air média et a. c/ Gilles Bernanos et a. (*Dialogue des Carmélites*) : Juris Data n° 2017-012338, CCE 2017, comm. 69, Ch. Caron.

photographe et un peintre, auteur d'une oeuvre dérivée des photographies de ce premier, le peintre a invoqué non pas une exception spécifique, mais directement sa liberté d'expression (l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) pour obtenir gain de cause devant la cour d'appel. Or la Cour de cassation a cassé l'arrêt et invité le juge de renvoi d'apprécier *in concreto* l'équilibre entre les droits en cause. Depuis, les juges du fond se sont lancés dans une telle interprétation *in concreto* à plusieurs reprises⁷²⁴, en semblant privilégier la balance des intérêts (suivant la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme)⁷²⁵ au principe de liste limitative des exceptions au droit d'auteur. La doctrine s'est donc interrogée⁷²⁶ sur la place de la liberté d'expression dans le système : est-ce qu'elle prévaut sur l'ensemble du droit d'auteur (auquel cas nous sommes en présence d'une puissante limitation, voire d'une norme ouverte de type « *fair use* » *in statu nascendi*⁷²⁷), ou est-elle seulement une directive d'interprétation des exceptions (comme le veut la décision *Germania 3* présentée *supra*⁷²⁸)? Selon nous (qui sommes tout de même partisans d'une norme ouverte), seule la deuxième option peut être compatible avec la Directive 2001/29/CE ; ainsi, l'importance de ce nouveau courant jurisprudentiel devrait être limitée à long terme. De surcroît, il n'est pas clair s'il est pertinent pour le sujet de notre étude, car il semble se concentrer sur la liberté d'expression artistique (même si la liberté d'information peut aussi être concernée) sans pour le moment toucher à la liberté d'enseignement et de recherche.

351. Test en trois étapes. Les exceptions sont encadrées par le « *test en trois étapes* », introduit par l'article 9(2) de la Convention de Berne. Selon ce texte, les pays signataires peuvent permettre la reproduction des oeuvres « *dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Le même principe, étendu à l'en-

⁷²⁴ Notamment CA Paris, pôle 5, chambre 2, 25 sept. 2015, no. 14/01364 (Prokofiev) : *Propriété intellectuelle* 2016, no. 58, p. 51, obs. A. Lucas ; TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 9 mars 2017, n° 15/01086, Mmes Bauret, Klein-Bauret et M. Bauret c/ Jeffrey Koons, Sté Jeff Koons et Centre national d'Art et de Culture Georges Pompidou, inédit, D. 2017. 759, obs. F. Laffaille ; Dalloz IP/IT 2017. 277, obs. P. Mouron ; RTD Com. 2017, p. 353, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁷²⁵ Dans cette approche, pour être justifiée, la restriction à la liberté d'expression doit être prévue par la loi, elle doit poursuivre un but légitime et être proportionnée au but poursuivi (l'art. 10(2) de la Convention européenne des droits de l'homme).

⁷²⁶ Notamment A. ZOLLINGER, Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto*? CCE 2017, étude 7.

⁷²⁷ V. *infra* no. 589 et ss.

⁷²⁸ No. 350.

semble des prérogatives des auteurs, se trouve dans l'article 13 de l'accord ADPIC, l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'article 5(5) de la Directive 2001/29/CE. Pour le législateur français, le test constitue une directive d'interprétation des exceptions légales — sa transposition se trouve dans l'article L. 122-5 du CPI (*in fine*)⁷²⁹. Le législateur allemand, quant à lui, y voit une norme s'adressant uniquement aux législateurs⁷³⁰ ; il n'a donc pas vu le besoin de la transposer. De toute manière, toute exception au monopole des auteurs devra être conforme à ce test.

B. Sources des exceptions

352. Plan. Les exceptions aux droits des auteurs puisent leurs sources dans les textes internationaux (1), européens (2) et nationaux (3).

1. Textes internationaux

353. Convention de Berne. L'article 9(2) de la Convention de Berne prévoit la possibilité d'adopter des exceptions au droit de reproduction, qui doivent être soumises au test en trois étapes⁷³¹. L'article 10 de cette Convention consacre aussi deux exceptions : de citation et d'enseignement.

354. Traité de l'OMPI. Le préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est particulièrement intéressant du point de vue de notre étude en ce qu'il reconnaît « *la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information* ».

⁷²⁹ Pour son application en jurisprudence, v. Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, *précité*.

⁷³⁰ V. BT-Druck 15/38, p. 15

⁷³¹ V. *supra* no. 351.

2. Textes européens

355. Directive 2001/29/CE. Le texte le plus important concernant les exceptions est l'article 5 de la Directive 2001/29/CE, contenant une liste exhaustive des exceptions. Une seule exception, celle de reproduction provisoire⁷³² est de transposition obligatoire, les autres étant facultatives. Le caractère exhaustif de cette liste signifie que les États membres ne peuvent pas adopter des exceptions qui ne s'y trouvent pas⁷³³. En revanche, ils sont libres de choisir non seulement quelles exceptions transposer, mais aussi (*a maiore ad minus*) la portée précise des exceptions transposées, sans pour autant aller en-deçà du seuil minimum de la protection instauré par la Directive. La situation est regrettable, car la Directive ne remplit pas son objectif qui est d'harmoniser les droits des États membres — comme nous allons voir, les différences entre les transpositions nationales peuvent être très profondes. À l'occasion de la prochaine révision de la Directive il serait souhaitable de donner à toutes les exceptions un caractère obligatoire.

356. Autres directives. Les exceptions spécifiques se trouvent aussi dans les articles 5 et 6 de la Directive 2009/24/CE (concernant les logiciels) et l'article 6 de la Directive 96/9/CE (concernant les bases de données).

357. Absence d'application directe : nécessité de transposition. Les directives — on le sait — ne s'appliquent pas directement dans les États membres ; pour pouvoir être invoquées par les individus, elles doivent au préalable être transposées en droit national. Or dans un arrêt pour le moins curieux la Cour d'appel de Paris a appliqué l'exception de l'article 5(3) c) de la Directive 2001/29/CE (concernant les événements d'actualité) qui n'avait pas été transposée en droit français au moment des faits⁷³⁴ — fort heureusement, l'arrêt a été cassé ensuite pour ce motif⁷³⁵.

⁷³² Article 5(1) — v. *infra* no. 473 et ss.

⁷³³ V. considérant 32 de ladite Directive.

⁷³⁴ CA Paris, 14 ch., 12 oct. 2007 : CCE 2007, comm. 145, note C. Caron ; Propr. intell. 2008, p. 219, obs. A. Lucas ; RTD com. 2008, p. 79, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁷³⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009 : Légipresse 2009, III, p. 103, note V. Varet ; CCE 2009, comm. 33, note C. Caron ; Propr. intell. 2009, p. 167, obs. A. Lucas.

3. Les textes nationaux

358. En France. En France, les exceptions sont consacrées par les articles L. 122-5 et L. 122-6-1 (concernant les logiciels) du CPI. Il est aussi possible de les retrouver dans des lois spéciales, comme par exemple l'article L. 132-4 du Code du patrimoine. Il faut garder à l'esprit qu'en droit français les exceptions ne s'appliquent qu'aux droits patrimoniaux, sans affecter les droits moraux. Ceci est une des conséquences de l'approche dualiste aux droits moraux⁷³⁶.

359. En Allemagne. En droit allemand, les exceptions se trouvent dans la section (*Abschnitt*) 6 de la UrhG (les articles 44a à 63a) et dans l'article 69d (concernant les logiciels). Dans l'approche moniste aux droits moraux qui caractérise le droit allemand, les exceptions affectent à la fois les prérogatives d'ordre patrimonial et moral. Or les articles 62 et 63 de la UrhG posent des limites aux actes autorisés par les exceptions : l'article 62 interdit toute modification de l'oeuvre dans le cadre de ces utilisations et l'article 63 exige (dans le cas de certaines exceptions) la mention de la source.

§ 2. Le contenu des exceptions au monopole des auteurs

360. Introduction. L'analyse du contenu des exceptions se déroulera en deux étapes : nous allons d'abord présenter les exceptions qui visent les activités des universités (A), pour ensuite examiner des exceptions à vocation plus générale et leur utilité pour les missions des e-Universités (B).

A. Les exceptions visant spécifiquement les activités des e-Universités

361. Ajouts récents. Deux exceptions qui ont été introduites dans les textes français et allemand dans le vingt-et-unième siècle visent spécifiquement les activités des universités. Il s'agit de l'exception d'enseignement et de recherche (1) et de l'exception pour les bibliothèques (2).

⁷³⁶ V. *supra* no. 204.

1. Exception d'enseignement et de recherche

362. Plan. Le régime des exceptions visant les activités d'enseignement et de recherche est encadré par des textes internationaux (a) et européen (b), et c'est là que nous commencerons notre analyse. Par la suite, nous présenterons les transpositions spécifiques de ces exceptions en droit national français (c) et allemand (d).

a. En droit international

363. Plan. Deux textes internationaux font référence aux activités d'enseignement et de recherche : il s'agit de la Convention de Berne (i) et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ii).

i) Convention de Berne

364. Produit d'une évolution historique. La rédaction originale de la Convention de Berne de 1886 accordait déjà aux législateurs nationaux la liberté de prévoir des exceptions à des fins d'enseignement et de recherche⁷³⁷. Son article 8 mentionnait en effet « *la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique* ». En 1948, pendant la conférence de révision de Bruxelles, les mots « *dans la mesure justifiée par le but à atteindre* » ont été ajoutés⁷³⁸. En 1967, pendant la conférence de révision de Stockholm, la nouvelle rédaction de cette disposition a été formulée⁷³⁹. D'un côté, sa portée a été élargie : l'expression « *faire licitement des emprunts* » a été remplacée par « *utiliser licitement* », ce qui semble englober l'utilisation des œuvres dans leur intégralité. Dans un esprit de modernisation, la nouvelle version

⁷³⁷ L'art. 8 de l'acte original de la convention de Berne : « *En ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies, est réserver l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux* ».

⁷³⁸ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, OMPI 2003, disponible sur : http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf, consulté le 13 décembre 2017, no. CB-10.12.

⁷³⁹ *Idem*, no. CB-10.13.

du texte vise non seulement les « *publications* », mais aussi d'autres formes de diffusion. D'un autre côté, la portée de l'exception a été restreinte de manière à viser seulement l'enseignement — la mention des publications « *à caractère scientifique* » a été supprimée. De surcroît, il a été précisé que les utilisations visées doivent être faites « *à titre d'illustration* », et qu'elles doivent être « *conformes aux bons usages* ». C'est cette rédaction qu'on retrouve désormais dans l'article 10(2) de la Convention⁷⁴⁰.

365. Approche formelle de l'enseignement. C'est aussi pendant la conférence de révision de 1967 qu'il a été précisé que « *le mot "enseignement" comprend l'enseignement à tous les niveaux, c'est-à-dire dans les établissements ou autres organisations scolaires et universitaires, dans les écoles publiques (municipales ou d'État) aussi bien que privées* ». En revanche « *[l]’enseignement en dehors de ces établissements ou organisations de caractère général qui sont à la disposition du public mais qui ne rentrent pas dans ces catégories devrait être exclu* »⁷⁴¹. C'est donc une approche formelle qui a été consacrée par les auteurs de la Convention. Ainsi, il semble que la diffusion ouverte de ressources pédagogiques sur Internet, de manière à ce qu'elles soient disponibles à tout un chacun, ne peut pas entrer dans le périmètre du texte.

366. Illustration dans l'enseignement. De surcroît, sont uniquement admises les utilisations « *à titre d'illustration de l'enseignement* ». Cela semble avoir une double signification. Premièrement, l'oeuvre doit être utilisée pour expliquer les contenus de l'enseignement en fournissant des exemples — d'autres finalités (comme par exemple ludiques ou ornementales) doivent être écartées. Deuxièmement, l'illustration doit être proportionnelle à ce qu'on illustre, et donc l'ampleur des extraits utilisés doit être limitée (même s'il reste possible le cas échéant de citer des oeuvres entières)⁷⁴².

⁷⁴⁰ « *Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des oeuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages* ».

⁷⁴¹ Actes de la Conférence de Stockholm de 1967, p. 1155, cité par... CB-10.15.

⁷⁴² Guide des traités..., *précité*, no. CB-10.18 ; *contra* R. XALABANDER, Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur à des fins pédagogiques en Amérique du Nord, en Europe, dans le Caucase, en Asie Centrale et en Israël, OMPI 2009, p. 17, pour laquelle « *Le nouveau libellé "à titre d'illustration de l'enseignement" n'a pas pour objet de restreindre la portée initiale de l'exception "à des fins d'enseignement"* ».

367. Autres conditions. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 10(2) de la Convention de Berne exige aussi que l'utilisation soit « *justifiée par le but à atteindre* » et « *conforme aux bons usages* ». De surcroît, l'article 10(3) (qui concerne également l'exception de citation⁷⁴³) dispose aussi que la source de l'emprunt et le nom de l'auteur doivent être mentionnés (ce dernier uniquement s'il figure dans la source). Toutes ces conditions restent étroitement liées.

368. Et la recherche? La rédaction actuelle de l'article 10(2) de la Convention de Berne ne vise que des activités d'enseignement, elle n'évoque pas la recherche. Or cela ne veut pas dire que les exceptions à des fins de recherche vont à l'encontre de la Convention. En effet, il convient de rappeler que son article 9(2) autorise les États signataires à adopter d'autres exceptions, à condition qu'ils respectent le test en trois étapes⁷⁴⁴.

369. Grand impact du texte. Les règles de la Convention de Berne servent de minimum conventionnel — c'est sur cette base que les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche ont été formulées en droit européen et national. Comme nous allons le voir *infra*, d'autres textes reprennent certains éléments de l'article 10(2) de la Convention de Berne.

ii) Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

370. Préambule. L'exception d'enseignement et de recherche est aussi encouragée par le préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui reconnaît « *la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information* ».

b. Dans la Directive 2001/29/CE

371. Principe. Selon l'article 5(3) a) de la Directive 2001/29/CE, les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions aux droits de reproduction et de communication au public « *lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne*

⁷⁴³ V. *infra* no. 435 et ss.

⁷⁴⁴ V. *supra* no. 351.

s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ». L'exception concerne donc à la fois la recherche et l'enseignement.

372. Bénéficiaires. Le texte de la Directive garde le silence sur les bénéficiaires potentiels de l'exception. Deux approches peuvent être proposées : selon l'approche formelle, seules les établissements d'enseignement et de recherche et les membres de ces établissements peuvent bénéficier de l'exception ; selon l'approche fonctionnelle, toute personne qui se lance dans une activité de recherche ou d'enseignement peut être concernée (dans cette approche, le champ d'application de l'exception peut se chevaucher avec celui de la copie privée⁷⁴⁵). La grande majorité des législations nationales semblent favoriser l'approche fonctionnelle⁷⁴⁶ ; le législateur polonais, cependant, a adopté l'approche formelle dans laquelle seuls les établissements d'enseignement et de recherche peuvent bénéficier de l'exception⁷⁴⁷.

373. Oeuvres et activités concernées. Toutes les oeuvres peuvent être concernées par l'exception ; de même, elle peut s'appliquer à tous les actes de reproduction (intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit) et de communication au public. Contrairement à l'article 5(3) d) concernant les citations, l'article 5(3) a) n'exige pas que l'oeuvre soit mise à disposition du public de manière licite pour que l'exception puisse s'appliquer. Ceci permet même d'envisager l'hypothèse d'application de l'exception aux oeuvres non publiées⁷⁴⁸ (en France, la solution n'est pas admissible à cause du fait que les exceptions n'ont pas d'incidence sur les droits moraux).

374. Illustration? La Directive reprend la formulation de l'article 10(2) de la Convention de Berne en évoquant des « *fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique* ». L'expression, du moins dans sa version anglaise⁷⁴⁹, peut paraître ambiguë : est-ce que le mot « *illustration* » concerne uniquement l'enseignement

⁷⁴⁵ V. *infra* no. 458 et ss.

⁷⁴⁶ S. DUSOLLIER, The Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for Libraries, Research and Teaching Uses, in : J.-P. TRIAILLE (dir.), *Study On The Application Of Directive 2001/29/EC On Copyright And Related Rights In The Information Society (The "Infosoc Directive")*, European Union, oct. 2013, p. 371.

⁷⁴⁷ L'art. 27 de la loi polonaise sur le droit d'auteur (Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83).

⁷⁴⁸ S. DUSOLLIER, *précitée*, p. 253.

⁷⁴⁹ « *use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research, as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved* »

(comme dans l'article 10(2) de la Convention de Berne), ou aussi la recherche scientifique? En effet, l'activité d'enseignement (qui consiste à expliquer une science, un art, une discipline⁷⁵⁰) nécessite certainement des illustrations, mais est-ce que la même chose peut se dire à propos de la recherche? Si l'on définit la recherche comme une activité ayant pour but de parvenir à une connaissance nouvelle⁷⁵¹, et l'illustration comme une « *action d'éclairer par des exemples un développement abstrait* »⁷⁵², il devient évident que la recherche n'utilise pas les illustrations — on ne peut illustrer à proprement parler que ce qu'on connaît déjà! Ainsi, selon nous le mot « *illustration* » dans le texte de la Directive ne saurait s'appliquer qu'à l'enseignement. Nous partageons ici le raisonnement de M. Triaille⁷⁵³, ou encore de la Haute Cour de justice d'Angleterre et du pays de Galles⁷⁵⁴. Malheureusement, il n'y a pas d'unanimité sur ce point⁷⁵⁵.

375. Notion de recherche. Le texte de la Directive évoque la « *recherche scientifique* ». Le législateur français (tout comme son homologue anglais⁷⁵⁶, mais contrairement au législateur allemand⁷⁵⁷) a décidé d'omettre l'adjectif « *scientifique* ». A notre sens, il ne faut pas y attacher de signification particulière ; en effet, dans la langue française le mot « *recherche* » implique une activité de nature scientifique.

376. Finalité exclusive. Selon le texte de la Directive, pour qu'un usage donné puisse entrer dans le champ d'application de l'exception de l'art. 5(3) a), il faut que l'enseignement ou la recherche soient sa « *finalité exclusive* ». L'exigence est plutôt stricte, car aucune finalité

⁷⁵⁰ V. la définition du mot « enseigner » dans le Dictionnaire du français Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>, consulté le 13 décembre 2017.

⁷⁵¹ Dictionnaire du français Larousse, « recherche » : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>, consulté le 13 décembre 2017 (sens 4)

⁷⁵² Dictionnaire du français Larousse, « illustration » : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>, consulté le 13 décembre 2017.

⁷⁵³ J.-P. TRIAILLE, *précité*, p. 61.

⁷⁵⁴ *Forensic Telecommunications Services Ltd v Chief Constable of West Yorkshire Police* (High Court of Justice, Chancery Division, 9 November 2011, [2011] EWHC 2892 (Ch), [2012] F.S.R. 15).

⁷⁵⁵ V. *infra* spéc. no. 384, no. 393.

⁷⁵⁶ Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society : Analysis of Response and Government Conclusions, p. 6, cité par J.-P. TRIAILLE, *précité*, p. 54.

⁷⁵⁷ V. *infra* no. 403.

secondaire n'est envisageable, ce qui risque de remettre en cause l'application de l'exception à l'ensemble de la recherche appliquée⁷⁵⁸.

377. Notion de but non-commercial. Comme le souligne M. Triaille, l'exigence de but non-commercial n'est pas redondante par rapport à la recherche scientifique⁷⁵⁹. En effet, il convient de distinguer la recherche fondamentale (ayant pour but l'acquisition de connaissances) et la recherche appliquée (déterminée vers un but pratique, comme par exemple la mise en marché d'un produit nouveau). La recherche appliquée aura donc normalement un but commercial. Mais la distinction entre la recherche appliquée et fondamentale n'est pas suffisante ; en effet, des auteurs postulent d'entendre l'adjectif « *commercial* » de manière large, comme « *incluant un avantage économique ou commercial direct ou indirect* »⁷⁶⁰. Il est cependant facile de réduire ce raisonnement *ad absurdum* : dans un système capitaliste, il est difficile d'imaginer une activité humaine autre que purement récréative qui ne serait pas dirigée vers (ou autrement liée à) un avantage économique. Il convient donc de rechercher une approche plus adaptée à la réalité dans laquelle un partenariat public-privé dans la recherche scientifique n'est plus une exception⁷⁶¹. Un indice peut être trouvé dans le considérant 42 de la Directive, selon lequel « *la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée par cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard* ». De toute manière, la notion devrait être interprétée de manière uniforme avec celle utilisée dans la Directive 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt dans le domaine de la propriété intellectuelle⁷⁶². Il pourrait aussi être tentant de l'harmoniser avec l'exigence « *non-commercial* » (NC) utilisée dans les licences publiques *Creative Commons*⁷⁶³.

⁷⁵⁸ V. *infra* no. 377.

⁷⁵⁹ J.P. TRIAILLE, *précité*, p. 59.

⁷⁶⁰ M. WALTER, S. VON LEWINSKI, *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010, p. 1045 : « *including direct and indirect economic and commercial advantages* » (traduction PK).

⁷⁶¹ V. par. ex. EU industrial leadership gets boost through eight new research partnerships, *European Commissions Press Release*, 17 déc. 2013, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1261_en.htm, consulté le 13 décembre 2017.

⁷⁶² Selon l'art. 2(1) de la Directive 2006/115/CE la location est caractérisée par un avantage économique ou commercial direct ou indirect et le prêt — par l'absence de cet avantage. Cependant, comme l'explique le considérant 11 : « *[l]orsque le prêt effectué par un établissement accessible au public donne lieu à un paiement dont le montant ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour couvrir les frais de fonctionnement de l'établissement, il n'y a pas d'avantage économique ou commercial direct ou indirect au sens de la présente directive* ».

⁷⁶³ V. *infra* no. 943.

378. Indication de la source. En ce qui concerne l'indication de la source, la Directive pose les mêmes exigences qu'au regard des citations ; il est donc possible de ne pas exiger que la source soit indiquée en cas d'impossibilité d'une telle indication⁷⁶⁴.

c. En droit français

379. Plan. Nous allons analyser la disposition légale relative à l'exception de recherche (i) et le régime instauré par les accords conclus dans sa mise en oeuvre (ii).

i) Régime légal

380. Apparition tardive. L'exception d'enseignement et de recherche est apparue tardivement en droit français. Elle a été introduite par la loi DADVSI du 1er août 2006⁷⁶⁵, applicable à partir du 1er janvier 2009⁷⁶⁶. Les conditions de son application ont ensuite été précisées par la loi du 8 juillet 2013⁷⁶⁷ dont l'article 77 a notamment étendu l'exception aux « *oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit* », originellement exclues. L'adoption de l'exception a été précédée par un débat animé, dans lequel les voix sceptiques semblaient dominer la doctrine⁷⁶⁸.

381. Dans le CPI. Selon l'article L. 122-5, 3°, e), l'auteur d'une oeuvre diffusée ne peut pas interdire :

« [l]a représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement

⁷⁶⁴ Sur la notion v. *infra* no. 440 à propos de l'arrêt *Painer*.

⁷⁶⁵ Loi n° 2006-961.

⁷⁶⁶ Afin de maintenir en force les accords contractuels signés par le Gouvernement en 2006 pour autoriser certaines utilisations des oeuvres dans l'enseignement, expirant fin 2008 — v. C. ALLEAUME, Les exceptions de pédagogie et de recherche, CCE 2006, no. 11, étude 27, no. 7.

⁷⁶⁷ Loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République.

⁷⁶⁸ V. notamment A. GRANCHET, Non à l'exception pédagogique, CCE 2005, focus 255 ; C. ALLEAUME, Les exceptions..., *précité*.

d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire ».

382. Exclusion légale de certains types d'oeuvres. Les partitions de musique et les oeuvres conçues à des fins pédagogiques (ci-après : OCFP) ont été expressément exclues du champ d'application de l'exception. En ce qui concerne les OCFP, cette catégorie peut comprendre « *les manuels, traités, précis, cahiers d'exercices, livres de méthodologie etc.* »⁷⁶⁹, mais une délimitation plus exacte s'avère difficile : les dictionnaires et les encyclopédies doivent-ils aussi y être compris? *Quid* des commentaires inclus dans des éditions de codes? La décision du législateur peut s'expliquer par souci de ne pas perturber le délicat équilibre sur le marché de l'édition scolaire, mais elle risque d'avoir un effet pervers dans une situation où les OCFP se trouveraient concurrencées par les oeuvres auxquelles l'exception s'applique (pourquoi acheter le traité du droit d'auteur si l'exception s'applique à la RIDA?)⁷⁷⁰. Par ailleurs, l'application de ces exclusions à la recherche semble moins judicieuse, car chaque oeuvre peut potentiellement intéresser un chercheur!

383. Notion légale d'extraits d'oeuvres. L'exception autorise la reproduction et la représentation (communication au public) des extraits d'oeuvres. L'interprétation systémique et le fait que le législateur avait décidé de créer une exception à des fins d'enseignement et de recherche distincte de celle de citation nous laissent supposer que les « *extraits d'oeuvres* » peuvent être considérablement plus longs que les « *courtes citations* »⁷⁷¹. En aucun cas les oeuvres ne peuvent cependant être reproduites intégralement. Les précisions nécessaires sont apportées par les accords collectifs⁷⁷².

384. Finalités permises. L'article L. 122-5, 3°, e) semble suivre de près l'article 5(3) a) de la Directive 2001/29/CE en ce qui concerne la finalité des actions permises dans le cadre de l'exception d'enseignement et de recherche : la reproduction ou la représentation doivent être effectuées à des fins exclusives d'enseignement ou de recherche et elles doivent être né-

⁷⁶⁹ C. ALLEAUME, *précité*, no. 14.

⁷⁷⁰ En ce sens v. *idem*, no. 15.

⁷⁷¹ V. par ex. : C. CARON, *précité*, p. 351, no. 382; sur la longueur des citations v. *infra* no. 443.

⁷⁷² V. *infra* no. 394, no. 400.

cessaires au regard de leur but non-commercial. Malgré l'emploi de formulations légèrement différentes, il ne nous semble pas que le législateur ait voulu dévier du texte de la Directive à cet égard. Cependant, les accords collectifs semblent interpréter l'article L. 122-5, 3°, e) de manière à ce que le mot « *illustration* » s'applique non seulement à l'enseignement, mais aussi à la recherche⁷⁷³. Si l'on retient une telle lecture du texte, l'exception ne saurait s'appliquer que dans des hypothèses extrêmement étroites, qui de surcroît se chevauchent avec l'exception de citation (par exemple les citations dans des rapports de recherche)⁷⁷⁴.

385. Public ciblé. Les extraits d'oeuvres ne peuvent être communiqués (notamment par la mise dans l'espace numérique du travail) qu'à un public composé majoritairement d'étudiants, d'enseignants et de chercheurs directement concernés par l'activité en question. En effet, le législateur français semble avoir choisi⁷⁷⁵ l'approche fonctionnelle à la recherche : tant que l'oeuvre est communiquée à des personnes concernées, cette communication peut être qualifiée d'action à des fins de recherche. En revanche, si la communication s'effectue en dehors du cercle des personnes directement concernées (même au sein du même établissement de recherche), elle ne peut pas être couverte par l'exception. Le fait que le public doive être composé majoritairement, mais pas exclusivement de personnes concernées permet aussi la diffusion des oeuvres par exemple lors de colloques. En pratique cela signifie que les matériaux destinés à un groupe (d'étudiants ou de chercheurs) doivent être mis sur l'espace numérique de travail de façon à ce que seulement les utilisateurs directement concernées (appartenant à ce groupe) puissent y avoir accès.

386. Rémunération négociée. L'utilisation des oeuvres à des fins d'enseignement et de recherche est soumise à une rémunération négociée sur une base forfaitaire. Malheureusement, le CPI ne précise pas qui doit participer dans ces négociations ; certes, les activités des établissements relevant du Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche sont couverts par les accords précisant le montant de la rémunération, mais *quid* des chercheurs employés dans le secteur privé? Faute d'accords spécifiques il semble

⁷⁷³ V. *infra* no. 393.

⁷⁷⁴ J.-P. TRIAILLE, *précité*, p. 61.

⁷⁷⁵ Non sans hésitation : dans les débats parlementaires le Sénat avait évoqué un cercle « strictement circonscrit » à ces catégories de personnes ; fort heureusement, une telle restriction a été abandonnée (v. par ex. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 403, no. 443).

que le bénéfice de l'exception leur est *de facto* fermé⁷⁷⁶, ce qui va à l'encontre de l'esprit du texte européen!

387. Rapport avec le régime de reproduction par reprographie. En raison d'une disposition spécifique de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI, le régime de cet article ne s'applique pas aux reproductions par reprographie, qui relèvent de l'article L. 122-10 du même code. Ce régime se trouve en dehors du sujet de cette étude.

388. Indication de la source. L'obligation d'indiquer la source dans le cas de l'exception d'enseignement et de recherche est identique que dans le cas des citations⁷⁷⁷. Nous rappelons surtout que la loi française ne prévoit pas, contrairement à la Directive 2001/29/CE, l'hypothèse d'impossibilité d'indiquer la source.

ii) Régime conventionnel

389. Trois accords. Trois principaux accords régissent aujourd'hui l'application de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI : un du 22 juillet 2016 (relatif aux livres, aux œuvres musicales éditées, aux publications périodiques et aux œuvres des arts visuels⁷⁷⁸) et deux datant du 4 décembre 2009 (l'un relatif aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles⁷⁷⁹ et l'autre relatif aux œuvres musicales⁷⁸⁰).

390. Difficile mise en oeuvre. La mise en oeuvre des accords concernant l'application de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI se révèle particulièrement difficile⁷⁸¹. Premièrement, selon le principe de l'article 1103 du Code civil⁷⁸² « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Ainsi, les accords énumérés dans cette section ne sauraient s'appliquer qu'à leurs parties (le Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche d'un côté et les sociétés de gestion collective d'un autre). Mais encore faut-

⁷⁷⁶ V. *infra* no. 390, no. 392, no. 399.

⁷⁷⁷ V. *infra* no. 447.

⁷⁷⁸ Bulletin Officiel de l'éducation nationale (BO), n° 35 du 29 septembre 2016.

⁷⁷⁹ BO n° 5 du 4 février 2010.

⁷⁸⁰ *Idem*.

⁷⁸¹ V. B. GALOPIN, Protocole d'accord sur l'utilisation des œuvres à des fins d'enseignement et de la recherche, publié sur le site de IRPI le 26 avr. 2012.

⁷⁸² L'ancien art. 1134 al. 1.

il que les auteurs cèdent les droits concernés aux sociétés, ce qui n'est pas toujours évident (par exemple le contrat d'édition d'un poème n'emporte pas forcément la cession des droits de sa représentation!⁷⁸³). Deuxièmement, il faut tenir compte du fait que l'interprétation des notions légales (« *finalité non-commerciale* », « *extrait d'oeuvre* »...) relève du seul pouvoir du juge et ne peut donc pas être apportée par contrat⁷⁸⁴. Troisièmement, les usages qui ne relèvent pas des accords collectifs ne peuvent pas en pratique être effectués faute de rémunération exigée par la loi, ce qui nous rend perplexes quant à la nécessité des deux régimes parallèles : légal et conventionnel⁷⁸⁵, dont les champs d'application se chevauchent, car les conventions vont parfois au-delà de ce qui est autorisé par la loi. En effet, le texte de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI semble aujourd'hui réduit même pas à une licence légale (car le montant de rémunération n'est pas fixé par la loi!) mais à une simple invitation à négocier!

α. Protocole d'accord du 29 septembre 2016 sur l'utilisation des livres, des oeuvres musicales éditées, des publications périodiques et des oeuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche

391. Chronologie et champ d'application. L'accord du 29 septembre 2016, conclu pour la période 2016-2019, remplace celui du 6 novembre 2014 conclu pour les années civiles 2014 [*sic!*] et 2015 (lui-même remplaçant l'accord du 1er février 2012). Comme le précédent accord, l'accord de 2016 prévoit expressément les utilisations numériques ; entre autres, il concerne les oeuvres « *quel que soit leur support (papier ou numérique)* »⁷⁸⁶.

392. Parties. Le protocole d'accord est conclu entre le Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (MENES) et la Conférence des Présidents d'Université (CPU) d'une part et le Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC), la Société des Arts Visuels Associés (AVA) et la Société des Editeurs et Auteurs de Musique (SEAM). Ainsi, selon le principe de l'article 1103 du Code civil le protocole d'accord ne

⁷⁸³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 657, p. 590, nbp. 4.

⁷⁸⁴ *Idem* no. 628, p. 520.

⁷⁸⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, no. 444, p. 404.

⁷⁸⁶ Définition d'« oeuvre » dans l'art. 2 du protocole d'accord du 29 septembre 2016.

concerne que l'utilisation des oeuvres relevant des répertoires du CFC, de la SEAM et de l'AVA par les établissements relevant du MENES⁷⁸⁷.

393. Illustration? Il est regrettable que l'accord applique expressément le mot « *illustration* » à la recherche, en autorisant uniquement les utilisations « *destinée[s] à éclairer ou étayer une discussion, un développement, une argumentation dans le cadre des (...) travaux de recherche* »⁷⁸⁸. Si l'on veut respecter ce texte, il faut admettre qu'il ne permet pas l'analyse électronique des données à des fins de recherche.

394. Les usages prévus. Quant il s'agit des usages permis par l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI, le protocole d'accord veille à ne pas encadrer des notions légales que seul le juge peut interpréter. Ainsi, contrairement à l'accord de 2012, l'accord de 2016 ne définit pas les « *extraits d'oeuvres* » par référence à un nombre de pages minimum, mais comme « *partie ou fragment d'une oeuvre d'ampleur raisonnable et non substituable à la création dans son ensemble* »⁷⁸⁹. En revanche, le protocole d'accord prévoit aussi certains usages qui ne sont pas visés par la loi et qui sont donc permis uniquement sur la base contractuelle. Ainsi, il autorise l'utilisation d'extraits d'oeuvres conçues à des fins pédagogiques (OCFP), mais uniquement publiées sur un support papier, ainsi que des oeuvres musicales éditées. Dans ces deux cas, la notion d'extrait est définie avec précision⁷⁹⁰. De surcroît, le protocole d'accord prévoit aussi l'utilisation de courtes oeuvres (telles que des poèmes) et d'oeuvres des arts visuels dans leur intégralité⁷⁹¹. En ce qui concerne cette dernière catégorie, le nombre de reproductions est limité à 20 par travail de pédagogie ou de recherche ; la définition des reproductions ne peut

⁷⁸⁷ Cette catégorie comprend : les écoles maternelles et élémentaires, les collèges et lycées, publics et privés sous contrat, le centre national d'enseignement à distance, les centres de formation d'apprentis gérés par un établissement scolaire ou un établissement d'enseignement supérieur, les établissements publics d'enseignement supérieur et les établissements publics scientifiques et technologiques placés sous la tutelle du ministère, les fondations de coopération scientifique et des communautés d'universités et d'établissements (l'art. 2 du protocole d'accord du 29 septembre 2016).

⁷⁸⁸ V. la définition des « *utilisations à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche* » dans l'art. 2 du protocole d'accord.

⁷⁸⁹ L'art. 4.1.5 du protocole d'accord; cf. *infra* no. 446 sur la notion de non-substituabilité appliquée aux analyses et courtes citations.

⁷⁹⁰ Pour les OCFP publiés sous forme de livres : max. 4 pages consécutives dans le limite de 10% de l'oeuvre ; pour les OCFP sous forme de publications périodiques : max. 2 articles d'une même parution dans le limite de 10% de publication ; pour la musique éditée : max. 3 pages consécutives dans le limite de 10% de l'oeuvre par travail de pédagogie ou de recherche - l'art. 4.2.1 du protocole d'accord.

⁷⁹¹ L'art. 3.2.1 du protocole d'accord.

pas excéder 400x400 pixels et la résolution — 72 dpi⁷⁹². De même, est expressément autorisée la diffusion sur Internet des sujets d'examens et de concours, des thèses comportant des extraits d'oeuvres et des enregistrements de colloques. Ces usages faits sur une base contractuelle ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁷⁹³ (ce qui « *contractualise* », en quelque sorte, le test de trois étapes⁷⁹⁴).

395. Conditions. Les oeuvres utilisées dans le cadre de cet accord doivent avoir été acquises régulièrement par les utilisateurs autorisés ; ainsi, elles doivent soit résulter d'un achat, soit d'un don, soit d'un service dont les utilisateurs peuvent bénéficier⁷⁹⁵. Les finalités non-commerciales sont définies de manière stricte : selon le protocole d'accord, les utilisations ne peuvent donner lieu, directement ou indirectement, à aucune exploitation commerciale⁷⁹⁶. La diffusion des extraits d'oeuvres (ou de l'intégralité des courtes oeuvres et d'oeuvres d'art visuel) doit se faire auprès de public défini dans l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI⁷⁹⁷. Finalement, l'auteur, le titre de l'oeuvre et l'éditeur doivent être mentionnés (sauf si leur identification constitue l'objet d'un exercice pédagogique)⁷⁹⁸.

396. Rémunération. Pour les usages prévus par le protocole d'accord le CFC et l'AVA obtiendront une somme forfaitaire de 1 700 000 euros par an, prise en charge à parts égales par les services de l'enseignement scolaire et par les services de l'enseignement supérieur⁷⁹⁹.

⁷⁹² L'art. 4.2.3 du protocole d'accord.

⁷⁹³ L'art. 3.2.1 du protocole d'accord.

⁷⁹⁴ V. *supra* no. 351.

⁷⁹⁵ L'art. 4.1.2 du protocole d'accord; cf. *infra* no. 541, 550 sur l'exigence d'« accès légitime ».

⁷⁹⁶ L'art. 4.1.4 du protocole d'accord.

⁷⁹⁷ L'art. 4.1.6 du protocole d'accord.

⁷⁹⁸ L'art. 4.1.3 du protocole d'accord.

⁷⁹⁹ L'art. 7 du protocole d'accord.

β. Deux accords du 4 décembre 2009

397. Objet. L'un des accords conclus le 4 décembre 2009 concerne l'utilisation d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles⁸⁰⁰ ; l'autre : l'utilisation d'oeuvres musicales⁸⁰¹.

398. Chronologie. Les deux accords ont été conclus pour une durée de trois ans (2009-2011), mais ils ont été renouvelés par tacite reconduction⁸⁰². Ainsi, ils demeurent en force.

399. Parties. Les accords ont été conclus entre le MENES et le CPU d'une part et la Société des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIERP — pour l'accord concernant les oeuvres cinématographiques et audiovisuelles) et la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM — pour l'accord concernant les oeuvres musicales) d'autre part.

400. Usages prévus. Tout comme le protocole d'accord du 29 septembre 2016, les deux accords du 4 décembre 2009 exigent clairement que l'utilisation soit faite à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche. Le mot « *illustration* » se réfère donc également aux activités de la recherche, et cela malgré le fait que les définitions incorporées dans les deux textes « *ne peuvent pas être lues comme restreignant le champ de l'exception pédagogique* »⁸⁰³. Les accords contiennent aussi des définitions d'extraits d'oeuvres. Ceux-ci doivent être entendus comme « *limité[s] à trente secondes, et en tout état de cause inférieure[s] au dixième de la durée totale de l'oeuvre intégrale. En cas d'utilisation de plusieurs extraits d'une même oeuvre, la durée totale de ces extraits ne peut excéder 15% de la durée totale de l'oeuvre* »⁸⁰⁴. Sont aussi expressément autorisés la mise en ligne de ces extraits et leur archivage numérique. Les accords autorisent aussi l'utilisation des oeuvres dans leur intégralité en classe et dans les sujets d'examens et concours⁸⁰⁵. À part cela, les condi-

⁸⁰⁰ BO n° 5 du 4 février 2010.

⁸⁰¹ *Idem.*

⁸⁰² Cf. note introductive du Protocole d'accord du 6 novembre 2014, BO no. 1 du 1er janvier 2015.

⁸⁰³ L'art. 2.1 des deux accords.

⁸⁰⁴ *Ibidem.*

⁸⁰⁵ Les art. 2.3.1 et 2.3.2 des deux accords.

tions d'utilisation des extraits d'oeuvres ne diffèrent pas de celles exposées *supra* et concernant le protocole d'accord du 29 septembre 2016.

401. Rémunérations. La rémunération pour les usages prévus dans les accords s'élève à 150 000 euros par accord et par an (en 2009), indexée pour chaque année sur l'indice de l'évolution des salaires dans le secteur des arts, spectacles et activités récréatives⁸⁰⁶.

d. En droit allemand

402. Plan. En droit allemand, le régime d'exception concernant la recherche et l'enseignement est constitué par deux articles : l'article 52a (concernant la mise à disposition du public — i) et l'article 53 (concernant la reproduction — ii) de la UrhG. Les deux sont soumis à l'obligation d'indication de la source (iii).

403. Notions communes. Les articles 52a et 53 de la UrhG utilisent des expressions empruntées à la Directive 2001/29/CE et à la Convention de Berne⁸⁰⁷. Il s'agit notamment des notions de recherche scientifique (*wissenschaftliche Forschung*) et de finalités non-commerciales (*nicht kommerzielle Zwecke*). La loi allemande ne les définit pas de façon plus précise⁸⁰⁸, mais la doctrine semble se tourner vers l'approche fonctionnelle⁸⁰⁹ ; la nature de l'activité l'emporte donc sur le contexte dans lequel elle est effectuée (v. *supra* no. 372). Les articles 52a et 53 de la UrhG exigent aussi que les actes permis soient nécessaires au regard des finalités poursuivies. Selon une partie de la doctrine, ceci exclut l'application de l'exception dans une situation où une copie peut être facilement acquise, par exemple par l'achat dans une librairie ou par l'emprunt dans une bibliothèque⁸¹⁰. À notre sens, cette condition doit être interprétée avec une certaine souplesse : la nécessité doit être évaluée du point de vue de l'utilité

⁸⁰⁶ L'art. 3 des deux accords.

⁸⁰⁷ V. *supra* no. 364 et ss.

⁸⁰⁸ On remarque que le juge allemand s'est déjà montré très sévère dans l'interprétation de la condition « non-commercial » dans les licences *Creative Commons* (v. *infra* no. 923 sur ces licences).

⁸⁰⁹ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 52a no. 15 ; T. HOEREN, *Stellungnahme zu §52a des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft* publié le 2 oct. 2002 sur : http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/ITM_52a.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

⁸¹⁰ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 53, no. 28 ; T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 53 no. 23.

scientifique et non pas comme une condition *sine qua non*. Sinon, il serait difficile de justifier la nécessité de quelque utilisation que ce soit.

i) Article 52a de la UrhG : la mise à disposition du public

404. Dans la UrhG. L'exception concernant la mise à disposition du public à des fins d'enseignement et de recherche se retrouve dans l'article 52a de la UrhG, introduit par la loi du 10 septembre 2003. Selon le 2 du premier alinéa de cet article « *il est permis de mettre des extraits d'oeuvres publiées, des oeuvres de petite ampleur publiées et des articles individuels publiés dans des journaux et périodiques à disposition d'un cercle de personnes spécifiquement limité à des fins personnelles de la recherche et dans la mesure où ceci est nécessaire au regard des finalités poursuivies et justifié par un but non-commercial* »⁸¹¹. Le 1 du même alinéa concerne l'utilisation « *à des fins d'illustration dans l'enseignement* » ; la règle est essentiellement identique, à une exception près : les extraits utilisés doivent être « *petits* »⁸¹².

405. Exception initialement limitée dans le temps. Initialement, l'article 52a de la UrhG n'était censé rester en force que jusqu'à fin 2006. Cette « *date d'expiration* » a été repoussée à plusieurs reprises⁸¹³ pour finalement être supprimée en décembre 2014⁸¹⁴. Ainsi, l'exception n'est plus limitée dans le temps.

406. Réforme imminente. La réforme des exceptions à des fins d'enseignement et de recherche a dernièrement été adoptée en Allemagne. La loi portant cette réforme entrera en vigueur le 1er mars 2018. À partir de cette date, l'art. 52a sera abrogé et remplacé par des dispositions nouvelles que nous présentons *infra*⁸¹⁵.

⁸¹¹ traduction PK ; version originale : « (1) *Zulässig ist, (...) 2.veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. (...)* »

⁸¹² « (1) *Zulässig ist : 1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern (...) öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist* ».

⁸¹³ Par la loi du 10 novembre 2006 (jusqu'à fin 2008), du 7 décembre 2008 (jusqu'à fin 2012) et du 14 décembre 2012 (jusqu'à fin 2014).

⁸¹⁴ Par la loi du 5 décembre 2014.

⁸¹⁵ No. 577 et ss.

407. Accords conclus avec les sociétés de gestion collective. Deux accords ont été conclus à ce sujet entre les *Länder* (responsables des établissements d'éducation) et lesdites sociétés : l'un concernant les établissements d'éducation primaire et secondaire (conclu le 14 juillet 2010⁸¹⁶) et l'autre concernant les établissements d'éducation supérieure (conclu le 28 septembre 2007). Le deuxième n'a pas été signé par la VG Wort, la société de gestion collective dans le secteur de l'écrit. La négociation d'un tel accord concernant l'utilisation des oeuvres écrites à des fins d'enseignement et de recherche dans les universités a pris de longues années. Il a finalement été conclu en octobre 2016 pour entrer en vigueur le 1er janvier 2017, peu avant l'abrogation de l'article 52a sur lequel il se fonde. L'accord se contente de réaffirmer la jurisprudence en la matière, et de fixer la rémunération pour les utilisations prévues⁸¹⁷.

408. Oeuvres concernées. L'exception autorise la mise à la disposition du public d'extraits d'oeuvres (*Teile eines Werkes*), d'oeuvres de petite ampleur (*Werke geringen Umfangs*) et d'articles individuels de journaux et de périodiques (*einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften*). Seules les oeuvres publiées sont concernées. S'agissant de la taille des extraits d'oeuvres pouvant être utilisés à des fins de la recherche, la jurisprudence allemande se montre plutôt libérale. Il a été jugé que les extraits ne peuvent pas être plus longs que 25% de l'oeuvre ou 100 pages⁸¹⁸. Les « *petits extraits* » (*kleine Teile eines Werkes*), utilisables à des fins d'enseignement, ne doivent pas dépasser 12% de l'oeuvre et ils sont aussi limités à 100 pages⁸¹⁹. Les « *oeuvres de petite ampleur* » sont celles dont la longueur ne dépasse pas 25 pages⁸²⁰, même si la commission du *Bundestag* avait suggéré que la notion devrait comprendre toutes les monographies⁸²¹. Les notions semblent donc être relativement bien encadrées par la jurisprudence, même si une certaine souplesse dans l'interprétation du texte est

⁸¹⁶ *Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52 a UrhG* (KWMBI. Nr.17/2010 S.269)

⁸¹⁷ *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG (Hochschulen)*, disponible sur: https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/PresseUndAktuelles/2016/Rahmenvertrag52aUrhG_VGWORT_unterszeichnet.pdf, consulté le 13 décembre 2017; cf. *infra* no. 412.

⁸¹⁸ BGH 20 mars 2013, I ZR 84/11 : GRUR 2013, 1220 (*Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*).

⁸¹⁹ BGH 28 nov. 2013, I ZR 76/12 : GRUR 2014, 549 (*Meilensteine der Psychologie*).

⁸²⁰ OLG München 24 mars 2011, 6 WG 12/09 : GRUR-Prax 2011, 498.

⁸²¹ BT-Drucks 15/837, p. 34.

toujours possible, et même souhaitable⁸²². On remarque aussi que s'agissant des oeuvres numériques, il serait préférable de définir la notion d'extrait par rapport au nombre de mots ou de caractères⁸²³. De surcroît, il n'est toujours pas clair comment qualifier les oeuvres graphiques. Selon M. Hoeren ce ne sont pas les dimensions qui doivent être prises en compte pour déterminer si l'oeuvre graphique peut être qualifiée d'oeuvre de petite ampleur, mais plutôt le niveau de son originalité (*schöpferischen Gehalt*)⁸²⁴. Sur le plan théorique, la proposition peut paraître choquante pour un juriste français qui y verrait certainement un jugement fondé sur le mérite de l'oeuvre ; or l'on remarque qu'il s'agit ici non pas d'accès à la protection, mais de sa mise en oeuvre. Il est d'ailleurs possible et sans doute préférable d'estimer que toutes les oeuvres graphiques doivent être qualifiées d'oeuvres de petite ampleur dans le sens de l'article 52a. Un tel constat découle de l'accord concernant l'application dudit article à l'enseignement dans les écoles, selon lequel la catégorie des oeuvres de petite ampleur comprend toutes les images, photographies et d'autres oeuvres graphiques⁸²⁵. S'agissant des oeuvres musicales et audiovisuelles pouvant être qualifiées d'oeuvres de petite ampleur, ledit accord fixe leur durée maximale à 5 minutes. Ainsi, force est de constater que l'article 52a de la UrhG est beaucoup plus favorable aux chercheurs que l'article L.122-5, 3°, e) du CPI.

409. Oeuvres exclues. Les oeuvres conçues à des fins d'enseignement dans des écoles (*für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmte Werke*) sont exclues du champ d'application de l'exception. Les raisons de cette exclusion sont certainement identiques à celles qui ont poussé le législateur français à exclure les OCFP de l'exception française⁸²⁶, mais nous remarquons qu'en droit allemand la catégorie est définie de manière considérablement plus étroite, ce qui laisse peu de doute quant à l'inclusion dans l'exception par exemple des ou-

⁸²² OLG Stuttgart 4 avril 2012, 4 U 171/11 : ZUM 2012, 495 ; cf. O. JANI, Entscheidung im Musterverfahren zu § 52a UrhG : Plädoyer für eine enge Auslegung der Norm, GRUR-Prax 2012, 223-226; cf. l'art. 3 du *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG (Hochschulen)*, précité.

⁸²³ V. A.-A. WANDTKE, Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts, GRUR 2015, 221-227.

⁸²⁴ T. HOEREN, Kleine Werke? - Zur Reichweite von § 52a UrhG, ZUM 2011, pp. 369-372 : « *In welchen Fällen ein Bild oder ein Gemälde als »Werk geringen Umfangs« eingestuft werden kann, wird dabei nicht anhand der Bildgröße bestimmt, sondern anhand des inneren Umfangs, also dem schöpferischen Gehalt eines Kunst- oder Lichtbildwerkes. Da die subjektiven Vorstellungen bezüglich des schöpferischen Gehalts weit auseinandergehen können, bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit bei der Einschätzung, ob es sich tatsächlich um ein Werk geringen Umfangs handelt.* »

⁸²⁵ *Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52 a UrhG* (KWMBL. no. 17/2010 p. 269), art. 2(1).

⁸²⁶ V. *supra* no. 382.

vrages juridiques ou des articles scientifiques spécialisés. Sont également exclus les films, mais uniquement pendant une période de deux ans à compter du début de leur exploitation au cinéma⁸²⁷. L'exclusion se justifie certainement par l'intention de promouvoir la création par exemple de films historiques ou d'écranisations d'oeuvres littéraires, s'adressant à un public composé en grande partie d'élèves. Les deux exclusions sont donc parfaitement justifiées quand il s'agit des usages à des fins d'enseignement, mais pas vraiment s'agissant des utilisations à des fins de recherche.

410. Cercle limité de personnes. Dans le cadre de l'article 52a de la UrhG, les oeuvres (ou les extraits d'oeuvres) peuvent être mises à disposition d'un cercle limité de personnes (*bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen*) pour leur propre recherche scientifique (*eigene wissenschaftliche Forschung*) ou — s'agissant de l'enseignement — à un cercle limité de participants à l'activité d'enseignement (*bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern*). Est donc permis le partage des oeuvres dans un réseau interne, à condition que seuls puissent y accéder les chercheurs ou les étudiants concernés. L'utilisation doit donc se limiter à une équipe de recherche ou un groupe d'étudiants (y compris dans une formation à distance) et ne peut pas concerner par exemple toute une université⁸²⁸ ; des mécanismes de protection, tels que des mots de passe, doivent être mis en place⁸²⁹. En revanche, rien ne semble interdire que les oeuvres soient mises à disposition de chercheurs affiliés à plusieurs institutions, tant qu'ils appartiennent à une même équipe de recherche. L'on peut aussi envisager une hypothèse où une oeuvre qui présente un intérêt pour tous les chercheurs affiliés à une institution spécialisée soit mise à disposition de l'ensemble de l'équipe de recherche d'un tel établissement⁸³⁰.

411. Activités permises. L'exception de l'article 52a de la UrhG déroge principalement au droit de mise à disposition du public, mais elle autorise aussi la reproduction dans la

⁸²⁷ Nous remarquons que la période correspond au délai après lequel les films se retrouvent normalement sur chaînes de télévision en clair, v. en France l'Arrêté du 9 juillet 2009 pris en application de l'article 30-7 du code de l'industrie cinématographique (fixant le délai à 22 jusqu'à 30 mois).

⁸²⁸ BT-Drucks, 15/538, p. 78 ; OLG Stuttgart 4 avr. 2012, 4 U 171/11 : GRUR 2012, 718 (*Moodle*), LG Stuttgart 27 sept. 2011, 17 O 671/10 : GRUR-RR 2011, 419 (*Electronic Learning Platforms*).

⁸²⁹ V. notamment LG Stuttgart 27 sept. 2011, 17 O 671/10, *précité*.

⁸³⁰ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 52a, no. 14.

mesure où elle est nécessaire à la mise à disposition (comme le confirme expressément l'article 52a(3) de la UrhG).

411a. Rémunération équitable. L'article 52a(4) de la UrhG prévoit une rémunération équitable reversée aux sociétés de gestion collective. Le montant de cette rémunération a fait l'objet d'un désaccord entre les *Länder* et la VG Wort; les parties ont eu recours à l'arbitrage de la Cour d'appel de Munich. La Cour a estimé les sommes suivantes comme équitables, en fonction du nombre de personnes visées (prenant pour base le prix de 0,008 EUR par page) : jusqu'à 20 personnes : 4 EUR par document, 21-50 personnes : 7 EUR, 51-100 personnes : 10 EUR ; 101-250 personnes : 13 EUR et 3 EUR pour chaque personne supplémentaire⁸³¹. Les sommes ont été approuvées par la Cour fédérale⁸³². Le nouvel accord-cadré conclu entre les *Länder* et la VG Wort prévoit donc une rémunération de 0,008 EUR par page et par destinataire, à payer une fois par semestre ou une fois pour toute la durée d'un projet de recherche⁸³³.

ii) Article 53 de la UrhG : la reproduction

412. Recherche. Selon l'article 53(2), 1 de la UrhG il est permis de reproduire des oeuvres, ou de les faire reproduire à des fins personnelles de recherche, dans la mesure où la reproduction est nécessaire au regard de son but non-commercial⁸³⁴. L'exigence d'une finalité non-commerciale a été ajoutée dans le texte par la loi du 26 octobre 2007 pour le rendre conforme à la Directive 2001/29/CE.

413. Illustration dans l'enseignement. La reproduction à des fins d'illustration dans l'enseignement est régi par l'article 53(3), 1 de la UrhG. Il est permis de reproduire ou de faire reproduire des extraits d'oeuvres ou des oeuvres de petite ampleur et des articles individuels publiés dans des journaux et périodiques à des fins d'illustration dans l'enseignement⁸³⁵. L'article 53(3), 2 de la UrhG autorise les mêmes actes pour organiser des examens. Suivant le

⁸³¹ OLG München 24 mars 2011, 6 WG 12/09, *précité*.

⁸³² BGH 20 mars 2013, I ZR 84/11, *précité*.

⁸³³ Art. 6 du *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG (Hochschulen)*, *précité*.

⁸³⁴ Traduction PK, version originale : « *Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und sie keinen gewerblichen Zwecken dient* ».

⁸³⁵ V. *supra* no. 408.

texte de la Directive, l'exigence d'un but non-commercial est aussi présente. On remarque que, à la différence de la recherche, la reproduction des oeuvres dans leur intégralité n'est pas autorisée (sauf s'il s'agit des oeuvres de petit ampleur ou des articles).

414. Exclusions. Sont exclues du champ d'application de l'exception les reproductions de partitions musicales ainsi que les reproductions intégrales de livres et de publications périodiques (l'article 53(4) de la UrhG), à moins qu'ils soient indisponibles depuis au moins deux ans. Ce principe reçoit une exception si la reproduction est faite manuellement. Les oeuvres conçues à des fins pédagogiques sont exclues de l'exception à des fins d'enseignement (mais pas de celle à des fins de recherche).

iii) Indication de la source (l'article 63 de la UrhG)

415. Renvoi. L'obligation d'indiquer la source consacrée par l'article 63 de la UrhG sera analysée *infra*⁸³⁶ à l'occasion de l'exception de citation.

416. Appréciation critique. La Directive 2001/29/CE limite (peut-être plus sévèrement que prévu?) le champ d'application de l'exception d'enseignement et de recherche, en exigeant que la recherche ou l'enseignement soient la finalité exclusive des utilisations permises et en excluant toute finalité commerciale. Ainsi, la recherche appliquée, les MOOCs payants ou encore les projets menés en partenariat public-privé y entrent difficilement. Il aurait peut-être été préférable de faire référence à la condition de non-substituabilité, appliqué parfois aux citations⁸³⁷ et inspirée d'un des facteurs du *fair use* en droit étasunien⁸³⁸. Les transpositions nationales en France et en Allemagne sont restrictives (en principe seuls des extraits d'oeuvres peuvent être utilisés) et elles ne sont guère plus claires que le texte de la Directive. Leur mise en oeuvre s'avère extrêmement difficile, surtout à cause des incertitudes liées à la rémunération qui en résultent et au cercle de leurs bénéficiaires limité en pratique aux signataires des accords collectifs. Un constat pessimiste s'impose : la disposition ayant pour but de faciliter les missions des e-Universités ne remplit pas son rôle. Il est donc temps

⁸³⁶ No. 456.

⁸³⁷ V. *infra* no. 446.

⁸³⁸ V. *infra* no. 591 et ss., spéc. no. 600.

de légiférer, tant au niveau européen qu'au niveau national. À notre avis, une large exception à des fins de recherche, concernant à la fois le droit de reproduction et le droit de communication au public et limitée non pas par le caractère commercial des finalités poursuivies, mais plutôt par la substituabilité des reproductions aux oeuvres originales serait le bienvenue. Pour être pleinement efficace, une telle mesure devrait s'appliquer de manière uniforme dans tous les États membres. S'agissant de l'enseignement, le besoin de changement est moins brulant et la voie contractuelle est peut-être la bonne pour préserver l'équilibre entre les intérêts des établissements de recherche et ceux des éditeurs, mais encore faut-il que les contrats concernent toutes les oeuvres, pas seulement celles dont les auteurs sont représentés par les sociétés de gestion collective. Une licence collective étendue (un mécanisme dans lequel les sociétés de gestion collective représentant une partie substantielle de titulaires des droits d'un secteur sont expressément autorisées à représenter tous les titulaires du secteur), comme celle connue dans les pays scandinaves⁸³⁹, serait peut être un mécanisme adapté⁸⁴⁰?

2. Les exceptions pour les bibliothèques

417. Plan. Nous allons analyser l'exception pour les bibliothèques en droit européen (a), français (b) et allemand (c).

a. Dans la Directive 2001/29/CE

418. Principe. Selon l'article 5(2), c) de la Directive 2001/29/CE les États membres peuvent prévoir une exception au droit de reproduction « *lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect* ». L'exception est complétée par l'article 5(3), n) qui autorise les États membres d'adopter des exceptions aux droits de reproduction et de communication au public « *lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à dis-*

⁸³⁹ V. notamment l'art. 50 de la loi danoise sur le droit d'auteur.

⁸⁴⁰ Sur l'application de ce mécanisme aux projets de numérisation v. J. AXHAMM, L. GUIBAULT, *Cross-border extended collective licensing : a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?* Université d'Amsterdam, 2011.

position, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés [à l'article 5(2), c)], d'oeuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ».

419. Reproductions spécifiques. L'article 5(2), c) de la Directive 2001/29/CE évoque des « *reproductions spécifiques* » (*specific acts of reproduction*). La formulation est sans doute maladroite, et il semble qu'elle ne modifie pas la portée du texte. Les législateurs français et allemand doivent être du même avis, car ils ont omis ce vocable dans leurs transpositions nationales.

420. Explication. Les bibliothèques accessibles au public (comme les bibliothèques des e-Universités) qui ne recherchent aucun avantage économique peuvent être autorisées à reproduire (donc : numériser) des oeuvres, mais aussi à les mettre à disposition du public à des fins de recherche ou d'études privées sur des terminaux se trouvant dans les locaux de ces bibliothèques (mais pas par exemple sur leur sites internet). Cette deuxième hypothèse concerne uniquement les oeuvres faisant partie de leurs collections et « *non-soumises à des conditions en matière d'achat ou de licence* ». Cette exigence a récemment fait l'objet d'un arrêt fort intéressant de la CJUE, opposant un éditeur à une université allemande.

421. La décision *Ulmer v. TU Darmstadt*. La bibliothèque de l'Université technique de Darmstadt a mis à disposition du public des postes de lecture électronique, permettant de consulter des ouvrages faisant partie de sa collection, le nombre de consultations simultanée ne pouvant pas excéder le nombre d'exemplaires du livre dont disposait la bibliothèque. Les postes de lecture permettaient aux utilisateurs d'imprimer les oeuvres sur papier ou de les stocker sur des clés USB. Parmi ces ouvrages se trouvait un manuel d'histoire (publié par une maison d'édition scientifique allemande) que la bibliothèque a elle-même numérisé. L'éditeur a soumis à la bibliothèque une proposition d'acquisition de ses livres sous forme électronique, laquelle a été refusée. Il a donc poursuivi la bibliothèque en justice ; en cours de procédure, la Cour fédérale de justice (BGH) a saisi la CJUE de questions concernant l'interprétation de l'article 5(3), n), et notamment de l'exigence selon laquelle les oeuvres concernées ne doivent pas être soumises « *à des conditions en matière d'achat ou de licence* ». Selon l'interprétation

de la CJUE⁸⁴¹, une oeuvre est soumise à de telles conditions lorsque le titulaire de droits et la bibliothèque ont conclu un contrat spécifiant les conditions dans lesquelles l'établissement peut utiliser celle-ci ; la seule offre de conclure un tel contrat ne suffit pas. La Cour valide alors l'interprétation de ce texte qui a été faite par le législateur allemand lors de la transposition⁸⁴². Il a aussi été jugé que l'article 5(3), n) en combinaison avec l'article 5(2), (c) permet aux États membres d'accorder aux bibliothèques accessibles au public le droit de numériser leurs collections. Pour finir, la Cour estime que, même si l'article 5(3), n) ne couvre pas des actes tels que l'impression d'œuvres sur papier ou leur stockage sur une clé USB, ces actes peuvent éventuellement être autorisés par les règles nationales transposant les exceptions de reprographie (prévu à l'article 5(2), a) de la Directive) ou de copie privée (l'article 5(2), b)). Cette dernière hypothèse est intéressante pour les utilisations numériques⁸⁴³.

422. Prêt électronique autorisé par la Directive 2006/115/CE. Une autre décision essentielle pour les bibliothèques à l'ère du numérique a été rendu le 10 novembre 2016⁸⁴⁴. Il s'agissait de l'interprétation de la Directive 2006/115/CE. En effet, ce texte confère aux auteurs les droits exclusifs de location et de prêt des supports matériels de leurs oeuvres. Le « prêt » y est défini comme la « mise à disposition [d'objets] pour l'usage, pour un temps limité et point pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par des établissements accessibles au public ». Les États membres sont autorisés par l'article 6(1) de ladite Directive d'adopter une exception au droit exclusif de prêt public, à condition que les auteurs obtiennent une rémunération au titre de ce prêt⁸⁴⁵. Il s'agit donc d'une licence légale de prêt public. Dans l'affaire *Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht* la CJUE a jugé que la notion de prêt dans la Directive 2006/115/CE « couvre le prêt d'une copie de livre sous forme numérique, lorsque ce prêt est effectué en plaçant cette copie sur le serveur d'une bibliothèque publique et en permettant à un utilisateur de reproduire ladite copie par téléchargement sur son propre ordinateur, étant entendu qu'une seule

⁸⁴¹ CJUE, 11 sept. 2014, C-117/13 (*Ulmer*).

⁸⁴² V. *infra* no. 428 et ss.

⁸⁴³ V. sur l'impact de l'arrêt *Ulmer* : BGH, 16 avril 2015, I ZR 69/11, GRUR 2015, 1101 (*Elektronische Leseplätze II*).

⁸⁴⁴ CJUE, 10 nov. 2016, C-174/15, (*Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht*), CCE février 2017, p. 34, obs. C. Caron.

⁸⁴⁵ V. en France les art. L. 133-1 et ss. du CPI.

copie peut être téléchargée pendant la période de prêt et que, après l'expiration de cette période, la copie téléchargée par cet utilisateur n'est plus utilisable par celui-ci »⁸⁴⁶. Ainsi, selon cette interprétation la Directive 2006/115/CE met le prêt numérique et le prêt du livre sur papier sur un pied d'égalité. Les conséquences pratiques de cette décision en France et en Allemagne restent encore à voir.

b. En droit français

423. Dans le CPI. La transposition française des articles 5(2), c) et 5(3), n) de la Directive 2001/29/CE se trouve dans l'article L. 122-5, 8° du CPI. Selon ce texte, l'auteur ne peut pas interdire « *[l]a reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial* ». La rédaction de cette exception a été modifiée par la loi du 12 juin 2009⁸⁴⁷ ; sa version précédente ne concernait que la reproduction et la consultation sur place. La transposition semble donc assez fidèle, mais en réalité elle modifie considérablement la portée des textes originaux.

424. Bénéficiaire absent : les établissements d'enseignement. Contrairement à la Directive, la loi française ne vise pas les établissements d'enseignement. Les raisons de cette omission restent énigmatiques, mais force est de constater qu'elle change peu de chose pour la situation des e-Universités. Même si les universités en tant que telles (donc par exemple les laboratoires) ne peuvent pas bénéficier de l'exception, les bibliothèques universitaires (qui entrent dans la catégorie des bibliothèques disponibles au public) le peuvent. Logiquement, les chercheurs non professionnels ou associés à un autre établissement de recherche peuvent aussi avoir accès à des œuvres ainsi numérisées.

425. Conditions absentes. La loi française a aussi omis la condition de l'article 5(3), n) de la Directive 2001/29/CE, selon laquelle les œuvres concernées ne peuvent pas être

⁸⁴⁶ CJUE, 10 nov. 2016, C-174/15, *précité*, no. 54.

⁸⁴⁷ Loi n° 2009-669.

soumises « à des conditions en matière d'achat ou de licence ». Même dans le silence du législateur, la condition originale continue à s'appliquer, car il est impossible aux législateurs des États membres d'élargir la portée des exceptions prévues par la Directive 2001/29/CE⁸⁴⁸. Il en est de même quand il s'agit de l'exigence que l'oeuvre fasse partie de la collection de l'établissement (ce qui exclut du bénéfice de l'exception les exemplaires provenant du prêt entre des bibliothèques), et que les « *terminaux dédiés* » se trouvent dans les locaux de l'établissement.

426. Nombre d'exemplaires? La loi ne dit rien sur le nombre de reproductions qui peuvent être effectuées, mais il semble raisonnable d'exiger qu'il ne dépasse pas le nombre d'exemplaires de l'oeuvre se trouvant dans la collection de l'établissement⁸⁴⁹. Cela permet d'éviter que les reproductions ne se substituent à l'achat des originaux.

427. Finalité permise : conservation et préservation des conditions de consultation. La modification la plus profonde des textes de la Directive consiste à y ajouter une nouvelle condition. En effet, la loi française ouvre le bénéfice de l'exception uniquement aux actes effectués « à des fins de conservation ou destinés à préserver les conditions de [la] consultation [des oeuvres] ». Cela permet uniquement de numériser des oeuvres menacées de perte, de détérioration ou encore celles qui sont devenues obsolètes par les progrès techniques (par exemple les microfilms). Il s'agit donc exclusivement de pouvoir effectuer des « *copies de sauvegarde* » des ouvrages⁸⁵⁰.

c. En droit allemand

428. Dans la UrhG. L'article 52b de la UrhG est une transposition assez fidèle des textes de la Directive, à une exception près : en droit allemand, l'exception est soumise à l'obligation de payer une rémunération équitable. Le texte allemand contient aussi une précision quant au nombre des consultations qui peuvent être effectuées simultanément.

⁸⁴⁸ V. *supra* no. 355.

⁸⁴⁹ Une condition similaire a été introduite par le législateur allemand — v. *infra* no. 430.

⁸⁵⁰ C. ALLEAUME, Les exceptions..., *précité*, no. 27.

429. Réforme imminente. Comme l'article 52a⁸⁵¹ de la UrhG, l'art 52b sera abrogé et remplacé par une disposition nouvelle à partir du premier mars 2018⁸⁵².

430. Limitation du nombre de consultations simultanées. Selon le texte, le nombre de consultations d'un ouvrage effectuées simultanément ne peut pas excéder le nombre d'exemplaires de cet ouvrage dans la collection de la bibliothèque. Cette limitation nous semble raisonnable et elle peut se déduire du test de trois étapes⁸⁵³.

431. Rémunération équitable; nouvel accord. L'article 52b de la UrhG, tout comme son article 52a⁸⁵⁴, dispense de l'obligation de recevoir l'autorisation de l'auteur, mais pas de lui payer une rémunération équitable. Ainsi, les sociétés de gestion collective ont le droit de percevoir une rémunération pour les actes effectués par les bibliothèques sur la base de cette exception. Un nouvel accord-cadre en la matière a été conclu en octobre 2016⁸⁵⁵, prenant en compte les conséquences de la décision *Ulmer*⁸⁵⁶. Les établissements qui y adhèrent peuvent mettre les oeuvres numérisées à disposition des lecteurs, de manière à ce que ceux-ci puissent en faire des copies privées. En revanche, la reproduction intégrale des oeuvres par les utilisateurs ne peut pas être autorisée, à l'exclusion des éditions épuisées depuis au moins deux ans⁸⁵⁷. La rémunération pour la numérisation des livres s'élève à 120% du prix net du livre⁸⁵⁸, elle peut donc avoir un effet dissuasif. Il est intéressant de savoir que l'accord précédent (datant de 2011)⁸⁵⁹, qui ne prévoyait pas la possibilité pour les utilisateurs de faire des reproductions, réglait le montant de la rémunération à 46,5% du prix net du livre.

⁸⁵¹ V. *supra* no. 404 et ss.

⁸⁵² V. *infra* no. 577 et ss.

⁸⁵³ V. *supra* no. 351.

⁸⁵⁴ V. *supra* no. 404 et ss.

⁸⁵⁵ *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52b UrhG*, disponible sur: https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/PresseUndAktuelles/2016/Rahmenvertrag_52b.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

⁸⁵⁶ V. *supra* no. 421.

⁸⁵⁷ *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52b UrhG*, précité, l'art. 2.

⁸⁵⁸ *Idem*, l'art. 4.

⁸⁵⁹ *Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52b UrhG*, Novembre 2011, disponible sur: http://www.bibliotheksvverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2012-01-30_Gesamtvertrag_Bibliothekstantieme_52b.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

432. Appréciation critique. Le mécanisme de la Directive 2001/29/CE, surtout à la lumière de son interprétation présentée par la CJUE dans la décision *Ulmer*⁸⁶⁰, semble très tentant. Il est vrai qu'il n'autorise pas les bibliothèques de mettre les reproductions à disposition en dehors de ses locaux, mais cette restriction peut perdre en importance après l'arrêt *Stichting*⁸⁶¹. Il reste à voir comment les choses vont évoluer et si le prêt numérique va se généraliser. Dans ce contexte, il est d'autant plus regrettable que le législateur français a enlevé aux bibliothèques françaises une grande partie du bénéfice de cette exception relativement libérale, en leur autorisant uniquement des actes « *à des fins de conservation ou destinés à préserver les conditions de [la] consultation* » des oeuvres. La solution met les bibliothèques françaises, y compris universitaires, en position désavantageuse par rapport aux établissements allemands.

B. Les exceptions de portée générale, importantes pour l'exercice des missions des e-Universités

433. Introduction. Quatre exceptions de portée générale nous semblent pertinentes du point de vue des missions des e-Universités : le citation (1), la copie privée (2), la reproduction provisoire (3) et l'analyse de logiciel (4).

1. La citation

434. Introduction. L'exception de citation, ancrée dans la liberté d'expression, est un élément essentiel du système d'exceptions ; elle peut en effet être qualifiée d'exception fondamentale⁸⁶². Son importance pour l'enseignement et la recherche ne peut pas être remise en cause. Consacrée par la Convention de Berne (a), elle a été harmonisée au niveau européen par la Directive 2001/29/CE (b), mais reste régie par les lois nationales (c, d).

⁸⁶⁰ V. *supra* no. 421.

⁸⁶¹ V. *supra* no. 422.

⁸⁶² M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 587, no. 655.

a. Dans la Convention de Berne

435. Principe. Comme prévu dans l'article 10(1) de la Convention de Berne, « *[s]ont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre* ».

436. Rôle des « bons usages ». La Convention de Berne, tout comme la Directive 2001/29/CE⁸⁶³, fait référence aux « *bons usages* », tels que l'utilisation des guillemets et/ou des italiques, ou le type d'information à donner pour identifier la source. Les usages peuvent en effet varier en fonction du pays et du contexte (les « *usages* » en matière scientifique étant plus stricts que par exemple en journalisme) ou même de la discipline (par exemple différentes revues scientifiques utilisent des règles différentes en ce qui concerne la citation). En quelque sorte, l'article 10(1) de la Convention de Berne soulève ces usages au rang de principes du minimum conventionnel, il est donc important d'en tenir compte. Admettons que ces « *bons usages* » puissent parfois s'avérer plutôt stricts, par exemple en allant jusqu'à exiger l'indication de l'œuvre qui a permis à l'auteur de l'œuvre citante de retrouver l'œuvre citée⁸⁶⁴!

437. Indication de la source. L'article 10(3) de la Convention de Berne exige que la citation « *[fasse] mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source* ».

b. En droit européen

438. Principe. Selon l'article 5(3), d) de la Directive 2001/29/CE les États membres peuvent prévoir des exceptions au droit de reproduction et au droit de communication au public « *lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue* ».

439. Conditions d'application. Le texte exige que l'œuvre citée soit licitement mise à disposition du public ; que la source (le titre de l'œuvre citée, ainsi que le nom de son au-

⁸⁶³ V. *infra* no. 439.

⁸⁶⁴ V. par ex. Bayle, Dictionnaire historique et critique, 3e éd., 1720, art. « Nihisius », cité par M. Randall, Critiques et plagiaires, in : Le plagiat, ss dir. C. Vandendorpe, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1992, p. 94, lui-même cité par A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 395, nbp. 1230.

teur), soit indiqué (à moins que cela ne s'avère impossible), et que la citation soit faite « conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ».

440. L'arrêt *Painer*. Dans un arrêt de 2011⁸⁶⁵, la CJUE s'est penchée sur les conditions d'application de l'article 5(3), d) de la Directive 2001/29/CE. En répondant à une question préjudicielle posée dans une affaire opposant un photographe à un éditeur de presse, la Cour a confirmé que la Directive n'exige pas que l'oeuvre citante soit une oeuvre protégée par le droit d'auteur. En effet, selon la Cour, dans la lumière de l'article 10(1) de la Convention de Berne « le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une oeuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence »⁸⁶⁶. La Cour s'est aussi prononcée sur la notion d'impossibilité d'indiquer la source de la citation, en laissant aux États membres une importante marge de manoeuvre, sous réserve de respecter les principes du droit de l'UE, l'exigence de sécurité juridique et d'interprétation stricte des exceptions, le test en trois étapes et l'objectif de la Directive 2001/29/CE qui est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs⁸⁶⁷. L'importance de cet arrêt pour les États membres est pourtant incertaine au regard du caractère facultatif de l'article 5(3), d) de la Directive et le fait qu'il ne fasse qu'établir le niveau minimal de protection.

c. En droit français

441. Dans le CPI. Selon l'article L. 122-5, 3°, a) l'auteur d'une oeuvre divulguée ne peut pas interdire « les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ». Le texte exige également que la source et le nom de l'auteur soient clairement indiqués.

442. Caractère de l'oeuvre citée. Classiquement, la doctrine estimait que la citation n'est possible que dans le domaine littéraire, ce qui se justifiait par des considérations pra-

⁸⁶⁵ CJUE, 1er déc. 2011, C-145/10 (*Painer*) : CCE 2012, comm. 26, C. Caron ; JCP G 2012, 978, no. 5, obs. C. Caron, *Légipresse* 2012, no. 292, p. 161, note J. Antippas ; *Propriété intellectuelle* 2012, no. 42, p. 30, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2012, no. 232, p. 479, note P. Sirinnelli ; *RLDI* 2012, no. 80, 2663, comm. V. Dahan et Ch. Bouffier.

⁸⁶⁶ CJUE, 1er déc. 2011, C-145/10 (*Painer*), no. 136.

⁸⁶⁷ *Idem*, no. 138 et ss.

tiques. Il a été soulevé⁸⁶⁸ que l'oeuvre graphique pourrait soit être citée intégralement — ce qui ne peut pas être qualifié d'une « *courte citation* », soit partiellement — ce qui porterait forcément atteinte aux droits moraux et notamment au droit au respect de l'oeuvre⁸⁶⁹. Quant aux oeuvres musicales, il est en revanche impossible d'indiquer la source de la citation, et donc de respecter le droit de paternité⁸⁷⁰. Cette position traditionnelle, qui a encore été défendue par la doctrine au XXI^{ème} siècle⁸⁷¹, semble également être confirmée par la jurisprudence⁸⁷². Or depuis quelques décennies déjà la voix des auteurs postulant la solution contraire se fait entendre⁸⁷³. Force est de constater que même le langage commun ne restreint pas les citations aux seules oeuvres littéraires⁸⁷⁴! Il nous semble qu'à l'époque du numérique plus qu'auparavant il est possible d'indiquer la source d'une citation musicale, par exemple dans les métadonnées du fichier contenant une oeuvre citante. Quant aux oeuvres graphiques, le seul fait de changer les dimensions ne suffit pas à justifier l'atteinte au droit au respect, il est donc envisageable à notre sens de pouvoir citer une miniature d'une image (nous songeons ici en particulier à des illustrations à caractère scientifique ou technique)⁸⁷⁵. Plus important encore, le droit du public à l'information, dans lequel l'exception de citation puise sa source, devrait l'emporter sur les droits moraux d'un auteur — même s'il serait peut-être judicieux d'imposer un test plus strict pour déterminer si la citation d'une oeuvre graphique est justifiée par la finalité de l'oeuvre citante. Pour conclure, nous souscrivons au courant doctrinal selon lequel rien ne s'oppose, du moins sur le plan théorique, à ce que les oeuvres musicales et graphiques puissent être citées tout comme les oeuvres littéraires.

⁸⁶⁸ Notamment par H. DESBOIS, *précité*, no. 247 et s.

⁸⁶⁹ H. DESBOIS, *précité*, no. 249.

⁸⁷⁰ H. DESBOIS, *précité*, no. 250.

⁸⁷¹ Par ex. : M. DUPUIS, Le droit de citation des oeuvres et le régime de l'exception pédagogique, RLDI 2008, no. 40, p. 61.

⁸⁷² V. notamment TGI Paris, 3 ch., 10 mai 1996 : RIDA 4/1996, p. 326 (déclarant l'exception de citation n'est pas transposable en matière musicale) ; TGI Paris, 30 sept. 1983 : D. 1984. somm. 290, obs. C. Colombet (déclarant que l'exception de citation doit être interprétée d'une manière restrictive, « *c'est-à-dire en la limitant à la citation littéraire* »).

⁸⁷³ V. notamment M. VIVANT, Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur, JCP G 1989, I, 3372.

⁸⁷⁴ H. DESBOIS, *précité*, no. 247.

⁸⁷⁵ Comme le remarquent A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 393 (nbp. 1212 : « *Desbois lui-même note [no. 249] que l'oeuvre « serait dans la plupart de cas mutilée », réservant ainsi l'hypothèse inverse* ». V. également : M. VIVANT, Pour une compréhension nouvelle..., *précité*).

443. Longueur de la citation. La citation doit être courte. Sa brièveté est relative et elle s'évalue en fonction de la longueur de l'oeuvre citée et de l'oeuvre citante ainsi que de leur genre (« *une thèse de doctorat doit accueillir plus largement la citation qu'un roman* »⁸⁷⁶). La jurisprudence relativement riche manque cependant d'indices clairs⁸⁷⁷, même si l'édition Dalloz du CPI estime que « *les citations ne peuvent représenter un quart de l'oeuvre [citante]* »⁸⁷⁸. Dans une large mesure, tout reste donc une affaire d'espèce⁸⁷⁹. Toutefois, en aucun cas, comme l'a précisé l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation⁸⁸⁰, l'utilisation de l'intégralité d'une oeuvre, quel qu'en soit le genre ou le format, ne peut s'analyser comme une courte citation⁸⁸¹.

444. Finalités de la citation. La citation doit également être justifiée par le caractère (« *critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information* »⁸⁸²) de l'oeuvre citante. Il en résulte que la citation ne peut pas se justifier par des fins commerciales (par exemple publicitaires⁸⁸³) ; en revanche, les finalités scientifiques ou didactiques peuvent bien évidemment justifier une citation.

445. Caractéristiques de l'oeuvre citante. L'article L. 122-5, 3°, a) du CPI exige que la citation soit incorporée dans une oeuvre. Si l'on veut se tenir à la lettre de la loi, force est de constater que l'oeuvre citante doit elle-même remplir les conditions de protection (c'est-à-

⁸⁷⁶ C. CARON, *précité*, p. 346, no. 374, citant (nbp. 511) T. civ. Seine, 21 juin 1955 : RIDA no. 10, 1955, p. 78.

⁸⁷⁷ Par ex. TGI Paris, 3e ch., 10 mai 1996 : RIDA 4/1996, p. 315 (admettant la reproduction de 20% de l'oeuvre citée à des fins d'analyse critique) ; CA Paris, 17 mars 1970 : RIDA 1971/1, p. 179 (la citation de treize vers d'un poème de trente-cinq vers - soit 37% de l'oeuvre citée - jugée abusive) ; TGI Paris, 14 sept. 1994 : RIDA 1995/2, p. 407 (les extraits d'un film d'une durée de 17 minutes dans un film de 58 minutes, soit 29% de l'oeuvre citante, jugés abusifs) ; dans certains cas isolés la reproduction quasi-intégrale est admise : Cass. 1re civ., 22 janv. 2009 : CCE 2009, comm. 33, note C. Caron ; JCP G 2009, I, 30, no. 7, obs. C. Caron, *Légipresse* 2009, no. 261, III, p. 99, note V. Varet ; *Prop. intell.* 2009, no. 31, p. 165, note A. Lucas.

⁸⁷⁸ En se fondant sur TGI Paris, 6 juill. 1972, (*Passeron c/ De Gaulle*) : D. 1972. 628, note P. Pactet (arrêt déclarant un livre de 320 pages, dont 86 pages de citations des discours du Général de Gaulle, abusif) — l'art. L. 122-5, jurispr. no. 33.

⁸⁷⁹ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 572, no. 641.

⁸⁸⁰ Cass. ass. plén., 5 nov. 1993 : JCP G 1994, II, 22201, note A. Françon ; *RTD com.* 1994, p. 50, obs. A. Françon ; D. 1994, jurispr. p. 481, note Th. Foyard (concernant la reproduction), complété par Cass. 1re civ., 4 juillet 1995 : *Légicom* 1995, no. 8, p. 159, note C. Caron ; D. 1996, jurispr. p. 4, note B. Edelman ; JCP G 1995, II, 22486, note J.-Ch. Galloux (concernant la représentation).

⁸⁸¹ La Cour a pourtant dérogé à ce principe notamment dans l'arrêt Cass. 1re civ., 22 janv. 2009 : CCE 2009, comm. 33, note C. Caron ; JCP G 2009, I, 30, no. 7, obs. C. Caron ; *Légipresse* 2009, no. 261, III, p. 99, note V. Varet ; *Prop. intell.* 2009, no. 31, p. 165, note A. Lucas (*précité*).

⁸⁸² Art. L. 122-5, 3°, a) du CPI.

⁸⁸³ Par ex. : TGI Paris, 15 mars 2002 : CCE 2002, comm. 114, C. Caron.

dire être une création intellectuelle propre à son auteur) pour que l'exception de citation puisse être invoquée. La solution a été remise en cause par l'arrêt *Microfor*⁸⁸⁴, qui a finalement été réduit à un arrêt d'espèce (bien que rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation!). Ainsi, la doctrine⁸⁸⁵ et la jurisprudence⁸⁸⁶ françaises semblent s'accorder sur le point que l'oeuvre citante doit remplir les conditions de protection par le droit d'auteur. Récemment cette harmonie a encore une fois été perturbée par la décision *Painer* de la CJUE⁸⁸⁷. Rappelons cependant que la Directive 2001/29/CE n'harmonise que le seuil minimum de la protection par le droit d'auteur et qu'elle laisse la porte ouverte aux États membres en ce qui concerne la transposition des exceptions des articles 5(2) et 5(3). Ainsi, le juge français n'est pas lié par la solution de la décision *Painer*, selon laquelle l'exception de citation peut s'appliquer même si l'oeuvre citante ne remplit pas les conditions de protection par le droit d'auteur. Nous estimons que la position des tribunaux français présentée dans ce paragraphe restera inchangée, ce qui n'est pas étonnant, vu qu'une solution contraire serait manifestement *contra legem*. Même si elle était dans l'absolu très avantageuse pour les e-Universités, elle nécessiterait d'abord un changement législatif.

446. Rapport entre l'oeuvre citée et l'oeuvre citante : le critère de substituabilité.

À la liste des conditions présentées ci-dessus une autre condition autonome est parfois ajoutée⁸⁸⁸ : l'oeuvre citante ne peut pas se substituer à l'oeuvre citée, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas permettre au public « *de se dispenser de recourir à l'oeuvre [citée] elle-même* »⁸⁸⁹. Le législateur italien a même jugé opportun d'incorporer cette condition dans le texte de la loi⁸⁹⁰,

⁸⁸⁴ Cass. Ass. Plén., 30 oct. 1987 : JCP G 1988, II, 20932, rapp. M. Nicot et note J. Huet ; JCP E 1988, II, 15093, no. 4, obs. M. Vivant et A. Lucas ; D. 1988, p. 21, concl. J. Cabannes ; RIDA 1/1988, p. 78, concl. J. Cabannes, v. *infra* no. 627.

⁸⁸⁵ V. notamment : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 396, no. 431 : « *En effet, si la citation est permise sans même avoir à être incorporée à une oeuvre seconde, la justification tirée de la liberté d'expression ou de création disparaît. L'atteinte au droit exclusif n'a plus de raison d'être* » ; v. aussi : M. VIVANT, Pour une compréhension nouvelle..., *précité*.

⁸⁸⁶ Par ex. : CA Paris, 13 oct. 2000 : CCE 2003, comm. 127, note C. Caron ; CA Paris, 22 mai 2002 : Propr. intell. 2003, no. 6, p. 44, note A. Lucas.

⁸⁸⁷ CJUE, 1er déc. 2011, C-145/10 (*Painer*), *précité*; v. *supra* no. 440.

⁸⁸⁸ V. notamment : E. ULMER, Problèmes de droit d'auteur découlant de la mémorisation dans un ordinateur et de la récupération d'oeuvres protégées, RIDA avr. 1972, p. 103.

⁸⁸⁹ Cass. 1re civ., 9 nov. 1983 : D. 1984, IR 290, obs. C. Colombet ; JCP 1984, II, 20189, note A. Françon ; Gaz. Pal. 1984, 1, 177, obs. R. Plaisant.

⁸⁹⁰ Art. 70 de la loi italienne sur le droit d'auteur (*Protizone del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*) : « à condition qu'ils ne nuisent pas à l'exploitation économique de l'oeuvre ».

nonobstant le fait qu'elle puisse se déduire d'un côté des « *bons usages* » évoqués par l'article 10(1) de la Convention de Berne⁸⁹¹ et d'un autre : du test en trois étapes⁸⁹². Nous reconnaissons que la condition est très délicate à évaluer ; à notre avis, il faut l'interpréter avec souplesse pour éviter une situation dans laquelle, pour des questions d'ordre économique, un usage parfaitement conforme aux exigences de l'article L. 122-5, 3°, a) du CPI soit sanctionné. Comme les MM. Vivant et Bruguière, nous croyons qu'« *il serait plus judicieux d'aborder cette question (...) sur le terrain de la responsabilité civile* »⁸⁹³.

447. Respect des droits moraux. Comme nous l'avons déjà souligné⁸⁹⁴, dans le système français marqué de dualisme entre les droits moraux et les droits patrimoniaux, les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI ne s'appliquent qu'à ces derniers, tout en laissant intactes les prérogatives morales. Il est donc évident, comme le précise l'article L. 122-5, 3°, a) du CPI que les citations doivent respecter les droits moraux des auteurs. Ainsi, le nom de l'auteur de l'oeuvre citée doit être « *clairement* » indiqué. Toutefois, le texte va plus loin en exigeant aussi l'indication de la source. La signification exacte de cette exigence est déterminée par les usages⁸⁹⁵. La loi française se montre plus sévère que la Directive 2001/29/CE qui admet la possibilité d'omettre l'indication du nom de l'auteur et de la source si cela s'avère impossible. Il est donc d'autant plus curieux qu'un tribunal français — bien avant la création même de l'Union Européenne — ait déjà admis (certes, dans une décision isolée) la possibilité de ne pas indiquer la source lorsqu'elle est connue à tous⁸⁹⁶.

448. L'exception d'analyse? L'analyse est une « *exception discrète* »⁸⁹⁷ associée à la citation. Les exigences envers les citations s'appliquent également aux analyses (notamment en ce qui concerne le respect des droits moraux, l'absence de substitution possible entre l'oeuvre analysante et l'oeuvre analysée et la justification de l'analyse). Pourtant il s'agit d'un type d'emprunt différent : l'analyse consiste à présenter, souvent sous forme d'un résumé, les

⁸⁹¹ V. *supra* no. 436.

⁸⁹² V. *supra* no. 351 ; à notre sens, une oeuvre citante qui se substitue à l'oeuvre citée porte atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre citée, mais cause également un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de son auteur.

⁸⁹³ Cf. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 575, no. 643.

⁸⁹⁴ V. *supra* no. 204.

⁸⁹⁵ V. *supra* no. 436.

⁸⁹⁶ T. com. Seine, 26 juin 1934 : Gaz. Pal. 1934, 2, p. 594 (à propos de *Carmen*).

⁸⁹⁷ Selon l'expression de C. CARON, *précité*, p. 350, no. 379.

principaux éléments de l'oeuvre analysée, tandis que la citation est une reprise fidèle des passages de l'oeuvre citée⁸⁹⁸. Nous remarquons que l'analyse (au sens utilisé dans le CPI) peut souvent être faite sans autorisation des titulaires des droits, car elle n'est qu'une présentation des idées (qui, on le sait, sont de libre parcours), ce qui nous laisse nous interroger sur l'utilité de cette exception⁸⁹⁹. Pour la justifier, il faut constater, comme l'a fait un jugement⁹⁰⁰, que l'exception d'analyse permet une décomposition des éléments de l'expression (c'est-à-dire de la forme) de l'oeuvre.

d. En droit allemand

449. Dans la UrhG. L'article 51 de la UrhG prévoit que « *sont permises la reproduction, la distribution et la communication au public d'une oeuvre publiée dans la mesure justifiée par la finalité de la citation. Ceci est permis notamment quand il s'agit de : (1) citer une oeuvre publiée dans une oeuvre scientifique indépendante à des fins d'illustration des contenus ; (2) citer des extraits d'une oeuvre publiée dans une oeuvre littéraire indépendante ; (3) citer les extraits d'une oeuvre musicale dans une oeuvre musicale indépendante* »⁹⁰¹. L'article 63 de la UrhG exige que la source de la citation soit indiquée.

450. Caractère de l'oeuvre citée. En droit allemand toutes les oeuvres peuvent être citées ; la question de l'exclusion des oeuvres graphiques ou musicales ne se pose pas (cette deuxième hypothèse est même expressément consacrée par le texte). Il suffit que l'oeuvre soit publiée⁹⁰².

⁸⁹⁸ En ce sens : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 570, no. 639.

⁸⁹⁹ En ce sens v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 390, no. 425.

⁹⁰⁰ TGI Paris, 1re ch., 20 févr. 1980, D. 1982, p. 44, obs. C. Colombet.

⁹⁰¹ Traduction PK ; version originale : *Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn*

1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,

2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden,

3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden.

⁹⁰² La publication est définie dans l'art. 6 de la UrhG comme une mise à disposition du public autorisée par le titulaire des droits.

451. Finalité de la citation. La citation doit être justifiée par sa finalité. Contrairement au législateur français, le législateur allemand n'a pas fourni de liste de finalités possibles, sauf dans le cas de la longue citation⁹⁰³, qui doit avoir pour finalité l'illustration du contenu (*Erläuterung des Inhalts*) de l'oeuvre scientifique citante. On peut bien évidemment songer à de nombreuses finalités possibles, telles que la démonstration⁹⁰⁴ ou encore celles énumérées par la Directive 2001/29/CE : la critique ou la revue. En revanche, n'est pas admise une citation à des fins purement ornementales, sans que l'oeuvre citante y fasse référence⁹⁰⁵. En aucun cas l'oeuvre citée ne peut se substituer à l'oeuvre citante⁹⁰⁶. De même, l'exception ne peut s'appliquer si l'oeuvre citante n'est qu'un « *cadre* » pour l'exploitation de l'oeuvre citée⁹⁰⁷. Ainsi, une simple compilation de citations de journaux ne peut pas être exemptée d'autorisation du titulaire de droit⁹⁰⁸, mais un « *collage* » d'extraits d'oeuvres qui constitue en lui-même une création intellectuelle propre à son auteur peut l'être⁹⁰⁹. Ainsi, l'on observe que le droit allemand se montre moins exigeant au regard des citations que le droit français ; cependant, il a été soulevé en Allemagne que dans un contexte de recherche et d'enseignement l'article 51 de la UrhG doit être interprété de manière stricte afin de ne pas affaiblir les exceptions des articles 52a et 53⁹¹⁰.

452. La nature de l'oeuvre citante. Pour que l'exception de citation puisse entrer en jeu, l'oeuvre citante doit remplir les critères de protection du droit d'auteur. Seul l'auteur qui s'est investi dans une création intellectuelle et personnelle peut bénéficier de la liberté accordée par l'article 51 de la UrhG⁹¹¹. Ainsi, le texte de l'article exige expressément (dans les exemples 1-3) que l'oeuvre citante soit indépendante (*selbständig*) ; il en résulte aussi que

⁹⁰³ V. *infra* no. 453.

⁹⁰⁴ BGH 7 mars 1985, I ZR 70/82, GRUR 1987, 34 (*Liedtextwiedergabe I*).

⁹⁰⁵ BGH 3 avril 1968, I ZR 83/66 : GRUR 1968, 607 (*Kandinsky I*) ; OLG Hamburg 22 mai 2003 : 3 U 192/00, ZUM-RD 2004, 75.

⁹⁰⁶ BGH 29 avril 2010, I ZR 69/08 : GRUR 2010, 628 (*Vorschaubilder*); cf. *supra* no. 446.

⁹⁰⁷ OLG München, 14 juin 2012, 29 U 1204/12 : ZUM-RD 2012, 479 (*Das unlesbare Buch*).

⁹⁰⁸ BGH, 30 nov. 2011, I ZR 212/10 : GRUR 2012, 819 (*Blühende Landschaften*).

⁹⁰⁹ cf. BVerfG, 29 juin 2000, 1 BvR 825/98, *précité*.

⁹¹⁰ LG München I, 19 juin 2005, 21 O 312/05 : note (critique) H. Taubner, I ZUM 2005, 407; sur les art. 52a et 53 v. *supra* no. 404 et ss.

⁹¹¹ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 51, no. 8.

l'oeuvre citante ne pourra pas être une adaptation, même protégeable par le droit d'auteur, de l'oeuvre citée, ou une compilation de citations⁹¹². L'oeuvre citante peut être indépendante si, même si l'on l'imagine sans citations, elle constitue toujours une création intellectuelle propre à son auteur⁹¹³. Ainsi, la conclusion de l'arrêt *Painer*⁹¹⁴ va manifestement à l'encontre des principes régissant la citation en droit allemand.

453. Grande citation scientifique (*Wissenschaftliches Grosszitat*). Le premier exemple inclus par le législateur dans l'article 51 de la UrhG est la « *grande citation scientifique* », permettant l'inclusion de l'intégralité d'une oeuvre citée dans une oeuvre scientifique indépendante afin d'illustrer son contenu. La catégorie d'oeuvres scientifiques comprend aussi les oeuvres de vulgarisation scientifique⁹¹⁵, mais pas les oeuvres dont la finalité est principalement ludique⁹¹⁶. Une oeuvre entière peut y être citée pour servir d'appui à un argument scientifique, ou pour critiquer le contre-argument⁹¹⁷. Il convient de remarquer que, ce qui est plutôt curieux, seules les oeuvres individuelles peuvent être citées ; ainsi, ni la reproduction de soixante-neuf tableaux de Kandinsky dans un ouvrage sur un mouvement artistique⁹¹⁸, ni la reproduction de vingt-quatre dessins d'un auteur dans une étude scientifique⁹¹⁹ ne peuvent être exemptés d'autorisation des titulaires de droits.

454. Courtes citations. Le texte de l'article 51 de la UrhG prévoit aussi deux autres exemples de citations dans le domaine littéraire et musical. Dans les deux cas, seuls peuvent être cités des extraits d'oeuvres. Or rien ne s'oppose à ce que des extraits d'oeuvres puissent aussi être incorporées dans d'autres types d'oeuvres (par exemple les oeuvres audiovisuelles). Comme en droit français, la longueur d'une citation doit être appréciée par rapport à la longueur et la nature de l'oeuvre citée et de l'oeuvre citante et au regard de la finalité de la cita-

⁹¹² BGH 22 sept. 1972, I ZR 6/71 : GRUR 1973, 216 (*Handbuch moderner Zitate*).

⁹¹³ BGH 23 mai 1985, I ZR 28/83 : GRUR 1986, 59 (*Geistchristentum*).

⁹¹⁴ V. *supra* no. 440.

⁹¹⁵ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 51, no. 13.

⁹¹⁶ Kammergericht 13 janv. 1970, 5 U 1457/69 : GRUR 1970, 616 (*Eintänzer*).

⁹¹⁷ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 51, par. 11.

⁹¹⁸ BGH 3 avril 1968, I ZR 83/66, *précité* (*Kandinsky I*).

⁹¹⁹ Kammergericht, 22 févr. 1994, 5 U 7798/93 : ZUM-RD 1997, 135.

tion. Comme l'a souligné la Cour fédérale⁹²⁰, aucune formule arithmétique ne peut être dégagée, tout dépend donc du cas d'espèce. La solution, malgré sa flexibilité, est plutôt regrettable, car elle offre peu de sécurité juridique.

455. Cas d'exception : « longue courte citation » (Grosses Kleinzitat). Dans certains cas spéciaux ne relevant pas de la « longue citation scientifique », les tribunaux allemands ont autorisé l'emprunt de l'intégralité de l'oeuvre citée si elle s'est avérée nécessaire au regard de la finalité de la citation. La théorie appelée « longue courte citation » (*Grosses Kleinzitat*)⁹²¹ a donc été appliquée par la jurisprudence pour permettre la citation de l'intégralité des oeuvres graphiques⁹²².

456. Indication de la source. L'obligation d'indiquer la source dans les cas couverts par des exceptions est précisée dans l'article 63 de la UrhG. Le texte distingue deux hypothèses : la reproduction et la communication au public. S'agissant de la reproduction, la source doit être clairement indiquée ; si l'oeuvre est reproduite dans son intégralité, il faut aussi indiquer le nom de son éditeur et mentionner si elle a fait l'objet d'une quelconque modification ou un abrègement. L'obligation reçoit une exception si les informations nécessaires ne sont pas indiquées sur la copie de l'oeuvre ni connues d'une autre manière par le copiste. En revanche, concernant la communication au public, la source doit être indiquée selon les « bons usages » (*Verkehrssitte*), sauf si cela s'avère impossible. Il s'agit sans doute d'une impossibilité objective, par exemple dans l'hypothèse où l'auteur de l'oeuvre n'est pas connu⁹²³. Ainsi, l'utilisateur qui ne connaît pas la source de son emprunt n'est pas dispensé de l'obligation de la rechercher s'il veut le communiquer au public⁹²⁴.

457. L'importance de l'exception de citation pour les e-Universités. L'importance de l'exception de citation pour les activités des e-Universités ne peut pas être niée. En effet, elle couvre une grande partie des citations dans les écrits académiques et dans les ressources

⁹²⁰ BGH 23 mai 1985, I ZR 28/83, *précité* (*Geistchristentum*).

⁹²¹ S. LÜFT [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 51, no. 15.

⁹²² LG Berlin 16 mars 2000, 16 S 12/99 : GRUR 2000, 797 (*Screenshots*) ; OLG Hamburg 25 févr. 1993, 3 U 183/92 : GRUR 1993, 666 (*Altersphoto*) ; OLG Hamburg 27 juill. 1989, 3 U 29/89 : GRUR 1990, 36 (*Foto-Entnahme*).

⁹²³ W. BULLINGER [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 63, no. 27.

⁹²⁴ Cf. *supra* no. 245 et ss. sur les oeuvres orphelines.

pédagogiques numériques, mais elle ne répond pas aux besoins de la e-recherche. Tout d'abord, la citation des oeuvres dans leur intégralité n'est pas possible (en France) ou est possible uniquement dans des circonstances précises (en Allemagne). Deuxièmement, l'exception ne permet pas la constitution des jeux des données, car les lois nationales française et allemande exigent que la citation soit incluse dans une oeuvre indépendante (l'exigence a cependant été rejetée par la CJUE⁹²⁵). Finalement, l'obligation d'indiquer la source peut entraîner des difficultés de nature technique⁹²⁶. Concernant ce dernier point, il semble que la mention des sources dans les métadonnées peut être suffisante⁹²⁷. Le risque de l'« *attribution stacking* » ne suffit en aucun cas pour justifier l'impossibilité d'indiquer la source.

2. Copie privée

458. Introduction. L'histoire de la copie privée est presque aussi longue que celle du droit d'auteur⁹²⁸. Dans le système moderne, l'exception de copie privée est harmonisée au niveau européen par la Directive 2001/29/CE (a) et transposée dans des lois nationales (b, c).

a. En droit européen

459. Principe. Selon l'article 5(2), b) de la Directive 2001/29/CE les États membres ont la faculté de prévoir une exception au droit de reproduction « *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable (...)* ».

⁹²⁵ V. *supra* no. 440.

⁹²⁶ V. *supra* no. 209 sur l'*attribution stacking*.

⁹²⁷ V. : l'admission de l'indication de la source dans un générique : T. com. Paris, 17^e ch., 16 déc. 1997 : RIDA 2/1998, p. 317, obs. A. Kéréver (sur les citations des archives de l'INA) ; C. Caron, note sous TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996 : RIDA 1/1997, p. 361 - suggestion d'admettre les mentions contenues dans un fichier annexé ; V. aussi : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, no. 537 ; en droit allemand v. LG Berlin 16 mars 2000, 16 S 12/99, *précité* (admettant la mention des sources dans un fichier annexe).

⁹²⁸ V. notamment A.-Ch. RENOARD, *Traité des droits d'auteur*, Paris 1839, t. II, no. 19.

460. Conditions d'application ; utilité limitée. L'exception est strictement limitée à l'usage privé et à des fins non-commerciales. Ces conditions semblent la rendre *quasi-inutile* pour les activités des e-Universités.

461. Compensation équitable. Aujourd'hui le régime de la copie privée est en effet une licence légale, car il est soumis à une rémunération fondée sur une logique de mutualisation. La rémunération est perçue par des sociétés de gestion collective auprès des commerçants de supports d'enregistrement et ensuite répartie entre les titulaires des droits d'auteur. L'analyse détaillée de ce mécanisme ne relève pas du sujet de notre étude⁹²⁹.

462. Licéité de la source. Dans l'arrêt C-435/12 rendu le 10 avril 2014⁹³⁰ la CJUE a confirmé que l'exception peut s'appliquer uniquement quand la copie est tirée d'une source licite. Ainsi, toute copie tirée d'un exemplaire contrefaisant (c'est-à-dire étant lui-même produit d'un acte de contrefaçon) doit être écartée du périmètre de l'exception. La solution coule de source, mais la confirmation de la CJUE rejette définitivement l'argument contraire, soulevé parfois dans les discussions sur le libre-échange des fichiers sur Internet. Il convient de remarquer toutefois que selon l'arrêt *Ulmer*⁹³¹ une reproduction numérique d'un ouvrage effectuée par une bibliothèque dans le cadre de l'exception de l'article 5(2), c) et mise à disposition des utilisateurs sur des terminaux dans cette bibliothèque (comme le prévoit l'article 5(3), n)) peut constituer une source licite.

b. En droit français

463. Dans le CPI. Selon l'article L. 122-5, 2° du CPI l'auteur ne peut interdire :

« [l]es copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ; et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde (...) ainsi que des copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et d'une base de données électronique ».

⁹²⁹ Pour une analyse détaillée et récente v. par ex. V.-L. BENABOU, *Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée?*, Légipresse 2011, no. 287, p. 537.

⁹³⁰ RTD com. 2014, no. 3, p. 603, note F. Pollaud-Dulian ; Propr. intell. 2014, no. 52, p. 276, note A. Lucas ; CCE 2014, no. 6, p. 28, comm. C. Caron ; RLDI 2014, no. 104, p. 17, comm. L. Costes.

⁹³¹ CJUE, 11 sept. 2014, C-117/13 (*Ulmer*), précité, v. *supra* no. 421.

Loin d'être au sommet de l'art législatif, l'article permet cependant de dégager quelques hypothèses d'application.

464. Exclusions. La loi française ne permet pas aux logiciels et aux bases de données électroniques de faire l'objet de copies privées, ce qui limite encore plus l'utilité de l'exception pour les e-Universités. L'exclusion s'applique également aux oeuvres d'art destinées à être utilisées à des fins identiques avec la finalité des originaux⁹³². On remarque qu'il s'agit d'un critère similaire à celui de substituabilité⁹³³.

465. Licéité de la source. L'exigence de licéité de la source utilisée pour réaliser une copie privée n'était pas posée de manière parfaitement claire⁹³⁴ avant l'intervention de la loi du 20 décembre 2011 qui l'a inséré dans le texte du CPI. La solution a été dernièrement confirmée par la CJUE⁹³⁵. Ainsi, il est hors de doute qu'une copie réalisée à partir d'un exemplaire contrefaisant ne peut pas être couverte par l'exception de copie privée.

466. Notion de copiste. La copie privée, comme le précise la jurisprudence⁹³⁶, doit être réalisée par celui qui va ensuite l'utiliser. Ainsi, celui qui sollicite un tiers pour réaliser une copie ne peut pas se prévaloir de l'exception. C'est regrettable, compte tenu de la vitesse avec laquelle les technologies deviennent obsolètes : aujourd'hui il est difficile de se procurer une copie d'une VHS, d'une cassette audio ou d'un disque souple sans avoir recours à un service spécialisé. Dans un avenir peu lointain le phénomène touchera certainement les CDs et les DVDs.

467. Notion d'usage privé. Déterminer l'étendue exacte d'usage privé est une tâche délicate ; en effet, il ne serait pas judicieux (et surtout pas possible) d'interdire au copiste de partager la copie avec ses proches ! Ainsi, la jurisprudence a pu décider que l'usage fait de la

⁹³² À notre sens, une « *oeuvre d'art* », quelle soit l'original ou une reproduction, ne peut avoir qu'une finalité : ornementale.

⁹³³ V. *supra* no. 446.

⁹³⁴ Mais v. des décisions des juges du fond, par ex. CA Versailles, 16 mars 2007 : CCE 2007, comm. 91, note C. Caron ; D. 2007, p. 1991, obs. C. Le Stanc ; JCP G 2007, no. 10, obs. C. Caron ; RIDA 2007, no. 213, p. 263, obs. P. Sirinnelli ; ou encore CE, 11 juill. 2008 : CCE 2008, comm. 112, note C. Caron ; RTD com. 2008, p. 747, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2008, no. 217, p. 279 et p. 223, obs. P. Sirinnelli ; Propr. intell. 2008, p. 29, p. 428, obs. A. Lucas ; JCP G 2009, I, 30, no. 8, obs. C. Caron.

⁹³⁵ V. *supra* no. 462.

⁹³⁶ TGI Paris, ord. réf., 6 août 2008 : RIDA 2008, no. 217, p. 343 et p. 247, obs. P. Sirinnelli ; Propr. intell. 2008, no. 29, p. 427, obs. J.-M. Bruguière ; V. aussi : CA Grenoble, 18 janv. 2001 : CCE 2001, comm. 59, note C. Caron (le copiste est celui qui exploite économiquement le matériel destiné à réaliser des copies).

copie privée doit se limiter à un groupe de personnes qui ont entre elles des « *liens de famille ou d'amitié* »⁹³⁷. Par conséquent, tout usage professionnel est exclu du champ de l'exception⁹³⁸, d'autant plus que l'article 5(2), b) de la Directive 2001/29/CE exclut expressément les usages à des fins directement et indirectement commerciales.

468. Application inattendue dans le secteur de la recherche. Une décision surprenante a été rendue par le TGI de Paris le 10 juin 1997⁹³⁹. En l'espèce un chercheur du CNRS avait numérisé un poème qu'il a ensuite mis sur le serveur interne de son laboratoire, réservé aux chercheurs et protégé contre l'accès non-autorisé. Après une faille de sécurité, le fichier a été retrouvé par un agent de l'Agence de protection des programmes (APP). Le tribunal a cependant jugé que les actions du chercheur ne dépassaient pas le cadre de l'utilisation privée ; or elle était clairement en lien avec son activité professionnelle. La solution a été critiquée par la doctrine⁹⁴⁰.

c. En droit allemand

469. Usage privé et usage personnel. L'article 53 de la UrhG consacre des exceptions au droit de reproduction dans deux hypothèses, celles d'un usage privé⁹⁴¹ et d'un usage personnel⁹⁴². Du point de vue technique, l'exception de l'usage privé transpose l'article 5(2), b) de la Directive 2001/29/CE. L'hypothèse exclut toutes les reproductions en lien avec l'activité professionnelle du copiste⁹⁴³ et elle se limite aux activités ludiques et récréatives. En revanche, l'article 53(2) prévoit des reproductions liées à des activités professionnelles, y compris à la recherche⁹⁴⁴.

⁹³⁷ CA Paris, 4 avr. 2007 : CCE 2007, comm. 68, note C. Caron ; JCP G 2007, I, 176, no. 10, obs. C. Caron ; D. 2007, p. 1993, obs. C. Le Stanc ; Propr. intell. 2007, no. 24, p. 320, obs. A. Lucas.

⁹³⁸ Cass. 1re civ., 20 janv. 1969 : Gaz. Pal. 1969. 1, 217 ; *contra* : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 365, no. 386.

⁹³⁹ TGI Paris, ord. réf. 10 juin 1997 : D. 1998, jurispr. p. 621, note B. Edelman.

⁹⁴⁰ B. EDELMAN, note précitée à propos de TGI Paris, ord. réf. 10 juin 1997.

⁹⁴¹ *Privatent Gebrauch* — art. 53(1) de la UrhG.

⁹⁴² *Eigenen Gebrauch* — art. 53(2) de la UrhG.

⁹⁴³ BGH 14 avril 1978, I ZR 111/76, GRUR 1978, 474 (*Vervielfältigungsstücke*).

⁹⁴⁴ V. *supra* no. 412 et ss.

470. Différences par rapport à la loi française. Les exigences concernant la reproduction pour un usage privé sont similaires à celles de la loi française, à quelques exceptions près. Premièrement, la copie peut être faite par un tiers à condition qu'il ne reçoive pas de rémunération (sauf le cas des photocopies, où une rémunération peut être perçue). Deuxièmement, la copie doit être tirée d'une source qui n'est pas manifestement illicite (ce qui n'exclut pas de sources dont la licéité est douteuse⁹⁴⁵). Troisièmement, l'interdiction de l'usage directement ou indirectement commercial est expressément consacrée.

471. Exclusions. Sont exclus du champ d'application de l'exception : les reproductions de bases de données⁹⁴⁶, de partitions musicales, et les reproductions intégrales de livres et de publications périodiques⁹⁴⁷, à moins qu'ils soient indisponibles depuis au moins deux ans. En ce qui concerne les partitions musicales, les livres et les publications périodiques, ce principe reçoit une exception si la reproduction est faite manuellement.

472. L'importance de l'exception pour les e-Universités. L'exception de copie privée présente un intérêt très limité pour les activités des e-Universités. Les copies doivent être strictement limitées à un usage privé, ce qui, à notre sens, exclut de manière générale toutes les activités liées à la vie professionnelle. Si l'exception a pu être utilisée en France pour permettre la mise d'une oeuvre sur l'intranet d'un laboratoire de recherche, c'est seulement par erreur d'application. Cependant, la copie privée peut être un complément intéressant de l'exception concernant les bibliothèques⁹⁴⁸.

3. Reproductions provisoires

473. L'exception dictée par la nécessité technique. La transmission des oeuvres dans un réseau numérique nécessite des reproductions. Même en visionnant des contenus sur un ordinateur privé, le navigateur en fait des reproductions qui sont ensuite stockées dans sa

⁹⁴⁵ Mais cf. *supra* no. 462 sur l'arrêt de la CJUE du 10 avril 2014

⁹⁴⁶ Art. 53(5) de la UrhG.

⁹⁴⁷ Art. 53(4) de la UrhG.

⁹⁴⁸ V. *supra* no. 421.

mémoire pendant un certain temps. En tenant compte de ces nécessités techniques, le législateur européen a introduit une exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE — la seule exception prévue par cette Directive dont la transposition par les États membres est obligatoire. Visant expressément les activités telles que le *browsing* ou le *caching*⁹⁴⁹, l'exception peut cependant s'avérer intéressante pour l'analyse électronique des données de recherche.

474. Plan. Nous allons analyser la portée de l'exception en droit européen (a) et en droit national français (b) et allemand (c).

a. En droit européen

475. Dans la Directive 2001/29/CE. Selon l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE « [l]es actes de reproduction [1 — PK] provisoires (...), qui sont [2] transitoires ou accessoires et [3] constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont [4] l'unique finalité est de permettre : a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui [5] n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction (...) ». Selon la CJUE⁹⁵⁰, l'exception peut être analysée en cinq conditions cumulatives (de [1] à [5]).

476. Caractère transitoire ou accessoire. La CJUE a précisé dans la décision *Infopaq* qu'une reproduction est transitoire « si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée »⁹⁵¹. S'agissant des reproductions accessoires, elles ont été définies dans l'arrêt *Meltwater* comme des reproductions qui n'ont « ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont [elles font] partie »⁹⁵². Du même arrêt il ressort également qu'une reproduction accessoire doit être supprimée automatiquement « après un certain

⁹⁴⁹ Considérant 33 de la Directive 2001/29/CE.

⁹⁵⁰ CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08 (*Infopaq*), no. 54-55.

⁹⁵¹ *Idem*, no. 64.

⁹⁵² CJUE, 5 juin 2014, C-360/13 (*Meltwater*), no. 43.

temps »⁹⁵³. Tel est en effet le sort des copies *cache* stockées par les navigateurs internet et dont la durée de vie peut excéder plusieurs mois.

477. Intégration dans un procédé technique. La reproduction doit être une « *partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* ». L'exigence a été examinée par la CJUE dans l'affaire *Infopaq II* dans laquelle il a été jugé qu'elle « *requiert que les actes de reproduction (...) soient entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique (...)*. [Elle] *suppose également que la réalisation de l'acte de reproduction provisoire soit nécessaire, en ce sens que le procédé technique concerné ne pourrait pas fonctionner de manière correcte et efficace sans cet acte (...)* ». ⁹⁵⁴ La Cour a aussi précisé qu'« *il ne saurait être exclu [que la reproduction] introduise ou clôtüre ce procédé* »⁹⁵⁵ et que le procédé puisse être lancé par une intervention humaine, par exemple manuellement⁹⁵⁶.

478. Utilisation licite d'une oeuvre. Pour que la reproduction puisse échapper aux droits exclusifs, il faut qu'elle ait pour unique finalité de permettre « *a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé* ». La première hypothèse nous semble évidente ; la deuxième, en revanche, ne l'est pas. L'indice qu'on retrouve *in fine* du considérant 33 de la Directive, selon laquelle « *[u]ne utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi* », est peu éclairante. Or tous les actes de reproduction, de communication au public et de distribution sont limités par la loi, c'est-à-dire qu'ils nécessitent une autorisation du titulaire des droits. Ainsi, la définition du considérant 33 de la Directive renvoie *de facto* aux stipulations contractuelles, ce qui, selon certains auteurs, est en conflit avec la nature du droit d'auteur, qui est un droit réel opposable à tous et dont les limites devraient être indépendantes des stipulations contractuelles⁹⁵⁷. Cependant, la CJUE semble apprécier la licéité des utilisations de manière plutôt large ; dans l'affaire *Premier League* il a été jugé que la captation (par décodeur) d'émissions contenant les oeuvres protégées et leur visualisation

⁹⁵³ *Idem*, no. 26.

⁹⁵⁴ CJUE 27 janv. 2012, C-302/10 (*Infopaq II*), no. 30.

⁹⁵⁵ *Idem*, no. 31.

⁹⁵⁶ *Idem*, no. 32.

⁹⁵⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 382, no. 412 (à propos des logiciels).

dans un cercle privé était une « *utilisation licite* »⁹⁵⁸. Quelques mois plus tard, il a été retenu dans l'affaire *Infopaq II* que la rédaction d'une synthèse d'articles de presse était une activité licite, car elle n'est limitée ni par la réglementation européenne⁹⁵⁹ ni — en l'espèce — nationale⁹⁶⁰. En revanche, dans un arrêt récent la CJEU a jugé que le *streaming* non-autorisé des vidéos n'est pas une utilisation licite, ce qui ne nous étonne pas⁹⁶¹.

479. Absence de signification économique indépendante. Pour que l'exception puisse s'appliquer, les reproductions ne peuvent pas avoir de signification économique indépendante du procédé technique dont elles font partie. Cette condition est donc liée à la condition numéro 3 ; telle est d'ailleurs le raisonnement de la CJUE dans les arrêts *Premier League*⁹⁶² et *Infopaq IP*⁹⁶³, dans lesquels il a été jugé que les reproductions n'avaient pas de signification économique indépendante car elles ne pouvaient pas être séparées du procédé technique. Dans *Infopaq II* la Cour a ajouté cependant que pour satisfaire cette condition, les actes de reproduction provisoire ne pouvaient pas aboutir à une modification de l'oeuvre reproduite⁹⁶⁴.

b. En droit français

480. Dans le CPI. L'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE a été transposée en France par la loi DADVSI du 1 août 2006⁹⁶⁵. Elle se retrouve désormais dans l'article L. 122-5, 6° du CPI, selon lequel l'auteur ne peut pas interdire « [l]a reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utili-

⁹⁵⁸ CJUE 4 oct. 2011, C-403/08 (*Premier League*), no. 171-172.

⁹⁵⁹ Il convient de remarquer que selon certains commentaires la Directive n'harmonise pas le droit d'adaptation (voir *supra* no. 181) qui peut dans certains pays (comme la France ou l'Allemagne) limiter la rédaction des synthèses d'articles de presse — v. J.-P. TRIAILLE (dir.), *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, p. 115, nbp. 315.

⁹⁶⁰ CJUE 27 janv. 2012, C-302/10 (*Infopaq II*), no. 42-45.

⁹⁶¹ CJUE 26 avril 2017, C-527/15 (*Filmspieler*).

⁹⁶² CJUE 4 oct. 2011, C-403/08 (*Premier League*), no. 174-176.

⁹⁶³ CJUE 27 janv. 2012, C-302/10 (*Infopaq II*), no. 54.

⁹⁶⁴ *Ibidem*.

⁹⁶⁵ Loi n° 2006-961.

sation licite de l'oeuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ». Le texte précise ensuite que la reproduction ne peut pas avoir de valeur économique propre et qu'elle ne peut porter que sur des oeuvres autres que les logiciels et les bases de données.

481. Modifications mineures. Nous remarquons que le législateur français a décidé de légèrement modifier le texte de la Directive, notamment en substituant le mot « *objet* » au mot « *finalité* ». À notre sens ce changement ne modifie pas la portée de l'exception⁹⁶⁶.

482. Exclusions. Le législateur français a aussi décidé d'exclure les bases de données originales et les logiciels du champ d'application de l'exception. Ceci est certainement motivé par l'article 1(2) de la Directive 2001/29/CE qui dispose clairement que la Directive ne doit pas affecter, entre autres, les logiciels et les bases de données. En effet, la protection de ces deux catégories d'oeuvres est régie par d'autres textes européens qui ne prévoient pas de telles exceptions. Pourtant l'exclusion effectuée par le législateur français est particulièrement regrettable, surtout si l'on prend en compte le fait que la plupart des exceptions de la Directive 2001/29/CE transposées en droit français⁹⁶⁷ ne contiennent pas de telles restrictions. Or une grande partie des oeuvres transmises sur Internet sont des logiciels (par exemple des applications *Flash* ou des *Java Scripts*)! Il nous semble que les reproductions provisoires de ces logiciels peuvent être considérées comme des actes nécessaires à l'utilisation du logiciel et couvertes par l'exception de l'article L. 122-6-1, I du CPI (transposant l'article 5(1) de la Directive 2009/24/EC concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur).

483. Régime spécifique applicable aux bases de données. Quant aux bases de données protégées par le droit d'auteur, elles bénéficient d'une exception de l'article L. 122-5, 5° du CPI (transposant l'article 6(1) de la Directive 96/9/CE), selon lequel sont permis les actes « *nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat* ». Cela recouvre, à notre sens, les reproductions provisoires de l'article L. 122-5, 6°, à une différence près : la mise en oeuvre de l'exception de l'article L. 122-5, 5° nécessite un contrat, elle ne concerne donc pas les bases de données accessibles au public sans aucune base contractuelle (par exemple sur les sites internet qui n'exigent pas l'acceptation préalable de conditions d'utilisation)! Rappelons que l'article

⁹⁶⁶ V. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 351, no. 371.

⁹⁶⁷ Par exemple l'exception d'enseignement et de recherche — v. *supra* no. 363 et ss.

5(1) de la Directive 2001/29/CE et l'article L. 122-5, 6° du CPI visent les utilisations licites, c'est-à-dire celles qui sont autorisées par contrat, mais aussi celles qui ne sont pas interdites par la loi⁹⁶⁸. À vrai dire, telle semble être aussi le sens de l'article 6(1) de la Directive 96/9/CE, qui vise « *l'utilisateur légitime* ». Ainsi, il s'agit à notre sens d'une mauvaise transposition dudit article.

484. Illustrations jurisprudentielles. Dans une des rares décisions⁹⁶⁹ concernant l'application de l'exception, le TGI Paris a estimé à juste titre qu'elle ne saurait pas s'appliquer à un service « *magnétoscope en ligne* » en raison de l'absence du caractère provisoire des reproductions qui pouvaient même être conservées par l'utilisateur de manière définitive. La solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris⁹⁷⁰.

c. En droit allemand

485. Dans la UrhG. L'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE a été transposée en droit allemand par la loi du 10 septembre 2003. L'article 44a de la UrhG reproduit fidèlement le texte européen.

486. Régime spécial concernant les bases de données et les logiciels. Du point de vue formel, l'exception de l'article 44a de la UrhG ne s'applique pas aux bases de données et aux logiciels. Les reproductions provisoires de ces premières sont couvertes par l'article 55a de la UrhG, permettant l'utilisation normale d'une base de données à son utilisateur licite (l'article couvre aussi ces utilisateurs qui ne bénéficient pas d'une autorisation contractuelle, mais qui ont un accès licite à la base de données d'une autre manière)⁹⁷¹. S'agissant des logiciels, les reproductions provisoires semblent être couvertes par l'article 69d(1) de la UrhG, permettant l'utilisation normale du logiciel (transposant l'article 5(1) de la Directive 2009/24/EC)⁹⁷².

⁹⁶⁸ V. *supra* no. 478, cf. *infra* no. 573.

⁹⁶⁹ TGI Paris, 25 nov. 2008 : RIDA 1/2009, p. 388 et p. 219, obs. P. Sirinelli ; RLDI 2008/44, 1449, RTD com. 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹⁷⁰ CA Paris, 14 déc. 2011 : L'essentiel de la propriété intellectuelle (LEPI), mars 2012, 40, obs. C. Bernault.

⁹⁷¹ M. VON WELSER [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 44a, no. 26.

⁹⁷² *Idem*, no. 25.

487. Illustrations jurisprudentielles. L'hypothèse d'application de l'exception aux vignettes utilisées par un moteur de recherche d'image a été écarté par la BGH⁹⁷³ en raison, entre autres, de leur signification économique indépendante.

488. Utilité inattendue pour la e-recherche. Il a été soulevé que l'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE peut couvrir certaines opérations de l'analyse informatique des données (*data mining*) à condition que l'on qualifie l'analyse des données et l'extraction des connaissances des utilisations qui ne sont pas limitées par la loi européenne⁹⁷⁴. La conclusion de l'arrêt *Infopaq II*, admettant que le procédé technique (dont les reproductions doivent faire partie intégrante) peut être lancé par une intervention humaine, se montre particulièrement prometteuse à cet égard. On peut en effet songer à une opération de *data mining* structurée de manière à remplir les critères de l'article 5(1), c'est-à-dire supprimant les copies des données « *après un certain temps* »⁹⁷⁵ et ne laissant que le rapport final.

Deux constats s'imposent : premièrement, un tel procédé, même s'il est envisageable à la fois du point de vue technique et juridique, n'est pas justifié du point de vue de l'économie de la recherche. Les données dont l'analyse a permis l'obtention d'un résultat scientifique ne doivent pas être automatiquement supprimées « *après un certain temps* » — au contraire, il est important de pouvoir les sauvegarder et préserver afin d'assurer la reproductibilité des résultats obtenus, nécessaire pour les valider aux yeux de la communauté scientifique.

Deuxièmement, le fait même que l'on doive songer à appliquer une exception de caractère purement technique à des activités de recherche est un échec de la législation européenne. Ne relève-t-il pas du bon sens de couvrir les activités de recherche par une exception de recherche?

4. Analyse du logiciel

489. Directive 2009/24/CE. Les exceptions présentées plus haut ne s'appliquent pas (au moins du point de vue formel) aux logiciels, qui bénéficient d'un régime spécifique établi

⁹⁷³ BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08, *précité (Vorschaubilder)*.

⁹⁷⁴ V. *supra* no. 478.

⁹⁷⁵ CJUE, 5 juin 2014, C-360/13 (*Meltwater*), no. 26.

par la Directive 2009/24/CE (qui a remplacé la Directive 91/259/CEE). Les articles 5 et 6 de ce texte prévoient une liste d'exceptions, concernant les reproductions nécessaires à l'utilisation du logiciel (article 5(1)), la copie de sauvegarde (article 5(2)), l'analyse du logiciel (article 5(3)) et la décompilation (article 6). Parmi ces exceptions, celle de l'article 5(3) est la plus liée à la recherche.

490. Contenu. L'exception de l'analyse du logiciel permet à la personne ayant droit d'utiliser le logiciel (c'est-à-dire qui bénéficie d'un contrat de licence⁹⁷⁶) d'observer, étudier ou tester son fonctionnement afin de déterminer les principes et les idées qui sont à la base de chaque élément du logiciel.

491. Transposition. Le texte est transposé pratiquement mot-à-mot dans les articles L. 122-6-1, III du CPI et 69d(3) de la UrhG. Le législateur français a décidé d'ajouter explicitement la possibilité d'étudier la sécurité du logiciel (et pas seulement son fonctionnement) ; cette modification est par ailleurs accompagnée d'une disposition *in fine* de l'article L. 331-5 du CPI, selon laquelle les mesures techniques de protection ne peuvent pas porter préjudice aux exceptions relatives aux logiciels⁹⁷⁷.

492. Lien avec le droit des brevets. L'exception d'analyse du logiciel est, nous semble-t-il, motivée par une logique qui est caractéristique au droit des brevets, mais étrangère au droit d'auteur. On retrouve une disposition similaire dans les articles L. 613-5, b) du CPI et 11(2) de la loi allemande sur les brevets d'invention (*PatG*), qui permettent l'utilisation d'une invention brevetable à titre expérimental.

493. Appréciation critique. L'exception d'analyse du logiciel nous paraît complètement superflue⁹⁷⁸. Il ne relève pas du monopole des auteurs d'interdire aux utilisateurs habilités d'observer une oeuvre de l'esprit, même si son fonctionnement nécessite des reproductions, comme c'est le cas en matière de logiciels. Nous sommes d'accord avec M. Vivant qui estime que l'exception ne fait que permettre « *de regarder (...) ce qu'il est permis de voir* »⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10 (*SAS*) : CCE 2012, comm. 105, note C. Caron ; JCP G 2012, 978, n° 5, obs. C. Caron ; Propr. ind. 2012, comm. 61, note N. Bouche.

⁹⁷⁷ V. *infra* no. 691 et ss. sur les mesures techniques de protection.

⁹⁷⁸ En ce sens : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités* p. 591, no. 658.

⁹⁷⁹ M. VIVANT, Logiciel 94 : Tout un programme?, JCP G 1994, I, 3792, no. 16.

494. Transition. Nous avons vu que les exceptions au monopole des auteurs ne répondent pas pleinement aux besoins des e-Universités, notamment en ce qui concerne les activités de recherche. Suivant la systématique du précédent titre, il est temps de voir si les choses sont différentes lorsqu'il s'agit du monopole des titulaires des droits voisins, et notamment du droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

Section 2 : Les exceptions au monopole des titulaires de certains droits voisins

495. Introduction. Dans le deuxième chapitre du titre précédent, nous avons examiné l'emprise de trois types de droits voisins sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques. Deux de ces droits, celui portant sur les éditions scientifiques et celui concernant les photographies non-originales (les deux inconnus au droit français), connaissent exactement les mêmes exceptions que le monopole des auteurs, car les règles du droit d'auteur leur sont applicables *mutatis mutandis*⁹⁸⁰. Dans les paragraphes suivants nous allons, après quelques remarques introductives (§ 1), analyser le contenu des exceptions au droit exclusif des producteurs de bases de données (§ 2).

§ 1. La nature des exceptions au monopole *sui generis* des producteurs de bases de données

496. Introduction. L'article 9 de la Directive 96/9/CE prévoit trois situations dans lesquelles l'extraction et la réutilisation ne peuvent pas être interdites par le producteur d'une base de données. Il s'agit de trois hypothèses que l'on peut appeler l'exception de copie (ou extraction) privée, l'exception d'enseignement et de recherche et l'exception de sécurité publique. L'article 9 emploie la même technique législative que les articles 5(2) et 5(3) de la Di-

⁹⁸⁰ S'agissant des droits voisins en droit français, ils connaissent aussi des exceptions analogues à celles prévues pour le droit d'auteur : l'art. L. 211-3 du CPI.

rective 2001/29/CE⁹⁸¹ ; le texte laisse donc aux États membres un marge de manoeuvre tant quant à la transposition de ces exceptions qu'à leurs rédactions précises.

497. Droit des utilisateurs légitimes. Il convient de distinguer clairement les exceptions au monopole des producteurs prévues par l'article 9 et les droits des utilisateurs légitimes de bases de données prévus par l'article 8 de la Directive 96/9/CE. En effet, l'article 8(1) dispose que l'utilisateur légitime (qui n'est pas défini dans la Directive⁹⁸²!) a le droit d'extraire et de réutiliser des parties non-substantielles d'une base de données, ce qui n'est qu'une simple affirmation de l'étendue du monopole des producteurs⁹⁸³. Or l'article 8(2) soumet ces activités des utilisateurs légitimes à une forme du test en trois étapes en disposant qu'elles ne peuvent pas être en conflit avec l'exploitation normale de la base et qu'elles ne peuvent pas porter préjudice aux intérêts légitimes du producteur. Encore une fois⁹⁸⁴ le législateur européen a décidé de soumettre au test en trois étapes non pas les exceptions au monopole, mais ses limites externes, ce qui doit être critiqué. Par la nature même des choses, les activités se trouvant à l'extérieur du monopole doivent rester libres et ne peuvent pas être soumises à un test quelconque! Il est donc d'autant plus regrettable que la transposition française confonde (dans l'article L. 342-3 du CPI) le droit des utilisateurs et les exceptions aux droits exclusifs, en les regroupant sous une formule connue de l'article L. 122-5 du CPI : « *le titulaire des droits ne peut interdire...* ». Il conviendrait de distinguer les hypothèses où cette impossibilité résulte de l'étendue même du monopole et celles où elle résulte d'une exception légale à ce monopole. La distinction, on le sait, n'est pas anodine⁹⁸⁵.

498. Test en trois étapes. L'application du test en trois étapes aux exceptions au droit *sui generis* des producteurs de bases de données suscite des doutes. L'acquis communautaire prévoit expressément l'application du test aux exceptions au droit d'auteur et droits voisins

⁹⁸¹ V. *supra* no. 355

⁹⁸² La notion d'utilisateur légitime (*lawful user*) doit certainement être interprétée à la lumière du considérant 33 de la Directive 2001/29/CE définissant l'utilisation licite (*lawful use*) comme une utilisation qui est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi. Ainsi, l'utilisateur légitime doit être celui qui a accès à la base de données par le biais d'un contrat de licence, mais aussi celui qui a accès à une base de données disponible sur Internet sans aucune formalité préalable.

⁹⁸³ V. *supra* no. 315 et ss., 319.

⁹⁸⁴ V. *supra* no. 321 à propos de l'article 7(5) de la Directive 96/9/CE.

⁹⁸⁵ Cf. *supra* no. 342.

en général⁹⁸⁶, et en particulier au droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur⁹⁸⁷ et sur les bases de données⁹⁸⁸, mais l'article 9 de la Directive 96/9/CE (concernant le droit *sui generis*) ne l'évoque pas. Ainsi, il semble que l'application du test en trois étapes est ici laissée au libre choix des États membres. La transposition française (depuis la loi du 1er août 2006) prévoit expressément l'application du test⁹⁸⁹. La UrhG, quant à elle, ne contient aucune référence au test en trois étapes⁹⁹⁰.

499. Condition préalable : la mise à disposition. Les exceptions de l'article 9 de la Directive 96/9/CE ne concernent, ce qui est de bonne logique, que les bases de données qui ont été mises à disposition du public de quelque manière que ce soit. Ainsi, les opérations permises par cet article ne concernent pas les bases qui n'ont jamais été « *publiées* ».

500. Rapport avec le droit d'auteur. Il convient de rappeler, comme le fait l'article 8(3) de la Directive 96/9/CE que l'utilisateur légitime — que sa légitimation résulte d'un contrat ou d'une exception légale — ne peut porter préjudice aux titulaires du droit d'auteur et des droits voisins portant sur les oeuvres contenues dans la base. Il en résulte que les exceptions au monopole des producteurs de bases de données n'ont aucune incidence sur le droit d'auteur et les droits voisins protégeant le contenu de la base. Ces monopoles restent donc indépendants.

§ 2. Le contenu des exceptions au monopole des producteurs de bases de données

501. Plan. Au premier regard, deux exceptions prévues par l'article 9 de la Directive 96/9/CE peuvent paraître pertinentes aux activités des e-Universités ; il s'agit de l'extraction privée (A) et de l'exception à des fins d'enseignement et de recherche (B).

⁹⁸⁶ Art. 5(5) de la Directive 2001/29/CE.

⁹⁸⁷ Art. 6(3) et le considérant 15 de la Directive 2009/24/CE.

⁹⁸⁸ Art. 6(3) de la Directive 96/9/CE.

⁹⁸⁹ Art. L. 342-3 du CPI *in fine*.

⁹⁹⁰ V. *supra* no. 351.

A. Extraction privée

502. Dans la Directive 96/9/CE. L'article 9, a) de la Directive 96/9/CE autorise les États membres de prévoir une exception lorsqu'il s'agit d'une extraction à des fins privées d'une partie substantielle d'une base de données non-électronique par un utilisateur légitime. Seule est concernée l'extraction ; la réutilisation, donc la communication au public de la partie extraite, n'est pas autorisée. L'exception s'apparente donc à celle de copie privée en droit d'auteur⁹⁹¹. Or elle ne s'applique qu'aux bases de données non-électroniques ; elle est donc complètement inutile pour les e-Universités.

503. En droit français. L'exception d'extraction privée se retrouve dans l'article L. 342-3, 2° du CPI. Selon ce texte, le producteur d'une base de données ne peut pas interdire « [l]'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les oeuvres ou éléments incorporés dans la base ».

504. En droit allemand. La même règle, rédigée de manière plus synthétique, est consacrée par l'alinéa premier de l'article 87c (1) de la UrhG.

B. Exception d'enseignement et de recherche

505. Plan. Nous allons analyser la portée de l'exception dans le texte de la Directive 96/9/CE (1) ainsi que dans les transpositions française (2) et allemande (3).

1. Dans la Directive 96/9/CE

506. Principe. Selon l'article 9, b) de la Directive 96/9/CE les États membres peuvent prévoir une exception « lorsqu'il s'agit d'une extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, pour autant que [l'utilisateur] indique la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial à atteindre ». Le considérant 36 explique que la

⁹⁹¹ V. *supra* no. 458 et ss.

notion de « *recherche scientifique* » recouvre aussi bien les sciences de la nature et les sciences humaines, sans pour autant apporter plus de précisions.

507. Illustration? Le texte français de l'article 9 semble mal traduit ; en effet la rédaction de cet article diffère peu de celle de l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE. Il s'agit donc d'une extraction « *à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche* » (*for the purpose of illustration for teaching or scientific research*) ; encore une fois il n'est pas clair si le mot « *illustration* » est lié uniquement à « *enseignement* », ou aussi à « *recherche* ». Nous remarquons cependant que contrairement à l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE, l'article 9, b) de la Directive 96/9/CE n'exige pas que l'enseignement et la recherche soient la finalité *exclusive* des activités concernées. La différence est de taille : dans le champ de l'article 9, b) peuvent donc entrer aussi d'autres finalités dès lors qu'elles accompagnent l'enseignement et la recherche — et le but de ces autres finalités peut même, selon un auteur, être commercial⁹⁹²! Nous songeons ici principalement à la recherche appliquée, dont l'ultime finalité est la mise sur le marché d'un nouveau produit⁹⁹³.

508. Indication de la source. L'article 9, b) exige que la source de l'extraction soit indiquée. La solution est bien curieuse, vu que l'exception n'autorise pas de réutilisation, mais seulement l'extraction! Pourquoi indiquer la source sur une copie que l'on ne peut pas communiquer au public? De surcroît, contrairement à l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE⁹⁹⁴, l'article 9, b) de la Directive 96/9/CE n'autorise aucune dérogation à ce principe, même en cas d'impossibilité. S'agissant des bases de données, la portée exacte de cette exigence n'est pas claire et les « *bonnes pratiques* » ne se sont pas encore cristallisées. À notre sens, l'indication du nom du producteur n'est pas nécessaire⁹⁹⁵ ; de même, la seule indication du nom de la base (par exemple *Beck-Online*) n'est guère satisfaisante si elle n'est pas accompagnée d'informations plus précises. Aussi, dans l'environnement numérique il peut

⁹⁹² D. THUM / K. HERMES [in :] A.-A.WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 87c, no. 25.

⁹⁹³ Cf. *supra* no. 377.

⁹⁹⁴ V. *supra* no. 378.

⁹⁹⁵ Par ex. la base *Doctrinal* est exploitée par la société Thomson Reuters SAS ; le nom de ce producteur est cependant rarement cité!

être de bon sens d'indiquer un lien hypertexte, surtout s'il peut mener directement aux documents cités⁹⁹⁶.

509. Finalité non-commerciale. Pour que l'exception de l'article 9 (b) puisse s'appliquer, l'extraction doit être justifiée par un but non-commercial. L'exigence est identique à celle de l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE⁹⁹⁷.

510. Pas de réutilisation. Alors que l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE consacre une exception au droit de reproduction et au droit de communication au public, l'article 9, b) de la Directive 96/9/CE n'évoque que l'extraction, sans mentionner la réutilisation. Il en résulte qu'une partie substantielle d'une base de données extraite dans le cadre de l'exception ne peut pas ensuite être mise à disposition du public. Cette interdiction ne concerne pas, bien évidemment, les parties non-substantielles ; il faut cependant garder à l'esprit que les réutilisations répétées et systématiques des parties non substantielles peuvent être interdites par le producteur⁹⁹⁸.

2. En droit français

511. Principe. L'exception de l'article L. 342-3, 4° du CPI introduit par la loi DADV-SI du 1 août 2006 reprend largement les termes de l'article L. 122-5, 3°, e) (introduit par la même loi). Selon ce texte le producteur d'une base de données ne peut pas interdire :

« [1] l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle (...) du contenu de la base, sous réserve des bases de données conçues à des fins pédagogiques et des bases de données réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette extraction et cette réutilisation sont destinées est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que la source est indiquée, que l'utilisation de cette extraction et cette réutilisation ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire ».

⁹⁹⁶ Ce type de comportement (lien profond) ne constitue pas, selon la CJUE, une atteinte au droit d'auteur, car il n'est pas une communication à un public nouveau (arrêt *Svensson*, 13 févr. 2014, C-466/12).

⁹⁹⁷ V. *supra* no. 377.

⁹⁹⁸ V. *supra* no. 321.

512. Extraction et réutilisation. Tout d'abord, il convient de remarquer que l'exception française concerne non seulement le droit d'extraction, mais aussi le droit de réutilisation. La solution est louable, mais elle va manifestement à l'encontre du texte (pourtant clair) de la Directive 96/9/CE en admettant une exception plus large que prévu dans l'article 9, b)!

513. Fins exclusives. En revanche, l'exigence que la recherche et l'enseignement soient les fins exclusives des activités concernées — absente dans le texte de l'article 9, b) de la Directive 96/9/CE) — apparaît dans l'article L. 342-3, 4° du CPI. Il s'agit certainement de faire référence à l'article L. 122-5, 3°, e) du même code. La solution, comme nous l'avons exposé⁹⁹⁹ est critiquable.

514. Exclusions. Sont exclus du champ d'application de l'exception les bases « conçues à des fins pédagogiques »¹⁰⁰⁰, mais aussi celles « réalisées pour une édition numérique de l'écrit ». Cette dernière catégorie se montre bien mystérieuse (doit-elle inclure toutes les bases de données électroniques?) ; présente dans la rédaction originale de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI, elle a été — fort heureusement — supprimée de ce texte par la loi du 8 juillet 2013, mais elle a survécu (par oubli du législateur?) dans l'article L. 342-3, 4° du CPI...

515. Absence d'accord collectif. Tout comme en matière de droit d'auteur, l'exception d'enseignement et de recherche est soumise à une rémunération négociée sur une base forfaitaire. Encore une fois, le texte ne désigne pas des organismes habilités à négocier¹⁰⁰¹. Jusqu'à présent, aucune convention en matière d'utilisation des bases de données par des établissements d'enseignement et de recherche n'a été conclue ; les accords concernant l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI¹⁰⁰² ne mentionnent guère des bases de données! Force est de constater que dans ces circonstances l'article L. 342-3, 4° du CPI est dépourvu de toute signification pratique et réduit à une simple invitation à négocier un régime conventionnel. Le sort de ce texte ne nous étonne pas : à cause des nombreuses exclusions qu'il contient il s'avère peu intéressant pour les utilisateurs potentiels, surtout au regard de la pratique où l'utilisation des bases de données scientifiques est réglée en détail par les contrats de licence.

⁹⁹⁹ V. *supra* no. 376 à propos de l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE.

¹⁰⁰⁰ V. *supra* no. 394 à propos des exclusions de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI.

¹⁰⁰¹ Cf. *supra* no. 386.

¹⁰⁰² V. *supra* no. 389 et ss.

3. En droit allemand

516. Principe. Selon l'article 87c (1), 2 de la UrhG la reproduction¹⁰⁰³ d'une partie substantielle d'une base de données est permise si elle est faite à des fins de recherche scientifique personnelle (*zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch*) dans une mesure justifiée par ces fins et si la recherche a un but non-commercial. Le texte précise que la source de la reproduction doit être indiquée. Les conditions d'application de l'exception sont donc presque identiques aux celles de l'article 53(2), 1 de la UrhG, à une exception près : l'article 87c (1) n'exige pas que l'action passe le test de nécessité¹⁰⁰⁴.

517. Indication de la source. Du point de vue formel, l'article 63 de la UrhG (qui explique en détail l'obligation d'indiquer la source) ne s'applique pas au droit des producteurs de bases de données. Par conséquent, la signification exacte (et l'utilité même)¹⁰⁰⁵ de cette exigence n'est pas bien claire ; les utilisateurs doivent donc se fier à leur bon sens.

518. L'utilité de l'exception pour les e-Universités. L'exception à des fins d'enseignement et de recherche dans la Directive 96/9/CE n'est guère satisfaisante. Tout d'abord, le bénéfice des exceptions est réservé aux utilisateurs légitimes, donc en pratique ceux qui ont obtenu une autorisation contractuelle (par le biais d'un contrat de licence) de la part du titulaire des droits. Or on le sait, en règle générale les contrats peuvent déroger aux exceptions légales en matière de propriété intellectuelle. Du point de vue pratique, le régime des exceptions légales se trouve donc remplacé par la pluralité des régimes conventionnels.

Les problèmes ne s'arrêtent pas là. L'exception à des fins d'enseignement et de recherche souffre des mêmes vices que son équivalent en droit d'auteur, dont le plus grand est sans doute l'exigence que les activités visées aient une finalité non-commerciale. Or, disons-le encore une fois, rares sont dans le monde contemporain les activités qui n'ont pas de finalité (directement ou indirectement) commerciale. Et même si l'enseignant-chercheur parvient à

¹⁰⁰³ V. *supra* no. 314 sur la terminologie employée par le droit allemand.

¹⁰⁰⁴ Cf. *supra* no. 403.

¹⁰⁰⁵ V. *supra* no. 508.

entrer dans cette case si étroite, la récompense est plutôt mince : seule l'extraction lui sera autorisée, et pas la réutilisation.

Dans cette perspective c'est peut être mieux que le législateur français ait — par la transposition malheureuse de l'exception en cause — pratiquement enlevé tout espoir aux enseignants-chercheurs dans les e-Universités. Il aurait peut-être été plus simple (et moins laborieux) de s'abstenir de transposer.

Conclusion du chapitre I

519. L'exception au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche est prévue par la Directive 2001/29/CE ; toutefois, seules les finalités non-commerciales sont permises, ce qui est d'une interprétation très délicate. Pour s'appliquer en droit national, la règle doit faire l'objet d'une transposition qui reste cependant facultative. Les législateurs français et allemand ont choisi de transposer cette exception en limitant considérablement sa portée. Notamment, seuls peuvent être utilisés des extraits d'oeuvres (qui en droit allemand sont définis de manière plus large qu'en droit français), ce qui n'est guère suffisant au regard notamment des activités de *data mining*. Les titulaires des droits doivent également recevoir une rémunération équitable, ce qui implique la nécessité de négocier des accords entre les universités et les sociétés de gestion collective — par conséquent, l'exception légale peut être soit rendue inapplicable en pratique (après l'échec des négociations, comme c'était longtemps le cas en Allemagne), soit concurrencée par un régime conventionnel (comme c'est le cas en France). Cela est un obstacle considérable à des activités transfrontalières d'enseignement. Il serait sans doute préférable de rendre la transposition de l'exception d'enseignement et de recherche obligatoire lors de la prochaine révision de la Directive 2001/29/CE.

520. Les chercheurs se tournent donc vers d'autres exceptions qui peuvent être intéressantes au regard de leurs activités. En effet, il a été relevé que (notamment après l'arrêt *Infopaq II*), l'exception de reproductions provisoires (prévue par l'art. 5(1) de la Directive 2001/29/CE) se montre prometteuse pour permettre certaines opérations de *data mining*, mais elle n'est pas suffisante. L'exception de citation (très large en Allemagne s'agissant des finalités scientifiques) répond aux besoins de recherche traditionnelle, mais son utilité pour l'e-re-

cherche reste très limitée. Le fait qu'un tribunal français ait dû recourir à l'exception de copie privée pour justifier le partage des données au sein d'une équipe de recherche témoigne de l'insuffisance du système d'exceptions actuel.

521. S'agissant des activités d'enseignement, le besoin de réforme est nettement moins brûlant, car les enseignants peuvent plus facilement se contenter de la possibilité de communiquer des extraits d'oeuvres à un public limité. Pour faciliter la mise en oeuvre d'une telle exception, il serait peut-être préférable de faire référence à un mécanisme de gestion collective étendue.

522. En ce qui concerne les exceptions visant les bibliothèques qui ont également été prévues dans le texte européen, leur portée a été nettement élargie par les décisions récentes de la CJUE qui a notamment mis le prêt traditionnel et le prêt électronique sur un pied d'égalité. Toutefois, pour que les conséquences de ces décisions puissent être ressenties en France, une intervention législative semble nécessaire.

523. S'agissant du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, l'exception d'enseignement et de recherche dont il a été assorti ne vise que des actes d'extraction et n'autorise aucune réutilisation, ce qui la rend quasi-inutile pour l'e-recherche (car les bonnes pratiques exigent la reproductibilité des résultats). De surcroît, sa transposition en droit français semble être manifestement erronée.

524. Il ne faut pas oublier que — tant en France qu'en Allemagne — les clauses contractuelles prévalent sur les exceptions au droit d'auteur. Il est donc facile d'enlever aux chercheurs le bénéfice des exceptions s'agissant des contenus dont les conditions d'accès sont régies par contrat (catégorie qui comporte potentiellement tous les contenus numériques, et notamment les bases de données, les logiciels et les contenus hébergés sur les plateformes numériques). Ceci est particulièrement regrettable — nous postulons donc de transformer l'exception à des fins de recherche en une limitation (limite externe) des droits exclusifs des auteurs, ce qui lui accorderait une immunité face aux stipulations contractuelles et la possibilité d'interprétation plus large. Un tel changement peut se justifier par son lien avec les droits fondamentaux (la liberté d'enseignement et de recherche), comme semble le suggérer la décision « *Germania 3* » du Tribunal constitutionnel fédéral allemand.

Chapitre II : Nouvelle exception nécessaire pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités

525. Comme nous l'avons démontré dans le précédent chapitre, au jour d'aujourd'hui les exceptions au droit de la propriété littéraire et artistique ne permettent pas de faciliter l'exercice des missions des e-Universités. Ceci est particulièrement visible quand il s'agit de la e-recherche. La situation est regrettable, car les e-Universités sont un vecteur essentiel de la société de l'information et de l'économie basée sur les connaissances. Il n'est donc pas étonnant que le débat sur une réforme du droit de la propriété littéraire et artistique en faveur des missions des e-Universités continue depuis déjà presque une décennie (section 1). Ces dernières années, ce débat a pris de l'ampleur et il a porté ses fruits, notamment dans les droits nationaux de certains pays européens. Toutefois, à notre sens le moment est opportun pour changer le paradigme du droit de propriété littéraire et artistique en Europe — tout comme il a changé dans la science — et envisager une approche alternative aux certains actes d'exploitation des contenus (section 2).

Section 1 : Le débat sur la réforme des exceptions existantes

Section 2 : Vers une approche alternative — une norme ouverte

Section 1 : Le débat sur la réforme des exceptions existantes

526. Plan. Cette section va présenter dans un premier temps le débat à l'échelle de l'Union Européenne (§ 1) et les mesures qui ont déjà été prises par des législateurs nationaux (§ 2).

§ 1. Le débat sur la réforme du droit européen

527. Introduction. Le débat sur la réforme de la Directive 2001/29/CE, et notamment sur les exceptions prévues à son article 5, a dernièrement abouti à la proposition de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (*Digital Single Market*, ci-après : DSM). Nous allons présenter ce projet (B), ainsi que les différentes étapes du processus dont l'adoption de ladite Directive sera, nous l'espérons, le couronnement (A).

A. Les événements précédant la proposition de la Directive DSM

528. 2008 : Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance. Dans la Communication « *Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle* »¹⁰⁰⁶ du 20 novembre 2007, la Commission a développé le concept d'une « *cinquième liberté* », celle de la libre circulation des connaissances, reconnue comme fondamentale pour le marché unique. Par la suite, le livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance¹⁰⁰⁷ a été publié. Le document s'est intéressé aux modes de diffusion au public des matériaux de recherche, scientifiques et éducatifs (donc, comme nous les appelons dans notre étude, les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques). Il s'interrogeait notamment sur l'avenir des exceptions au bénéfice des bibliothèques dans le contexte de numérisation de leurs collections¹⁰⁰⁸ et sur la diffusion des oeuvres à des fins d'enseignement et de recherche¹⁰⁰⁹. Parmi les 372¹⁰¹⁰ réponses soumises, il convient de mentionner celle du Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle¹⁰¹¹, généralement favorable à l'élargissement des exceptions.

529. 2009 : Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance. Dans la Communication publiée le 19 octobre 2009 la Commission a constaté que les

¹⁰⁰⁶ COM(2007) 724 final.

¹⁰⁰⁷ COM(2008) 466/3.

¹⁰⁰⁸ Livre vert, *précité*, pp. 6-12.

¹⁰⁰⁹ *Idem*, pp. 14-17.

¹⁰¹⁰ Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2009) 532 final, p. 4.

¹⁰¹¹ V. notamment : C. GEIGER et al., Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information, *Propriété intell.* no. 32, juillet 2009, p. 231-244.

réponses recueillies par la consultation lancée par le Livre vert ont permis de dégager deux approches différentes : les bibliothèques (qui se trouvaient à l'origine de 114 réponses) et les universités (47 réponses) plaidaient pour un système de droit d'auteur plus libéral, et notamment pour l'octroi d'un caractère obligatoire aux exceptions visant à faciliter l'accès à la connaissance¹⁰¹². Les éditeurs (56 réponses) et les sociétés de gestion collective (47 réponses) se sont prononcés en faveur de solutions contractuelles, en craignant que les exceptions obligatoires « *pourraient saper les retombées économiques et encourager le parasitisme* »¹⁰¹³. La Commission a toutefois reconnu la nécessité d'agir afin de « *réduire les contraintes auxquelles se heurtent typiquement les universités européennes pour obtenir des licences* »¹⁰¹⁴ et d'envisager la « *création éventuelle d'une exception réglementaire pour [certains types de] projets de numérisation* »¹⁰¹⁵.

530. 2013 : Le dialogue *Licenses for Europe*. La Communication sur le contenu dans le marché unique numérique¹⁰¹⁶, publié le 18 décembre 2012, a annoncé le lancement d'un dialogue structuré avec les parties prenantes (*stakeholder dialogue*) visant à trouver des solutions contractuelles pour faciliter l'accès au contenu numérique. Le dialogue, baptisé *Licenses for Europe*, a été effectivement lancé au début de l'année 2013. L'un des groupes de travail (WG4) visait la fouille des données (*text and data mining*) à des fins de recherche¹⁰¹⁷. Le dialogue fût un échec, car les représentants du secteur de la recherche et les autres acteurs liés au mouvement *Open Access* s'en sont retirés avant la fin¹⁰¹⁸.

531. 2013-2014 : Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur. Une consultation concernant la révision de la Direc-

¹⁰¹² Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2009) 532 final, p. 4.

¹⁰¹³ *Ibidem*.

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 8.

¹⁰¹⁵ *Idem*, p. 6.

¹⁰¹⁶ COM(2012) 789 final.

¹⁰¹⁷ V. les conclusions disponibles sur : <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/wg4-conclusions-meetings>.

¹⁰¹⁸ V. LIBER, Stakeholders representing the research sector, SMEs and open access publishers withdraw from Licences for Europe, publié le 24 mai 2013 sur : <http://libereurope.eu/blog/2013/05/24/stakeholders-representing-the-research-sector-smes-and-open-access-publishers-withdraw-from-licences-for-europe/>, consulté le 13 décembre 2017.

tive 2001/29/CE a été lancée le 5 décembre 2013¹⁰¹⁹. Le formulaire de la consultation¹⁰²⁰ comprenait des questions sur les exceptions, notamment concernant les bibliothèques (questions 28-41), l'enseignement (questions 42-46), la recherche (questions 47-49), mais aussi spécifiquement le *text and data mining* (questions 53-57). Cette fois, la consultation a recueilli plus de 9500 réponses¹⁰²¹. Nous remarquons notamment qu'une grande majorité des institutions (*institutional users*, la catégorie englobant les universités) se sont prononcées en faveur d'une plus grande flexibilité¹⁰²² (ou même de l'introduction d'une norme de type *fair use*¹⁰²³). Les titulaires de droits, ce qui était à prévoir, ne partageaient pas ce point de vue¹⁰²⁴.

532. 2015 : Le Rapport Reda. Le Rapport « *sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* » présenté par Mme Reda¹⁰²⁵ a été adopté par le Parlement Européen le 9 juillet 2015¹⁰²⁶. Le rapport se concentre sur le besoin d'introduire des nouvelles exceptions, dont certaines pourront être de caractère obligatoire¹⁰²⁷. Parmi les sujets abordés par le document, la recherche et l'enseignement occupent une place spéciale. Ainsi, le Parlement « *souligne qu'il est impératif d'évaluer (...) la mise à disposition des techniques analytiques automatisées des textes et des données (par exemple la "fouille de textes et de données") à des fins de recherche, étant entendu*

¹⁰¹⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1213_fr.htm.

¹⁰²⁰ Disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰²¹ Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰²² En ce sens, v. aussi la réponse du European Copyright Society, consultable sur : http://typodun2009.unistra.fr/fileadmin/upload/DUN/CEIPI/Documents/European_Law_Institute/ECS_answer_to_EC_consultation_on_copyright_Review.pdf, consulté le 13 décembre 2017

¹⁰²³ Cf. *infra* no. 590 et ss.

¹⁰²⁴ European Copyright Society, *précité*, p. 29 et ss.

¹⁰²⁵ Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256(INI)), 24 juin 2015 ;

¹⁰²⁶ Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256(INI)).

¹⁰²⁷ Rapport sur la mise en oeuvre de la directive 2001/29/CE..., *précité*, no. 40.

que la permission de lire l'œuvre doit avoir été acquise »¹⁰²⁸ ; et « appelle de ses vœux une exception à des fins de recherche et d'éducation, qui concernerait non seulement les établissements d'enseignement, mais également les activités d'enseignement et de recherche agréées, y compris les activités en ligne ou transfrontalières »¹⁰²⁹. Les bibliothèques universitaires, quant à elles, sont aussi mentionnées ; ainsi, le Parlement « demande à la Commission d'évaluer l'adoption d'une exception permettant aux bibliothèques publiques et de recherche de prêter légalement des œuvres au public sous format numérique pour un usage privé et pour une durée limitée (...) »¹⁰³⁰. Ce dernier besoin a été, il paraît, partiellement adressée par l'arrêt *Stichting*¹⁰³¹.

533. 2015 : Communication « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur ». Selon sa communication publiée le 9 décembre 2015, la Commission aurait mené une réflexion sur l'élaboration de propositions législatives relatives aux exceptions, afin de :

« permettre aux organismes de recherche d'intérêt public d'appliquer les techniques de [data mining] aux contenus auxquels ils ont légalement accès, avec une sécurité juridique totale, à des fins de recherche scientifique ;

clarifier le champ d'application de l'exception de l'Union à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et son application aux utilisations numériques et à l'apprentissage en ligne (...) ;

*soutenir la consultation à distance, sur des réseaux électroniques fermés, d'ouvrages conservés dans les bibliothèques universitaires et de recherche et d'autres établissements analogues pour les activités de recherche et des études privées ».*¹⁰³²

L'objectif annoncé était de « renforcer le niveau d'harmonisation, d'obliger les États membres à mettre en œuvre les exceptions concernées et de faire en sorte que celles-ci s'appliquent par-delà les frontières au sein de l'Union »¹⁰³³.

¹⁰²⁸ *Idem*, no. 49.

¹⁰²⁹ *Idem*, no. 52.

¹⁰³⁰ *Idem*, no. 54 ; v. aussi no. 55.

¹⁰³¹ CJUE, 10 nov. 2016, C-174/15 (*Stichting*), précité, v. *supra* no. 422.

¹⁰³² COM(2015) 626 final, p. 9.

¹⁰³³ *Ibidem*.

B. La proposition de la Directive DSM

534. Introduction. Le projet de la Directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique¹⁰³⁴ a été publié par la Commission le 14 septembre 2016. L’expérience¹⁰³⁵ nous montre qu’il est quasi-impossible de prédire le contenu de la Directive en se fondant sur son projet¹⁰³⁶ ; néanmoins, nous allons présenter les nouvelles exceptions à des fins de *data mining* (1) et d’enseignement (2) ainsi que — brièvement — d’autres changements (3) proposés par la Commission.

535. Rapport avec les autres Directives. Il convient de remarquer que le texte proposé n’affecte pas les autres Directives européennes en matière de droit d’auteur¹⁰³⁷. Les exceptions des Directives 2001/29/CE et 96/9/CE demeureront donc inchangées (même si leur importance pratique sera réduite).

1. La nouvelle exception à des fins de *data mining*

536. Choix de l’option stratégique. Dans l’exposé de motifs accompagnant la proposition, la Commission reconnaît quatre options stratégiques en matière de *data mining* (appelé dans la traduction française « *fouille de textes et de données* »)¹⁰³⁸. La première option consistait en une autorégulation du secteur ; les autres options prévoyaient l’introduction d’une exception obligatoire. Une telle exception pourrait être limitée à la recherche non-commerciale (option 2°), limitée à certains bénéficiaires (option 3°) ou n’être limitée ni par rapport à la finalité des actes visés, ni par rapport à ses bénéficiaires (option 4°). C’est l’option 3° qui a été jugée la plus proportionnée.

537. Texte. L’exception proposée à des fins de *data mining* se retrouve dans l’article 3 du projet, dont le premier alinéa est le suivant :

¹⁰³⁴ COM(2016) 593 final.

¹⁰³⁵ Notamment avec la Directive 2012/28/UE sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

¹⁰³⁶ V. aussi T. AZZI, *Open data et propriété intellectuelle*, D. 2017, p. 583, qui fait la même remarque.

¹⁰³⁷ L’art. 1(2) de la Directive proposée.

¹⁰³⁸ COM(2016) 593 final, p. 8.

« Les États membres prévoient une exception (...) pour les reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche, en vue de procéder à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés auxquels ils ont légitimement accès à des fins de recherche scientifique ».

Nous remarquons que la transposition de l'exception ainsi rédigée est obligatoire.

538. Actes concernées. L'exception concerne les actes relevant des droits de reproduction (article 2 de la Directive 2001/29/CE et article 5 a) de la Directive 96/9/CE) et d'extraction (article 7(1) de la Directive 96/9/CE)¹⁰³⁹ dans le cadre de « fouille de textes et de données » à des fins de recherche scientifique. La « fouille de textes et de données » est définie comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations telles que des constantes, des tendances et des corrélations »¹⁰⁴⁰. La recherche, contrairement à la disposition de l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE, n'est pas encadrée quant à sa finalité, ce qui nous réjouit¹⁰⁴¹. En revanche, l'exception n'autorise pas les actes de communication, de mise à disposition du public ou de réutilisation. Il est toutefois envisageable, à notre sens, de communiquer des extraits des œuvres analysées, par exemple dans un rapport final résultant de l'analyse des données, si cela entre dans le cadre de l'exception de citation¹⁰⁴².

539. Œuvres et autres objets concernés. Sont concernées toutes les œuvres et autres objets protégés (par un droit voisin, y compris le droit *sui generis* du producteur d'une base de données). Peu importe donc leur genre ou leur destination. De même, l'opération de *data mining* ne doit pas se limiter à des extraits d'œuvres. Toutefois, semblent exclus les logiciels (car la Directive 2009/24/CE n'est pas visée), ce qui a une importance secondaire — pour effectuer une opération de *data mining* sur un logiciel, il faut d'abord avoir accès au code source, ce qui n'est pas autorisé par la plupart des licences concernant les logiciels. *A contrario*, si la licence accorde à l'utilisateur le droit d'accéder au code source, elle autorisera normalement son analyse.

¹⁰³⁹ Techniquement, l'ensemble de l'art. 7(1) est visé (donc l'extraction ainsi que la réutilisation), mais la lecture du texte ne laisse pas de doutes qu'il s'agit uniquement de l'extraction.

¹⁰⁴⁰ L'art. 2(2).

¹⁰⁴¹ Cependant v. *infra* no. 540 sur la limite concernant les bénéficiaires.

¹⁰⁴² V. *supra* no. 434 et ss.

540. Bénéficiaires. Seuls les « *organismes de recherche* » pourront bénéficier de l'exception. Le texte a le mérite de définir un « *organisme de recherche* » de manière relativement claire, comme :

« *une université, un institut de recherche ou tout autre organisme ayant pour objectif premier de mener des recherches scientifiques, ou de mener des recherches scientifiques et de fournir des services éducatifs :*

(a) *à titre non lucratif ou en réinvestissant tous les bénéfices dans ses recherches scientifiques ;*
ou

(b) *dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre ;*
de telle manière qu'il ne soit pas possible pour une entreprise exerçant une influence déterminante sur cet organisme de bénéficier d'un accès privilégié aux résultats produits par ces recherches scientifiques »

Les e-Universités entreraient donc dans le champ d'application de l'exception, ce qui nous réjouit, d'autant plus que le considérant 10 prévoit expressément que « *[l]es organismes de recherche devraient également bénéficier de cette exception lorsqu'ils s'engagent dans des partenariats public-privé* »¹⁰⁴³. Or nous remarquons que si la Directive est adoptée, une telle solution ne pourra pas complètement réduire l'écart entre l'Europe et les autres régions du monde développé où le *data mining* à des fins commerciales est plus largement autorisé¹⁰⁴⁴.

541. Condition : l'accès légitime. Afin de pouvoir bénéficier de l'exception, les chercheurs doivent avoir « *un accès légitime* » (*lawful access*) aux oeuvres ou autres objets qu'ils veulent analyser. Il s'agit d'une condition similaire à celle concernant les copies privées, et dont l'interprétation suscite les mêmes difficultés¹⁰⁴⁵. Il semble qu'il convient de distinguer l'accès légitime et l'utilisation légitime¹⁰⁴⁶. Les titulaires des droits exclusifs peuvent interdire certains actes d'exploitation (la reproduction, la communication au public, l'extraction d'une partie substantielle...), mais ils ne peuvent pas vraiment interdire l'accès à l'objet de leur monopole, sauf s'ils ont recours aux mesures techniques de protection¹⁰⁴⁷. Ainsi, il suffit que la copie de l'oeuvre soumise au *data mining* soit obtenue de manière licite (elle ne peut donc pas

¹⁰⁴³ Considérant 10 *in fine*.

¹⁰⁴⁴ Cf. *infra* no. 591 et ss. à propos du fair use.

¹⁰⁴⁵ V. *supra* no. 462.

¹⁰⁴⁶ V. *supra* no. 497.

¹⁰⁴⁷ V. *infra* no. 691 et ss.

être le produit d'un acte non-autorisé par le titulaire des droits ou ne relevant pas d'une exception¹⁰⁴⁸). La proposition de la Directive veille donc à ce que « *le droit de fouiller* » (*the right to mine*) une oeuvre ne soit pas enlevé à quelqu'un qui a le « *droit de la lire* » (*the right to read*)¹⁰⁴⁹.

542. Disposition d'ordre public. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 3 reconnaît expressément que « *[t]oute disposition contractuelle contraire à l'exception prévue (...) est sans effet* ». Ceci doit réjouir les chercheurs, surtout dans le contexte de l'arrêt *Ryanair*¹⁰⁵⁰, dans lequel il a été jugé possible d'interdire par contrat l'utilisation d'une base de données, et cela même si elle ne remplit pas les critères de protection légale.

543. Rôle limité des mesures techniques. Le projet apporte aussi une nuance importante quant à la relation entre les exceptions et les mesures techniques de protection¹⁰⁵¹. Selon le considérant 7 « *[i]l conviendrait de maintenir [la protection des mesures techniques], tout en veillant à ce que l'utilisation de [telles mesures] n'empêche pas les bénéficiaires de jouir des exceptions (...) définies dans la présente directive, qui sont particulièrement pertinentes dans l'environnement en ligne* ». En effet, le troisième paragraphe de l'article 3 limite la possibilité pour les titulaires des droits d'utiliser les mesures techniques de protection — elles peuvent être mises en place uniquement pour « *assurer la sécurité et l'intégrité des réseaux et bases de données où les œuvres ou autres objets protégés sont hébergés* » et ne peuvent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Le cinquième paragraphe du même article oblige les États membres à encourager les acteurs concernés à conclure des accords sur les bonnes pratiques en la matière. Il est vrai que la signification des mesures techniques de protection pour la mise en oeuvre de cette nouvelle exception sera cruciale, et c'est sur ce terrain que se jouera la vraie bataille pour le « *droit de fouiller* ». La disposition provoquera donc sans doute de vives discussions.

544. Exception gratuite. Pour finir, il convient de remarquer que l'exception est gratuite. La question de la gratuité est expressément abordée dans le considérant 13, selon lequel

¹⁰⁴⁸ Cf. considérant 33 de la Directive 2001/29/CE : « *Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi* ».

¹⁰⁴⁹ Cf. P. MURRAY-RUST, *The right to read is the right to mine*, *Open knowledge blog*, 1 juin 2012, disponible sur : <http://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰⁵⁰ CJUE, 15 janvier 2015, C-30/14 (*Ryanair*).

¹⁰⁵¹ V. *infra* no. 691 et ss.

« [i]l n'est pas nécessaire de prévoir une compensation pour les titulaires de droits (...) étant donné que, vu la nature et la portée de cette exception, le préjudice devrait être minime ».

545. Accueil. Dans le milieu de l'enseignement et de la recherche l'accueil de la proposition d'exception à des fins de *data mining* est plutôt bon¹⁰⁵², même si certains expriment des réserves importantes¹⁰⁵³. Les critiques auraient préféré que la définition de « *fouille de textes et de données* » soit plus large pour englober aussi de possibles développements futurs de la technologie¹⁰⁵⁴. Selon nous, la définition est déjà suffisamment large. Cependant, nous rejoignons ceux qui s'inquiètent de l'interprétation trop arbitraire des « *mesures de sécurité* » que les titulaires de droits peuvent mettre en place¹⁰⁵⁵. Nous regrettons aussi que les bénéficiaires de l'exception soient *de facto* limités à des établissements publics de recherche, ce qui est un obstacle non seulement à l'innovation dans le secteur privé, mais aussi à la science citoyenne¹⁰⁵⁶. Or nous comprenons la nécessité de cette limitation pour éviter des utilisations des contenus qui pourraient porter un préjudice injustifié aux titulaires des droits.

2. Nouvelle exception proposée à des fins d'« enseignement transfrontalier »

546. Choix de l'option stratégique. Selon l'Exposé des motifs de la proposition, en matière d'*e-learning* la Commission devait choisir entre trois options stratégiques¹⁰⁵⁷. La première consistait en l'interprétation de l'exception existante dans la Directive 2001/29/CE — elle a été écartée comme insuffisante. La deuxième option était de créer une nouvelle exception obligatoire ; la troisième — de créer une exception tout en laissant aux États membres

¹⁰⁵² EUA (European University Association), Response to the European Commission proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, 18 novembre 2016, disponible sur : <http://www.eua.be/Libraries/publications-homepage-list/eua-statement-on-ec-proposal-for-a-copyright-directive.pdf?sfvrsn=0>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰⁵³ Future-proofing European Research Excellence. A Statement from European Research Organisations on Copyright in the Digital Single Market, 10 janvier 2017, disponible sur : <http://libereurope.eu/wp-content/uploads/2017/02/Future-Proofing-European-Research-Excellence-full-statement.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰⁵⁴ EUA, *précité*.

¹⁰⁵⁵ EUA, *précité* ; Future-proofing..., *précité*.

¹⁰⁵⁶ *Idem* ; cf. *infra* no. 755 sur l'*Open Science*.

¹⁰⁵⁷ COM(2016) 593 final, p. 8.

une marge de manoeuvre « *selon la disponibilité des licences* ». C'est la troisième option qui a été jugée la plus proportionnelle.

547. Texte. Le premier paragraphe de l'article 4 du projet prévoit que :

« Les États membres prévoient une exception (...) pour permettre l'utilisation numérique des œuvres et autres objets protégés à seule fin d'illustration dans le cadre de l'enseignement, dans la mesure justifiée par l'objectif non commercial à atteindre, à condition que cette utilisation :

(a) ait lieu dans les locaux d'un établissement d'enseignement ou au moyen d'un réseau électronique sécurisé accessible uniquement aux élèves, aux étudiants et au personnel enseignant de cet établissement ;

(b) s'accompagne d'une indication de la source, notamment le nom de l'auteur, sauf si cela s'avère impossible ».

Le texte proposé évoque l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE, tout en élargissant son champ d'application.

548. Actes concernés. L'exception cible un large éventail de prérogatives des titulaires des droits : la reproduction¹⁰⁵⁸, la communication au public¹⁰⁵⁹, l'extraction et la réutilisation¹⁰⁶⁰ ; même le monopole de l'auteur du logiciel est concerné¹⁰⁶¹. Il s'agit donc de permettre une libre utilisation numérique d'œuvres et autres objets protégés « *à seule fin d'illustration dans le cadre de l'enseignement dans la mesure justifiée par l'objectif non commercial à atteindre* »¹⁰⁶².

549. Bénéficiaires. Tous les établissements d'enseignement pourraient bénéficier de cette nouvelle exception.

550. Condition. La nouvelle exception s'appliquerait uniquement à l'*e-learning*, qu'il soit présentiel ou à distance. Ainsi, l'activité d'enseignement visée doit avoir lieu « *dans les locaux d'un établissement d'enseignement ou au moyen d'un réseau électronique sécurisé accessible uniquement aux élèves, aux étudiants et au personnel enseignant de cet établisse-*

¹⁰⁵⁸ Art. 2 de la Directive 2001/29/CE ; article 5, a) de la Directive 96/9/CE.

¹⁰⁵⁹ Art. 3 de la Directive 2001/29/CE.

¹⁰⁶⁰ Art. 7 de la Directive 96/9/CE.

¹⁰⁶¹ Art. 4(1) de la Directive 2009/24/CE.

¹⁰⁶² V. *supra* no. 374 et 377 sur l'illustration dans l'enseignement et sur l'objectif non-commercial.

ment ». Dans cette deuxième hypothèse, il s'agit des enseignements diffusés sur un espace numérique de travail. L'exception exige aussi que la source soit indiquée¹⁰⁶³.

551. Sécurité juridique dans des situations transfrontalières. L'exception vise à garantir aux établissements d'enseignement la sécurité juridique dans les situations transfrontalières. Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 4 prévoit que « *[l]'utilisation des œuvres (...) dans le cadre de l'enseignement au moyen de réseaux électroniques sécurisés, lorsqu'elle a lieu en conformité avec les dispositions de droit interne adoptées en application du présent article, est réputée avoir lieu uniquement dans l'État membre dans lequel l'établissement d'enseignement est établi* ». Ceci a pour but d'éviter aux établissements d'enseignement de devoir se lancer dans le jeu complexe du droit international privé pour déterminer la loi applicable. Tant que la diffusion des contenus est conforme aux règles de l'exception transposée en droit national, elle demeure régie (au moins selon l'intention de la Commission) par la loi du pays de l'établissement d'éducation.

552. Exception de facto facultative. Le texte de la proposition accorde aux États membres la faculté de ne pas transposer l'exception, ou de la transposer partiellement (pour certains types d'œuvres) « *si des licences appropriées autorisant les actes [visés] peuvent facilement être obtenues sur le marché* ». Il semble qu'il s'agisse principalement des accords qui avaient déjà été conclus dans certains États membres. La décision de transposer semble donc en pratique être laissée au législateur (car il est le seul à pouvoir décider si les licences peuvent en effet être obtenues « *facilement* »). Ainsi, il y a de fortes chances que le législateur français n'adoptera pas l'exception pour les œuvres concernées par les accords présentés ci-dessus¹⁰⁶⁴, du moins avant que ceux-ci arrivent à leur terme.

553. Compensation facultative. Selon le texte de la proposition, les États membres « *peuvent prévoir une compensation équitable du préjudice subi par les titulaires de droits du fait de l'utilisation de leurs œuvres [au titre de l'exception]* ». Cette compensation est donc entièrement facultative.

¹⁰⁶³ V. *supra* no. 434 et ss., sur l'exception de citation, spéc. 437, 440.

¹⁰⁶⁴ V. *supra* no. 389 et ss.

555. Accueil. Un groupement des institutions européennes de recherche¹⁰⁶⁵ a critiqué la proposition pour avoir réduit le champ d'application de l'exception d'enseignement par rapport à celle de la Directive 2001/29/CE¹⁰⁶⁶. Cette critique est mal fondée — en réalité, la proposition vise à introduire une exception parallèle, qui ne va pas affecter celle qui existe déjà. Or il est vrai que la coexistence de deux exceptions similaires risque d'induire certains législateurs nationaux en erreur quant à leur relation mutuelle. Il a aussi été remarqué qu'il serait peut-être opportun, à l'occasion de l'adoption d'une nouvelle directive, de clarifier certaines notions, et notamment celle de « *l'illustration dans l'enseignement* »¹⁰⁶⁷. Nous nous inquiétons plutôt du fait que de nombreux législateurs puissent s'abstenir à transposer cette nouvelle exception pour maintenir le *status quo* et les accords existants¹⁰⁶⁸. Tel serait notamment, nous le craignons, la situation en France.

3. Certains autres changements proposés par la Commission

556. Introduction. La proposition de la Directive DSM ne se limite pas aux exceptions à des fins d'enseignement et de recherche. En effet, certaines dispositions proposées visent plutôt à renforcer le monopole des titulaires des droits.

557. Droit exclusif des éditeurs. L'article 11 du projet prévoit d'introduire un droit exclusif au profit des éditeurs de presse leur permettant d'interdire l'utilisation numérique de leurs publications. La durée du monopole proposé est de 20 ans. Il est vrai qu'un tel droit voisin similaire existe déjà en Allemagne (les articles 87f à 87h de la UrhG) sans avoir un grand impact sur l'enseignement et la recherche, mais la notion d'éditeur de presse dans la proposition de la Directive est définie de manière beaucoup plus large. Elle englobe, semble-t-il, les éditeurs de revues scientifiques.

¹⁰⁶⁵ Conference of European Schools for Advanced Engineering Education and Research ; European University Association, LIBER, League of European Research Universities et Science Europe, soutenus par : CLARIN ERIC, Coimbra Group, COMMUNIA, CONUL, ECIU (European Consortium of Innovative Universities), EIFL, EU-LIFE, Frontiers, Guild of European Research Intensive Universities, Hellenic Academic Libraries Link, Kennisland, National Library of Ireland, NILDE Committee of Libraries, SPARC Europe, TU9 German Institutes of Technology.

¹⁰⁶⁶ Future-proofing..., *précité*.

¹⁰⁶⁷ EUA, *précité*, v. *supra* no. 374.

¹⁰⁶⁸ En ce sens aussi : Future-proofing..., *précité*.

558. Nouvelle obligation de transparence. L'article 14 du projet vise à introduire une nouvelle obligation de la part des utilisateurs. Selon la proposition, les titulaires des droits doivent régulièrement recevoir des informations sur l'exploitation de leurs oeuvres auprès des cessionnaires et des licenciés, « *notamment en ce qui concerne les modes d'exploitation, les recettes générées et la rémunération due* ». En cas d'adoption, ceci placerait une charge considérable sur les e-Universités, mais aussi obligerait par exemple les éditeurs de revues scientifiques d'informer les auteurs sur les revenus générés par les articles qu'ils publient.

559. Appréciation critique. Notre avis sur la proposition de la Directive DSM est mitigé. D'un côté, les exceptions proposées par les articles 3 et 4 nous semblent plutôt bien adaptées aux besoins des e-Universités, même si l'on est conscient de certains de leur défauts. Les législateurs nationaux pourront minimiser ces défauts dans le processus de transposition. Nous regrettons cependant (et nous ne sommes pas seuls¹⁰⁶⁹) que la Commission n'ait pas abordé quelques autres questions brûlantes, et notamment celle de l'*Open Access* aux écrits scientifiques¹⁰⁷⁰. Quoiqu'il en soit, il faut s'attendre à des changements profonds du projet avant l'adoption de la Directive. Il est fort probable, à notre sens, que la proposition publiée par la Commission sera sa version la plus favorable aux utilisateurs.

§ 2. Les mesures prises par les législateurs de certains États membres

560. Plan. Les législateurs de certains États membres ont pris l'initiative de réformer les exceptions afin notamment de faciliter l'exercice des missions des e-Universités. Bien évidemment, leurs possibilités d'agir sont strictement limitées par l'article 5 de la Directive 2001/29/CE. Force est de constater que le Royaume-Uni se trouve ici dans l'avant-garde (A), mais certaines actions ont été entreprises aussi dans d'autres pays, notamment en France (B) et en Allemagne (C).

¹⁰⁶⁹ EUA, *précité* ; Future-proofing, *précité*.

¹⁰⁷⁰ V. *infra* no. 1018 et ss., et notamment no. 1048 et ss. sur le droit d'exploitation secondaire.

A. La réforme britannique de 2014

561. La réforme du CDPA. Après le rapport de M. Hargreaves intitulé *Digital opportunity*¹⁰⁷¹ publié le 18 mai 2011, le gouvernement britannique a entrepris une réforme du droit d'auteur. Un des éléments de cette réforme était l'introduction par règlement du 1 juin 2014¹⁰⁷² des nouvelles exceptions visant l'enseignement, la recherche et les bibliothèques. L'analyse détaillée de l'ensemble de ce dispositif dépasse le cadre de notre étude ; nous allons toutefois nous intéresser à la nouvelle section 29A du CDPA. Le texte¹⁰⁷³ autorise les reproductions des oeuvres faites par une personne ayant un accès légitime à l'oeuvre (« *a person who has lawful access to the work* ») pour permettre l'analyse informatique de tout ce qui est enregistré dans l'oeuvre à des fins exclusives de recherche non-commerciale. La mention de la source est également exigée. Le texte interdit strictement toute diffusion des reproductions ainsi créées. Il prévoit aussi que toute stipulation contractuelle allant à l'encontre de la section 29A est nulle.

562. Relation avec le droit européen. En réalité le texte ne va pas plus loin que ce qui est autorisé par l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE en instaurant une exception au

¹⁰⁷¹ I. HARGREAVES, *Digital Opportunity : A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, disponible sur : <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁰⁷² Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014.

¹⁰⁷³ Dont la version originale est la suivante :

(1) *The making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that—*

(a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose, and

(b) the copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) *Where a copy of a work has been made under this section, copyright in the work is infringed if—*

(a) the copy is transferred to any other person, except where the transfer is authorised by the copyright owner, or

(b) the copy is used for any purpose other than that mentioned in subsection (1)(a), except where the use is authorised by the copyright owner.

(3) *If a copy made under this section is subsequently dealt with—*

(a) it is to be treated as an infringing copy for the purposes of that dealing, and

(b) if that dealing infringes copyright, it is to be treated as an infringing copy for all subsequent purposes.

(4) *In subsection (3) “dealt with” means sold or let for hire, or offered or exposed for sale or hire.*

(5) *To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the making of a copy which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.*

droit de reproduction à des fins de recherche non-commerciale¹⁰⁷⁴. La mesure peut paraître étonnante, puisque le CDPA connaît déjà (dans sa section 29) une large exception de recherche. Il est remarquable que le texte exige que l'utilisateur ait un accès légitime à l'oeuvre; l'interprétation de cette exigence n'est pas évidente. À notre sens, il s'agit de la même condition que celle concernant les copies privées, c'est-à-dire la licéité de la source¹⁰⁷⁵, sans qu'une autorisation contractuelle d'utiliser l'oeuvre soit nécessaire. Toutefois, il peut s'avérer¹⁰⁷⁶ que pour pouvoir se prévaloir de cette nouvelle exception, le chercheur doit au préalable bénéficier d'une licence pour utiliser l'oeuvre! Or en dehors des bases de données et des logiciels de telles licences sont rares. Par exemple, l'acheteur d'un livre sur un support papier ne bénéficie normalement d'aucune licence concernant son utilisation — sera-t-il qualifié d'utilisateur légitime au sens de la section 29A? Ce qui est encore plus regrettable est que l'article n'autorise aucune divulgation des copies (l'interdiction va en fait au-delà de la communication au public en interdisant même la diffusion des copies dans un cercle privé — « *transferred to any other person* »). Par contre, la décision du législateur anglais d'interdire toute dérogation contractuelle à l'exception était sans doute bonne : sans cet élément, les chercheurs pourraient facilement se voir enlever le bénéfice de cette disposition par les contrats de licence¹⁰⁷⁷.

563. Critique. La solution affirme que l'analyse des données peut être interdite par le titulaire des droits si elle nécessite des actes de reproduction. Ceci n'est guère surprenant pour un juriste connaissant les principes du droit d'auteur, mais ne satisfait certainement pas certains activistes pour lesquels « *le droit de lire est le droit de fouiller* » ('*The right to read is the right to mine*')¹⁰⁷⁸. À notre sens, la démarche du législateur anglais (inspiré par M. Hargreaves) est louable, mais il n'apporte que très peu par rapport aux exceptions déjà existantes en droit anglais (à savoir : l'exception de recherche de la section 29 CDPA et l'exception de la reproduction provisoire de la section 28A), si ce n'est d'abriter l'exception d'influence des contrats.

¹⁰⁷⁴ Sauf si l'on estime que la Directive 2001/29/CE autorise uniquement des exceptions à des fins d'illustration dans la recherche, comme la traduction française du texte peut l'indiquer. Selon nous, cette interprétation est erronée (v. *supra* no. 374).

¹⁰⁷⁵ V. *supra* no. 462, cf. *supra* no. 541.

¹⁰⁷⁶ Cf. *infra* no. 573 à propos de la loi française.

¹⁰⁷⁷ V. *supra* no. 346 et ss.

¹⁰⁷⁸ V. par ex. P. MURRAY-RUST, *The right to read is the right to mine*, *précité*.

564. Influence au-delà des frontières. Une exception à des fins de *text and data mining* similaire à celle adoptée au Royaume-Uni a été proposée en Irlande¹⁰⁷⁹. La réforme britannique a aussi, semble-t-il, inspiré les législateurs en France et en Allemagne.

B. La réforme française de 2016

565. Contexte. En France, le rapport du CSPLA sur le *text and data mining* du 2014 était très prudent, en préconisant de « [p]rivilegier l'auto-régulation à une intervention législative, afin de favoriser une meilleure prise en compte des enjeux et des besoins d'un phénomène encore émergent, en forte et constante évolution »¹⁰⁸⁰. Le débat sur la loi pour une République numérique a été une occasion pour le législateur de prendre une position concernant la question du *data mining*. Or la version du projet soumise à l'Assemblée Nationale ne contenait pas d'exception en ce sens¹⁰⁸¹, sans doute parce que le gouvernement voulait attendre l'action du législateur européen. C'étaient les députés qui ont inséré l'exception dans le texte de la loi¹⁰⁸².

566. Textes. L'article 38 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a inséré dans l'article L. 122-5 du CPI un 10° suivant :

« [L'auteur ne peut pas interdire] [l]es copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale. Un décret fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites ; ces fichiers constituent des données de la recherche ».

S'agissant des bases de données, le même article a aussi inséré un 5° dans l'article L. 342-3 du CPI :

¹⁰⁷⁹ Modernising Copyright. The Report of the Copyright Review Committee, Dublin 2013, disponible sur : <http://www.cearta.ie/wp-content/uploads/2013/10/CRC-Report.pdf>, consulté le 13 décembre 2017, spéc. p. 157.

¹⁰⁸⁰ CSPLA, *Rapport de la mission sur l'exploration de données*, précité, p. 4.

¹⁰⁸¹ Cf. Projet de loi pour une République numérique, Étude d'impact, 9 décembre 2015.

¹⁰⁸² Amendement no. 180, 15 janvier 2016. L'exposé de motifs (« (...) La capitalisation du travail de curation et de formatage des données -ce que l'on appelle le pré-traitement ou la normalisation -- est fondamentale pour les chercheurs. Ceci constitue une demande forte de la communauté de la recherche (...) ») témoigne selon nous d'une certaine confusion concernant la vraie signification de l'exception.

« [Le titulaire du droit *sui generis* ne peut pas interdire] [l]es copies ou reproductions numériques de la base réalisées par une personne qui y a licitement accès, en vue de fouilles de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques dans un cadre de recherche, à l'exclusion de toute finalité commerciale. La conservation et la communication des copies techniques issues des traitements, au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites, sont assurées par des organismes désignés par décret. Les autres copies ou reproductions sont détruites ».

567. Imperfections formelles ; postulat d'uniformisation des deux textes. On remarque facilement que les deux textes sont très mal rédigés¹⁰⁸³ et qu'ils manquent de cohérence. L'article L. 122-5, 10° évoque l' « exploration de textes et de données », tandis que l'article L. 342-3, 5° emploie le mot « fouilles ». Le premier article exige que la « source » soit licite, tandis que le deuxième parle de l' « accès » licite, ce qui nous semble différent¹⁰⁸⁴. Le premier article parle des « besoins de la recherche », le deuxième exige seulement que les actes aient lieu « dans un cadre de recherche ». Les incohérences ne s'arrêtent pas là : le premier article vise uniquement la recherche « publique » ; le deuxième ne contient pas cette condition... Tout cela est fort regrettable. Nous espérons que le décret d'application va clarifier ces incohérences ; pour le moment, il nous semble que les deux textes doivent être interprétés de manière uniforme¹⁰⁸⁵, et c'est une telle interprétation que nous allons présenter ci-dessous. En effet, il serait difficile de comprendre pourquoi le législateur voudrait distinguer entre les deux exceptions, et comment une telle distinction pourrait être mise en oeuvre en pratique.

568. Absence de décret d'application. Le décret d'application mentionné dans les deux textes n'a pas encore été adopté. Sans lui, il est difficile d'interpréter les dispositions de

¹⁰⁸³ V. sur ce point les remarques de T. AZZI, *Open data...*, précité.

¹⁰⁸⁴ V. *infra* no. 573.

¹⁰⁸⁵ En ce sens aussi : T. AZZI, *Open data...*, précité ; cf. aussi : V.-L. BENABOU, *La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle*, *Daloz IP/IT* 2016, p. 531 ; C. CARON, *République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur*, *CCE* novembre 2016, comm. 89.

la loi¹⁰⁸⁶ ; c'est pour cela que nous nous bornerons à une analyse superficielle, tout en présentant nos postulats a propos du décret futur¹⁰⁸⁷.

569. Conformité avec les textes européens. Selon certains auteurs, l'exception n'est pas conforme avec le cadre européen existant¹⁰⁸⁸ et elle constitue une « *transposition par anticipation* » de la Directive DSM¹⁰⁸⁹. Nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion. En réalité, l'exception française entre parfaitement dans le cadre des articles 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE et 9, a) de la Directive 96/9/CE¹⁰⁹⁰. Tout ce que le nouveau dispositif français autorise (au vu de l'absence du décret d'application) est la reproduction ou l'extraction à des fins de recherche non-commerciale¹⁰⁹¹. Il est vrai que les deux textes européens exigent aussi l'indication de la source, mais cela n'a aucun sens lorsqu'il s'agit uniquement de la reproduction ou de l'extraction, et non pas de la communication ou la réutilisation¹⁰⁹². Le texte français n'est donc pas *a priori* incompatible avec les deux Directives. En revanche, il n'est pas compatible avec le texte proposé de la Directive DSM, car il exclut toute finalité commerciale et ne s'applique pas à toutes les oeuvres. Ainsi, si la Directive DSM est adoptée et si elle contient une exception obligatoire similaire à celle de l'article 3 du projet¹⁰⁹³, il est fort probable que le législateur français va devoir (dans quelques années) rectifier sa « *transposition par anticipation* »...

¹⁰⁸⁶ Selon une source (P.-C. LANGLAIS, L'exception Text & Data Mining sans décret d'application..., publié sur : <https://scoms.hypotheses.org/category/libre-acces/ouverture-des-donnees-scientifiques> le 10 mai 2017, consulté le 13 décembre 2017), une proposition de décret a obtenu un avis défavorable du Conseil d'État en mai 2017...

¹⁰⁸⁷ Cf. aussi les postulats exprimés dans : CNRS, Le travail de la science et le numérique. Données, publications, plateformes. Une analyse systémique de la loi pour une République numérique, 24 janvier 2017, disponible sur : http://www.cnrs.fr/dist/z-outils/documents/20170203_analyse%20systémique_vf.pdf, consulté le 13 décembre 2017, spéc. pp. 89 et ss.

¹⁰⁸⁸ V. surtout T. AZZI, Open data..., *précité*.

¹⁰⁸⁹ C. CARON, République numérique..., *précité* ; V.-L. BENABOU, La loi pour une République numérique..., *précité*.

¹⁰⁹⁰ V. *supra* no. 371 et ss., 506 et ss.

¹⁰⁹¹ Ce propos mérite une précision : en effet, si l'on estime que la Directive 2001/29/CE autorise uniquement des exceptions à des fins d'illustration dans la recherche, l'exception à des fins de *data mining* dépasse en fait ce qui est autorisé ; selon nous cette interprétation est erronée (v. *supra* no. 374).

¹⁰⁹² V. *supra* no. 508.

¹⁰⁹³ V. *supra* no. 536 et ss.

570. Actes concernés. Les textes visent « *les copies ou reproductions numériques* ». La formulation, inspirée de l'exception de copie privée¹⁰⁹⁴, est redondante¹⁰⁹⁵. Elle est aussi mal adaptée au monopole des producteurs de bases de données, où le mot « *extraction* » est plus approprié que « *reproduction* ». On peut donc constater que le dispositif vise les actes de reproduction et d'extraction, mais uniquement effectués dans l'environnement numérique.

571. Finalités restreintes. Il semble que seule la recherche publique puisse bénéficier des exceptions susvisées (même si l'exception relative aux bases de données ne contient pas l'adjectif « *publique* »...). Selon l'article L. 112-2 du Code de la recherche « *la recherche publique est organisée dans les services publics, notamment les établissements publics d'enseignement supérieur, les établissements publics de recherche et les établissements de santé, et dans les entreprises publiques* »¹⁰⁹⁶. Ainsi, il s'agit de limiter le cercle de bénéficiaires de l'exception aux établissements et entreprises publics, comme le fait la proposition de la Directive DSM¹⁰⁹⁷. Les restrictions ne s'arrêtent pas là : il faut encore que la finalité des actes soit non-commerciale, comme dans l'exception « *classique* » d'enseignement et de recherche¹⁰⁹⁸.

572. Oeuvres et objets concernés. Il n'est pas du tout clair quels types de contenus sont concernés par l'exception. La loi mentionne des « *textes et [des] données incluses ou associées aux écrits scientifiques* ». Tout d'abord, il faut se rappeler que le mot « *donnée* » dans la systématique du CPI se réfère uniquement à des objets non-protégés par le droit d'auteur¹⁰⁹⁹ (ce sens est bien différent de celui que nous employons dans cette étude pour parler des « *données de recherche* »). Il est donc très étonnant de consacrer une exception relative aux données dans le premier livre de la première partie du CPI¹¹⁰⁰. Il s'agit probablement de bases de données originales, protégées par le droit d'auteur, mais la formulation reste malheureuse. Deuxièmement, l'expression « *textes et données incluses ou associées aux écrits scien-*

¹⁰⁹⁴ Art. L. 122-5, 2° du CPI — v. *supra* no. 463 et ss.

¹⁰⁹⁵ C. CARON, République numérique..., *précité*.

¹⁰⁹⁶ V. *contra* T. AZZI, Open data..., *précité* ; pour l'auteur « il conviendra de définir » la notion de recherche publique.

¹⁰⁹⁷ V. *supra* no. 536 et ss.

¹⁰⁹⁸ V. *supra* no. 363 et ss.

¹⁰⁹⁹ Cf. la définition de base de données de l'art. L.112-3 du CPI : « *On entend par base de données un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* ».

¹¹⁰⁰ En ce sens : C. CARON, République numérique..., *précité*.

tifiques » est source de divergences considérables dans la doctrine. Pour Mme Benabou, « [e]lle vise essentiellement mais pas exclusivement les écrits (...) laissant ouverte la voie à la fouille d'images ou de sons »¹¹⁰¹. Selon M. Azzi, les données explorées peuvent être des images, mais les autres formes d'expression, telles que le son ou l'audiovisuel, sont exclues, « [s]auf à considérer que certaines données audiovisuelles ou sonores puissent être 'associées' à des écrits »¹¹⁰². La position de M. Caron est encore plus radicale, car pour lui « seules les œuvres appartenant au genre bien spécifique des écrits scientifiques, et plus précisément 'incluses ou associées' à ces derniers, sont concernées par l'exception »¹¹⁰³. Cette interprétation est d'autant plus curieuse que l'exception au monopole des producteurs des bases de données a aussi été ainsi limitée. Ceci devrait vouloir dire, selon l'interprétation de M. Caron, qu'il faut distinguer entre les bases de données en fonction de leur genre (ou plutôt du genre de données qu'elles contiennent) ce qui est difficilement concevable. En l'absence du décret d'application il est difficile de dire quels contenus sont vraiment visés par l'exception, mais selon nous les mots « *textes et données* »¹¹⁰⁴ ont été employés uniquement pour évoquer l'expression « *text and data mining* »¹¹⁰⁵. Ainsi, pour nous, sont visées tous les jeux de données de recherche « *inclus et associés aux écrits scientifiques* », qu'ils soient protégés par le droit d'auteur ou par le droit *sui generis*, même s'ils contiennent des œuvres protégées. À la lumière de cette interprétation, il est particulièrement regrettable que le dispositif ne se préoccupe pas des droits voisins (autres que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données), car ils peuvent aussi affecter des données de recherche. De plus, si l'on retient cette interprétation, la question de savoir si les écrits scientifiques eux-mêmes sont également visés, ou si l'exception se limite à des données « *incluses* » (donc par exemple citées dans l'écrit sous la forme d'un tableau) ou associées, reste entière. À notre sens, il est bien sûr souhaitable d'inclure les écrits scientifiques eux-mêmes dans le champ d'application de l'exception.

¹¹⁰¹ V.-L. BENABOU, La loi pour une République numérique..., *précité*.

¹¹⁰² T. AZZI, Open data..., *précité* (nbp 44).

¹¹⁰³ C. CARON, République numérique..., *précité*.

¹¹⁰⁴ Bien redondants, car chaque texte est nécessairement une donnée selon la définition « scientifique », donc diaphorique : v. *supra* no. 48.

¹¹⁰⁵ Déjà peu fortunée : v. *supra* no. 49.

573. Source licite, accès licite — lien contractuel nécessaire? Nous avons expliqué *infra*¹¹⁰⁶ notre interprétation de « *source licite* ». Or il convient de remarquer que s’agissant des bases de données, le dispositif exige « *l’accès licite* ». Ceci (si l’on veut distinguer ces deux critères) fait peut-être référence à la notion d’ « *utilisateur légitime* », employée par la Directive 96/9/CE¹¹⁰⁷, mais sans y être clairement définie. Selon nous, l’utilisateur légitime est celui qui a l’autorisation d’utiliser la base de données, mais aussi celui à qui l’accès n’a pas été refusé (par exemple dans le cas d’une base de données numérique disponible gratuitement à tous les usagers, sans qu’ils doivent accepter des « *conditions d’utilisation* » —hypothèse sans doute de plus en plus rare...). Dans la plupart des situations, un lien contractuel existera donc entre l’utilisateur légitime et le titulaire du droit *sui generis* (donc dans l’hypothèse d’un « *accès licite* »), ce qui n’est pas nécessairement le cas s’agissant d’un usager qui a accès à une oeuvre de l’esprit à partir d’une « *source licite* ». La distinction reste assez théorique, dans la mesure où les données « *associées à des écrits scientifiques* » sont normalement accessibles *via* des plateformes dont l’utilisation est régie par des « *termes et conditions* » qui lient tout utilisateur. Il est donc d’autant plus regrettable que la nouvelle exception ne soit pas expressément d’ordre public.

574. Deux éléments absents : relation avec les stipulations contractuelles et les mesures techniques de protection. Il est devenu caractéristique des exceptions à des fins de *data mining* que les législateurs les rendent expressément d’ordre public, pour les mettre à l’abri des clauses contractuelles contraires¹¹⁰⁸. Or cet élément est clairement manquant dans l’exception française. De surcroît, la relation de cette nouvelle exception avec les mesures techniques de protection n’a pas été clarifiée¹¹⁰⁹.

575. Archivage et communication au public? Pour finir, il semble que le législateur a aussi envisagé la possibilité d’archivage et de communication au public des résultats des activités de *data mining* (« *fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites* »). Les modalités de cette réutilisation ainsi que les organismes

¹¹⁰⁶ No. 462.

¹¹⁰⁷ V. *infra* no. 497.

¹¹⁰⁸ V. *supra* no. 542 sur la proposition de la Directive DSM et sur l’exception britannique et *infra* no. 585 sur l’exception allemande.

¹¹⁰⁹ Cf. *supra* no. 543 sur la proposition de la Directive DSM.

qui doivent l'assurer seront précisés par décret. Nous songeons ici au rôle des bibliothèques et archives universitaires, mais il a aussi été proposé de créer à cette fin une agence spécialisée¹¹¹⁰, ce qui nous semble peu réaliste au vu de l'ampleur des activités du *data mining* dans la recherche...

576. Relation avec le nouvel article L. 533-4, II du Code de la recherche? Selon le nouveau dispositif, les fichiers « *produits au terme des activités [visées]* » constituent des données de recherche. Cette disposition (expressément mentionnée uniquement dans l'exception concernant le droit d'auteur...) semble être dépourvue de signification, mais l'on peut la rattacher au II de l'article L. 533-4 du Code de la recherche¹¹¹¹, également créé par la loi pour une République numérique. Selon cet alinéa :

« Dès lors que les données issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre ».

Il est encore trop tôt pour dire si telle était vraiment l'intention du législateur ; nous espérons que le décret d'application nous apportera les éclairages nécessaires. Même s'il y a effectivement un lien entre les deux textes¹¹¹², il reste encore à voir quelle est sa conséquence pratique. Peut-être le « *fichier* » visé peut contenir non seulement le rapport final (pas forcément très réutilisable...), mais aussi toutes les données qui ont été analysées? La perspective est tentante, mais elle risque de priver le droit de propriété littéraire et artistique de toute sa signification. Dans une telle hypothèse, chaque oeuvre associée à un écrit scientifique pourrait être incluse dans un tel fichier dont la réutilisation serait libre...

¹¹¹⁰ Appelée fièrement Agence Nationale de la Science Ouverte ; v. CNRS, Une science ouverte dans une République numérique. Etude et propositions en vue de l'application de la loi, oct. 2016, disponible sur : <http://www.cnrs.fr/dist/z-outils/documents/livre-blanc-loi-numerique.pdf> (consulté le 11 mai 2017), spéc. no. 234 et ss.

¹¹¹¹ V. *infra* no. 1042 et ss. et 1064 et ss. pour une analyse détaillée de l'ensemble de l'article.

¹¹¹² L. MAUREL, Quel statut pour les données de la recherche après la loi numérique ?, publié le 3 novembre 2016 sur : <https://scinfolex.com/2016/11/03/quel-statut-pour-les-donnees-de-la-recherche-apres-la-loi-numerique/>, consulté le 13 décembre 2017.

C. La réforme allemande de 2017 (*UrhWissG*)

577. Contexte. Le 1er février 2017 le Ministère de Justice et de Protection des Consommateurs (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, BMJV*) a publié la proposition de la Loi pour ajuster le droit d’auteur aux besoins actuels de la société de la connaissance (*Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft*, ci-après : *UrhWissG*)¹¹¹³. Le projet visait principalement à réaménager le système d’exceptions à des fins d’enseignement et de recherche. Il postulait de supprimer les exceptions existantes, notamment celles des articles 52a et 52b¹¹¹⁴, et d’insérer dans la *UrhG* une nouvelle section dédiée intégralement à la recherche, à l’enseignement et aux établissements (*gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen*), contenant des articles 60a à 60h.

578. Approbation par le Bundestag. Date d’entrée en vigueur et durée limitée. Le 30 juillet 2017, le projet de la *UrhWissG* a été adoptée par le Bundestag¹¹¹⁵ pour devenir ensuite la loi du 1 septembre 2017¹¹¹⁶. Elle entrera en vigueur le 1er mars 2018¹¹¹⁷. Toutefois, les futurs articles 60a à 60h ne resteront en vigueur que jusqu’au 1er mars 2023¹¹¹⁸. Il s’agit donc d’une « période d’essai » de cinq ans, après laquelle le législateur se prononcera sur l’avenir du dispositif. Nous allons brièvement présenter le contenu de ces articles. Certains ne sont pas révolutionnaires, mais ils ont le mérite d’éclairer des zones d’ombre.

579. L’article 60a : l’exception à des fins d’enseignement. Le futur article 60a de la *UrhG* autorisera la reproduction et la communication au public limité¹¹¹⁹ (y compris par voie

¹¹¹³ Dernière version (*Regierungsentwurf*) du 12 avril 2017 disponible sur : https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Urheber-Wissensgesellschafts-Gesetz.pdf?blob=publicationFile&v=1, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹¹⁴ V. *supra* no. 404 et 413.

¹¹¹⁵ 244. Sitzung am Freitag, dem 30. Juni 2017, Amtliches Protokoll (<https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/ap18244/514228>) ; le texte définitif de la *UrhWissG* a été publié dans les BT-Drucks 18/13014.

¹¹¹⁶ BGBI I, p. 3346.

¹¹¹⁷ Art. 4 *UrhWissG*.

¹¹¹⁸ Le futur article 142(2) *UrhG* qui sera introduit par l’art. 1 de la *UrhWissG*.

¹¹¹⁹ Il peut s’agir (1) des apprentis participant à l’activité d’enseignement, (2) des enseignants et examinateurs appartenants au même établissement d’enseignement ou (3) des tiers, dans la mesure nécessaire à évaluer les activités de l’établissement ; il en résulte que, tout comme c’est le cas maintenant, la communication des oeuvres sous forme numérique devra avoir lieu dans un environnement protégé par mot de passe.

numérique) des extraits (jusqu'à 15%¹¹²⁰) d'oeuvres à des fins d'illustration dans l'enseignement, dans les limites du but non-commercial poursuivi. Les illustrations, les poèmes, les articles et autres oeuvres de petite ampleur¹¹²¹, ainsi que (ce qui est un ajout très important) les éditions épuisées pourront être utilisés dans leur intégralité. En revanche, tout comme l'article 52a de la UrhG¹¹²², l'exception de l'article 60a ne s'appliquera pas aux oeuvres conçues à des fins pédagogiques et aux partitions musicales. De même, elle n'autorisera pas l'enregistrement des oeuvres pendant qu'elles seront représentées (récitées, exécutées ou autrement présentées).

580. L'article 60b : la production des collections multimédias. Le futur article 60b autorisera le producteur d'une « *collection multimedia* » conçue à des fins pédagogiques et non-exploitées commercialement à utiliser (reproduire, distribuer et communiquer au public) des extraits (jusqu'à 10%) des oeuvres. Le texte a pour ambition de faciliter la création de ressources pédagogiques libres¹¹²³, ce qui est d'une grande importance pour les e-Universités.

581. L'article 60c : l'exception à des fins de recherche. Selon le futur article 60c, des extraits (jusqu'à 15%¹¹²⁴) des oeuvres publiées pourront être reproduits, distribués et communiqués à un groupe limité de personnes concernées à des fins de recherche non-commerciale. Jusqu'à 75% d'une oeuvre pourront être reproduits à des fins de recherche personnelle (sans aucune communication au public). Les oeuvres de petite ampleur¹¹²⁵ et les éditions épuisées pourront être utilisées entièrement dans les deux cas. L'exception n'autorise pas l'enregistrement des cours et autres représentations d'oeuvres et la communication au public de ces enregistrements.

582. L'article 60d : l'exception de *data mining*. Le futur article 60d concernera les activités de *data mining*, définies comme « *l'analyse automatique de grandes quantités*

¹¹²⁰ Ce montant était de 25% dans la version initiale du projet ; nous rappelons que la jurisprudence fondée sur l'art. 52a UrhG autorisait l'utilisation de 12% d'une oeuvre (100 pages au maximum) à des fins d'enseignement (v. *supra* no. 408).

¹¹²¹ Nous rappelons que dans le cas des écrits, la jurisprudence estime que sont 'de petit ampleur' les oeuvres qui ne dépassent pas 25 pages, v. *supra* no. 408.

¹¹²² V. *supra* no. 409.

¹¹²³ V. *infra* no. 834 et ss. sur les *Open Educational Resources*.

¹¹²⁴ Ce montant était de 25% dans la version initiale du projet ; nous rappelons aussi que la jurisprudence fondée sur l'art. 52a UrhG autorisait l'utilisation de 25% d'une oeuvre à des fins de la recherche (v. *supra* no. 408).

¹¹²⁵ V. *supra* no. 579 sur le futur article 60a.

d'oeuvres à des fins de recherche ». L'exception autorisera la reproduction (même intégrale) des oeuvres pour compiler un corpus de données (donc, *a maiori ad minus*, aussi pour l'analyser) à des fins de recherche non-commerciale. Ce corpus pourra ensuite être communiqué à un groupe limité de personnes concernées. Seules les finalités non-commerciales seront visées dans les deux cas. L'exception permettra aussi de déroger au monopole des producteurs de bases de données, car le *data mining* sera expressément considéré comme une utilisation normale de la base (qui ne peut pas être interdite¹¹²⁶). En revanche, une fois la recherche achevée, le corpus de données devra être supprimé. Toutefois, il est autorisé de transmettre le corpus à une bibliothèque ou une archive afin de permettre sa préservation à long terme. De surcroît, la UrhWissG modifiera aussi l'article 23 UrhG (relatif au droit exclusif d'adaptation) afin de préciser que les modifications techniques des oeuvres, nécessaires à des fins de *data mining* ne pourront pas être interdites¹¹²⁷. Nous remarquons que l'exception est large est elle paraît suffisante pour permettre le *data mining* dans les e-Universités (dans la mesure où elles poursuivent des finalités non-commerciales). Elle est aussi compatible avec l'exception de l'article 5(3), a) de la Directive 2001/29/CE¹¹²⁸.

583. L'article 60e : les bibliothèques. Le futur article 60e de la UrhG contiendra une large exception au profit des bibliothèques. Celles-ci pourront reproduire les oeuvres dans leurs collections, les distribuer aux autres bibliothèques et les mettre à la disposition des lecteurs à des fins de recherche dans leurs locaux. Les utilisateurs pourront reproduire jusqu'à 10% de l'oeuvre par consultation (les oeuvres de petit ampleur et les éditions épuisées pourront être reproduites intégralement). Pour finir, les bibliothèques pourront aussi transmettre des reproductions d'extraits d'oeuvres (jusqu'à 10%) à la demande de l'utilisateur. Les reproductions des articles parus dans des périodiques pourront être transmises dans leur intégralité. De surcroît, les bibliothèques seront autorisées à reproduire et à distribuer des oeuvres non-écrites (par exemple les photographies) se trouvant dans leurs collections.

584. L'article 60f : les archives, les musées et les établissements d'enseignement. L'article 60f visera à autoriser les archives, les musées et les établissements d'enseignement (y compris les universités) à bénéficier des mêmes exceptions que celles prévues pour les bi-

¹¹²⁶ Cf. *supra* no 497.

¹¹²⁷ Cf. *infra* no. 605 et ss. sur la *freie Benutzung*.

¹¹²⁸ V. *supra* no. 371 et ss.

bibliothèques, à une exception près — ces institutions, contrairement aux bibliothèques, ne pourront pas transmettre des extraits d'oeuvres aux usagers à leur demande.

585. L'article 60g : la relation avec les clauses contractuelles. Selon le futur article 60g, les clauses contractuelles ne pourront pas limiter le bénéfice des exceptions prévues par les articles 60a à 60f¹¹²⁹, qui seront donc d'ordre public. Le dispositif concernera les contrats conclus à partir du 1er mars 2018¹¹³⁰ (date de l'entrée en vigueur de la UrhWissG). Il convient de remarquer également que la UrhWissG modifiera aussi l'article 95b(1) de la UrhG de manière à obliger les titulaires des droits qui mettent en place les mesures techniques de protection à ne pas retirer aux utilisateurs le bénéfice des exceptions des articles 60a à 60f. Ces exceptions seront donc complètement « immunisées » contre toute action des titulaires des droits.

586. L'article 60h : rémunération équitable. Le futur article 60h prévoit une rémunération équitable pour toutes les utilisations autorisées par les exceptions des articles 60a à 60f. Une exception est prévue pour l'enseignement, mais même dans ce cas une rémunération équitable doit être payée pour la mise en ligne des contenus. La rémunération peut être forfaitaire ; les sociétés de gestion collective sont les seules habilitées à la percevoir. Les établissements concernés devront donc négocier des accords avec lesdites sociétés, ce qui risque de repousser dans le temps la réelle date de prise d'effet de ces nouvelles dispositions.

587. Réception. Le projet de la UrhWissG a provoqué de nombreuses réactions¹¹³¹. Les universités semblent l'avoir bien accueilli. Notamment, la conférence des présidents des universités de la Rhénanie-du-Nord—Westphalie (*Arbeitsgemeinschaft der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten und Fachhochschulen in NRW*) déclare apprécier la clarté du langage du projet qu'il juge bien adapté aux besoins des universités modernes¹¹³². De notre part, nous saluons aussi ce bel effort du législateur allemand et nous espérons qu'il sera accompagné d'une interprétation jurisprudentielle tout aussi favorable pour le monde de l'enseigne-

¹¹²⁹ Quelques exceptions à ce principe concernent certaines utilisations autorisées par les articles 60e et 60f.

¹¹³⁰ Comme le prévoit expressément le futur art. 137o de la UrhG.

¹¹³¹ Le site du ministère répertorie plus de 120 opinions (*Stellungnahmen*) reçues entre le 9 février et le 28 avril.

¹¹³² *Arbeitsgemeinschaft der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten und Fachhochschulen in NRW, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrhWissG) vom 01. Februar 2017*, 15 févr. 2017, disponible sur : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/02162017_Stellungnahme_WWU_Muenster_RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=3, consulté le 13 décembre 2017.

ment et de la recherche. Nous espérons également que les accords concernant les rémunérations équitables qui doivent être négociés avec les sociétés de gestion collective seront vite conclus. Malheureusement, nous remarquons qu'avant de quitter le Ministère de Justice et de Protection des Consommateurs, le projet avait subi des modifications, consistant notamment à réduire les extraits des oeuvres qui peuvent être utilisés à des fins d'enseignement et de recherche de 25% à 15%.

588. Transition. Nous avons présenté diverses initiatives législatives récentes consistant à introduire des exceptions visant spécifiquement les activités des e-Universités. Ces initiatives démontrent la sensibilisation croissante des législateurs aux défis juridiques que les e-Universités doivent affronter. Cependant, il est encore trop tôt pour évaluer le véritable impact de ces actions. Le moment est peut-être opportun pour envisager une voie alternative, consistant en une réforme plus approfondie du droit d'auteur européen par l'introduction d'une « *norme ouverte* ».

Section 2 : Vers une approche alternative — une norme ouverte

589. Introduction. La prochaine révision du droit d'auteur devrait, à notre sens, être plus ambitieuse et ne pas se limiter à de nouvelles exceptions légales qui risquent de vite devenir obsolètes. Le moment est peut-être opportun pour envisager l'adoption d'une approche testée (et approuvée!) dans la tradition anglo-saxonne. Dans cette section, nous allons présenter cette solution alternative au système d'exceptions : une norme ouverte (*open norm*), dont la plus connue est le « *fair use* » étasunien (§ 1). La doctrine étasunienne en a déduit une théorie fort intéressante, dite *non-consumptive use* (la théorie des utilisations orthogonales), que nous trouvons utile de commenter (§ 2).

§ 1. La norme ouverte

590. Plan. Le « *fair use* » est l'exemple typique d'une norme ouverte (A). Or il ne faut pas oublier que le droit allemand contient, et ça depuis bien longtemps, le germe d'une norme

ouverte — la doctrine de *freie Benutzung* (B). Pour finir ce paragraphe, nous allons nous interroger sur la possibilité d'introduire une norme similaire en droit européen (C)

A. Le *fair use*

591. Plan. Au lieu de nous lancer dans une analyse approfondie du *fair use*, nous allons plutôt présenter, après un bref aperçu de ce dispositif (1), ses applications jurisprudentielles intéressantes du point de vue de notre étude (2).

1. Présentation du dispositif

592. Principe. La section 107 du Copyright Act étasunien de 1976 (17 U.S.C.) invite le juge à prendre en compte quatre facteurs en décidant si l'usage litigieux doit être qualifié d'atteinte au monopole des auteurs :

- (1) *la finalité et la nature de l'usage, et notamment s'il s'agit d'un usage commercial ou éducatif et non-commercial*
- (2) *la nature de l'oeuvre utilisée*
- (3) *l'ampleur et la substantialité de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'oeuvre*
- (4) *les effets sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'oeuvre.*¹¹³³

593. Norme ouverte. Le caractère « ouvert » du *fair use* se manifeste notamment dans le fait que la liste de facteurs à prendre en compte n'est pas limitative. En effet, le juge est libre de prendre d'autres éléments factuels en considération, ou d'accorder plus d'importance à un de ces facteurs qu'aux autres. L'appréciation du *fair use* s'effectue donc strictement au cas par cas¹¹³⁴.

594. Logique commerciale. On admet classiquement que le quatrième élément du *fair use*, celui de l'impact de l'usage sur la valeur de l'oeuvre, est essentiel et que les trois autres facteurs lui sont accessoires. Cela peut donner l'impression qu'il s'agit d'une approche pure-

¹¹³³ Traduction PK.

¹¹³⁴ *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549, 105 S.Ct. 2218, 2224-25, 85 L.Ed.2d 588 (1985) : « Section 107 requires a case-by-case determination whether a particular use is fair, and the statute notes four nonexclusive factors to be considered ».

ment pragmatique, proche de celle du droit de la concurrence. Toutefois, nous allons voir¹¹³⁵ que ceci n'est pas entièrement vrai.

595. Histoire. Le *fair use* est le résultat de presque trois siècles d'évolution jurisprudentielle, commencée par la décision *Gyles v. Wilcox*¹¹³⁶, dans laquelle la Cour de la chancellerie d'Angleterre (*Chancery Court of England*) a consacré une doctrine de *fair abridgement*. En l'espèce il avait été jugé que la publication d'un résumé d'un livre ne constituait pas un acte de contrefaçon.

596. Nature. Le *fair use* n'est pas une exception au droit d'auteur au sens exposé *supra*, mais plutôt une limitation (ou une limite externe¹¹³⁷). En tant que telle il ne doit pas être interprété strictement ; il s'agit plutôt de trouver le juste milieu entre les intérêts des titulaires des droits et « [celui] des utilisateurs dans la divulgation de l'information dans les domaines d'intérêt public, comme l'art, la science et l'industrie »¹¹³⁸.

2. La mise en oeuvre intéressante du point de vue des e-Universités

597. Introduction. Les décisions qui concernent le *fair use* et qui sont intéressantes du point de vue de notre sujet sont nombreuses. Nous allons en présenter quelques-unes afin de montrer l'utilité du *fair use* étasunien pour les e-Universités (a), ainsi que ses limites (b). On observe aussi une importante zone grise, dont il faudra également parler (c).

a. La flexibilité du *fair use* agissant en faveur des e-Universités

598. Plan. Parmi les décisions favorables aux e-Universités, nous pouvons ranger les arrêts *A. V. v. iParadigms* (i) et *Authors Guild v. Google Books* (ii).

¹¹³⁵ V. *infra* no. 616 et ss. sur la théorie des utilisations orthogonales.

¹¹³⁶ [1740] 3 Atk 143 ; 26 ER 489.

¹¹³⁷ V. *supra* no. 342.

¹¹³⁸ *Wainwright Securities v. Wall Street Transcript Corp* [1977] 558 F.2d pt. 94, traduction PK, version originale : « *The fair use doctrine offers a means of balancing the exclusive rights of a copyright holder with the public's interest in dissemination of information affecting areas of universal concern, such as art, science and industry* ».

i) *A. V. v. iParadigms*¹¹³⁹ (2009) : la détection automatisée de plagiat

599. Application du *fair use*. Le défendeur, la société *iParadigms*, est fournisseur d'une plateforme en ligne permettant d'évaluer l'originalité des dissertations des élèves, afin de détecter les plagiat. Un établissement d'éducation qui souhaite utiliser le service oblige les élèves à déposer leurs dissertations sous une forme numérique afin qu'elles puissent être examinées. Le logiciel de *iParadigms* effectue une comparaison automatique des dissertations entre elles, mais aussi à des articles contenus dans des bases de données ; les dissertations sont ensuite incluses dans une archive de l'application. Afin de pouvoir déposer sa dissertation, l'élève doit accepter les conditions d'utilisation du service. Un groupe d'élèves d'une école a déposé des dissertations contenant des déclarations de révocation de leur accord. Toutefois, leurs dissertations ont été analysées et archivées. Les élèves ont donc poursuivi la société pour contrefaçon de leur droit de reproduction. La Cour d'appel du quatrième circuit a confirmé la décision de la première instance en jugeant que l'usage litigieux entrait dans le champ d'application du *fair use*. Concernant le premier facteur du *fair use* (la finalité de l'usage), il a été jugé que les dissertations ont été reproduites pour détecter et décourager le plagiat, et non pour en extraire des connaissances. S'agissant du deuxième facteur (la nature de l'oeuvre utilisée), la Cour estime que les dissertations des élèves n'étant pas normalement destinées à la publication, cet élément jouait en faveur du défendeur. Concernant le troisième facteur (la partie utilisée), il a été jugé que l'usage de l'intégralité de l'oeuvre n'exclut pas l'application du *fair use*. Enfin, selon le juge l'usage n'a pas eu d'effets sur la valeur commerciale des dissertations (quatrième facteur).

ii) *Authors Guild v. Google Books* (2015) : la numérisation en masse

600. Fin de la saga. La bataille judiciaire entre l'*Authors Guild*, une association représentant les intérêts des auteurs, et *Google* a duré plus d'une décennie. En 2005, l'association a intenté une action en justice pour « contrefaçon en masse » ; un protocole d'accord a été rejeté par le juge en 2011. En 2013, la décision de première instance a été rendue, admettant le *fair*

¹¹³⁹ [2009] 562 F.3d 630.

use. Fin 2015, la Cour d'appel du deuxième circuit l'a confirmé¹¹⁴⁰, en jugeant que la numérisation des livres sans autorisation et la divulgation des extraits constituent un *fair use*. En effet, selon le juge l'usage fait par *Google* poursuit une finalité « *hautement transformatrice* » et la divulgation des extraits ne diminue pas la valeur commerciale des oeuvres, car les extraits ne sont pas substituables aux oeuvres originales. De surcroît, la nature commerciale de l'usage ne justifie pas, aux yeux du juge, le rejet de la défense de *fair use*¹¹⁴¹. L'*Authors Guild* a tenté de se pourvoir en cassation devant la Cour suprême, mais celle-ci a refusé, le 18 avril 2016, de se prononcer sur l'affaire¹¹⁴². La décision courageuse des juges du fond est donc aujourd'hui définitive.

b. Les limites du *fair use* dans les universités

601. Affaire *Weissman v. Freeman* (1989). Le *fair use* permet une grande variété d'usages pertinents pour les e-Universités, mais cette approche a aussi ses limites, comme l'illustre l'affaire *Weissman v. Freeman*. Il s'agissait de deux auteurs qui ont publié un article scientifique ensemble. L'un d'eux a ensuite modifié l'intitulé de l'article (en y ajoutant seulement quelques mots) pour le distribuer auprès de ses étudiants en médecine à des fins didactiques sous son propre nom. Selon la décision de première instance, il n'a pas commis de contrefaçon, car son usage constituait un *fair use*. Parmi les arguments évoqués figurait le fait que les actions du défendeur n'ont pas diminué la valeur de l'article litigieux — au contraire, pour le juge de première instance, la divulgation d'un article contribue plutôt à augmenter sa valeur commerciale. L'argument a toutefois été rejeté par la Cour d'appel¹¹⁴³ qui a jugé que dans le milieu académique, où la reconnaissance des accomplissements scientifiques (mesurables à travers les publications) représente une valeur importante, la divulgation non-autorisée d'un article sans mention du nom de l'auteur diminue sa valeur¹¹⁴⁴. Le *fair use* n'était donc pas applicable en l'espèce. Nous pouvons conclure que le *fair use*, tout en favorisant

¹¹⁴⁰ *Authors Guild v. Google Books*, docket no. 13-4829-cv.

¹¹⁴¹ Comme le confirme la Cour suprême depuis l'arrêt *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

¹¹⁴² La « *order list* » disponible sur : http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/041816zor_2co3.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹⁴³ 868 F.2d 1313, (1989).

¹¹⁴⁴ *Idem*, no. 58.

l'accès à l'information, y compris l'information scientifique, ne protège pas des agissements parasites.

c. La zone grise : les incertitudes liées au *fair use*

602. Manque de sécurité juridique. L'incertitude et le manque de sécurité juridique sont souvent évoqués par les critiques du *fair use*. En effet, puisque chaque cas est évalué individuellement et les facteurs pris en compte par le juge peuvent varier, les utilisateurs ne peuvent jamais être surs d'être à l'abri d'une action en contrefaçon. Ceci n'est pas faux, comme l'illustre l'affaire *Cambridge University Press v. Georgia State University*.

603. *Cambridge University Press v. Georgia State University*¹¹⁴⁵. Dans les faits de l'espèce, des enseignants-chercheurs de l'université de Géorgie ont mis à disposition de leurs étudiants à travers un espace numérique de travail des extraits de nombreux ouvrages. En avril 2008, la *Cambridge University Press* a intenté une action en contrefaçon contre l'un des enseignants. L'Université a par la suite (début 2009) modifié sa politique en matière de droit d'auteur en publiant des lignes directrices destinées à l'usage des enseignants-chercheurs. D'autres éditeurs se sont joints à l'action en poursuivant d'autres enseignants-chercheurs, et finalement l'université elle-même en tant qu'auteur des lignes directrices. Dans son opinion de 350 pages parue en mai 2012, le tribunal de première instance a développé une formule arithmétique pour apprécier chaque cas individuellement. Selon le juge, le premier facteur du *fair use* (la finalité de l'usage) pesait généralement en faveur de l'université ; le deuxième (la nature de l'oeuvre utilisée) aussi, car il s'agissait d'oeuvres factuelles. Le troisième facteur (la substantialité de la partie utilisée) pesait en faveur des enseignants si la longueur des extraits était inférieure à 10% de l'intégralité de l'ouvrage. S'agissant du quatrième facteur (l'impact sur la valeur commerciale), il favorisait l'éditeur si une licence pour l'utilisation numérique de l'ouvrage était accessible à prix raisonnable. Selon le juge, si au moins trois facteurs étaient en faveur de l'enseignant, la défense de *fair use* s'appliquait. Finalement, la contrefaçon a été caractérisée uniquement dans cinq cas (parmi quatre-vingt-dix-neuf extraits litigieux). Les éditeurs ont interjeté l'appel. La Cour d'appel du onzième circuit a sanctionné la méthode

¹¹⁴⁵ L'affaire est aussi dénommée *Cambridge University Press et al. v. Patton et al.* (no. 1 :2008cv01425) ; le dossier complet est disponible sur : <https://dockets.justia.com/docket/georgia/gandce/1:2008cv01425/150651>, consulté le 13 décembre 2017.

arithmétique (et en particulier le seuil de 10%) adopté par le juge de première instance et elle a renvoyé l'affaire devant une cour de district. Ayant appliqué une nouvelle méthodologie proscrite par la Cour d'appel (variant par exemple en fonction de l'ouvrage utilisé), la cour de district a jugé, le 31 mars 2016, que la contrefaçon a été caractérisée dans quatre cas parmi 48 oeuvres litigieuses. La responsabilité de l'Université n'a pas été engagée. Il se peut, toutefois, que l'on n'ait pas encore entendu le dernier mot dans cette affaire.

B. La *freie Benutzung* (utilisation libre)

604. Plan. Nous allons présenter le dispositif (1) et certaines de ses applications jurisprudentielles (2).

1. Présentation du dispositif

605. Principe. La théorie de *freie Benutzung* vise à équilibrer les intérêts des auteurs et du public. Son point de départ est le constat que les oeuvres ne sont pas créées dans le vide¹¹⁴⁶, et que tout créateur s'inspire forcément, de manière plus ou moins délibérée ou consciente, des oeuvres préexistantes. Ainsi, la *freie Benutzung* autorise le créateur d'une nouvelle oeuvre à emprunter des éléments originaux, si cet emprunt « *passé à l'arrière plan de l'oeuvre nouvelle, et si l'[originalité] des traits copiés s'efface devant l'originalité de la seconde réalisation* »¹¹⁴⁷. Le principe laisse donc une grande marge de manoeuvre quant à son interprétation ; il n'est pas sans lien avec la liberté d'expression¹¹⁴⁸ et le principe de non-protection des idées. Il semble que l'originalité de l'oeuvre seconde (voire, osons le dire, une forte originalité) est la *conditio sine qua non* de l'application de la *freie Benutzung*¹¹⁴⁹. Pour être libre, l'utilisation doit être hautement transformatrice, et pas simplement dérivative¹¹⁵⁰ ;

¹¹⁴⁶ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 24, no. 1.

¹¹⁴⁷ I. CHERPILLOD, L'objet du droit d'auteur, *précité*, p. 149 ; v. aussi notamment E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, 3^{ème} éd. 1980, par. 58, p. 276.

¹¹⁴⁸ V. *supra* no. 350 sur la décision *Germania 3*.

¹¹⁴⁹ Cf. *supra* no. 452 sur l'originalité de l'oeuvre citante dans l'exception de citation.

¹¹⁵⁰ P. E. GELLER, A German Approach to Fair Use : Test Cases for TRIPS Criteria for Copyright Limitations?, *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 57 (2010), pp. 553 et ss.

on parle donc d'une « *distance interne* »¹¹⁵¹ nécessaire entre les deux créations. Le fait que l'oeuvre seconde ne soit pas substituable à l'oeuvre première (donc n'est pas « *en concurrence* » avec elle) est aussi pris en compte¹¹⁵². Nous remarquons que le nouveau courant jurisprudentiel initié par l'arrêt *Klasen*¹¹⁵³ peut amener les tribunaux français à formuler une doctrine similaire, il est donc d'autant plus intéressant de l'étudier.

606. Texte. Le premier alinéa de l'article 24 de la UrhG dispose : « *une oeuvre indépendante qui a été créée en utilisant librement l'oeuvre d'autrui peut être publiée et exploitée sans l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre utilisée* »¹¹⁵⁴.

607. Histoire. La *freie Benutzung* a une très longue tradition en droit allemand. On la retrouve déjà dans les textes originaux de l'article 13 de la *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst* (LUG) de 1901 et de l'article 16 de la *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie* (KUG) de 1907. Elle est aussi décrite dans les traités fondateurs de la doctrine allemande, et notamment dans la première édition du traité de Eugen Ulmer publié en 1951¹¹⁵⁵.

608. Place dans la systématique de la UrhG. L'article 24 de l'UrhG ne se situe pas dans la section (*Abschnitt*) 6 de l'UrhG (dédié aux exceptions), mais dans la sous-section (*Unterabschnitt*) 4 de la section 4, consacrée aux droits patrimoniaux des auteurs. Il suit l'article 23 qui consacre le droit exclusif d'adaptation et peut être interprété comme un élément de la définition négative de ce droit¹¹⁵⁶, ou autrement dit — comme une limite externe¹¹⁵⁷ à ce droit.

609. Compatibilité avec le droit européen. L'existence de la *freie Benutzung* en droit allemand suscite des questions quant à sa conformité avec l'article 5 de la Directive 2001/29/

¹¹⁵¹ *Innere Abstand* ; v. notamment BGH 11 mars 1993, I ZR 264/91 : GRUR 1995, 191 (*Asterix-Persiflagen*).

¹¹⁵² Cf. LG Hamburg 12 déc. 2003 : 308 O 57/03 (*Harry Potter*) ; v. *supra* no. 446 sur la substituabilité ; cf. les conditions du *fair use*.

¹¹⁵³ V. *supra* no. 350a.

¹¹⁵⁴ Traduction d'après I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *précité*, p. 145 ; version originale : « *Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden* ».

¹¹⁵⁵ E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer 1951 ; v. aussi par ex. O.-F. VON GAMM, *Urheberrechtsgesetze. Kommentar*, München, Beck 1968.

¹¹⁵⁶ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 24, no. 1a.

¹¹⁵⁷ V. *supra* no. 342.

CE. Il a été avancé que l'article 24 de la UrhG n'étant pas une exception, mais un élément de la définition d'un droit exclusif (droit d'adaptation) qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation, n'est pas non-conforme au texte européen¹¹⁵⁸. On peut toutefois songer à y appliquer la règle de l'article 5(3), o) de la Directive 2001/29/CE, selon laquelle les États membres peuvent prévoir des exceptions « *dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions (...) [existaient] déjà dans la législation nationale [au moment de l'adoption de la Directive] (...), sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues* ». Cela signifierait que la *freie Benutzung* doit « *laisser la priorité* » aux exceptions expressément prévues par la Directive et transposées en droit allemand, comme notamment l'exception à des fins d'enseignement et de recherche. Ainsi, la *freie Benutzung* est en quelque sorte une règle générale, à laquelle dérogent des exceptions légales spécifiques. Ceci explique pourquoi elle est utilisée surtout dans des cas des parodies, car l'exception de l'article 5(3), k) de la Directive (concernant la caricature, la parodie et le pastiche) n'a pas été expressément transposée en droit allemand¹¹⁵⁹. Or récemment il a été jugé¹¹⁶⁰ qu'en appliquant l'article 24 de la UrhG aux parodies, le juge allemand doit suivre la définition européenne de parodie adoptée par la CJUE dans l'affaire *Deckmyn*¹¹⁶¹.

2. Exemples d'applications jurisprudentielles

610. Parodies. L'article 24 UrhG est principalement appliqué pour autoriser les parodies — surtout depuis la transposition de la Directive 2001/29/CE, mais aussi auparavant. Ainsi la *freie Benutzung* a entre autres permis la publication et l'exploitation des parodies des

¹¹⁵⁸ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 24, no. 1a.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ BGH, 28 juill. 2016, I ZR 9/15 : GRUR 2016, 1157 (*Auf fett getrimmt*).

¹¹⁶¹ CJUE, 3 sept. 2014, C-201/13 (*Deckmyn*), *précité*.

dessins animés¹¹⁶², d'un film¹¹⁶³, d'un symbole national¹¹⁶⁴ ou, récemment, d'une photographie d'un mannequin¹¹⁶⁵.

611. Domaine musical. Le *sampling*. Une saga judiciaire célèbre concerne l'application de la *freie Benutzung* au *sampling* dans le domaine musical. En l'espèce il s'agissait de la reprise d'un « *échantillon* » (*sample*) de deux secondes d'une composition du groupe Kraftwerk. Dans un premier temps, la BGH a refusé d'y appliquer l'article 24 de la UrhG¹¹⁶⁶. Or le Tribunal constitutionnel fédéral a récemment décidé¹¹⁶⁷ que la décision portait atteinte à la liberté d'expression artistique. L'impact de cette décision reste encore à voir, mais il faut tenir compte du fait que le deuxième alinéa de l'article 24 limite expressément son applicabilité dans le domaine musical.

612. Domaine littéraire. La *freie Benutzung* a aussi été reconnue dans le cas de « *reprises* » de personnages phares de la littérature tels que Sherlock Holmes¹¹⁶⁸, mais refusée dans le cas de Fifi Brindacier¹¹⁶⁹. Il convient donc de remarquer que, comme dans le cas de toute norme ouverte, l'analyse de chaque cas spécifique est indispensable.

613. Refus récent — photomontage. Très récemment, la cour de Hambourg a refusé d'appliquer l'article 24 de l'UrhG à un photomontage associant la photographie du bâtiment du Bundestag et un OVNI. Il a été jugé que l'individualité de la photographie originale ne s'efface pas derrière l'ajout, faute de « *distance interne* » suffisante¹¹⁷⁰.

614. Importance marginale pour l'enseignement. Il semble qu'au final la *freie Benutzung*, surtout interprétée étroitement comme une simple exception à des fins de parodie, ne présente pas d'intérêt pour les activités d'enseignement et de recherche. De surcroît, la *freie*

¹¹⁶² BGH 26 mars 1971, I ZR 77/69, GRUR 1971 : 588 (*Disney-Parodie*) ; BGH 11 mars 1993, I ZR 263/91 : GRUR 1994, 206 (*Alcolix*).

¹¹⁶³ BGH, 13 avr. 2000, I ZR 282/97 : GRUR 2000, 703 (*Mattscheibe*).

¹¹⁶⁴ BGH, 20 mars 2003, I ZR 117/00, ZUM 2003, 777 (*Gies-Adler*).

¹¹⁶⁵ BGH, 28 juill. 2016, I ZR 9/15, *précité*.

¹¹⁶⁶ BGH, 20 nov. 2008, I ZR 112/06 : GRUR 2009, 403 (*Metall auf Metall I*) et 13 déc. 2012, I ZR 182/11 : GRUR 2013, 614 (*Metall auf Metall II*).

¹¹⁶⁷ BVerfG, 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13 : GRUR 2016, 690 ; cf. *supra* no. 350 la décision *Germania 3*.

¹¹⁶⁸ BGH, 12 nov. 1957, VI ZR 314/55 : BGHZ 26, 52.

¹¹⁶⁹ LG Hamburg, 28 avr. 2009, 308 O 200/09 : ZUM 2009, 581.

¹¹⁷⁰ LG Hamburg, 18 nov. 2016, 310 O 402/16 : MMR 2017, 355 ; cf. *supra* no. 605.

Benutzung ne peut pas interférer avec les exceptions transposées en droit allemand, y compris celles d'enseignement et de recherche, ou de citation. Ainsi, son impact paraît limité à la création artistique. En effet, la *freie Benutzung* exige que soit créée une oeuvre originale, ce qui n'est pas le but des activités de recherche¹¹⁷¹ ; elle ne peut donc pas être appliquée au *data mining* (car un corpus de données n'est aucunement une oeuvre originale indépendante). En revanche, elle peut avoir une certaine utilité pour permettre la création des ressources pédagogiques, comme le montre l'affaire *Harry Potter*¹¹⁷². En l'espèce, la cour de Hambourg a appliqué l'article 24 de la UrhG pour autoriser la reprise de certains éléments de la saga *Harry Potter* dans des livres scolaires. Or il ne faut pas oublier que les faits litigieux ont eu lieu avant la transposition de la Directive 2001/29/CE en droit allemand.

C. La possibilité de l'introduction d'une « norme ouverte » en droit d'auteur européen

615. Les travaux de MM Hugenholtz et Senftleben. Parmi les représentants de la doctrine européenne du droit d'auteur, M. Hugenholtz de l'Institut du Droit de l'Information (IvIR) de l'Université d'Amsterdam est sans doute le plus grand partisan d'une norme ouverte. Dans leur étude¹¹⁷³ MM Hugenholtz et Senftleben démontrent que les normes ouvertes ne vont pas à l'encontre de la tradition du droit d'auteur européen ; au contraire, au début du siècle précédant les systèmes de droit d'auteur de l'Europe continentale étaient imprégnés d'une plus grande flexibilité qu'aujourd'hui, quand le besoin de flexibilité est beaucoup plus brûlant¹¹⁷⁴ (ce dont témoignent, selon les auteurs, les décisions parfois très créatives rendues par les juges dans les dernières années¹¹⁷⁵). Toutefois, les auteurs ne souhaitent pas remplacer le système existant des exceptions par une norme de type *fair use* ; ils postulent plutôt l'intro-

¹¹⁷¹ Pour une proposition originale (mais n'étant plus d'actualité) d'application de la *freie Benutzung* aux oeuvres scientifiques, v. I. CHERPILLOD, *précité*, pp. 166 et ss.

¹¹⁷² LG Hamburg, 12 déc. 2003, 308 O 57/03 : GRUR-RR 2004, 65 (la décision admet l'application de l'art. 24 de l'UrhG dans le cas de deux livres, tout en la refusant s'agissant d'un troisième).

¹¹⁷³ P. B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities* (2011), disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1959554>, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹⁷⁴ Cf. A.-A. WANDTKE, *Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts*, GRUR 2015, pp. 221-227, qui postule d'introduire une exception de type *fair use* visant spécifiquement les actes d'enseignement et de recherche.

¹¹⁷⁵ V. *supra* no. 626.

duction d'une telle norme pour compléter le système des exceptions. Dans cette approche, si l'usage donné n'entre pas dans le champ d'une des exceptions spécifiques, il faudrait, avant de caractériser une atteinte au monopole des auteurs, vérifier sa conformité avec une norme ouverte. Selon les auteurs, le test en trois étapes¹¹⁷⁶ peut servir de base pour une telle norme. La perspective nous semble en effet séduisante. À notre sens, la théorie des utilisations orthogonales peut être le fondement d'une nouvelle norme ouverte.

§ 2. Les utilisations orthogonales¹¹⁷⁷

616. Introduction. La théorie des utilisations orthogonales a été formulée dans les dernières années par la doctrine étasunienne, et notamment Mme Samuelson et Mme Urban de l'université de Berkley (A). Nous allons démontrer que sa logique n'est pas étrangère au droit d'auteur européen (B), même si elle est absente des textes européens (C).

A. Origine de la notion dans les travaux de la doctrine étasunienne

617. Convention de règlement *Google Books* : les utilisations *non-consumeristes*. La notion d'utilisation orthogonale est étroitement liée à celle d'utilisation non-consumériste (*non-consumptive use* ; sur le rapport entre ces deux notions¹¹⁷⁸). Cette dernière semble avoir été employée pour la première fois dans la convention de règlement concernant Google Recherche de Livres¹¹⁷⁹. Ce document (proposé en 2008 dans l'affaire *Authors' Guild et al. v. Google* pour être finalement rejeté par un tribunal en 2011) autorisait des utilisateurs qualifiés à effectuer certaines actions sur le corpus de livres numérisés par *Google*. L'une des catégories de ces actions a été qualifiée de « *recherche non-consumériste* » (*non-consumptive re-*

¹¹⁷⁶ V. *supra* no. 351.

¹¹⁷⁷ Une première version de nos réflexions présentées dans ce paragraphe a été publiée dans: P. KAMOCKI, "Laissez-fouiller!" L'argument pour les "utilisations orthogonales" des oeuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données », RIDA, no. 247 (janv. 2016), pp. 5-85, spéc. p. 45 et ss.

¹¹⁷⁸ V. *infra* no. 622.

¹¹⁷⁹ Le texte de la convention du règlement semble ne plus être accessible en ligne ; il est tout de même analysé en détail par ex. dans : P. SAMUELSON, The Google Book Settlement as Copyright Reform, *Wisconsin Law Review* no. 479, 2011, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1683589>, consulté le 13 décembre 2017.

search) et définie comme « la recherche dans laquelle l'analyse informatique est menée sur un ou plusieurs livres, mais pas la recherche dans laquelle le chercheur lit et visionne des portions substantielles d'un livre afin de comprendre le contenu intellectuel présenté dans ce livre »¹¹⁸⁰. La définition est ensuite accompagnée des exemples suivants : l'analyse des images, l'extraction de texte, l'analyse textuelle et l'extraction d'information, l'analyse linguistique, la traduction automatique, l'indexation et la quête d'information¹¹⁸¹. Ainsi, les activités de *data mining* entraînent dans le périmètre de cette notion.

618. Les travaux de Mme Samuelson : les utilisations orthogonales. La convention de règlement a coïncidé avec un postulat exprimé par plusieurs auteurs¹¹⁸² de réviser (ou au moins de systématiser) la théorie de *fair use*. Notamment, Mme Samuelson a tenté de « démêler » des différentes hypothèses d'application du *fair use* en introduisant une catégorisation de la jurisprudence les concernant. Une de ces catégories a été nommée « les utilisations imprévues » (celles que le Congrès ne pouvait pas anticiper au moment de l'adoption du *Copyright Act* en 1976) ; elle comporte une sous-catégorie des « utilisations visant à promouvoir l'accès à l'information »¹¹⁸³ ayant pour objectif de « promouvoir la concurrence et l'innovation dans des industries de technologies complémentaires, favoriser la protection de la vie privée et l'autonomie des utilisateurs des oeuvres de l'esprit et d'améliorer l'accès du public à l'information »¹¹⁸⁴. Selon l'auteure, l'élément-clé dans les décisions classées dans cette sous-catégorie est le fait que les reproductions (et les adaptations) faites par les défendeurs visaient un objectif différent de celui des oeuvres originales¹¹⁸⁵. Ainsi, l'auteur appelle ces utilisations « orthogonales ».

¹¹⁸⁰ *Authors Guild et al. v. Google, Inc.*, 22 mars 2011, No. 05-CV-8136-DC.

¹¹⁸¹ V. aussi : M. BORGHI, S. KARAPAPA, Non-display uses of copyright works : Google Books and beyond, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 1 (1) 2011, pp. 21–52.

¹¹⁸² Par ex. : P. GOLDSTEIN, Fair Use in Context, *Columbia Journal of Law & the Arts* 31(4) 2008, pp. 433-444 ; P. SAMUELSON, Unbundling Fair Uses, *Fordham Law Review* 77 (5) 2009, pp. 2537-2621 ; F. VON LOHMANN, Fair Use as Innovation Policy, *Berkeley Technology Law Journal* 23 (2) 2008, pp. 829-865.

¹¹⁸³ P. SAMUELSON, Unbundling..., précitée, p. 2610.

¹¹⁸⁴ *Idem*, p. 2602.

¹¹⁸⁵ Notamment, dans l'affaire *Kelly* (336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)) il a été jugé que l'utilisation litigieuse était « sans rapport avec une quelconque finalité esthétique » (*unrelated to any aesthetic purpose*) et que les vignettes « avaient une fonction complètement différente de celle des images originales » (*served an entirely different function than Kelly's original images*).

619. Les travaux de Mme Urban : la fusion des deux notions? En 2010, Mme Urban dans son rapport « *Mettre le fair use à jour pour les innovateurs et les créateurs à l'ère numérique* » (préparé pour un groupe d'action *Public Knowledge*) a proposé une réforme de la section 107 du *Copyright Act*, consistant à y ajouter les catégories suivantes d'utilisations équitables : les utilisations accessoires (*incidental*), non-consuméristes (*non-consumptive*), et à la fois personnelles et non-commerciales¹¹⁸⁶. Madame Urban définit les utilisations non-consuméristes comme « *les utilisations, souvent facilitées par les nouvelles technologies et la puissance croissante des ordinateurs, qui n'exploite pas directement les valeurs créatives et expressives de l'oeuvre utilisée* »¹¹⁸⁷.

620. L'influence à l'étranger. Cette définition a ensuite été reprise dans le document de discussion « *Droit d'auteur et l'économie numérique* » publié en mai 2013, dans lequel la Commission Australienne sur la Réforme du Droit (*Australian Law Reform Commission*) a envisagé d'introduire une exception équitable de type *fair dealing* visant les utilisations non consoméristes et incluant, selon ce document, le *catching*, l'indexation et l'exploration des données, ainsi que d'abroger les dispositions concernant les reproductions provisoires (similaires à l'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE)¹¹⁸⁸.

621. Amicus brief dans l'affaire *Hathitrust*. Par ailleurs, en juin 2013 un groupe d'experts de droit et d'humanités numériques a rédigé un *amicus brief* (un mémoire d'intervenant désintéressé) concernant l'affaire *Hathitrust*, dans lequel ils ont avancé que « *la numérisation des collections des bibliothèques à des fins d'exploration des données et d'autres usages non-expressifs ne présente aucun conflit juridique avec les intérêts légaux des titulaires de droit d'auteur (...). Les reproductions nécessaires pour transformer une bibliothèque sur papier en une base de données numérique consultable et interrogeable doivent être quali-*

¹¹⁸⁶ J. M. URBAN, Updating Fair Use for Innovators and Creators in the Digital Age : Two Targeted Reforms. Report on behalf of Public Knowledge, accessible sur : <https://www.publicknowledge.org/pdf/fair-use-report-02132010.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹⁸⁷ *Idem*, p. 18.

¹¹⁸⁸ Australian Law Reform Commission, Discussion Paper 79, Copyright and the Digital Economy, 2013, accessible sur : http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/dp79_whole_pdf_pdf, consulté le 13 décembre 2017, pp. 155-172.

*fiées d'usage non-expressif, car elles n'ont aucun rapport avec les qualités expressives des oeuvres protégées par le droit d'auteur »*¹¹⁸⁹.

622. Remarque sur la terminologie. À notre sens, le terme « *orthogonal* » est mieux adapté que « *non-expressif* » ou encore « *non-consumériste* ». Premièrement, il est parfois (surtout quand il s'agit des données de recherche) extrêmement difficile de séparer la forme et son contenu informationnel, et la notion d'utilisation non-expressive semble exiger qu'une telle distinction soit effectuée. Deuxièmement, quant aux utilisations « *non-consuméristes* », leur appellation se focalise sur le fait que les oeuvres ne sont pas visionnées (lues, vues, entendues, donc « *consommées* ») par un utilisateur humain, ce qui limite considérablement sa portée pour l'enseignement et la recherche. La dénomination « *utilisations orthogonales* », quant à elle, met l'accent non pas sur l'objet de la reproduction, mais plutôt sur sa finalité qui n'est pas liée à l'expression originale d'une oeuvre.

623. Utilité pour la e-recherche. Mme Urban illustre ses propos sur les utilisations non-consuméristes par l'exemple suivant : « *un chercheur pourrait utiliser un roman non pas pour ses qualités expressives, comme une narration avec ses personnages et ses lieux, mais comme un échantillon linguistique* »¹¹⁹⁰. Ceci n'exclut pas à notre sens que le chercheur « *visionne* » le roman en cause. L'essentiel est que l'usage qu'il en fait ait une autre finalité (la recherche) que celle de l'oeuvre elle-même (expression artistique), c'est-à-dire qu'il soit orthogonal. La prise en compte de la finalité de l'utilisation est même expressément encouragée par la section 107 du Copyright Act, selon laquelle le premier facteur du fair use est « *la finalité et le caractère de l'utilisation* ». Ainsi, la doctrine étasunienne récente a tendance à parler non pas des oeuvres transformatrices (*transformative works*), qui transforment une oeuvre originale, mais des finalités transformatrices (*transformative purposes*), où seule change la finalité pour laquelle l'oeuvre originale est utilisée¹¹⁹¹.

624. Contexte historique. La théorie des utilisations orthogonales est, à notre sens, loin d'être révolutionnaire. Elle puise ses racines dans un des principes fondateurs de la pro-

¹¹⁸⁹ M. L. JOCKERS et al., Brief of Digital Humanities and Law Scholars as Amici Curiae in *Authors Guild v. Hathitrust* (June 4, 2013), accessible sur le SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2274832>, consulté le 13 décembre 2017.

¹¹⁹⁰ J. M. URBAN, *précitée*, p. 18.

¹¹⁹¹ J. GINSBURG et R. GORMAN, *Copyright Law*, Thomson Reuters/Foundation Press, 2012, pp. 187 et ss.

priété intellectuelle : la dichotomie entre l'expression (la forme) et l'idée (l'information)¹¹⁹², ou entre une création et une invention. En 1879 déjà dans l'affaire *Baker v. Selden*¹¹⁹³ concernant une prétendue contrefaçon d'un livre décrivant une méthode de comptabilité la Cour Suprême jugea que « *si nul ne peut imprimer ou publier le livre [du demandeur], ni aucune partie matérielle de celui-ci [...], toute personne peut pratiquer et mettre en oeuvre l'art qui y est décrit et illustré* »¹¹⁹⁴.

625. Métaphore géométrique. Ainsi, pour utiliser une autre métaphore géométrique, on peut dire qu'une oeuvre de l'esprit s'apparente à un cylindre, qui, selon le point de vue de l'observateur peut sembler être un rectangle ou un cercle. De la même manière, une oeuvre peut être vue en fonction de la finalité pour laquelle elle est utilisée à un moment donné, soit comme une forme originale marquée par la personnalité de l'auteur et protégée par la loi, soit comme une addition à l'information qui elle-même — on le sait — échappe à la protection légale. Et c'est comme ça qu'une oeuvre est perçue par un chercheur qui en fait un usage orthogonal.

B. La présence cachée de la notion en droit européen

626. Sur la compatibilité de la théorie avec l'esprit du droit d'auteur de l'Europe continentale. Il peut sembler que l'exclusion des utilisations orthogonales du monopole des auteurs n'est possible que dans la tradition anglo-saxonne, où le *copyright* doit tout d'abord suivre une logique utilitaire pour promouvoir « *le développement de la science et des arts utiles* »¹¹⁹⁵. Cependant, selon nous une telle solution pourrait aussi être adoptée dans les pays représentant la tradition franco-allemande du droit d'auteur, qui voit le monopole des auteurs comme un droit fondamental¹¹⁹⁶ et qui place les auteurs au centre du système. Si les éléments originaux de la forme de l'oeuvre (c'est-à-dire étant la création intellectuelle propre à son au-

¹¹⁹² V. *supra* no. 100 et ss.

¹¹⁹³ 101 U.S. 99, 1879.

¹¹⁹⁴ 'Whilst no one has a right to print or publish [the plaintiff's] book, or any material part thereof, (...) any person may practice and use the art itself which he has described and illustrated therein' [traduction PK].

¹¹⁹⁵ V. art. I, section 8, clause 8 de la Constitution étasunienne.

¹¹⁹⁶ V. par ex. CEDH, 23 janv. 2008, No. 19247/03 (*Balan v. Moldova*).

teur) sont étrangers à l'utilisation qui se focalise uniquement sur le contenu informationnel de l'oeuvre, les intérêts légitimes de l'auteur (tant patrimoniaux que moraux) ne sont pas exposés aux préjudices. Les tribunaux européens semblent suivre cette logique et ils font régulièrement preuve de créativité afin de rejeter des plaintes contre par exemple des moteurs de recherche. Tel était le cas entre autres dans l'affaire *Vorschaubilder*¹¹⁹⁷ et *Vorschaubilder II*¹¹⁹⁸ dans laquelle la Cour Fédérale (BGH) allemande a jugé que Google pouvait se fonder sur un consentement tacite (*konkludente Einwilligung*) pour se protéger d'une action en contrefaçon concernant les vignettes affichées dans un moteur de recherche¹¹⁹⁹. Tel était aussi le cas dans un arrêt dans lequel la Cour d'appel de Paris a distingué l'indexation et l'extraction pour pouvoir statuer que cette première n'entre pas dans le périmètre du droit *sui generis* des producteurs de bases de données¹²⁰⁰. Ces derniers temps la CJUE aussi se montre très clément envers les utilisations qu'on pourrait qualifier d'orthogonales, comme le *caching*¹²⁰¹, le *linking*¹²⁰² et le *framing*¹²⁰³ (même si, à notre sens, l'appartenance de ce dernier à la catégorie des utilisations orthogonales est discutable). Or selon nous l'exemple le plus important de cette tendance vient de la Cour de cassation française et il date de bien avant la popularisation de l'Internet. Il s'agit de la saga *Microfor*, que nous allons rappeler dans les paragraphes suivants.

627. Arrêts *Microfor* — la notion d'oeuvre de l'information. Il s'agissait d'une entreprise québécoise (*Microfor Inc.*) qui commercialisait une banque de données contenant une section « *France — actualités* », dans laquelle les titres des articles du *Monde* et du *Monde diplomatique* avaient été reproduits, accompagnés d'une indexation et de « *résumés signalétiques* ». Ces derniers n'étaient en fait que des phrases extraites des articles dont elles préten-

¹¹⁹⁷ BGH, 29 avr. 2010, I ZR 69/08 (*Vorschaubilder*).

¹¹⁹⁸ BGH, 19 oct. 2011, I ZR 140/10 (*Vorschaubilder II*).

¹¹⁹⁹ Pour une analyse comparée v. M. BEURSKENS et al., Les autorisations tacites — une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasunienne, allemande et française, RIDA no. 238, oct. 2013, pp. 2-109.

¹²⁰⁰ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 juin 2013, n° 12/05061 : Propr. intell. 2013, n° 49, p. 402, obs. A. Lucas ; v. aussi sur la « liberté d'indexation » : C. LE GOFFIC, Activités numériques et propriété intellectuelle, RLDI 2014, n° 102, pp. 102-126., spéc. p. 117.

¹²⁰¹ CJUE, 5 juin 2014, C-360/13 (*Meltwater*).

¹²⁰² CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12 (*Svensson*).

¹²⁰³ CJUE, 21 oct. 2014, C-348/13 (*Bestwater*).

daient rendre compte. La société a été poursuivie par l'éditeur des journaux. La question essentielle qui s'est posée devant les juges était donc de savoir si l'exception d'analyse et de courte citation (à l'époque formulée de manière identique qu'aujourd'hui¹²⁰⁴) pouvait s'appliquer à la démarche de la société *Microfor*. Dans un premier temps la Cour d'appel de Paris¹²⁰⁵ a suivi une jurisprudence constante¹²⁰⁶ et a écarté cette hypothèse, à défaut d'une oeuvre citante qui remplisse elle-même les conditions de protection par le droit d'auteur. Selon la Cour la banque de données de *Microfor* constituait donc une oeuvre dérivée dont la création nécessitait l'autorisation du titulaire des droits sur l'oeuvre première. Toutefois la première chambre civile de la Cour de cassation¹²⁰⁷, menée certainement par des considérations pragmatiques, n'a pas partagé ce point de vue. Tout d'abord, elle a retenu que la création d'un index est libre de toute autorisation de l'auteur de l'oeuvre indexée, ce qui n'est pas surprenant, car l'extraction de mots-clés ne peut nullement être analysée comme une reproduction partielle de l'oeuvre (plus récemment la CJUE a d'ailleurs confirmé que les mots individuels ne sauraient pas être protégés par le droit d'auteur¹²⁰⁸). Or la Cour est allée plus loin en jugeant que « *l'analyse purement signalétique réalisée dans un but documentaire, exclusive d'un exposé substantiel du contenu de l'oeuvre, et ne permettant pas au lecteur de se dispenser de recourir à cette oeuvre elle-même* » (et donc : une utilisation orthogonale) n'entre pas dans le champ des droits exclusifs. De surcroît, il a été jugé que « *lorsqu'elle a un caractère d'information, (...), la matière de l'oeuvre [citante] peut être constituée, sans commentaire ou développement personnel de son auteur, par la réunion elle-même et le classement de courtes citations empruntées à des oeuvres préexistantes* ». Il en résulte que, lorsqu'il s'agit d'un emprunt dans une « *oeuvre d'information* », l'exception de citation peut s'appliquer même si l'oeuvre citante ne remplit pas les conditions de protection du droit d'auteur.

¹²⁰⁴ V. *supra* no. 441.

¹²⁰⁵ CA Paris (4e ch.), 2 juin 1981 : D. 1983, p. 96, obs. C. Colombet (suivant TGI Paris (1ère ch.), 20 févr. 1980 : D. 1982, p. 44, obs. C. Colombet).

¹²⁰⁶ Pour la jurisprudence de l'époque v. notamment l'affaire *De Gaulle / Passeron*, TGI Paris, 6 juillet 1972, *précité*.

¹²⁰⁷ Cass. 1re civ., 9 nov. 1983 : D. 1984, p. 290, obs. C. Colombet ; JCP G 1984, II, 20189, note A. Françon ; Gaz. Pal. 1984, 1, 177, obs. R. Plaisant.

¹²⁰⁸ CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08 (*Infopaq*), no. 46.

L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel, qui a cependant refusé de suivre la logique de la première chambre civile¹²⁰⁹. L'affaire s'est donc retrouvée devant l'Assemblée Plénière qui dans son arrêt rendu le 30 octobre 1987¹²¹⁰ a décidé que la banque de données éditée par *Microfor* constituait bien une oeuvre, mais dans un sens particulier du terme : non pas une oeuvre protégée au sens de la loi, mais une « *oeuvre d'information* ». L'exception de citation était donc applicable en l'espèce.

À notre sens, les actions litigieuses devraient être qualifiées d'utilisation orthogonale. La première chambre civile est allée jusqu'à dire que de telles utilisations n'entrent pas dans le champ des droits exclusifs. L'Assemblée plénière était toutefois plus prudente, en admettant seulement que l'exception de citation peut s'appliquer non seulement aux oeuvres de l'esprit, mais aussi aux oeuvres d'information (la notion clairement inspirée par la finalité desdites oeuvres). Néanmoins, la banque de données litigieuse n'était (toute proposition gardée) pas très différente d'un entrepôt de données (corpus) dont la constitution est l'une des étapes de *data mining*. Même si la Cour de cassation est arrivée à une solution moins radicale, elle a suivi une logique similaire à celle qui a motivé les décisions étasuniennes citées *supra*¹²¹¹.

Pourtant, on constate que la critique de la solution de l'arrêt *Microfor* dans la doctrine est quasi-unanime¹²¹². Il a été avancé¹²¹³ que la principale motivation de la Cour de cassation était de protéger l'industrie des banques d'information (à une époque où le droit *sui generis* des producteurs de bases de données n'existait pas encore). Ce but était certainement rempli, mais le prix à payer — une interprétation *contra legem*, ou au moins *praeter legem* — était élevé. L'arrêt *Microfor* est donc aujourd'hui réduit à un arrêt d'espèce, bien qu'il soit rendu par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation.

¹²⁰⁹ CA Paris, 18 déc. 1985 : D. 1986, p. 273, note J. Huet ; JCP G 1986, II, 20615, note A. Françon ; JCP E 1986, I, 15791, par. 6, obs. M. Vivant et A. Lucas.

¹²¹⁰ JCP G 1988, II, 20932, rapp. M. Nicot et note J. Huet ; JCP E 1988, II, 15093, no. 4, obs. M. Vivant et A. Lucas ; D. 1988, p. 21, concl. J. Cabannes ; RIDA 1/1988, p. 78, concl. J. Cabannes.

¹²¹¹ Notamment no. 618.

¹²¹² V. par ex. : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, p. 577, no. 645 (qui qualifient la décision d'« extravagante ») ; C. CARON, *Droit d'auteur...*, *précité*, p. 348, no. 375 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, p. 397-398, no. 432.

¹²¹³ Notamment dans P. CATALA, *Rapport de synthèse du Colloque IRPI, Litec*, 1987, p. 130.

C. Le postulat de formalisation de la notion d'utilisation orthogonale en droit européen

628. Nous ne croyons pas que l'introduction d'une nouvelle exception légale est la meilleure façon de réformer le droit d'auteur. Nous proposons plutôt de redéfinir le droit de reproduction de manière à exclure du monopole des auteurs les reproductions (et les adaptations) accessoires à des utilisations orthogonales des oeuvres de l'esprit. Ceci permettrait d'éviter qu'une clause contractuelle¹²¹⁴ ou une mesure technique de protection puisse faire obstacle à des telles utilisations. Cette manière de légiférer (en limitant le périmètre des droits exclusifs « *de l'extérieur* », plutôt qu'en créant des exceptions « *internes* » au droit d'auteur¹²¹⁵) n'est pas complètement inconnu aux législateurs européens ; elle a été employée par exemple par le législateur néerlandais pour transposer l'exception de l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE¹²¹⁶.

Il est vrai qu'« *utilisation orthogonale* » est une notion relativement vague et imprécise, et que sa mise en oeuvre peut parfois s'avérer particulièrement difficile, ce qui risque d'entraîner le manque de sécurité juridique dans certaines situations. Néanmoins, à notre sens dans le système actuel (le régime de l'article 5 de la Directive 2001/29/CE) ce manque de sécurité est *de facto* encore plus grand.

Conclusion du chapitre II

629. Le besoin de réformer le système des exceptions au droit d'auteur afin de faciliter l'exercice des missions des e-Universités a été constaté il y a bien longtemps, tant à l'échelle nationale qu'europpéenne. C'est sûrement à cause d'un déséquilibre de forces entre l'industrie de l'édition et le milieu universitaire que les efforts en ce sens n'ont commencé à aboutir que récemment. La réforme britannique de 2014, introduisant une exception spécifique à des fins

¹²¹⁴ Il convient de remarquer toutefois que selon l'arrêt récent de la CJUE, il est possible d'interdire par contrat l'utilisation commerciale d'une base de données, même si elle ne remplit pas le critère de protection légale : CJUE, 15 janvier 2015, C-30/14 (*Ryanair*).

¹²¹⁵ V. *supra* no. 342.

¹²¹⁶ L'art. 13a de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur (*Auteurswet*).

de *data mining* a inspiré d'autres législateurs nationaux, notamment en France et en Allemagne.

630. En France, une nouvelle exception à des fins de *data mining* a été introduite en 2016 par la loi pour une République numérique ; force est de constater que ce dispositif manque de clarté dans sa rédaction et, en l'absence d'un décret d'application (expressément prévu par la loi) son utilité pour les e-Universités reste symbolique. On remarque toutefois que, contrairement aux autres exceptions de ce type prévues dans d'autres pays, le législateur français n'a pas envisagé d'accorder à ce nouveau dispositif un caractère d'ordre public afin d'abriter les chercheurs des clauses contractuelles visant à leur retirer le bénéfice de l'exception.

631. En Allemagne, une large réforme a été entreprise en 2017 — elle entrera en vigueur en 2018. Les nouvelles exceptions visant non seulement l'enseignement et la recherche (y compris le *data mining*), mais aussi les bibliothèques et les archives, semblent bien adaptées aux besoins des e-Universités, compte tenu des limitations que la Directive 2001/29/CE impose aux législateurs nationaux en matière d'exceptions. Il convient de remarquer que le texte prévoit une sanction de non-opposabilité pour les clauses contractuelles allant à l'encontre de ces exceptions. En revanche, une rémunération équitable doit être payée aux titulaires des droits pour les utilisations prévues par les nouvelles exceptions. Son montant devra être négocié avec les sociétés de gestion collective, ce qui peut considérablement repousser l'entrée en vigueur effective du nouveau dispositif.

632. Toutefois, une réforme du droit européen, et notamment du système des exceptions de l'article 5 de la Directive 2001/29/CE, reste selon nous une nécessité. La Commission Européenne a dernièrement présenté un projet de directive visant à introduire de nouvelles exceptions à des fins de *data mining* et d'enseignement transfrontalier. Or le même projet prévoit aussi des changements allant dans le sens opposé, en renforçant le monopole des titulaires des droits. À ce stade, il est impossible de prédire le contenu de la future directive.

633. Selon nous, la prochaine révision du droit d'auteur européen devrait être plus ambitieuse et ne pas se limiter à de nouvelles exceptions légales qui risquent de vite devenir obsolètes. Le législateur devrait saisir l'opportunité de redéfinir les droits exclusifs en prenant en compte la finalité de la reproduction et en plaçant en dehors du monopole des auteurs les

utilisations « *orthogonales* ». Par une utilisation orthogonale nous entendons une utilisation qui n'exploite pas directement les valeurs créatives et expressives de l'oeuvre utilisée, et dont la finalité est transformatrice de la finalité originale de cette oeuvre. Une grande partie des activités d'e-recherche se trouverait donc en dehors du monopole des titulaires des droits.

Conclusion du titre second

634. Les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche existent en droit de la propriété littéraire et artistique. Toutefois, elles s'avèrent insuffisantes pour englober les activités des e-Universités. Dans de nombreux cas, les enseignants-chercheurs restent donc obligés de chercher l'autorisation auprès des titulaires des droits, ce qui a un effet néfaste sur l'exercice de leurs missions.

635. Des réformes ont été entreprises pour y remédier, tant en droit national qu'euro-péen. Les résultats de ces efforts restent à voir, mais des doutes quant à leur efficacité subsistent. Il est donc souhaitable d'envisager une réforme plus profonde, visant à introduire une « *norme ouverte* » qui limitera le monopole des auteurs sur l'information contenue dans leurs biens immatériels.

Conclusion de la première partie

636. L'exercice des missions des e-Universités consiste en la collecte, l'analyse et la diffusion des données de recherche, ainsi qu'en la création et la diffusion des écrits scientifiques et des ressources pédagogiques numériques. Ces missions, tout en étant d'intérêt public, se heurtent à des droits de propriété, et notamment de propriété littéraire et artistique.

637. En effet, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques sont souvent protégés par le droit d'auteur, sauf si leur forme d'expression est complètement banale, ce qui reste une hypothèse rare. Il en est de même pour les jeux de données de recherche qui, même si les données individuelles ne sont pas protégées en tant que telles (tel sera le cas, comme nous l'avons démontré, dans la plupart des sciences dures), peuvent attirer la protection du droit d'auteur en tant que recueils ou bases de données originales. Ceci a un effet néfaste surtout sur les activités de e-recherche, qui consistent en une analyse automatique des données. En effet, une telle analyse implique nécessairement une reproduction de la forme d'expression qui ne peut pas, dans ce contexte, être séparée des informations qu'elle contient, et qui doivent rester libres de droit.

638. La libre circulation de l'information, fondamentale pour la recherche, se trouve paralysée par le monopole des auteurs, qui confère aux titulaires le droit exclusif de reproduire, modifier ou communiquer au public leurs créations. Ce monopole est donc très puissant et sa durée — soixante-dix ans après la mort de l'auteur — dans le contexte des nouvelles technologies de l'information peut paraître presque éternelle. Le fonctionnement des e-Universités nécessite donc souvent des autorisations des titulaires des droits, qui peuvent être difficiles et coûteuses à obtenir, et ce d'autant plus qu'en principe les e-Universités ne détiennent pas les droits d'auteur sur les créations de leurs enseignants-chercheurs.

639. De surcroît, le monopole des auteurs n'est pas le seul à impacter les missions des e-Universités. En effet, les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent faire l'objet de droits voisins. Ainsi, les régimes de *quasi*-droit d'auteur existant en droit allemand tels que le droit des rédacteurs d'éditions scientifiques ou le droit exclusif portant sur des photographies non-originales (comme les radiographies ou les images prises par satellites), même s'il confèrent des monopoles plus courts, peuvent aussi être des obstacles à la circulation de l'information scientifique. Cette emprise d'un monopole

sur l'information est particulièrement grave dans le cas du droit *sui generis* accordé aux producteurs de bases de données, créé par la Directive 96/9/CE. En effet, un investissement substantiel dans la production d'un recueil d'informations permet à l'investisseur d'interdire l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle de ce recueil. L'interprétation extensive de la notion de base de données faite par la CJUE (selon laquelle une carte topographique analogique peut être qualifiée de base de données) nous fait craindre que tout objet présentant une valeur informationnelle puisse faire l'objet de ce monopole. Sa durée peut sembler courte, mais elle peut *de facto* être renouvelée *ad vitam aeternam* par chaque nouvel investissement substantiel effectué. L'information scientifique, même si elle est non-concernée par le droit d'auteur, peut donc se trouver enfermée dans une base de données et monopolisée par les acteurs de l'industrie de l'information.

640. Afin d'équilibrer les intérêts des titulaires des droits et ceux du grand public, les législateurs sont censés introduire des exceptions aux droits de propriété littéraire et artistique. Les missions des e-Universités sont reconnues comme étant d'intérêt public — l'introduction étonnamment récente des exceptions à des fins d'enseignement et de recherche en droit d'auteur français et allemand en témoignent. Or force est de constater que ces exceptions, tantôt par leur formulation peu claire, tantôt par les nombreuses exclusions qu'elles contiennent, tantôt par les aménagements conventionnels nécessaires à leur mise en oeuvre, ne remplissent pas leur rôle. En effet, des exceptions à vocation plus générale, comme la citation, peuvent parfois être d'une plus grande utilité pour les activités visées que les exceptions qui leurs sont expressément dédiées.

641. Depuis quelques années, les législateurs semblent en avoir pris conscience. Des exceptions visant spécifiquement le *data mining* ont été adoptées d'abord au Royaume-Uni (en 2014), puis notamment en France (en 2016) et en Allemagne (en 2017). Ces efforts semblent louables, mais ils ne permettent toujours pas de réduire l'écart entre les pays européens et les États-Unis (où les activités de recherche sont plus largement autorisées par la théorie du *fair use*) en matière d'emploi de nouvelles technologies dans l'éducation et la recherche. Pour y remédier, une nouvelle Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique a été dernièrement proposée, mais il est trop tôt pour prédire son contenu et son impact. En revanche, on observe déjà une tendance libérale dans la jurisprudence de la CJUE concernant

l'emploi des nouvelles technologies par les bibliothèques, marquée par les décisions *Ulmer*¹²¹⁷ et *Stichting*¹²¹⁸.

642. Pour que l'Europe, le lieu de naissance des universités, puisse continuer à rayonner dans le monde par la qualité de son enseignement supérieur et sa recherche, il faut agir avec plus de courage. Nous proposons tout d'abord de compléter le système d'exceptions existant par une norme ouverte de type *fair use*, basée sur la théorie étasunienne des utilisations orthogonales, qui vise à refuser aux titulaires des droits la possibilité d'interdire des utilisations qui n'exploitent pas directement les valeurs créatives et expressives de leurs oeuvres. Deuxièmement, nous proposons d'introduire un mécanisme de licence collective étendu à des fins d'enseignement, pour garantir d'une part le droit d'utiliser des extraits d'oeuvres et des oeuvres de petite ampleur à des fins pédagogiques, et d'autre part — la rémunération équitable des titulaires des droits. Troisièmement, nous postulons d'abolir le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, car nous estimons qu'une protection suffisante leur est accordée par le droit de la concurrence et les règles de la responsabilité civile. Quatrièmement, nous proposons d'accorder aux universités un droit de préférence (limité dans le temps) pour la mise en ligne des jeux de données de recherche et des ressources pédagogiques numériques élaborées par les enseignants-chercheurs, tout en leur garantissant une rémunération équitable.

¹²¹⁷ V. *supra* no. 421.

¹²¹⁸ V. *supra* no. 422.

Deuxième Partie : Les e-Universités : les cultivateurs des communs du savoir

643. Dans l'économie de la connaissance, l'innovation est une activité principale¹²¹⁹ et l'apprentissage est « *sans fin* »¹²²⁰. Dans ce modèle, les universités (qui produisent et diffusent le savoir) ont donc un rôle essentiel à remplir. Les NTIC ont rendu le coût de transmission des informations négligeable, il est donc de bon sens de diffuser le savoir de manière aussi rapide et large que possible afin de pouvoir maximiser son utilité¹²²¹. En effet, comme le souligne l'auteur, « *la diffusion et l'accès rapide aux nouvelles connaissances sont des facteurs importants de l'innovation, de la croissance et du bien-être* ». La diffusion ouverte du savoir est aussi l'un de piliers de l'éthique académique identifiés par Robert K. Merton¹²²² ; il n'est donc pas étonnant que les e-Universités soient naturellement prédisposées (plus que les universités traditionnelles) à suivre les principes de l'*Open Science*.

644. Ce modèle présente de nombreux avantages, surtout du point de vue de l'économie de l'innovation. En effet, il permet de rationaliser le coût de l'innovation en évitant la duplication des efforts. Le libre échange du savoir permet aussi de mieux répartir les tâches dans des projets collaboratifs, en les rendant plus efficaces. Finalement, ce qui est peut-être le plus important, la libre diffusion du savoir active le potentiel d'innovation par les usagers (innovation de von Hippel¹²²³). C'est notamment grâce à cette catégorie d'innovation que l'Internet (fondé sur un protocole libre de droits exclusifs) a pu se développer rapidement, tandis que le *Minitel*, basé sur une technologie propriétaire, a dû lui céder la place¹²²⁴.

645. En outre, la diffusion libre et gratuite des connaissances est aussi dans l'intérêt de la communauté scientifique et des enseignants-chercheurs individuels. Premièrement, elle réduit le coût de transaction lié à l'accès à la connaissance (car chaque auteur d'écrits scien-

¹²¹⁹ D. FORAY, *L'économie de la connaissance*, La Découverte, p. 33.

¹²²⁰ *Idem*, p. 35.

¹²²¹ *Idem*, p. 62.

¹²²² V. *infra* no. 749.

¹²²³ E. von HIPPEL, *Free Innovation*, MIT Press 2017.

¹²²⁴ En ce sens notamment : L. LESSIG, *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House 2001, spéc. p. 26-49.

tifiques est, on le sait, principalement un lecteur des travaux des autres). Deuxièmement, elle augmente la visibilité des travaux scientifiques, ce qui contribue à la renommée de l'auteur et de son établissement. Troisièmement, elle renforce la liberté académique, en rééquilibrant la position des enseignants-chercheurs dans leurs relations avec les éditeurs. En effet, la diffusion des écrits scientifiques par la publication en *Open Access* (que ce soit dans une revue spécialisée ou par le biais d'une archive ouverte) peut parfois être une alternative viable à la publication traditionnelle¹²²⁵. Il n'est donc pas étonnant que les chercheurs — si on leur donne le choix — choisissent souvent la diffusion libre non seulement pour leurs articles, mais aussi pour les données de recherche. L'expérience de l'*Open Data Pilot* dans le programme Horizon 2020 (où environ 70% des projets ont choisi le libre partage de leurs données, malgré l'alourdissement conséquent de la charge de travail qui en résultait) confirme ce constat¹²²⁶.

646. La diffusion libre des connaissances permet aussi de promouvoir la langue, la culture et la pensée d'un pays. En effet, l'un des facteurs pour lesquels l'anglais s'est établi comme la langue mondiale de la science (pas seulement en sciences dures, mais aussi en sciences humaines et sociales) est qu'un grand nombre des écrits scientifiques et des ressources pédagogiques numériques en cette langue est librement disponible en ligne. Il est bien sûr difficile de concurrencer la langue anglaise, mais il est au moins possible (voir souhaitable) de proposer à tout un chacun une perspective alternative, celle de la science franco- ou germanophone.

647. Toutefois, comme nous l'avons présenté dans la première partie de notre étude, le savoir se trouve largement affecté par des droits privatifs, et notamment ceux de propriété littéraire et artistique. Ceci est bien évidemment un obstacle au développement de l'*Open Science*, qui — comme chaque système de production participative (*peer production*)¹²²⁷ — nécessite non seulement les bas coûts de transactions, mais aussi l'accès facile aux ressources. Autrement dit, pour que la transition à l'*Open Science* puisse s'effectuer pleinement, un large

¹²²⁵ En ce sens : P. SUBER, *Open Access*, MIT Press 2012, spéc. p. 10.

¹²²⁶ M. SANDBERG et al., *Open Data – What do Research Communities Really Think about it?*, *ERCIM News*, no. 100 (janvier 2015), p. 19.

¹²²⁷ Sur *peer production* v. surtout Y. BENKLER, *The Wealth of Networks*, Yale University Press 2006, spéc. pp. 59-90.

gisement de biens informationnels doit être à disposition de la communauté scientifique. Il s'agit donc de transformer une partie du savoir disponible en un commun (*commons*).

648. Il est intéressant de voir que l'emploi du mot « *communs* » (*commons*) pour parler des biens immatériels que chacun peut exploiter est relativement nouveau¹²²⁸. En revanche, le concept de *commons* ne l'est pas. Historiquement, cette forme d'exploitation de ressources est particulièrement importante dans l'agriculture — les pâturages, les forêts, les pêcheries peuvent être des communs¹²²⁹. Il est donc intéressant d'accentuer le lien entre les communs du savoir et les *commons* traditionnels en utilisant l'expression « *culture des communs* » pour désigner l'action de cultiver, exploiter et gérer ces ressources. En effet, on cultive les communs du savoir comme on cultive la terre.

649. Dans cette partie, nous allons voir comment les e-Universités peuvent cultiver les communs du savoir, et comment s'assurer de la durabilité de cette culture.

Titre premier : Les communs du savoir : d'un mouvement de contestation vers un standard international

Titre second : La mise en place des communs du savoir

¹²²⁸ Dans la doctrine française v. surtout M. CLÉMENT-FONTAINE, Les communs numériques [in :] *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 163 et ss.

¹²²⁹ V. *infra* no. 721, 726.

Titre Premier : Les communs du savoir : d'un mouvement de contestation vers un standard international

650. Un auteur a défini les communs comme des « *ressource[s] en accès partagé, gouvernée[s] par des règles émanant largement de la communauté des usagers elle-même, et visant à garantir, à travers le temps, l'intégrité et la qualité de [ces] ressource[s]* »¹²³⁰. Ce mode d'exploitation des ressources peut être appliqué aussi aux biens immatériels et au savoir.

651. Les communs du savoir sont nés d'un mouvement de contestation au sein de la communauté académique. En effet, c'est en réponse à l'augmentation du prix de la licence d'un logiciel que Richard M. Stallman (à l'époque chercheur au MIT) a annoncé la création du premier système d'exploitation libre. Il est donc intéressant, dans un premier temps, de voir quel est le contexte et les fondations théorique de ce mouvement, et comment ils affectent les missions des e-Universités.

652. Dans un second temps, nous allons voir les règles qui se sont développées organiquement au sein de la communauté scientifique pour assurer que les communs du savoir prolifèrent et se développent de façon durable. Ces règles s'expriment à travers des standards correspondant à différents types de ressources essentielles pour les missions des e-Universités : *Free/Open Source Software, Open Access, Open Data et Open Educational Resources*.

Chapitre I : Les communs du savoir — un concept ancré dans la réalité économique

Chapitre II : Les règles de culture des communs du savoir : les standards de l'*openness*

¹²³⁰ B. CORIAT, *Biens communs (approche économique)* [in :] CORNU, M., ORSI, F. et ROCHFELD, J., *Dictionnaire des biens communs*, PUF 2017.

Chapitre I : Les communs du savoir — un concept ancré dans la réalité économique

652. Dans le présent chapitre, nous allons examiner la notion de communs du savoir dans sa dimension politique, économique et juridique (section 1) pour présenter ensuite son impact sur les e-Universités (section 2).

653. Comme nous l'avons exposé précédemment¹²³¹, dans notre étude nous souscrivons à la définition du savoir résultant du modèle informatique DIK(W). Dans cette approche, le Savoir [*Knowledge*] est un système structuré d'Informations, qui elles-mêmes sont dérivées de Données. La Sagesse [*Wisdom*] est parfois ajoutée pour couronner cette hiérarchie et compléter le modèle DIK(W).

Section 1 : Le savoir — d'un bien public mondial à un commun

Section 2 : La « *schizophrénie universitaire* » face à la privatisation du savoir

Section 1 : Le savoir — d'un bien public mondial à un commun

654. **Introduction.** Nous allons d'abord démontrer que le savoir est un bien public mondial (§ 1), pour nous pencher ensuite sur les conséquences de cette qualification (§ 2).

§1. Le savoir en tant qu'un bien public mondial

655. **Introduction.** Le savoir est, du moins sur le plan économique, un bien (A) qu'il faut qualifier de bien public mondial (B).

¹²³¹ V. *supra* no. 48.

A. Le savoir en tant que bien

656. La notion juridique et la notion économique de bien. La notion de bien a diverses significations. Deux d'entre elles vont nous intéresser par la suite : le sens juridique et le sens économique. S'agissant du savoir, le qualifier de bien est difficile sur le plan juridique (1), mais évident sur le plan économique (2).

1. Difficultés de qualification sur le plan juridique

657. La notion juridique de bien — la définition classique. En français juridique, les biens peuvent tout d'abord être définis par opposition aux personnes : les biens ne sont pas des personnes. Classiquement, les biens sont tout simplement des choses (c'est-à-dire des objets matériels — *die Sache*¹²³²) qui entrent dans le patrimoine d'une personne, ou qui sont au moins susceptibles d'appropriation.

658. L'apparition d'une définition moderne de bien au sens juridique. Cette distinction fondamentale entre les biens et les personnes a dernièrement été brouillée par l'apparition (tant dans le Code civil que dans le BGB) d'une nouvelle catégorie : les animaux¹²³³, qui ne sont ni des choses, ni des biens au sens classique du terme. D'un autre côté, l'apparition des biens immatériels a suscité des interrogations dans la doctrine quant à la définition d'un bien¹²³⁴. Aujourd'hui, M. Libchaber propose de définir les biens comme « *les objets des désirs ou des besoins individuels* »¹²³⁵ qui possèdent trois caractéristiques : la valeur (qui est fonction de l'utilité et de la rareté¹²³⁶), l'appropriabilité (la possibilité de combler le désir en

¹²³² V. l'art. 90 BGB : *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.* [Les choses au sens de ce code sont uniquement des objets matériels - traduction P.K.] Le Code civil français ne définit pas la « chose », il semble que cette notion en droit français ne doit pas se limiter aux objets matériels ; v. E. SABATHIE, *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004. D'un autre côté, l'art. 516 du Code civil dispose que « [t]ous les biens sont meubles ou immeubles ».

¹²³³ L'art. 515-14 du Code civil et l'art. 90a BGB.

¹²³⁴ V. notamment : A. PIÉDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien* [in :] *Les aspects du droit privé en fin du XXe siècle (Etudes M. de Juglart)*, LGDJ 1986, pp. 55 et s.

¹²³⁵ R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire de droit civil Dalloz, no. 5 et ss.

¹²³⁶ *Idem*, no. 16 et ss.

établissant un lien exclusif entre la personne et l'objet de son désir¹²³⁷) et la cessibilité (c'est-à-dire la capacité d'être l'objet d'une circulation licite entre les individus¹²³⁸).

659. Absence d'appropriabilité du savoir. À la lumière de la définition moderne on constate que le savoir en tant que tel n'est pas un bien au sens juridique. Certes, il peut être — et il l'est souvent — l'objet des désirs et des besoins individuels, il a une valeur (parce qu'il est utile, ou — même s'il n'a que très peu d'utilité — parce qu'il est rare) et il peut être transmis d'un individu à l'autre, mais il n'est pas appropriable. Comme nous l'avons exposé dans la première partie de notre étude¹²³⁹, lorsqu'il est compris dans son aspect abstrait, le savoir (ou plutôt l'information qui le constitue) ne peut pas — du moins en théorie — faire l'objet d'un droit exclusif et demeure de libre parcours.

660. Appropriabilité partielle des « matières premières » et des « véhicules » du savoir. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, même si le savoir n'est pas appropriable, les « matières premières » qui le construisent — les données — peuvent parfois faire l'objet d'un droit privatif (en particulier du droit *sui generis* des producteurs de bases de données), ce qui leur confère un caractère appropriable. Il en est de même s'agissant des « véhicules » du savoir qui servent à le communiquer (les écrits scientifiques) et le transmettre (les ressources pédagogiques), qui eux sont souvent (si pas toujours) protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique. Ainsi, on constate que même si le savoir n'est pas un bien au sens juridique, des biens sont nécessaires pour le produire, le communiquer et le transmettre. La non-appropriabilité du savoir reste donc principalement théorique.

2. Une qualification évidente sur le plan économique

661. La définition micro- et macroéconomique de bien. La notion de bien en économie diffère de la notion de bien en droit. Tout d'abord, il convient de distinguer les approches micro- et macroéconomique. La définition d'un bien en microéconomie s'approche

¹²³⁷ *Idem*, no. 31 et ss.

¹²³⁸ *Idem*, no. 91 et ss.

¹²³⁹ V. spéc. *infra* no. 106 et ss.

de sa définition juridique classique : les biens sont des objets matériels qui se distinguent des services par le fait qu'ils ne peuvent pas être stockés¹²⁴⁰. Selon cette approche, le savoir (tout comme les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques) s'apparente plutôt à un service qu'à un bien. En revanche, la macroéconomie adopte une vision plus large : dans cette approche un bien est tout ce dont il est préférable d'avoir plus plutôt que moins¹²⁴¹. Ainsi par exemple le temps libre est un bien selon la définition macroéconomique (du moins pour la plupart des gens), mais pas selon la définition microéconomique (car il ne peut pas être stocké) ni juridique (faute de cessibilité et d'appropriabilité). Le savoir, quant à lui, même s'il n'est pas un bien au sens juridique, reste un bien au sens macroéconomique.

B. Le qualification nécessaire d'un bien public mondial

662. Plan. En tant que bien au sens macroéconomique, le savoir possède un caractère public (1) et mondial (2).

1. Le caractère public du savoir

663. La systématique de Samuelson. Dans un célèbre article publié en 1954¹²⁴², Paul A. Samuelson, professeur d'économie au MIT, a formalisé le concept de bien public (qu'il appelait « *collective consumption good* »). Selon sa théorie, complétée par la suite notamment par Vincent et Elinor Ostrom¹²⁴³, un bien public est doté de deux caractéristiques : non-rivalité et non-excluabilité¹²⁴⁴.

¹²⁴⁰ Cf. sens 2. dans la définition d'un bien [*good*] dans : J. BLACK et al., *Oxford Dictionary of Economics*, 4ème éd. Oxford University Press 2012.

¹²⁴¹ Cf. *idem*, sens 1.

¹²⁴² P. A. SAMUELSON, The Pure Theory of Public Expenditure, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, no. 4 (novembre 1954), pp. 387-389.

¹²⁴³ V. OSTROM et E. OSTROM, Public Goods and Public Choices [in :] E. S. SAVAS [dir.], *Alternatives for Delivering Public Services : Toward Improved Performance*, Westview Press 1977, pp. 7-49.

¹²⁴⁴ La notion de « bien public » est parfois aussi utilisée dans un sens qui couvre les biens communs, c'est-à-dire les biens non-excluables, mais rivaux. Pour marquer la distinction, on parle de biens publics purs (non-rivaux et non-excluables) et de biens publics impurs (au sens des biens communs). Dans notre étude, nous utilisons la notion de « bien public » au sens de « bien public pur ».

664. Non-rivalité du savoir. Un bien est non-rival (ou non-soustraitable, selon la terminologie privilégiée par Mme Ostrom¹²⁴⁵) si l'utilisation de ce bien par une personne empêche son utilisation par une autre (en la rendant impossible ou simplement moins profitable). Ainsi, un sandwich est un bien typiquement rival : mangé par une personne, il ne peut plus être mangé par une autre. En revanche un parc ou une autoroute, même s'ils sont en principe utilisables par plusieurs personnes à la fois, perdent une partie de leur utilité s'ils sont utilisés par un nombre trop élevé des personnes à la fois. Tel n'est pas le cas du savoir¹²⁴⁶ : plusieurs personnes peuvent posséder le même savoir (ou la même information) sans que leur jouissance ne s'en voit diminuée. Le fait que la personne X connaisse la théorie de la relativité d'Einstein¹²⁴⁷ ou la définition macroéconomique d'un bien ne diminue pas les connaissances de la personne Y. Selon la célèbre métaphore de Thomas Jefferson « *[c]elui qui reçoit une idée de moi reçoit un savoir sans diminuer le mien ; tout comme celui qui allume sa bougie à la mienne reçoit la lumière sans me plonger dans la pénombre* »¹²⁴⁸. Certes, on peut s'imaginer une hypothèse où la valeur d'une information peut être diminuée, voir anéantie, si elle est connue du grand public¹²⁴⁹ : tel l'art de bâtir selon la légende sur les origines de la franc-maçonnerie, ou tout simplement le mot de passe d'une boîte mail. Toutefois, ce genre de considérations va à l'encontre de l'éthique académique¹²⁵⁰ et doit rester en dehors du monde universitaire — un enseignant-chercheur ne peut pas croire que la valeur de son savoir va diminuer s'il le transmet à ses étudiants ou s'il le partage avec ses pairs.

665. Non-excluabilité du savoir. Un bien est excluable s'il est possible (ou au moins économiquement justifiable) d'exclure les autres de sa jouissance. Par exemple, l'air pur ou la

¹²⁴⁵ E. OSTROM, *Public Goods...*, *précités*.

¹²⁴⁶ V. par ex. P. DRAHOS et J. BRAITHWAITE, *Information Feudalism*, Earthscan Publications Ltd., 2002, p. 216.

¹²⁴⁷ Exemple donné par Larry Lessig (L. LESSIG, *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York 2001, p. 21) et Elinor Ostrom (E. OSTROM et Ch. HESS, Introduction : *An Overview of the Knowledge Commons*, [in :] E. OSTROM et Ch. HESS [dir.], *Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice*, MIT Press 2007).

¹²⁴⁸ Version originale : « *He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine ; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me* », d'après Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson (August 13, 1813), [in :] A. E. BERGH [dir.], *The Writings of Thomas Jefferson*, Washington, D.C., The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States, 1907, vol. XIII, pp. 326–338.

¹²⁴⁹ En ce sens, v. par ex. R. A. POSNER, et W. M. LANDES, *Indefinitely Renewable Copyright*, *University of Chicago Law Review*, vol. 70, no. 2 (printemps 2003), pp. 471-518, selon lesquels les idées sont des biens rivaux.

¹²⁵⁰ V. *supra* no. 52.

vue des montagnes sont non-excluables, car il est impossible (ou très difficile) d'empêcher les autres d'en profiter. En revanche, un appartement ou un ordinateur personnel sont excluables, car l'on dispose de moyens juridiques (le droit de propriété) et techniques (serrures, mots de passe...) qui permettent d'en empêcher l'accès à autrui. Le savoir, quant à lui, n'est pas excluable. Il l'était peut-être jadis, quand l'accès à l'éducation était impossible pour les femmes, les minorités ethniques ou *de facto* aux gens issus d'un milieu modeste, mais il ne l'est pas aujourd'hui, d'autant plus que les nouvelles technologies permettent la reproduction de l'information et sa diffusion à un coût négligeable¹²⁵¹. Il est donc quasi-impossible d'interdire aux autres d'accéder au savoir¹²⁵², dans la seule limite de leurs capacités et de leur curiosité.

666. Constat. En conclusion, on constate que le savoir est à la fois non-rival et non-excluable, ce qui permet de le classer parmi les biens publics au sens macroéconomique.

2. Le caractère mondial du savoir

667. La notion de bien public mondial. À la notion traditionnelle de bien public vient s'ajouter à la fin des années 1990 la notion de bien public mondial [*international public good*]. L'un des pionniers de ce terme, Charles Kindleberger, définit les biens publics mondiaux comme les biens dont toute la communauté internationale peut ou pourrait profiter, sans qu'aucun gouvernement national n'ait d'intérêt particulier à en financer la production ou la création¹²⁵³. La provision de ces biens nécessite donc une coordination à l'échelle internationale. L'auteur cite comme exemple entre autres une monnaie internationale d'échange. Aujourd'hui, on parle des biens publics mondiaux surtout dans le contexte de l'environnement ou du développement durable, par exemple quand il s'agit de la préservation de couche d'ozone ou de la biodiversité¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ Cf. J. BOYLE, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press 2008, p. 3

¹²⁵² En ce sens notamment : E. OSTRUM, Ch. HESS, Introduction..., *précité*.

¹²⁵³ Ch. KINDLEBERGER, International Public Goods without International Government, *American Economic Review*, 1986. no. 76(1), pp. 1-13.

¹²⁵⁴ Parmi les nombreux exemples v. notamment le *Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification sur la mondialisation et l'environnement* par M. Serge LEPELTIER (Annexe au procès-verbal de la séance du 3 mars 2004), spéc. p. 44 et ss. ; L. TUBIANA et J. M. SEVERINO, Biens publics mondiaux, gouvernance mondiale et aide publique au développement, *Gouvernance mondiale*, Rapport du CAE, 2001, La Documentation française ; H. BOUGUINAT, Quand les « biens publics » deviennent « globaux », *Société*, no. 39, 1er trimestre 2003, pp. 47-50.

668. L'application de la notion au savoir. Force est de constater que le savoir s'inscrit parfaitement dans le périmètre de la notion de bien public mondial¹²⁵⁵. En effet, la production, la préservation et la diffusion du savoir ne se limitent pas aux frontières d'un pays, elles servent le progrès de l'ensemble de l'humanité. Toute la communauté internationale a bénéficié (du moins en théorie) des grandes inventions des dernières décennies. Ceci explique aussi le mouvement de globalisation dans la recherche et l'enseignement universitaires¹²⁵⁶ et des programmes européens et internationaux de financement de recherche.

669. Transition. Les caractéristiques du savoir exposées ci-dessus entraînent d'importantes conséquences sur les plans politique et économique, que nous allons traiter par la suite.

§2. L'apparition des communs du savoir face à la marchandisation de l'information

670. Introduction. La marchandisation du savoir serait selon certains un remède au problème d'approvisionnement, inhérent à tous les biens publics (A). Cette approche a toutefois rencontré une forte résistance, notamment dans le milieu universitaire (B).

A. La marchandisation comme remède au problème d'approvisionnement du savoir

671. Plan. Comme tous les biens publics, le savoir risque de se retrouver en sous-approvisionnement (1). Afin de pallier ce risque, le savoir a été dans une large mesure transformé en un bien marchand (2).

¹²⁵⁵ En ce sens v. par ex. G. BISSIRIOU et F. KERN, L'éducation comme bien public mondial est-elle compatible avec l'Accord général sur le commerce des services ?, *Mondes en développement*, 4/2005 (no. 132), pp. 39-55 ; J. DRAHOS, P. BRAITHWAITE, *précités*, p. 215.

¹²⁵⁶ V. *supra* no. 27.

1. Le défi d'approvisionnement du savoir

672. Introduction. Les biens non-excluables posent deux types de problèmes en fonction de leur « *soustraitabilité* »¹²⁵⁷ (le fait de se détériorer avec l'usage) : s'ils sont « *soustraitables* » (comme par exemple le pétrole), ils sont menacés de surexploitation ; mais s'ils ne le sont pas, ils sont en danger de sous-approvisionnement¹²⁵⁸. Le savoir étant non-soustraitable (et non-excluable), il se place dans la deuxième catégorie. En effet, on peut identifier deux obstacles liés à l'approvisionnement du savoir : le premier a été identifié comme le problème du « *passager clandestin* » (a) ; le deuxième résulte de son caractère de bien mondial (b).

a. Le problème du *passager clandestin*

673. Logique de l'action collective de Mancur Olson. Dans son ouvrage publié en 1965¹²⁵⁹ Mancur Olson, économiste et sociologue américain de l'université Harvard, a proposé une théorie d'action collective. Selon son modèle, les individus n'ont pas d'intérêt particulier à s'engager dans des actions visant à promouvoir des biens publics, car souvent il leur suffit d'attendre les résultats d'actions menées par autrui. L'auteur donne l'exemple d'un syndicat professionnel¹²⁶⁰, mais d'autres exemples ne manquent pas. Si le financement de la défense nationale¹²⁶¹, de la santé publique ou de l'infrastructure municipale dépendait des cotisations volontaires, peu nombreux seraient ceux qui cotiseraient — la plupart auraient préféré attendre que les sommes requises soient ramassées grâce aux cotisations des tiers. Cette atti-

¹²⁵⁷ Le critère de soustraitabilité a été introduit par V. OSTROM et E. OSTROM, *Public Goods... précités* pour supplanter le critère de rivalité (v. *supra* no. 664) ; le terme original [*subtractibility*] n'est pas facile à traduire en français. Certains articles utilisent le terme « *subtractibilité* » (par ex. M. BIED-CHARRETON et al., *La gouvernance des ressources en eau dans les pays en développement : enjeux nationaux et globaux, Mondes en développement* 3/2006 (no. 135), pp. 39-62), d'autres emploient plutôt le mot anglais sans le traduire (par ex. G. FONTAINE, *Analyser les conditions favorables à l'émergence de communs, le cas d'un PTCE d'économie solidaire. XIVe Rencontres du RIUESS Montpellier — Les « communs » et l'économie sociale et solidaire. Quelles identités et quelles dynamiques communes ?*, mai 2016, Montpellier, <hal-01338360>).

¹²⁵⁸ V. par ex. J. BOYLE, *The Public Domain*, *précité*, p. 48 et p. 213 ; J. DRAHOS, P. BRAITHWAITE, *précités*, p. 215 ; L. LESSIG, *The Future of Ideas...*, *précité*, p. 95 ; E. OSTROM, Ch. Hess, *Introduction...*, *précités*.

¹²⁵⁹ M. OLSON, *The Logic of Collective Action : Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press 1965, 2ème éd. 1971 ; édition française : *Logique de l'action collective*, PUF 1975.

¹²⁶⁰ *Idem*, pp. 66 et ss.

¹²⁶¹ Exemple de J. DRAHOS, P. BRAITHWAITE, *précités*, p. 215.

tude, baptisée *le comportement d'un passager clandestin*, ou *free-riding*¹²⁶², est peut-être critiquable sur le plan éthique, mais il s'agit d'une réalité économique. Ceci explique pourquoi les biens publics, comme le savoir, sont menacés de sous-provisionnement : les individus préfèrent attendre qu'autrui investisse du temps et de l'argent dans sa production (la recherche) et sa diffusion (l'enseignement).

674. Le rôle des gouvernements. Il est évident que pour éviter le problème de sous-provisionnement des biens publics, le gouvernement doit activement promouvoir leur production¹²⁶³. Personne ne s'étonne du financement étatique de biens publics tels que le transport en commun, la défense nationale, la santé publique ou la protection de l'environnement. Il semble qu'il en est de même quand il s'agit du savoir, car la recherche et l'éducation sont (tant en France qu'en Allemagne) en grande partie financées par des fonds publics. Or ce constat — face au caractère mondial du bien public qu'est le savoir — se heurte à un obstacle qu'on peut baptiser « *l'absence de gouvernement mondial* ».

b. « Absence de gouvernement mondial »

675. Nécessité de coopération internationale. Comme le soulignent les partisans de la théorie des biens publics mondiaux¹²⁶⁴, le comportement de passager clandestin peut se manifester aussi à l'échelle des gouvernements. En effet, comme nous l'avons exposé précédemment, toute la communauté mondiale pourrait bénéficier des investissements dans certains secteurs, mais en l'absence d'un gouvernement mondial les gouvernements nationaux ne voient pas d'intérêt immédiat à agir. Cette rhétorique caractérise le discours pour la protection de l'environnement, mais le phénomène qu'elle décrit n'épargne pas la production et la diffusion du savoir. En effet, les gouvernements nationaux, surtout dans des pays moins riches, risquent de financer la recherche avec une certaine réticence. Les programmes européens de financement de la recherche (comme le Horizon 2020) visent à remédier à ce problème.

¹²⁶² R. HARDIN, The Free Rider Problem, [in :] E. N. ZALTA [dir.], *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), disponible sur <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹²⁶³ V. notamment P. A. SAMUELSON, *précité*.

¹²⁶⁴ V. notamment Ch. KINDLEBERGER, *précité*.

676. Danger pour la liberté de la recherche et de l'enseignement. L'analyse détaillée du financement de la recherche et de l'éducation dépasse le cadre de notre étude. Or pour éviter que nos propos ne soient mal interprétés, nous devons signaler que, bien que les découvertes et les inventions qui ont été financés par un État sont nombreuses (parmi celles-ci on compte notamment l'Internet¹²⁶⁵), le financement public de la recherche et de l'enseignement peut présenter un danger pour la liberté. Le gouvernement qui finance ces activités peut vouloir intervenir sur les directions que la recherche ou l'enseignement vont prendre, ce qui menacerait de disparition certaines disciplines ou théories moins « *attractives* ». La vision dans laquelle une hégémonie mondiale (ou même seulement européenne) impose ses valeurs (et sans doute aussi sa langue) dans les universités à travers le monde en fait frissonner plus d'un¹²⁶⁶. C'est sans doute aussi pour éviter qu'elle ne se réalise que les États ont choisi la stratégie de la marchandisation de l'information, pour attirer des investissements privés dans le secteur¹²⁶⁷.

2. La marchandisation de l'information et du savoir : « le basculement du savoir vers l'avoir »¹²⁶⁸

677. Marchandisation : un remède néolibéral. Sous la dénomination de « *marchandisation* » nous allons comprendre la « *mise sur le marché* » et la soumission aux règles du libre jeu de l'offre et de la demande¹²⁶⁹. L'économie néolibérale, dont la doctrine s'est exprimée notamment à travers le consensus de Washington¹²⁷⁰, semble voir dans la marchandis-

¹²⁶⁵ Sur le sujet v. notamment L. LESSIG, *The Future of Ideas...*, précité, pp. 44 et ss.

¹²⁶⁶ Même en absence d'une telle hégémonie, on s'offusque du « conditionnement à l'anglais » (v. Th. SALADIN, Conditionnement à l'anglais!, publié le 17 juin 2016 sur : <http://www.francophonie-avenir.com/fr/Info-breves/173-Conditionnement-a-l-anglais>, consulté le 13 décembre 2017 ; v. aussi : R. PHILLIPSON, *Linguistic Imperialism*, Oxford University Press 1992).

¹²⁶⁷ En ce sens, v. par ex. J. BOYLE, précité, p. 5.

¹²⁶⁸ L'expression de Michel Vivant : M. VIVANT, « Savoir et avoir », [in :] *La Mondialisation : entre illusion et utopie*, Archives de Philosophie du droit, t. 47, Dalloz, 2003, p. 333 et s.

¹²⁶⁹ La théorie du libre marché est bien sûr très riche ; parmi les ouvrages les plus classiques on compte : A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations : Selected Edition*, Oxford University Press 2008 ; F. A. HAYEK, *The Pure Theory of Capital*, University of Chicago Press, 1941 ; pour une polémique célèbre, v. J. M. KEYENS, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Palgrave Macmillan, 1936.

¹²⁷⁰ J. WILLIAMSON, What Washington Means by Policy Reform [in :] J. WILLIAMSON [dir.] *Latin American Readjustment : How Much has Happened*, Institute for International Economics, 1989.

ation (la privatisation et la libéralisation des échanges) un remède à de nombreux problèmes économiques. Comme le remarquent un auteur, « [u]ne fois constatée la valeur économique, la tendance irrésistible est à raisonner en termes de propriété (...). Elle s'explique peut-être par la fascination qu'exerce le droit de propriété, ce "lien magique entre l'être et l'avoir", certainement en tout cas par l'impérialisme du plus complet des droits réels »¹²⁷¹.

678. La justification économique de marchandisation par le droit de la propriété intellectuelle. Les pays de tradition de *droit d'auteur* préfèrent souligner l'aspect moral et naturaliste du monopole octroyé par la propriété intellectuelle ; les pays de tradition de *copyright* se concentrent plus sur son aspect économique¹²⁷². Il n'en demeure pas moins que le monopole, quelle que soit sa justification théorique, a une signification économique. L'objet d'un monopole conféré par le droit de propriété intellectuelle devient sur le plan économique un bien excluable. Immatériel par nature, il est forcément non-soustraitable (il ne se dégrade pas avec l'usage), ce qui le place dans la catégorie de « *biens de club* » (à laquelle appartiennent par exemple une autoroute payante ou une chaîne de télévision cryptée). Les « *biens de club* », contrairement aux biens publics, ne sont pas menacés par le sous-approvisionnement — la motivation d'en créer ne manque pas¹²⁷³, parce que le propriétaire peut en tirer profit (et exclure ceux qui ne payent pas le prix qu'il fixe). Le monopole conféré par la propriété intellectuelle permet donc, en théorie, d'amortir les dépenses nécessaires à la création d'un bien protégé (une oeuvre, une invention, mais aussi une base de données...) et dispense le gouvernement (ou des mécènes privés) de l'obligation de la financer. Dans ce modèle, le marché libre et la libre concurrence déterminent la valeur des biens intellectuels et le prix qui récom-

¹²⁷¹ A. LUCAS, [in :] A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Le droit de l'informatique*, 2ème éd., PUF, 2001, no. 472.

¹²⁷² E. M. SALZBERGER, *The Economic Analysis of the Public Domain*, [in :] L. GUIBAULT et P. B. HUGENHOLTZ, *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006.

¹²⁷³ Sur le rôle « motivant » du droit d'auteur, v. par ex. H. DEMSETZ, *Towards a Theory of Property Rights*, *Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association*, 57 (2) (mai 1967), pp. 347-360, qui explique : « *Consider the problems of copyright and patents. If a new idea is freely appropriable by all, if there exist communal rights to new ideas, incentives for developing such ideas will be lacking. The benefits derivable from these ideas will not be concentrated on their originators. If we extend some degree of private rights to the originators, these ideas will come forth at a more rapid pace* » [Considérons la problématique liée au droit d'auteur et au droit de brevets. Si chacun pouvait s'approprier librement une nouvelle idée, si des droits collectifs aux nouvelles idées existaient, il n'y aurait pas d'incitation à en créer. Les profits qui pourraient en être tirés n'appartiendraient pas aux auteurs/inventeurs. Si l'on étend un droit privatif à ces idées jusqu'à un certain degré, elles vont apparaître à une plus grande vitesse. — traduction PK].

pense les propriétaires¹²⁷⁴ (donc, du moins en théorie, les créateurs). Le modèle a, paraît-il, fait ses preuves pour promouvoir l'inventivité et la création culturelle. Les législateurs tentent donc d'étendre son champ d'application aux biens informationnels et par conséquent — au savoir. Ainsi, on assiste à la marchandisation (la privatisation, la réification) des données, des informations et du savoir.

679. La marchandisation de l'information. Dans la première partie nous avons exposé *in extenso* que les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques peuvent faire l'objet d'un droit privatif. Nous sommes arrivés au même constat que M. Geiger : « *les conditions d'accès à la protection ont été revues tellement à la baisse que, même si l'information n'est toujours pas proclamée objet de propriété en tant que tel, on n'en est souvent plus très loin* »¹²⁷⁵. Ce phénomène de marchandisation s'est beaucoup intensifié dans les dernières décennies, en réponse à l'apparition et à la banalisation des NTIC. L'importance du droit d'auteur à l'ère analogique était relativement limitée¹²⁷⁶, les moyens de reproduction et de diffusion des contenus n'étant pas facilement accessibles aux individus. Aujourd'hui, à l'ère numérique, l'utilisation des oeuvres consiste *de facto* en leur reproduction¹²⁷⁷. Toutefois, au lieu de libéraliser le droit de la propriété intellectuelle¹²⁷⁸, les législateurs choisissent beaucoup plus souvent la voie opposée, en s'inclinant devant l'argument que la baisse du coût de reproduction doit entraîner le renforcement des droits exclusifs¹²⁷⁹. Appliqué à l'information et au savoir, ce raisonnement a selon certains et selon nous un effet pervers. Comme l'écrit M. Geiger : « *[o]n assisterait à un étrange paradoxe : les droits de propriété intellectuelle, censés stimuler l'activité intellectuelle et inciter à la création, deviendraient des freins à l'innovation !* »¹²⁸⁰. En effet, la marchandisation de l'information ne facilite pas la

¹²⁷⁴ E. M. SALZBERGER, *précité*.

¹²⁷⁵ Ch. GEIGER, La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?, *Revue internationale de droit économique* 2006/4 (t. XX, 4.), pp. 389-432.

¹²⁷⁶ Comme l'illustre l'exemple brillant de M. Boyle, si dans les années 1950 quelqu'un nous avait donné un livre en criant : « Vite, commets un acte de contrefaçon ! », on n'aurait pas pu faire grand-chose [J. BOYLE, *The Public Domain, précité*, p. 50].

¹²⁷⁷ Cf. *supra* no. 187.

¹²⁷⁸ Une certaine tendance vers la libéralisation peut toutefois être observée dans la jurisprudence de la CJUE, v. *supra* no. 626, par ex. les arrêts CJUE 13 févr. 2014, C-466/12 (*Svensson*) et CJUE, 5 juin 2014, C-360/13 (*Meltwater*).

¹²⁷⁹ Cf. J. BOYLE, *The Public Domain, précité*, p. 60-61.

¹²⁸⁰ Ch. GEIGER, La privatisation..., *précité*.

création de nouveaux biens informationnels, car elle limite l'accès aux matières premières — les informations brutes¹²⁸¹. Ainsi, un auteur américain a été amené à dire que nous assisterons au deuxième mouvement d'*enclosures*¹²⁸², analogue à celui qu'a connu l'Angleterre à l'époque de la révolution industrielle et qui consistait à cloisonner les champs communs¹²⁸³. La métaphore est puissante ; en effet, contrairement à la première vague des *enclosures* qui fut un succès du point de vue économique¹²⁸⁴, cette deuxième vague de privatisation de l'information peut avoir des effets néfastes, en particulier sur l'éducation et la recherche.

680. Exemples. Parmi les exemples qui illustrent la tendance législative mondiale à rétrécir le domaine public¹²⁸⁵ on compte notamment la création (rappelons : par la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996) d'un droit *sui generis* des producteurs de bases de données¹²⁸⁶, mais la liste ne s'arrête pas ici. On peut indiquer également l'extension de la durée de protection par le droit d'auteur (a), les controverses sur la brevetabilité du vivant (b) et la consécration des mesures techniques de protection des oeuvres (c).

a. L'extension de la durée du droit d'auteur

681. La durée du droit d'auteur — un choix économique. Si l'existence même du droit d'auteur peut se justifier sur le plan moral ou celui de droits fondamentaux, la durée de protection est un choix purement économique qui doit établir l'équilibre entre l'intérêt des titulaires de droits et celui du public¹²⁸⁷. Aujourd'hui, tant dans l'Union Européenne qu'aux États-Unis, le droit d'auteur s'éteint soixante-dix ans après la mort de l'auteur, ce qui corre-

¹²⁸¹ Sur l'impossibilité d'atteindre l'efficacité informationnelle des marchés, v. notamment : S. J. GROSSMAN, J. E. STIGLITZ, On the Impossibility of Informationally Efficient Markets, *American Economic Review*, vol. 70, no. 3 (juin 1980), pp. 393-408.

¹²⁸² J. BOYLE, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1 (hiver/printemps 2003), pp. 33-74.

¹²⁸³ Sur le plan juridique, le mouvement a été marqué notamment par l'*Inclosure Act* de 1773 et le *General Inclosure Act* de 1801. V. aussi : P. VERLEY, *La Révolution industrielle*, Folio 1985.

¹²⁸⁴ J. BOYLE, The Public Domain, *précité*, p. 44.

¹²⁸⁵ V. *infra* no. 701 et ss.

¹²⁸⁶ Pour une forte opposition contre l'introduction d'un droit similaire aux États-Unis, v. J. H. REICHMANN et P. F. UHLIR, A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1/2 (hiver/printemps 2003), pp. 315-462.

¹²⁸⁷ J. BOYLE, The Public Domain, *précité*, p. 229.

pond à peu près aux deux générations qui le suivent. En droit français, rappelons-le, cette durée ne concerne que les droits patrimoniaux, car les droits moraux sont imprescriptibles¹²⁸⁸. On observe une tendance à étendre cette durée¹²⁸⁹ ; dans l'Union Européenne, elle a été exprimé par la Directive 93/98/CEE du 23 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (i) ; aux États-Unis, elle est encore plus évidente (ii). La doctrine étasunienne récente a même formulé une proposition de rendre le droit d'auteur perpétuel¹²⁹⁰. Or il est essentiel de se rendre compte que chaque extension de la durée des droits exclusifs réduit considérablement le domaine public et contribue à l'augmentation du nombre des oeuvres orphelines¹²⁹¹.

i) La Directive 93/98/CEE du 23 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins

682. Objectif d'harmonisation. Les disparités existant entre les législations nationales en matière de durée du droit d'auteur ont motivé le législateur européen à adopter un texte d'harmonisation afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁹². La durée du droit d'auteur fixée par ce texte (désormais codifié dans la Directive 2006/116/EC) est de soixante-dix ans après la mort de l'auteur, ce qui correspondait à la durée de protection la plus longue en vigueur dans les États membres au moment de l'adoption de la Directive¹²⁹³. Or la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques fixe le minimum conventionnel à 50 ans *post mortem auctoris*¹²⁹⁴. L'harmonisation au niveau communautaire s'est donc faite par le haut.

¹²⁸⁸ L'art. L. 121-1 al. 3 du CPI, v. *supra* no. 204.

¹²⁸⁹ R. PLAISANT, La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, [in :] *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, pp. 35 et ss.

¹²⁹⁰ R. A. POSNER, W. M. LANDES, Indefinitely Renewable Copyright... *précités*.

¹²⁹¹ V. *supra* no. 248 et ss.

¹²⁹² Considérant 2 de la Directive 93/98/CEE.

¹²⁹³ C. CARON, Droit d'auteur et droits voisins, *précité*, no. 341, p. 312.

¹²⁹⁴ Art. 7(1) ; v. aussi l'art 12 des Accords ADPIC.

683. Effet en droit français. Au moment de l'adoption de la Directive 93/98/CEE la durée du droit d'auteur en droit français était de cinquante ans après la mort de l'auteur¹²⁹⁵, sauf dans le cas des oeuvres musicales, où elle était fixée (étonnamment¹²⁹⁶) à soixante-dix ans *post mortem auctoris* depuis la loi du 3 juillet 1985 ; la même loi a aussi fixé la durée de protection des logiciels à 25 ans à compter de leur création. La loi du 27 mars 1997 transposant la Directive a porté ce délai à soixante-dix ans suivant le décès de l'auteur¹²⁹⁷.

684. Absence d'effet en droit allemand. Depuis son adoption en 1965, la UrhG fixe la durée du droit d'auteur à soixante-dix ans *post mortem auctoris*¹²⁹⁸ ; la loi allemande était donc conforme à la Directive 93/98/CEE. Or en Allemagne aussi on observe — d'une perspective plus large — une tendance à étendre ce délai, qui au début du XXème siècle était de trente ans *post mortem auctoris*¹²⁹⁹, puis (depuis 1934¹³⁰⁰) de cinquante ans *post mortem auctoris*.

ii) L'extension de la durée du droit d'auteur aux États-Unis

685. Changements dynamiques et unidirectionnels. Aux États-Unis, la durée du *copyright* a fait l'objet de changements dynamiques : elle est passée de 14 ans à compter de la création de l'oeuvre (renouvelable une fois)¹³⁰¹ par 28 ans à compter de la création (également renouvelable une fois) au début du XXème siècle¹³⁰², à 50 ans *post mortem auctoris*¹³⁰³, pour

¹²⁹⁵ Depuis la loi du 14 juillet 1866.

¹²⁹⁶ C. COLOMBET, L'enigme de l'article 21 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957 modifiée par la loi du 3 juillet 1985, D. 1987, chron. p. 145.

¹²⁹⁷ Art. L. 123-1 du CPI.

¹²⁹⁸ Art. 64 de la UrhG.

¹²⁹⁹ Art. 25 de la KUG, et l'art. 29 de la LUG dans leur rédaction initiale.

¹³⁰⁰ *Gesetz zur Verlängerung der Schutzfristen im Urheberrecht* du 13 décembre 1934 (RGBl. II S. 1395).

¹³⁰¹ Section 1 du *Copyright Act* 1790.

¹³⁰² Section 23 du *Copyright Act* 1909.

¹³⁰³ Section 302 du *Copyright Act* 1976 dans sa rédaction initiale.

être portée en 1998¹³⁰⁴ à 70 ans *post mortem auctoris*. Cette tendance est souvent critiquée dans la doctrine étasunienne¹³⁰⁵, mais des voix contraires sont aussi présentes¹³⁰⁶.

b. La brevetabilité du vivant (*Biopatent*) — un sujet controversé

686. Question complexe. La question de la brevetabilité du vivant (« *le vivant* » couvrant les matières biologiques d'origine végétale, animale et humaine) ne peut pas être traitée dans toute sa complexité dans cette étude. Nous allons nous borner à signaler l'existence de cette problématique, sans l'analyser sur le plan éthique, mais uniquement pour démontrer l'extension du domaine brevetable durant ces dernières décennies.

687. La Directive 98/44/CE. Le 6 juillet 1998, le Parlement Européen et le Conseil ont adopté la Directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. L'une des motivations pour adopter ce texte étaient les divergences existant dans le domaine de la protection des inventions biotechnologiques entre les législations et pratiques des différents États membres¹³⁰⁷, qui étaient de nature à faire obstacle au fonctionnement du marché commun¹³⁰⁸. En effet, la France par exemple avait depuis quelques années adopté la loi sur la bioéthique, qui excluait la brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Le texte national visait en particulier « *le corps humain, ses éléments, ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain, en tant que tels* »¹³⁰⁹. L'article 5(2) de la Directive 98/44/CE semblait aller à l'encon-

¹³⁰⁴ Par le *Copyright Term Extension Act (Sonny Bono Act)* 1998.

¹³⁰⁵ V. par ex. P. SAMUELSON, Mapping the Digital Public Domain : Threats and Opportunities, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1/2 (hiver/printemps 2003), pp. 147-171.

¹³⁰⁶ V. par ex. R. A. POSNER, W. M. LANDES, Indefinitely Renewable..., *précité* (proposant un *copyright* perpétuel) ou encore R. P. WAGNER, Information Wants to be Free : Intellectual Property and the Mythologies of Control, *Columbia Law Review*, vol. 103, no. 4 (mai 2003), p. 995-1034.

¹³⁰⁷ V. notamment : Office européen des brevets (OEB), 8 déc. 1994, EPO 6/1995 388 (*Howard Florey c/ Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament ; Lannoye*), D. 1996, p. 44, note J.-Ch. Galloux, admettant la brevetabilité de fragments d'ADN humain. Mais le débat est bien plus ancien ; en 1873 que Louis Pasteur a obtenu un brevet français portant sur une levure isolée (v. B. ORES, F. PARIS et L. VIAL, La brevetabilité du vivant, article sur le site du Compagnie Nationale des Conseils en Propriété industrielle (CNCPI) : http://www.cncpi.fr/fckupload/File/ESPACE%20PRESSE%20texte/2015_12_CNCPI_Article%20La%20brevetabilite%20du%20vivant_BOres%20-%20FParis%20-%20LVial.pdf, consulté le 13 décembre 2017) ; en Allemagne, la Cour fédérale (BGH, 27 mars 1969, X ZB 15/67, GRUR 1969, 672, *Rote Taube*) a admis la brevetabilité d'un procédé permettant d'obtenir un pigeon rouge, mais pas le pigeon lui-même.

¹³⁰⁸ Considérant 5 de la Directive 98/44/CE.

¹³⁰⁹ Art. 7 de la loi no. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, modifiant l'art. L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle.

tre de ce principe, en disposant qu'un « *élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel* ».

688. La résistance des États membres. La transposition de ce texte, initialement prévue avant le 30 juillet 2000, s'est heurtée à une forte résistance des États membres : les Pays-Bas, soutenus par l'Italie et la Norvège, ont intenté un recours en annulation de la Directive, au motif notamment de la violation prétendue du droit fondamental au respect de la dignité de la personne humaine. La CJCE a rejeté la demande en 2001¹³¹⁰, en soulignant que la Directive ne consacre pas la brevetabilité du corps humain en tant que tel, mais uniquement des inventions qui associent un élément du corps humain à un procédé technique permettant de l'isoler ou de le produire en vue d'une application industrielle¹³¹¹.

689. Transposition tardive. Malgré la décision de la CJUE, tant la France¹³¹² que l'Allemagne¹³¹³ ont transposé la Directive 98/44/CE très tardivement : en 2004 et 2005 respectivement. Tant le CPI que le *Patentgesetz* (PatG) ont dû être modifiés pour être conformes aux règles européennes ; le domaine brevetable a donc été étendu. Les règles de la Directive 98/44/CE ont aussi été incorporées dans la Convention sur le brevet européen¹³¹⁴.

690. Aux États-Unis : le libéralisme initial et un recul récent. Le droit étasunien des brevets étant très libéral quant à la notion d'invention brevetable, les brevets portant sur les matières biologiques ont longtemps été admis¹³¹⁵. En 1990 notamment, la Cour suprême de Californie a admis dans l'affaire *Moore v. Regents of University of California*, qu'un patient n'avait aucun droit de propriété sur les cellules qui lui ont été prélevés, et qu'il n'a pas le droit de participer aux revenus générés par un brevet portant sur une invention qui a été développée

¹³¹⁰ CJCE, 9 oct. 2001, C-377/98 (*Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*).

¹³¹¹ *Idem*, no. 72.

¹³¹² Lois de transposition : loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques.

¹³¹³ Loi de transposition : *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen* 21 janvier 2005.

¹³¹⁴ L'acte de l'OEB portant révision de la Convention sur le brevet européen en date du 29 novembre 2000.

¹³¹⁵ L'adrénaline isolée a été jugée brevetable en 1911 : *Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co.*, 189 F. 95 (C.C.S.D.N.Y. 1911).

sur la base de ces cellules¹³¹⁶. Dans les dernières années, cependant, on observe aux États-Unis une tendance à restreindre la brevetabilité du vivant. Le *Leahy-Smith America Invents Act* de 2011 exclut dans son article 33 les brevets portant sur le corps humain. En 2013, la Cour suprême a jugé que les séquences ADN existant naturellement, même isolées du corps humain, ne sont pas brevetables, mais les séquences ADN créées artificiellement le sont¹³¹⁷.

c. La reconnaissance des mesures techniques de protection et le nouveau droit exclusif d'accès aux oeuvres

691. « *La réponse à la machine* ». L'idée selon laquelle des changements dans l'architecture des réseaux peuvent être plus efficaces que les changements législatifs pour permettre aux titulaires de droits d'exercer un plus grand contrôle sur les oeuvres est apparu à la fin du vingtième siècle, notamment dans un célèbre article de Lawrence Lessig « *Code is law* »¹³¹⁸. L'adage « *la réponse à la machine est dans la machine* »¹³¹⁹ était formulé par un éditeur britannique Charles Clark à la même période. En effet, les mesures techniques de protection (appelées aussi *digital rights management* (DRM), ou en français *gestion numérique des droits*, en allemand : *Digitale Rechteverwaltung*) permettent aux titulaires des droits exclusifs sur des contenus numériques d'y interdire ou restreindre l'accès aux non-abonnés¹³²⁰. Cette technologie est utilisée par exemple dans les DVD dont la lecture peut être restreinte à un territoire (zone géographique), ce qui permet au distributeurs de varier les prix, les contenus (qui peuvent être ajoutés ou supprimés) ou encore les dates de sortie¹³²¹.

¹³¹⁶ 51 Cal. 3d 120 ; 271 Cal. Rptr. 146 ; 793 P.2d 479.

¹³¹⁷ Affaire *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.* (133 S.Ct. 2107, 13 juin 2013).

¹³¹⁸ Dont la nouvelle version est intégrée dans : L. LESSIG, *Code version 2.0*, Basic Books 2006, p. 1-8 ; v. aussi L. LESSIG, *The Future of Ideas*, précité.

¹³¹⁹ Ch. CLARK, *The Answer to the Machine is in the Machine* [in :] P. B. HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kulwer Law International 1996, pp. 139 et ss.

¹³²⁰ S. DUSSOLIER, *Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux oeuvres en droit européen* [in :] A. STROWEL et S. DUSSOLIER, *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux oeuvres?*, Bruylant 2000, pp. 25 et ss.

¹³²¹ J. BOYLE, *The Public Domain*, précité, p. 89.

692. Solution imposée par un texte international. Il est vrai que « [l]a répression pénale du vol n'a pas empêché le développement néanmoins naturel des serrures »¹³²², mais l'envers est d'autant plus vrai : pour que les dispositifs de protection puissent être vraiment efficaces, il faut que leur contournement soit proscrit par la loi. En 1995, la protection des DRM a été mentionnée de façon plutôt anodine dans le livre vert sur le droit d'auteur dans la société de l'information¹³²³, mais c'est le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 qui l'a consacrée pour la première fois. L'article 11 du texte oblige les parties contractantes (au nombre de quatre-vingt-quatorze¹³²⁴, dont évidemment la France, l'Allemagne et l'Union Européenne) de prévoir « *une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits (...) et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ».

693. L'article 6 de la Directive 2001/29/CE. La solution a été reprise par la Directive 2001/29/CE ; le texte européen va en réalité beaucoup plus loin que le Traité de l'OMPI en imposant aux États membres de sanctionner aussi la production et la distribution des dispositifs destinés au contournement des DRM¹³²⁵. La plus grande controverse concerne la question de la relation entre les DRM et les exceptions au droit d'auteur. On peut penser dans un premier temps que, puisque le titulaire des droits ne peut pas interdire des actes couverts par des exceptions, il ne peut pas bénéficier de la protection juridique des mesures techniques qui rendent de tels actes impossibles. Or la solution est plus complexe, car l'article 6(4) de la Directive fait un distinguo entre les exceptions : face aux DRMs, certaines¹³²⁶ sont plus fortes que d'autres. Dans tous les cas, l'accès licite à l'oeuvre est une condition d'exercice des exceptions ; ainsi, on ne peut accomplir les actes permis par exemple par l'exception péda-

¹³²² A. LATREILLE et Th. MAILLARD, Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information, D. 2006, p. 2171.

¹³²³ Livre vert de la Commission européenne du 27 juillet 1995 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information COM(95) 382 final

¹³²⁴ La liste est disponible sur : http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16, consulté le 13 décembre 2017.

¹³²⁵ L'art. 6(2) de la Directive 2001/29/CE.

¹³²⁶ Celles des art. 5(2) a), c) [l'exception pour les bibliothèques], d), e) et 5(3) a) [l'exception à des fins d'enseignement et de recherche], b), e). Quant à l'exception de copie privée (l'art. 5(2) b)), les États membres sont libres de choisir de lui accorder un caractère « fort » ou « faible » face aux DRMs.

gogique — même si les DRM visent à l'empêcher — que si ces DRM ne nous verrouillent pas l'accès à l'oeuvre¹³²⁷.

694. La transposition divergente entre la France et l'Allemagne. En France, la protection des DRM a été introduite par la loi du 1 août 2006¹³²⁸, puis reformée notamment par la loi du 12 juin 2009¹³²⁹. Les règles en cause se retrouvent désormais dans les articles L. 331-5 à L. 331-11 du CPI. Un rôle spécial concernant la mise en oeuvre de la protection des DRM est confié à la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (*Hadopi*). C'est elle qui veille notamment à ce que les mesures techniques de protection n'aient pas pour effet de priver les bénéficiaires de certaines exceptions (y compris l'exception à des fins d'enseignement et de recherche, mais pas la nouvelle exception à des fins de *data mining*)¹³³⁰. En droit allemand, l'article 6 de la Directive 2001/29/CE a été transposé par les articles 95a et 95b de la UrhG, introduits par la loi du 10 septembre 2003¹³³¹. Il convient de remarquer que, contrairement à la solution adoptée en France, l'article 95b de la UrhG oblige les titulaires des droits à ne pas priver les utilisateurs ayant un accès licite aux oeuvres du bénéfice de certaines exceptions (y compris les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche). On y voit la tentative du législateur allemand de protéger — dans les limites posées par le texte européen — le domaine public.

¹³²⁷ Sur le sujet v. S. DUSOLLIER, Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : un délicat compromis, *Légicom* no. 25 (2/2001), pp. 75 et ss.

¹³²⁸ Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹³²⁹ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite « loi Hadopi ».

¹³³⁰ L'art. L. 331-31, 2° ; pour une analyse approfondie de la relation entre les exceptions et les mesures techniques de protection en droit français, v. M. DIENG, *Exceptions du droit d'auteur et mesures techniques de protection*, thèse Paris II, 2012, dir. J. Passa.

¹³³¹ *Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, 10 sept. 2003 (BGBl. I p. 1774).

695. Silence relatif des tribunaux. Nous remarquons que les tribunaux français¹³³² et (à un moindre degré) allemands¹³³³ n'ont pas été souvent sollicités au sujet des DRM¹³³⁴, ce qui laisse penser qu'elles sont soit peu utilisées, soit peu efficaces. En tout cas, leur impact semble moins important qu'on aurait pu le craindre.

696. Limites. Nous soulignons que les DRM bénéficient de protection juridique uniquement si elles visent à restreindre les actes qui relèvent du monopole des titulaires des droits. Ainsi, si l'oeuvre est dans le domaine public, la protection des DRM ne s'applique plus. En ce sens, les DRM ne confèrent pas de nouveaux droits aux titulaires, mais elles permettent uniquement d'exercer les droits exclusifs de manière plus efficace. Ce principe a été mis en avant par la CJUE dans l'affaire *Nintendo*¹³³⁵. La Cour a souligné que pour pouvoir bénéficier de la protection accordée par l'article 6 de la Directive 2001/29/CE, les mesures techniques doivent être appropriées à la réalisation de leurs objectifs légitimes et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin¹³³⁶. La CJUE a également rappelé que, comme le prévoit le considérant 48 de la Directive 2001/29/CE, les DRM doivent respecter le principe de proportionnalité.

697. Nouveau droit exclusif : l'accès? Toutefois, certains auteurs n'ont pas hésité à dire que les mesures techniques de protection confèrent un nouveau droit exclusif : un droit d'accès¹³³⁷, c'est-à-dire un droit d'interdire l'accès à l'oeuvre. Déjà en 1967 Harold Demsetz avait prévu que de nouveaux droits exclusifs allaient apparaître en réponse au progrès tech-

¹³³² Par ex. TGI Nîmes, 28 juin 2013, *Blogmusik, Sacem et autres / Jérôme G*, legalis.net ; CA Paris, 26 septembre 2011, *Nintendo / Absolute Games, Divineo et autres*, legalis.net ; Cass 1ère civ., 28 février 2006, 05-15.824 et 05-16.002, « *Mulholland Drive* ».

¹³³³ Par ex. LG München, 14 oct. 2009, 21 O 22196/08, I ZUM-RD 2010, 159 ; BGH 17 juillet 2008, I ZR 219/05, GRUR 2008, 996 Tz 19 (*Clone-CD*) ; BGH 14 oct. 2010, I ZR 191/08, GRUR 2011, 513 (*AnyDVD*) ; BGH, 29 avr. 2010, I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 (*Session-ID*).

¹³³⁴ De surcroît, il nous semble que la plupart de cas concerne non pas un acte de contournement isolé, mais plutôt la fourniture des moyens pour contourner les DRMs.

¹³³⁵ CJUE, 23 janv. 2014, C-355/12 (*Nintendo Co. Ltd et autres contre PC Box Srl et 9Net Srl*).

¹³³⁶ *Idem*, no. 31.

¹³³⁷ V. surtout : S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larquier, 2ème éd. 2007, pp. 144 et ss. ; aussi : Z. EFRONI, *Access-right : The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press 2011.

nologique¹³³⁸. Ceci est d'autant plus étonnant que l'un des objectifs associés traditionnellement avec le droit d'auteur est de faciliter l'accès aux oeuvres...¹³³⁹

698. Aux États-Unis : doutes sur la constitutionnalité. En droit étasunien, la protection des DRM est consacrée par les sections 1201 et suivantes du Copyright Act (17 U.S.C.), inséré par le *Digital Millenium Copyright Act* du 28 octobre 1998. Certaines dérogations ont été prévues au profit des bibliothèques et des établissements d'enseignement¹³⁴⁰. Il convient de remarquer que la protection des DRMs est fortement critiquée outre-Atlantique¹³⁴¹. Le *Copyright Office* a même été amené en 2015 à lancer une procédure de consultation publique (*public study*) en la matière. En 2016, l'*Electronic Frontier Foundation* a intenté une action en justice pour contester la compatibilité des règles sur les DRMs avec le premier amendement à la Constitution des États-Unis (concernant la liberté d'expression)¹³⁴².

B. La résistance contre la marchandisation de l'information et du savoir

699. Double réaction. L'intensification perçue de la marchandisation de l'information a provoqué un contre-mouvement significatif. Deux courants, souvent complémentaires, peuvent être observés dans la pratique ainsi que dans la doctrine du début du XXIème siècle. L'un, chronologiquement premier, se concentre sur la défense du domaine public (1) ; l'autre prône la culture des communs créés par contrats (2). Les deux mouvements ont leurs militants, leurs grands théoriciens et leurs vocabulaires propres. Nous allons les présenter ci-dessous.

¹³³⁸ H. DEMSETZ, *précité*, p. 350.

¹³³⁹ Ch. GEIGER, *La privatisation...*, *précité*.

¹³⁴⁰ Section 1201(d) du Copyright Act (17 U. S. C.).

¹³⁴¹ V. spéc. : P. SAMUELSON, DRM {and, or, vs.} the Law, *Communications of the ACM*, vol. 46, no. 4 (avril 2003), p. 41-45 ; P. SAMUELSON, Intellectual Property and the Digital Economy : Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised?, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14 (1999), pp. 519-534 ; v. aussi : J. BOYLE, The Public Domain, *précité*, pp. 83 et ss.

¹³⁴² D. D. C. (US District Court for the District of Columbia), Case 1 :16-cv-01492 introduit le 21 juillet 2016.

1. La défense du domaine public

700. Intensification des travaux dans la doctrine. Depuis le célèbre article de David Lange¹³⁴³, professeur de droit à la *Duke University*, les travaux de la doctrine concernant le domaine public se sont considérablement intensifiés d'abord aux États-Unis¹³⁴⁴, puis en Europe¹³⁴⁵. Au XXI^{ème} siècle, d'excellents ouvrages y ont été consacrés tant en France¹³⁴⁶ qu'en Allemagne¹³⁴⁷. Pour bien cerner l'importance de ce phénomène, il convient de se pencher d'abord sur la notion même du domaine public (a), pour voir ensuite son impact sur la législation et la pratique (b).

a. La notion du domaine public

701. Genèse de la dénomination. L'appellation française « *domaine public* » désignant l'absence de protection par un droit de propriété intellectuelle (et en particulier par le droit d'auteur) a fait une carrière internationale. Grâce à la Convention de Berne qui l'employait déjà dans sa rédaction originale de 1886, à travers l'anglais (*public domain*)¹³⁴⁸, cette expression a été empruntée dans plusieurs autres langues. Il est donc d'autant plus intéressant de se rendre compte qu'elle est en quelque sorte erronée. Tout d'abord, il faut clairement distinguer le domaine public en droit d'auteur du domaine public régi par les articles 538 à 540 du Code civil. Ce dernier signifie « *les biens qui, appartenant à une personne publique, sont affectés à l'usage du public* »¹³⁴⁹. L'utilisation du même terme en droit d'auteur puise ses origines dans le décret relatif aux spectacles du 19 janvier 1791 dont l'article 2 disposait que

¹³⁴³ D. LANGE, *Recognising the Public Domain*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, no. 4 (automne 1981), pp. 147 et ss.

¹³⁴⁴ par ex. : J. LITMAN, *The Public Domain*, *Emory Law Journal*, vol. 39, no. 4 (automne 1990), pp. 965 et ss. ; Y. BENKLER, *Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, *New York University Law Review*, vol. 74, no. 2 (mai 1999), pp. 354 et ss. ; P. SAMUELSON, *Mapping the Digital Public Domain : Threats and Opportunities*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1/2 (hiver/printemps 2003), p. 147 et ss. ; J. BOYLE, *The Public Domain*, *précité* ; R. P. WAGNER, *Information Wants to be Free...*, *précité*.

¹³⁴⁵ L. GUIBAULT, P. B. HUGENHOLTZ [dir.], *précités* ; Ch. WAELDE et H. MACQUEEN [dir.], *The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar 2007.

¹³⁴⁶ S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec 2002.

¹³⁴⁷ A. PEUKERT, *Die Gemeinfreiheit : Begriff, Funktion, Dogmatik*, Mohr Siebeck 2012

¹³⁴⁸ J. LITMAN, *précitée* ; J. BOYLE, *Second Enclosure Movement...*, *précité*.

¹³⁴⁹ Définition du « domaine public » [in :] G. CORNU [éd], *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd. PUF 2016.

« les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus sont une propriété publique et peuvent (...) être représentés sur tous les théâtres indistinctement ». Mme Choisy¹³⁵⁰ explique que déjà au moment de l'adoption de ce décret l'utilisation du terme « *domaine public* » pour désigner les oeuvres non-protégées était incorrecte. En effet, en droit des biens français l'expression « *propriété publique* » est synonyme de « *domaine national* » et signifie les biens qui appartiennent à la Nation. Or les oeuvres dont la durée de protection avait expiré n'étaient pas — et ne sont pas aujourd'hui — la propriété de la Nation¹³⁵¹. Au contraire, les oeuvres tombées dans le domaine public s'apparentent plutôt aux choses communes de l'article 714 du Code civil¹³⁵². L'expression « *propriété publique* » employée par le décret de 1791 était sans doute un fruit de la pensée marquée par l'Ancien régime, quand l'idée selon laquelle après l'expiration du privilège l'oeuvre devenait une propriété du roi était présente¹³⁵³. L'appellation « *domaine commun* », préférée par certains¹³⁵⁴, est sans doute plus correcte ; nous remarquons que le mot allemand utilisé pour désigner le domaine public (*Gemeinfreiheit*) peut aussi être traduit ainsi (ou littéralement : « *liberté commune* »). Nous allons toutefois retenir dans cette étude l'expression classique « *domaine public* ».

702. Signification : acception étroite dans la doctrine française. Mme Choisy définit le domaine public comme « *toutes les créations antérieurement protégées ou qui auraient pu l'être, dont l'exploitation libre et gratuite, à l'expiration d'un certain délai (et exceptionnellement à la suite d'une renonciation de l'auteur) est absolue, obligatoire, et non susceptible en principe d'appropriation par un droit de même nature* »¹³⁵⁵. Ainsi, pour l'auteur le domaine public couvre essentiellement les oeuvres anciennement protégées dont le délai de protection a expiré. Compris d'une telle manière, le domaine public se distingue du « *fonds commun* », composé des éléments qui ne remplissent pas les critères de protection par

¹³⁵⁰ S. CHOISY, *précitée*, pp. 23 (no. 29) et ss., spéc. p. 31 (no. 43)

¹³⁵¹ Même si l'art. L. 121-3 du CPI désigne le ministre chargé de la Culture comme un des gardiens du droit moral des auteurs morts.

¹³⁵² S. CHOISY, *précitée*, pp. 57 (no. 103) et ss. ; M.-A. CHARDEAUX, *Choses communes*, Bibliothèque de droit privé tome 464, LGDJ 2006, p. 230 (no. 194) et ss.

¹³⁵³ S. CHOISY, *précitée*, pp. 27-28 (no. 36-38).

¹³⁵⁴ V. *infra* no. 715 et ss.

¹³⁵⁵ *Idem*, p. 176 (no. 377).

le droit d'auteur¹³⁵⁶. La distinction (même si elle est parfois oubliée...)¹³⁵⁷ est bien utile, surtout en droit français, où les droits moraux perpétuels continuent à protéger les oeuvres tombées dans le domaine public, mais sont absents *ab initio* dans le « *fonds commun* ». Or quand on évoque la « *défense du domaine public* » on a à l'esprit l'autre acception de la notion, plus large, caractéristique de la doctrine étasunienne.

703. Signification : acception large. Il est étonnant qu'outre-Atlantique les auteurs aient longtemps parlé du domaine public comme d'une partie immanente du système de *copyright*, sans pour autant lui accorder sa propre définition. Tel est notamment le cas de l'article fondateur de David Lange qui semble l'utiliser comme un simple antonyme de protection juridique (par le *copyright*, mais aussi, en l'espèce, par le droit à l'image et de la personnalité [*publicity rights*])¹³⁵⁸. Pour Jessica Litman, le domaine public comporte les oeuvres non-protégées par le *copyright*, mais aussi des éléments des oeuvres protégées qui échappent à la protection (les idées, les méthodes, les formes fonctionnelles¹³⁵⁹) et qui sont indispensables pour favoriser les créations futures¹³⁶⁰. Pamela Samuelson, quant à elle, met en avant l'hétérogénéité de la notion en élaborant la « *carte du domaine public* » composée des divers éléments d'une importance variée¹³⁶¹. Yochai Benkler critique la définition classique du domaine public pour son caractère objectif : pour lui, il conviendrait mieux d'adopter le point de vue de l'utilisateur et de définir le domaine public comme les actes dont l'accomplissement ne nécessite pas l'autorisation des titulaires des droits¹³⁶². Dans cette approche subjective, par exemple la citation d'un extrait d'une oeuvre protégée à des fins d'enseignement (un cas typique de *fair use*) relève du domaine public¹³⁶³. La perspective est bien tentante : en Europe,

¹³⁵⁶ Sur la distinction, v. *idem*, pp. 150 (no. 309) et ss.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ D. LANGE, *Recognising...*, précité.

¹³⁵⁹ Selon la *merger doctrine* — cf. *supra* no. 104.

¹³⁶⁰ J. LITMAN, *The Public Domain...*, précitée

¹³⁶¹ P. SAMUELSON, *Mapping...*, précitée

¹³⁶² Y. BENKLER, *Free as the Air...*, précité

¹³⁶³ Il convient de souligner que Y. Benkler apporte une nuance importante à sa définition : seuls les « cas typiques » (*easy cases*) doivent être ainsi qualifiés — si l'applicabilité du *fair use* est incertaine jusqu'au moment où le juge tranche le conflit, un tel acte n'est pas dans le domaine public.

une approche similaire a été proposée par Ronan Deazley¹³⁶⁴. Force est de constater que c'est cette vision du domaine public qu'on a à l'esprit quand on parle de la défense de ce domaine.

704. Domaine public en tant que bien public. Quelque approche qu'on adopte, force est de constater que du point de vue macroéconomique, le domaine commun est un bien public¹³⁶⁵, car il est à la fois non-rival (puisque'il est constitué des biens immatériels) et non-excluible (puisque l'usage des oeuvres tombées dans le domaine commun est libre, égal et gratuit). De surcroît, le domaine public facilite la création et alimente d'autres biens publics¹³⁶⁶, comme notamment le savoir, mais aussi la culture ou la libre expression.

705. Limites de la liberté : la responsabilité civile et les lois de police. Le libre usage du domaine public n'est pas, nous tenons à le souligner, totalement sans limites. Même ceux qui postulent l'élargissement du domaine public ne veulent pas le laisser sans aucune protection contre les usagers malhonnêtes. La responsabilité civile, en particulier les règles relatives au parasitisme ou à la concurrence déloyale continuent à s'appliquer¹³⁶⁷. En droit français, si l'on s'accorde que le domaine public (dans son acception large) est une chose commune, selon l'article 714 du Code civil son usage est régi par les « *lois de police* ». Les règles de la responsabilité civile, mais aussi (en droit d'auteur français) les droits moraux perpétuels, peuvent être analysés comme des exemples de telles « *lois de police* ».

b. Les stratégies de défense du domaine public

706. Introduction. Les « *défenseurs du domaine public* » trouvent que le délicat équilibre¹³⁶⁸ entre le domaine public et le « *domaine privé* » (ce qui est protégé par le droit d'auteur) est perturbé et qu'il est indispensable de le repenser. Un manifeste pour la défense du domaine public a même été rédigé et signé par des représentants de la doctrine du droit

¹³⁶⁴ R. DEAZLEY, Copyright's public domain [in :] Ch. WAELDE et H. MACQUEEN [dir.] *The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar 2007, pp. 21 et ss.

¹³⁶⁵ Voilà encore une bonne raison pour retenir l'appellation « domaine public » plutôt que « domaine commun » dans notre étude.

¹³⁶⁶ J. BOYLE, *The Public Domain*, précité, pp. 40-41 : « *The public domain is not some gummy residue left behind when all the good stuff has been covered by property law. The public domain is the place we quarry the building blocks of our culture. It is, in fact, the majority of our culture.* »

¹³⁶⁷ V. notamment : M. VIVANT, *La privatisation...*, précité.

¹³⁶⁸ Car, comme nous l'avons déjà souligné, c'est le domaine public qui alimente le domaine privé ! ; *contra* : v. R. P. WAGNER, *Information wants to be free...*, précité.

d'auteur¹³⁶⁹. Les actions en faveur du domaine public peuvent consister à souligner son caractère « positif » (en ne parlant pas uniquement des droits des auteurs, mais aussi des droits des utilisateurs et du public¹³⁷⁰), à l'agrandir en créant de nouvelles exceptions ou en redéfinissant les droits exclusifs. La première partie de notre étude, et en particulier son dernier chapitre, a été consacrée à la défense du domaine public en faveur des e-Universités ; nous y avons postulé l'introduction d'une nouvelle limitation des droits exclusifs. La deuxième partie va dorénavant se concentrer plus sur la culture des communs. Toutefois, nous voudrions brièvement présenter ici trois questions relatives à la protection du domaine public : sa consécration législative (ii), la possibilité pour le titulaire des droits de « *dédier son oeuvre au domaine public* » (i) et les projets de préservation numérique du domaine public (iii).

i) L'existence discutable d'un « *domaine public volontaire* »

707. Introduction. Il s'agit de savoir si l'auteur lui-même peut décider d'abandonner les droits d'auteur sur son oeuvre et de la placer dans le domaine public avant que le délai de protection n'expire. La question est loin d'être anodine, particulièrement dans le milieu académique, où certains auteurs, surtout quand ils ne voient pas la possibilité de monnayer leurs travaux de recherche, peuvent envisager d'abandonner leurs droits pécuniaires afin de favoriser la diffusion desdits travaux auprès de leurs pairs¹³⁷¹.

708. L'existence des outils standardisés. L'organisation étasunienne *Creative Commons*¹³⁷² et la *Open Knowledge Foundation* britannique proposent même des documents standardisés par lesquels, du moins selon les intentions des proposants, l'auteur pourrait abandonner ses droits et « *dédier l'oeuvre au domaine public* ». Comme nous allons le voir, l'effectivité de ces déclarations, appelées respectivement *CC0 (v. 1.0 Universal)*¹³⁷³ et *PDDL (Public*

¹³⁶⁹ *The Public Domain Manifesto*, disponible sur : <https://publicdomainmanifesto.org/index.html>, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁷⁰ L'un de rares articles francophones présentant cette approche est : C. COLIN, Devoir d'auteur, RIDA no. 224 (avril 2010), pp. 161 et ss.

¹³⁷¹ V. la proposition extrême dans S. SHAVELL, Should Copyright of Academic Works be Abolished?, *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 655*, décembre 2009.

¹³⁷² V. *infra* no. 924

¹³⁷³ <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>, consulté le 13 décembre 2017.

Domain Dedication and License)¹³⁷⁴ dépend du droit applicable. La CC0 est largement employée, y compris dans le milieu académique. *Europeana* (la bibliothèque numérique européenne) notamment l'utilise pour publier ses métadonnées¹³⁷⁵. La plateforme de partage des produits de recherche *Figshare* le propose comme la solution par défaut pour la diffusion des métadonnées et des jeux de données de recherche¹³⁷⁶.

709. La possibilité discutable d'abandonner ses droits patrimoniaux en droit français. Dans son ouvrage, Mme Choisy admet l'existence potentielle d'un « *domaine public consenti* » en droit français¹³⁷⁷. Nous sommes du même avis, en particulier en vue du fait que si les droits patrimoniaux sont aliénables ils doivent par conséquent pouvoir être abandonnés. Or, comme le remarque à juste titre l'auteure, l'acte de renonciation aux droits pécuniaires, pour être valide, devrait être conforme aux conditions de forme que le CPI impose aux actes comportant la cession de ces droits¹³⁷⁸. Ainsi, de tels actes doivent non seulement être constatés par écrit (comme l'exige l'article L. 131-2 du CPI), mais aussi, selon l'article L. 131-3 du CPI, leur validité est « *subordonnée à la condition que chacun des droits [auxquels le titulaire renonce] fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte [de renonciation] et que le domaine d'exploitation [libre et gratuite] des droits soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Certains auteurs ont même été amenés à penser que ce formalisme rigoureux rend la renonciation globale aux droits patrimoniaux impossible en pratique¹³⁷⁹. Cependant, selon Mme Choisy les titulaires des droits ont toujours la possibilité d'abandonner leurs droits patrimoniaux, à condition toutefois qu'une telle renonciation se fasse par un écrit publié au Journal Officiel, qu'elle mentionne le droit de reproduction et le droit de représentation, pour tous les modes d'exploitation, y compris pour les modes d'exploitation non existants à ce jour, pour toute la durée légale des droits et ses

¹³⁷⁴ <https://opendatacommons.org/licenses/pddl/1.0/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁷⁵ Cf. <http://pro.europeana.eu/page/creative-commons-zero-public-domain-dedication>, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁷⁶ Cf. <https://support.figshare.com/support/solutions/articles/6000089895-what-licences-are-available-on-fig-share->, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁷⁷ S. CHOISY, *précité*, p. 168 et ss., no. 353 et ss.

¹³⁷⁸ *Idem*, p. 171, no. 361.

¹³⁷⁹ M.-A. CHARDEAUX, *précité*, nbp. 369, pp. 237-238

éventuelles prorogations et pour le monde entier¹³⁸⁰. Dans l'environnement numérique, où les moyens techniques (les métadonnées) permettent de s'assurer que la volonté de l'auteur d'abandonner ses droits sera communiquée à tous les utilisateurs d'une oeuvre numérisée, la publication dans le Journal Officiel nous semble bien excessive. L'utilisation d'une déclaration standardisée CC0 permet toutefois de remplir toutes les autres conditions¹³⁸¹. Il nous semble ainsi que s'agissant des droits patrimoniaux, ainsi que des droits voisins, le CC0 est de nature à produire un effet de renonciation juridiquement valable en droit français.

710. La tentative échouée de consécration d'un « domaine commun volontaire » dans le CPI. Lors de la consultation publique sur le projet de loi pour une République numérique, l'association *La Quadrature du Net* a proposé d'y insérer un article 8bis, consacrant l'existence d'un « domaine commun volontaire »¹³⁸². À notre avis, la proposition confondait les communs créés par des contrats¹³⁸³ et le domaine public, spécialement en évoquant la possibilité de dédier l'oeuvre au domaine commun « notamment » par le biais d'une licence (donc un contrat dont l'objet est l'exercice des droits exclusifs!). Nous approuvons donc le fait que cette proposition (soutenue par un certain nombre d'acteurs du numérique¹³⁸⁴) ait été

¹³⁸⁰ S. CHOISY, *précité*, p. 171, no. 361-362.

¹³⁸¹ En effet, le par. 1 mentionne dans (i) le droit de reproduction [*right to reproduce*] et le droit de représentation [*right to (...) perform*], ainsi que les autres prérogatives que le droit d'auteur français qualifiait dans l'une de ces deux catégories : l'adaptation, la distribution, la projection [*right to (...) display*], la communication au public [*right to (...) communicate*], la traduction [*right to (...) translate*]. Le par. 2 mentionne que la renonciation se fait pour le monde entier [(i) *in all territories worldwide*] (i), pour toute la durée légale des droits et ses éventuelles prorogations [(ii) *for the maximum duration provided by applicable law or treaty (including future time extensions)*] et pour tous les modes d'exploitation, y compris inconnus à ce jour [(iii) *in any current or future medium and for any number of copies, and (iv) for any purpose whatsoever*].

¹³⁸² « Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, de quelque nature que ce soit, peut autoriser l'usage commun d'un objet auquel ce droit est rattaché par le biais d'une manifestation de volonté à portée générale, à condition que celle-ci soit expresse, non équivoque et publique. Cette manifestation de volonté peut notamment prendre la forme d'une licence libre ou de libre diffusion. Elle ne peut être valablement insérée dans un contrat d'édition tel que défini à l'article L. 132-1 du présent code.

Le titulaire de droits est libre de délimiter l'étendue de cette autorisation d'usage commun pour la faire porter uniquement sur certaines des prérogatives attachées à son droit de propriété intellectuelle. L'objet de cette manifestation de volonté fait alors partie du domaine commun informationnel, tel que défini à l'article L. 141-1 du présent code, dans la mesure déterminée par le titulaire de droit.

Cette faculté s'exerce sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-1 du présent code relatives à l'inaliénabilité du droit moral ». v. <https://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-1-les-communs/article-8-bis-definition-des-communs-volontaires>, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁸³ V. *infra* no. 728.

¹³⁸⁴ Conseil National du Numérique ; Open Law, le Droit Ouvert ; SavoirsCom1 ; Wikimedia France ; Communia ; Vecam ; Framasoft ; Regards Citoyens et La Paillasse.

rejeté par le Parlement¹³⁸⁵, même si une clarification du statut du domaine public volontaire en droit français semble toujours souhaitable.

711. L'impossibilité d'abandonner son droit d'auteur en droit allemand. En droit allemand, le droit d'auteur n'est pas aliénable¹³⁸⁶, il n'est donc pas étonnant que la doctrine s'accorde sur l'impossibilité de l'abandonner¹³⁸⁷. Ce constat est d'autant plus évident à la lumière de la théorie moniste¹³⁸⁸ du droit d'auteur, traditionnellement adoptée en Allemagne¹³⁸⁹. Ainsi, en droit allemand la CC0 ne saurait avoir pour effet de placer l'oeuvre dans le domaine public. Or selon l'analyse faite par M. Kreutzer pour le projet *Europeana*¹³⁹⁰ la quatrième phrase du paragraphe 3 du CC0¹³⁹¹ permet d'interpréter cet acte comme une offre de conclure un *pactum de non petendo* (une promesse de ne pas revendiquer certains droits en justice¹³⁹²) prévu par l'article 397 du BGB. En ce sens, la CC0 pourrait produire en droit allemand un effet similaire *inter partes* qu'une renonciation au droit d'auteur produit *erga omnes*¹³⁹³. En France, une telle interprétation de l'effet du CC0 au regard des droits moraux ne semble pas envisageable, car ces derniers sont d'ordre public¹³⁹⁴.

¹³⁸⁵ Amendement N° présenté par Mme Attard, M. Coronado, M. Molac et Mme Pompili, rejeté le 8 janvier 2016.

¹³⁸⁶ Art. 29 de la UrhG.

¹³⁸⁷ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 29, no. 10 ; A. HOCHÉ [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 29, no. 15. Étonnement, la jurisprudence n'est pas aussi unanime : BGH 23 févr. 1995, I ZR 68/93, GRUR 1995, 673 (*Mauer-Bilder*) : « Zwar kann auf einzelne Verwertungsrechte wirksam - auch durch Erklärung gegenüber der Allgemeinheit - verzichtet werden ».

¹³⁸⁸ V. *supra* no. 207.

¹³⁸⁹ A. WIEBE [in :] G. SPINDLER, F. SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, 3ème éd., Beck 2015, art. 29, no. 1.

¹³⁹⁰ T. KREUTZER, *Validity of the Creative Commons Zero 1.0 Universal Public Domain Dedication and its usability for bibliographic metadata from the perspective of German Copyright Law*, Büro für informationsrechtliche Expertise, 2011, disponible sur : <https://www.rd-alliance.org/sites/default/files/cc0-analysis-kreutzer.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹³⁹¹ « Affirmer hereby affirms that he or she will not (i) exercise any of his or her remaining Copyright and Related Rights in the Work or (ii) assert any associated claims and causes of action with respect to the Work, in either case contrary to Affirmer's express Statement of Purpose ».

¹³⁹² V. Ph. GRIGNON, L'obligation de ne pas agir en justice [in :] *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec 1998, pp. 115 et ss.

¹³⁹³ Sur la possibilité de conclure un *pactum de non petendo* concernant les actions en justice relevant de la UrhG, T. KREUTZER, *précité* cite A. NORDEMANN [in :] U. LOEWENHEIM, *Handbuch des Urheberrechts*, 2ème éd., C. H. Beck 2010, par. 23, no. 9.

¹³⁹⁴ Cass. 1re civ., 28 mai 1991 (*Huston*) [in :] M. VIVANT [dir.], *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., Dalloz 2015, pp. 165 et ss.

712. Le « *public license fallback* » dans le CC0. Pour compléter l'analyse de l'effet du CC0 en droit européen, il convient de remarquer que cette déclaration de renonciation est accompagnée d'une licence publique large, qui a vocation à s'appliquer dans la mesure où la renonciation n'a pas d'effet (« *public license fallback* », paragraphe 3)¹³⁹⁵. Nous examinons *infra*¹³⁹⁶ la formation, le contenu et l'effet de ce type de licences. Dans le cas de CC0, la licence n'a pas de limites et n'est assortie d'aucune obligation.

713. La possibilité d'abandonner son *copyright* admise en droit étasunien. En droit étasunien, la possibilité d'abandonner son *copyright* relève d'une évidence et n'a jamais, à notre connaissance, suscité des doutes majeurs. En 1951 déjà¹³⁹⁷, la cour d'appel du deuxième circuit a admis : « *[n]ous ne doutons pas que l'auteur ou le titulaire du copyright peut abandonner ses droits [que l'oeuvre soit publiée ou pas] (...), à condition que cet abandon s'effectue dans un acte manifeste dans lequel l'auteur communique sa volonté d'abandonner ses droits dans l'oeuvre, et de permettre au public de le reproduire [librement]* »¹³⁹⁸. L'effectivité des déclarations telles que la CC0 en droit étasunien n'est donc pas discutable.

ii) La consécration législative du domaine public

714. Absence de consécration législative dans la plupart des textes. La notion de domaine public peut être retrouvée (sans pour autant être définie) dans la Convention de Berne¹³⁹⁹, mais les autres textes nationaux et internationaux n'y consacrent guère de place¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁵ « *Should any part of the Waiver for any reason be judged legally invalid or ineffective under applicable law, then the Waiver shall be preserved to the maximum extent permitted taking into account Affirmer's express Statement of Purpose. In addition, to the extent the Waiver is so judged Affirmer hereby grants to each affected person a royalty-free, non transferable, non sublicensable, non exclusive, irrevocable and unconditional license to exercise Affirmer's Copyright and Related Rights in the Work (i) in all territories worldwide, (ii) for the maximum duration provided by applicable law or treaty (including future time extensions), (iii) in any current or future medium and for any number of copies, and (iv) for any purpose whatsoever, including without limitation commercial, advertising or promotional purposes (the « License »)* » .

¹³⁹⁶ No. 853 et ss.

¹³⁹⁷ *National Comics v. Fawcett* (191 F.2d 594 (2d Cir. 1951))

¹³⁹⁸ Traduction PK ; version originale : « *We do not doubt that the "author or proprietor of any work made the subject of copyright" by the Copyright Law may "abandon" his literary property in the "work" before he has published it, or his copyright in it after he has done so ; but he must "abandon" it by some overt act which manifests his purpose to surrender his rights in the "work," and to allow the public to copy it* » .

¹³⁹⁹ Dans son art. 18.

¹⁴⁰⁰ Comme remarque Mme Choisy, « *hormis les règles relatives aux oeuvres posthumes (CPI, art. L. 123-4 al. 4), aucune disposition expresse n'est adoptée pour pallier la crainte (...) de voir le domaine public approprié par quelques particuliers* », S. CHOISY, précitée, p. 14, no. 23.

Rares sont même les textes qui se penchent sur l'aspect négatif de la définition de l'objet du droit d'auteur en énumérant ce qui ne peut pas être protégé (et qui, à contrario, appartient au domaine public) — le droit étasunien¹⁴⁰¹ ou encore le droit polonais¹⁴⁰² sont des exceptions. Or une consécration législative du domaine public pourrait y attirer plus d'attention et donner à ce concept une place bien méritée dans l'univers du droit d'auteur.

715. Tentative de codification du « domaine commun informationnel » en droit français. Poussées sans doute par une intention louable, les auteurs de l'avant-projet de loi pour une République numérique¹⁴⁰³ ont décidé d'y insérer l'article 8, consacrant la définition et la protection du « *domaine commun informationnel* ». Cette dénomination, jamais vue en droit français, a sans doute été inspirée par l'ouvrage de Pierre Agrain intitulé « *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété* »¹⁴⁰⁴, qui francise l'expression anglaise « *information commons* »¹⁴⁰⁵. Le texte, dont l'objectif affiché était de « *protéger les ressources communes à tous appartenant au domaine public contre les pratiques d'appropriation qui conduisent à en interdire l'accès* » était rédigé de la manière suivante :

I. Relèvent du domaine commun informationnel :

1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite, notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle ;

2° Les œuvres (...), bases de données, protégés par le code de la propriété intellectuelle, dont la durée de protection légale, à l'exception du droit moral des auteurs, a expiré ;

3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement (...);

¹⁴⁰¹ Section 102(b) du Copyright Act (17 U.S.C.).

¹⁴⁰² L'art. 1.2, loi polonaise sur le droit d'auteur (Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych).

¹⁴⁰³ La version soumise à la consultation publique du 26 sept. au 18 oct. 2015.

¹⁴⁰⁴ AGRAIN, P., *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Librairie Arthème Fayard, 2005.

¹⁴⁰⁵ La notion de « *information commons* » est définie par Wikipédia (qui peut mieux définir le plus grand « *information commons* » dont dispose aujourd'hui l'humanité?) comme « un système d'information, comme par exemple une bibliothèque traditionnelle ou une communauté des internautes, créé pour produire, conserver et préserver l'information pour les générations actuelles et les générations à venir » (traduction PK, version originale : « *An information commons is an information system, such as a physical library or online community, that exists to produce, conserve, and preserve information for current and future generations* ») - https://en.wikipedia.org/wiki/Information_commons, consulté le 13 décembre 2017. V. aussi D. R. BEAGLE, *The Information Commons Handbook*, Neal-Schuman Publishers 2006 et D. COLLIER, *Brand Name Bullies : The Quest to Own and Control Culture*, Wiley 2005.

Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que telles, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral.

Les associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel. (...)

Le texte, nous l'admettons, va loin et entre sans doute trop dans les détails, mais son intention est bonne. Nous devons tout de même lui reprocher — et c'est un reproche de taille — un certain désordre terminologique : le « *domaine commun informationnel* » se montre comme un fourre-tout qui comporte le domaine public dans son acception stricte (2°), le fond commun (1°) et — ce qui semble redondant — l'information du secteur public (3°). De surcroît, l'utilisation du mot « *commun* » risque d'entraîner une confusion dangereuse avec les communs créés par des licences adaptées qui eux demeurent sous la protection du droit d'auteur¹⁴⁰⁶. Aussi, le renvoi exprès à l'article 714 du Code civil est superflu, puisqu'une telle qualification du domaine public — consacré déjà par la doctrine¹⁴⁰⁷ — ne suscite guère des controverses. Finalement, l'on constate aussi que le texte a peu de valeur normative : il serait peut-être plus souhaitable de se contenter d'énumérer, comme le font les textes étasunien¹⁴⁰⁸ ou polonais¹⁴⁰⁹, les éléments qui ne peuvent pas être protégés par le droit d'auteur.

716. L'opinion négative du CSPLA. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) s'est prononcé sur cette proposition dans son *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique* publié le 30 octobre 2015. Le document souligne la résistance contre cette proposition, exprimée par de nombreux acteurs du droit d'auteur, notamment (ce qui n'est pas étonnant) par des sociétés de gestion collective (SEPM¹⁴¹⁰,

¹⁴⁰⁶ V. *infra* no. 728 et ss.

¹⁴⁰⁷ S. CHOISY, *précitée*, no. 103 et ss., p. 57 et ss ; M.-A. CHARDEAUX, *précitée*, no. 194 et ss., p. 230 et ss.

¹⁴⁰⁸ Section 102 (b) du *Copyright act* (17 U. S. C.) : « *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.* »

¹⁴⁰⁹ L'art. 1.2 de la loi polonaise sur le droit d'auteur (citée *supra*) dispose que seule est protégée la forme d'expression, et qu'échappent à la protection : les découvertes, les idées, les procédures, les méthodes, les principes, et les concepts mathématiques.

¹⁴¹⁰ Syndicat des Editeurs de la Presse Magazine (<http://www.lapressemagazine.fr>).

SACD¹⁴¹¹, SNEP¹⁴¹², FNPS¹⁴¹³, SNE¹⁴¹⁴ et autres)¹⁴¹⁵. On lui a reproché qu'elle ne faisait que réaffirmer l'état du droit existant, et qu'une définition légale du domaine public risquerait d'« *inverser la règle et l'exception* »¹⁴¹⁶. Voici un argument bien subversif, qui démontre que l'on a oublié que le droit d'auteur ne protège pas *ex officio* tous les biens immatériels, mais uniquement les oeuvres originales. Ainsi, en réalité, l'appartenance d'un bien informationnel au domaine public est la règle, et pas une exception¹⁴¹⁷. Osons le dire : il n'est pas vrai que « *le domaine public n'existe que par exception* »¹⁴¹⁸. Les autres doutes exprimés par le CSPLA sont aussi perturbants. Ainsi, par exemple, le Conseil est inquiet sur l'articulation de l'interdiction de toute restriction financière à l'accès au domaine commun informationnel avec la protection des droits voisins et des droits des producteurs de bases de données¹⁴¹⁹. Or la proposition est claire sur le point que les éléments protégés par un droit spécifique¹⁴²⁰ ne font pas partie du domaine commun informationnel. En revanche, elle vise à s'assurer que les éléments du domaine public ne puissent pas retomber dans le domaine privé, principe qui a déjà été consacré par la jurisprudence¹⁴²¹. Le Conseil s'interroge aussi si « *[l]e propriétaire privé d'un tableau du XVIIème siècle se rendrait coupable d'une restriction à l'usage commun en n'autorisant pas les amateurs qui le souhaitent à accéder à l'œuvre chez lui*

¹⁴¹¹ Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (<http://www.sacd.fr>).

¹⁴¹² Syndicat National de l'édition Phonographique (<http://www.snepmusique.com>).

¹⁴¹³ Fédération Nationale de la Presse d'Information Spécialisée (<http://www.fnps.fr>).

¹⁴¹⁴ Syndicat National de l'Édition (<http://www.sne.fr>).

¹⁴¹⁵ CSPLA, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, 30 oct. 2015, p. 3.

¹⁴¹⁶ *Idem*, p. 4.

¹⁴¹⁷ En ce sens v. P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chr., p. 98, qui craignait déjà la privatisation excessive de l'information.

¹⁴¹⁸ CSPLA, *Rapport sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel*, précité, p. 4, v. aussi p. 10.

¹⁴¹⁹ *Idem*, p. 6.

¹⁴²⁰ Il est vrai que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données peut poser ici certains problèmes, car il permet à première vue d'approprier des éléments du domaine public ou des fonds communs (v. *supra* no. 702). Or il ne faut pas oublier que le producteur d'une base de données ne peut pas interdire l'accès à une information individuelle, mais seulement l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle de sa base de données.

¹⁴²¹ Cass. com. 19 oct. 1999, CCE 2000, comm. 3, comm. Ch. Caron, RTD Com. 2000, p. 85, obs. J. Azema et J.-C. Galloux (le modèle tombé dans le domaine public ne peut pas être protégé par les dispositions du CPI sur les dessins et modèles), v. aussi le principe d'inappropriabilité des choses communes.

(...) ? »¹⁴²². N'est-il pas évident que la propriété littéraire et artistique ne concerne pas des objets matériels, mais des biens immatériels, et donc notre heureux propriétaire du tableau peut certes interdire l'accès à l'objet matériel, mais ne peut pas par exemple s'opposer à la distribution de ses reproductions? Finalement, le Conseil conclut qu' « *[u]ne réflexion plus approfondie et un aménagement des dispositions actuelles paraissent (...) nécessaires, notamment afin de s'assurer que le mouvement de libération de l'information souhaité par les défenseurs du domaine commun informationnel ne conduise pas à fragiliser les équilibres du secteur culturel et à porter atteinte à sa diversité en modifiant ses centres de gravité économiques* »¹⁴²³. Tout en étant conscients des défauts du texte proposé¹⁴²⁴, nous ne pouvons pas soutenir les thèses avancées dans le Rapport du Conseil.

717. Le rejet définitif par le Parlement. L'article 8 ne s'est pas retrouvé dans le projet de loi pour une République numérique soumis à l'Assemblée Nationale le 9 décembre 2015¹⁴²⁵. L'amendement visant à insérer dans le texte (« *après art. 18* ») des dispositions sur « *les communs* », parmi lesquelles figurait la copie parfaite de l'article 8 de l'avant-projet, a été présenté lors de la procédure. Toutefois, le 8 janvier 2016 il a été rejeté par l'Assemblée Nationale¹⁴²⁶.

iii) La numérisation du domaine public

718. L'importance de la numérisation. Il ne faut pas oublier que la numérisation des contenus faisant partie du domaine public a une importance capitale pour la préservation de ce domaine¹⁴²⁷. En ce sens, les projets de numérisation contribuent aussi à la défense du domaine public. Les e-Universités doivent assumer leur rôle des gardiens du domaine public et contribuer à ces projets.

¹⁴²² *Idem*, p. 8.

¹⁴²³ *Idem*, p. 9.

¹⁴²⁴ V. *supra* no. 715.

¹⁴²⁵ Projet n° 3318.

¹⁴²⁶ V. l'amendement sur : http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3318/CIION_LOIS/CL341.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁴²⁷ En ce sens : P. SAMUELSON, *Mapping...*, précitée.

2. La culture des communs contractuels

719. Introduction. La deuxième stratégie pour lutter contre la marchandisation excessive de l'information est la création des communs par le biais de contrats. Nous allons maintenant présenter la notion de communs (a) et l'intérêt qu'elle suscite dans différents domaines (b).

a. Les communs — présentation de la notion

720. Les communs : un objet d'incompréhensions. Force est de constater que la notion de communs (ang. *commons*)¹⁴²⁸ est de tradition anglo-saxonne (i), sans équivalent dans la tradition romano-germanique (ii), ce qui conduit à des incompréhensions.

i) Une notion de tradition anglo-saxonne

721. En droit anglo-saxon, on parle traditionnellement des *commons* pour désigner des terrains destinés à l'usage commun, comme les rivages¹⁴²⁹ ou les jardins publics¹⁴³⁰. Selon Lynda Butler¹⁴³¹, dans la vieille Angleterre la notion désignait le terrain considéré comme propriété commune et utilisé au profit de toute la communauté, par exemple un pâturage. Avec la montée en puissance de la monarchie et de l'administration centrale, la théorie de propriété commune a disparu, remplacée par la doctrine selon laquelle les *commons* étaient la propriété de la Couronne, dans laquelle les citoyens détenaient certains droits (ce qu'on appellerait dans la tradition romane-germanique un *usufruit*). C'est d'ailleurs cette doctrine qui a permis le mouvement des *enclosures* pendant la révolution industrielle¹⁴³². Aujourd'hui, le *commons* est un droit réel appartenant à tous les membres d'une communauté dans un bien

¹⁴²⁸ Nous remarquerons que la forme *commons* est utilisée en anglais tant au pluriel qu'au singulier ; plus rarement aussi sans le -s au singulier.

¹⁴²⁹ Par ex. la section 28.2-1200 du Code de l'Etat de Virginie (Virginia Code) dispose que « *All the beds of the bays, rivers, creeks and the shores of the sea (...) shall remain the property of the Commonwealth and may be used as a common by all the people of the Commonwealth* ».

¹⁴³⁰ Par ex. le Boston Common, le jardin public dans la ville de Boston.

¹⁴³¹ L. L. BUTLER, The Commons Concept : A Historical Concept with Modern Relevance, *William & Mary Law Review* vol. 24, no. 4 (1982).

¹⁴³² V. *supra* no. 679.

immobilier public ou privé¹⁴³³. Ce droit s'acquiert non pas par une convention ou par prescription, mais par coutume¹⁴³⁴. Le mot désigne aussi le bien dans lequel tous les membres d'une communauté détiennent ce droit réel.

ii) La notion absente de la tradition romano-germanique

721a. Un mot inexistant en français. Ces derniers temps, on discute souvent des *communs* en droit français¹⁴³⁵. Or on a beau chercher le substantif « *communs* » (ou sa version originale « *commons* ») dans les dictionnaires du français général ou juridique¹⁴³⁶ — on n'y trouve que l'adjectif « *commun* » ou encore le substantif « *commune* ». La notion de « *bien commun* », parfois utilisée en français pour traduire le terme *commons*, est aussi un mauvais choix. D'un côté, elle existe déjà en économie pour désigner des biens rivaux et non-excluables (autrement appelés des « *biens publics impurs* »). Or les communs immatériels dont on parle dans le contexte de la propriété intellectuelle sont des biens non-rivaux, ils ne peuvent donc pas être qualifiés de biens communs. D'un autre côté, l'appellation « *bien commun* » risque d'être confondue avec la chose commune de l'article 714 du Code civil. Il est donc préférable, à notre sens, d'utiliser la notion anglaise dans sa version originale (« *commons* »), ou de se servir d'une notion connue au droit français (« *servitude personnelle* » ou « *usufruit sur un bien immatériel* »?). Dans cette étude, nous choisissons cependant d'utiliser le terme « *communs* » dans sa version francisée, en espérant contribuer à sa popularisation.

722. La traduction allemande. Pour parler de communs en allemand on utilise souvent le mot anglais, mais parfois on emploie aussi comme traduction le terme *die All-*

¹⁴³³ Le *Black's Law Dictionary* [B. A. GARNER, [dir.], 9ème éd., Thomson Reuters 2009] définit le *common* simplement comme « 1. un droit d'utiliser la propriété d'autrui, comme par ex. une servitude ; 2. une parcelle de terrain affectée à l'usage de tous » [traduction PK, version originale : « 1. a legal right to use another person's property, such as an easement (...) 2. a tract of land set aside for the general public's use »].

¹⁴³⁴ L. L. BUTLER, *précitée*.

¹⁴³⁵ En particulier, l'amendement N° CL341 au projet de la loi pour une République numérique, rejeté par le Parlement (v. *supra* no. 715 et ss.) proposait d'insérer dans le premier livre du CPI un Titre IV, intitulé « *Les Communs* », et comportant les dispositions sur le « *domaine commun informationnel* » et sur la renonciation aux droits patrimoniaux.

¹⁴³⁶ V. cependant le très récent *Dictionnaire des biens communs*, (M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD [dir.]) précité.

*mende*¹⁴³⁷, dont la signification historique et l'étymologie¹⁴³⁸ semblent être très proches de celles de « *commons* » en anglais.

723. Les équivalents de la notion en droit romain : les *res communia civitatum*. Il apparaît que le droit romain ne connaissait pas de notion qui correspondrait parfaitement aux *commons*¹⁴³⁹. Or les *Institutes de Justinien*¹⁴⁴⁰ reconnaissait parmi les choses hors du commerce (*res extra patrimonium*) les « choses qui appartiennent à un corps »¹⁴⁴¹ (*res universitatis*) et classait dans cette catégorie les choses « qui n'appartiennent pas à chaque membre en particulier » comme « les théâtres, les chemins et les autres choses communes » (*res communia civitatum*)¹⁴⁴². Il s'agit donc de choses appropriables, que toute une communauté (par exemple les habitants d'une ville) ont le droit d'utiliser ; la notion semble proche de *commons* anglo-saxons. Sans entrer plus loin dans l'analyse comparative de ces deux notions, il convient de distinguer clairement les communs des biens sans maître (*res nullius*) ou des choses communes de l'article 714 du Code civil français¹⁴⁴³. Tant les *commons* traditionnels que les communs immatériels dont on parle dans cette étude sont des biens appropriables (ce qui les distingue des choses communes de l'article 714 et donc aussi du domaine public en droit d'auteur) et appropriées (ce qui les distingue des *res nullius*). Il semble que l'institution la

¹⁴³⁷ V. notamment S. BÖDEKER, O. MOLDENHAUER et B. RUBBEL, *Wissensallmende – Gegen die Privatisierung des Wissens der Welt*, VSA-Verlag 2005.

¹⁴³⁸ *Was allen gemein ist* — ce qui est commun à tous.

¹⁴³⁹ En ce sens, L. L. BUTLER, *précitée*.

¹⁴⁴⁰ Un manuel de droit romain du VI^{ème} siècle.

¹⁴⁴¹ Selon la traduction de Henry Hulot (Les *Institutes de l'Empereur Justinien*, Behmer, Lamor (Metz), Rondonneau (Paris), 1806).

¹⁴⁴² « *Universitatis sunt, non singulorum, quae in civitatibus sunt theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum* » (traduction de Henry Hulot, *précitée*).

¹⁴⁴³ La confusion entre ces deux dernières notions est pourtant fréquente. La différence est le mieux expliquée par Mme Chardeaux : « rien ne justifie cette fréquente confusion entre les choses communes et les *res nullius*, ces deux catégories juridiques étant bien distinctes. Alors que les choses communes sont inappropriables, les biens sans maître sont simplement inappropriés et, par là même, appropriables par le premier occupant » (M.-A. CHARDEAUX, *précitée*, no. 1, p. 3-4).

plus proche des *commons* dans la tradition romano-germanique est une servitude personnelle, définie largement comme une charge imposée sur un bien au profit d'autrui^{1444 1445}.

b. L'intérêt pour les commons ravivé à la deuxième moitié du XXème siècle

724. Introduction. Cette notion traditionnelle a, depuis la deuxième moitié du XXème siècle, suscité à nouveau l'intérêt dans plusieurs domaines, et notamment en économie (i) et en droit de la propriété intellectuelle (ii).

i) En économie

725. Les travaux de Elinor Ostrom. Dans la deuxième moitié du XXème siècle, les commons ont à nouveau suscité l'intérêt des économistes. Ce mouvement a été couronné par la création de la *International Association for the Study of the Commons* (IASC)¹⁴⁴⁶ en 1989 et par l'attribution du prix Nobel en 2009 à Elinor Ostrom, la première présidente de l'IASC et la plus importante théoricienne de commons¹⁴⁴⁷. Depuis, les commons ne cessent de susciter l'attention des chercheurs¹⁴⁴⁸. Les économistes s'intéressent surtout aux modes d'exploitation et à la durabilité (*sustainability*) des commons (au sens des ressources détenues par une communauté).

¹⁴⁴⁴ En droit français le mot « servitude » est utilisé *sensu stricto* uniquement pour désigner une servitude réelle (une charge imposée sur un immeuble au profit d'un autre immeuble — l'art. 637 du Code civil) et la notion de servitude personnelle (une charge au profit d'une personne) semble critiquable (l'utilisation de la notion d'usufruit, définie à l'art. 578 du Code civil, lui semble préférable). En droit allemand, en revanche, la servitude nous semble être entendue plus largement (cf. BGB, *Buch 3 : Sachenrecht* (Livre 3 : Les choses), *Abschnitt 4 : Dienstbarkeiten* (Section 4 : Servitudes), comportant les dispositions sur les servitudes réels (*Grunddienstbarkeiten*) et personnelles (*Nießbrauch*) ; ces dernières pouvant être imposées sur des choses (*Nießbrauch an Sachen*, *Nießbrauch an einem Vermögen*) ou des droits (*Nießbrauch an Rechten*).

¹⁴⁴⁵ L. L. BUTLER, *précitée*, explique ainsi la différence entre les *commons* et les servitudes en droit romain : « *Whereas the Roman servitude could be created only if the land owner intended to do so, the English common right existed despite the private owner's intent because of long established usage and the very nature of the common right.* »

¹⁴⁴⁶ <http://www.iasc-commons.org>

¹⁴⁴⁷ V. notamment : E. OSTROM, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press 1990 ; édition francophone : *La gouvernance des biens commons : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010.

¹⁴⁴⁸ Pour une étude récente, v. par ex. L. A. FENNELL, *Commons, Anticommons, Semicommons* [in :] K. AVOTTE et H. E. SMITH [dir.], *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Edward Elgar, 2009.

726. Les communs : une tragédie ou une comédie? La chronologie du discours moderne sur les communs est marquée par des articles faisant référence à des genres théâtraux de la Grèce antique. En 1968, Garret Hardin dans son article phare « *The Tragedy of the Commons* »¹⁴⁴⁹ est arrivé à un constat bien pessimiste¹⁴⁵⁰ : il évoque l'exemple célèbre d'un pâturage commun pour démontrer que « [l]a ruine est la destination vers laquelle tous les hommes se précipitent, chacun poursuivant son propre intérêt dans une société qui croit à la liberté des communs. La liberté des communs porte ruine à tout »¹⁴⁵¹. Pendant longtemps les communs étaient vus non seulement comme inefficaces, mais aussi (du côté occidental du rideau de fer) idéologiquement suspects¹⁴⁵². En 1986, Carol Rose présente un point de vue opposé : « *la comédie des communs* »¹⁴⁵³. Selon elle, certains communs sont des biens intrinsèquement publics ; ils peuvent être comparés non pas à un pâturage, mais à une soirée dansante, dont la « valeur » augmente avec le nombre de participants selon le dicton « *the more the merrier* » (ou en français : « *plus on est de fous, plus on rit* »)¹⁴⁵⁴. Du point de vue de notre étude la plus intéressante est l'analyse de Michael Heller, juriste étasunien, publiée en 1998, intitulée « *la tragédie des anti-communs* »¹⁴⁵⁵. Selon cet auteur, lorsque l'usage d'une ressource est limité de manière excessive par des droits exclusifs des individus, cette ressource est sous-utilisée à cause des coûts de transaction trop élevés. Le point de départ de Heller est l'observation faite dans les pays post-communistes, où nombre de magasins (détenus par plusieurs niveaux de l'administration et le secteur privé naissant) était vide alors que les kiosques à l'air libre proliféraient. Appliquée au monde académique, cette analyse

¹⁴⁴⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, vol. 162, no. 3859 (décembre 1968), pp. 1243-1248 ; pour une analyse intéressante du contexte socio-politique, v. F. LOCHER, *Les Pâturages de la Guerre froide : Garrett Hardin et la « Tragédie des communs »*, *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, no. 60-1, janvier-mars 2014, pp. 7-36.

¹⁴⁵⁰ Il est devenu classique d'attribuer ce constat à M. Hardin et son article phare ; or, il a déjà été présenté au XIX^e siècle (W. F. LLOYD, *Tragedy of the Commons*, 1833 [in :] W. F. Lloyd on the Checks to Population, *Population and Development Review* Vol. 6, No. 3 (septembre 1980), pp. 473-496) ; il peut être également attribué à H. DEMSETZ (*précité*, 1967) — v. E. M. SALZBERGER, *précité*.

¹⁴⁵¹ "Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all." G. HARDIN, *précité*, p. 1244. Traduction PK.

¹⁴⁵² v. F. LOCHER, *précité*.

¹⁴⁵³ C. ROSE, *Comedy of the Commons. Commerce, Custom and Inherently Public Property*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, no. 3, l'été 1986.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁵ M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets*, *Harvard Law Review*, vol. 111, no. 3 (janvier 1998), p. 621-688.

démasque la crainte que le savoir, s'il est privatisé par le biais des droits de propriété intellectuelle, peut se trouver en situation de sous-exploitation¹⁴⁵⁶.

727. Source de la confusion : l'hétérogénéité terminologique. Il est facile de remarquer que dans le débat académique évoqué ci-dessus, la notion de communs est employée pour recouvrir des réalités très différentes, ce qui explique la confusion autour du sujet. Les auteurs ont donc parlé de communs pour désigner des biens rivaux (ou soustractibles, comme le pâturage de M. Hardin) ainsi que non-rivaux, voir anti-rivaux (comme la soirée dansante de Rose ou le savoir dans l'exemple de M. Heller). Par ailleurs, la notion est de nos jours encore utilisée pour deux situations très différentes du point de vue juridique : la propriété collective (où un groupe a le droit d'exclure les autres de leur propriété) et la situation où une communauté a le droit d'utiliser la propriété individuelle d'autrui (autrement dit, le propriétaire ne peut pas exclure les membres d'une communauté de sa propriété ou de certains de ses aspects). Cette deuxième hypothèse, plus proche du sens juridique du terme « *communs* », est parfois dénommée, pour plus de clarté, « *open access regime* » à la distinction de la première, appelée « *common pool resource* »¹⁴⁵⁷. Ce sont les communs au sens de « *open access regime* » qui nous intéressent dans cette étude et c'est en ce sens que la notion est utilisée en droit de la propriété intellectuelle. Il est important de comprendre que le développement de ces communs ne contredit pas l'hypothèse de M. Hardin — tout simplement, il s'agit de communs différents¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁶ L'auteur lui-même a présenté ce constat dans la revue *Science* : M. A. HELLER et R. S. EISENBERG, Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, *Science* vol. 280, no. 5364 (mai 1998), pp. 698–701.

¹⁴⁵⁷ Sur cette distinction, v. S. von CIRIACY-WANTRUP et R. C. BISHOP, Common Property as a Concept in Natural Resources Policy, *Natural Resources Journal* vol. 15 (octobre 1975), pp. 713-727 et E. OSTROM et Ch. HESS, Private and Common Property Rights [in :] *Encyclopedia of Law & Economics*, Edward Elgar 2008, pp. 332-379.

¹⁴⁵⁸ Cf. L. LESSIG, *The Future of Ideas...*, précité, p. 19 et ss.

ii) En droit de la propriété intellectuelle

728. La théorisation des communs immatériels — les travaux de Lawrence Lessig. Les premiers travaux modernes¹⁴⁵⁹ sur le domaine public définissent celui-ci comme un commun. C'est certainement ce qui a inspiré Lawrence (Larry) Lessig, professeur de droit à l'Université Harvard et fondateur de *Creative Commons*¹⁴⁶⁰, à populariser l'utilisation plus large de ce terme dans le domaine de la propriété intellectuelle. Notamment, dans son ouvrage *Code and Other Laws of Cyberspace*¹⁴⁶¹ publié pour la première fois en 1999, Lessig définit les communs de la manière suivante :

*Par « les communs » j'entends une ressource que chaque membre d'une communauté concernée peut utiliser sans avoir à obtenir l'autorisation de quiconque. Une telle autorisation peut ne pas être requise parce que la ressource ne fait l'objet d'aucun droit exclusif (autrement dit, elle appartient au domaine public), ou parce que l'autorisation a déjà été donnée. Dans les deux hypothèses, seul l'accès à la ressource est nécessaire pour l'utiliser et pour s'en inspirer*¹⁴⁶².

Cet accès, continue l'auteur, ne doit pas forcément être gratuit — il peut être payant, tant que le prix est défini de manière « neutre » et « égale » pour tous¹⁴⁶³. Lessig conclut que de tels communs peuvent être instaurés soit par un changement de la loi, soit par un acte volontaire¹⁴⁶⁴. Nous avons déjà présenté la première stratégie sous l'appellation « *défense du domaine public* ». C'est cette deuxième stratégie — la création des communs par des conventions, qui va nous préoccuper dans la suite de notre étude. Ce sont aussi ces communs con-

¹⁴⁵⁹ V. déjà : W. B. CARMAN, The Function of the Judge and Jury in the Literary Property Lawsuit, *California Law Review* vol. 42, no. 1 (mars 1954), pp. 52-76 qui emploie le terme (qui nous semble quelque peu contradictoire) « *public commons* » pour désigner ce que la doctrine française appelle parfois le « fonds commun » (v. *supra* no. 702) ; J. LITMAN, *précitée*, définit le domaine public comme « *un véritable commons qui comprend les biens immatériels non-susceptibles d'appropriation* » (*a true commons comprising elements of intellectual property that are ineligible for private ownership*).

¹⁴⁶⁰ V. *infra* spéc. no. 924.

¹⁴⁶¹ L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books 1999 (1^{re} éd.) et 2006 (2^{ed}. intitulée « *Code 2.0* ») ; nous remarquons que, à notre plus grand regret, l'ouvrage (pourtant publié sous une licence CC BY-SA!) n'a jamais été traduit en français — seul l'essai « *Code is Law* » a été traduit en 2010 par la société Framabook (disponible sur : <https://framablog.org/2010/05/22/code-is-law-lessig/>, consulté le 13 décembre 2017).

¹⁴⁶² L. LESSIG, *Code 2.0*, *précité*, p. 198, traduction PK. Version originale : « *By "the Commons" I mean a resource that anyone within a relevant community can use without seeking the permission of anyone else. Such permission may not be required because the resource is not subject to any legal control (it is, in other words, in the public domain). Or it may not be required because permission to use the resource has already been granted. In either case, to use or to build upon this resource requires nothing more than access to the resource itself* » ; cf. M. CLÉMENT-FONTAINE, Les communs numériques, *précité*, qui également opte pour cette définition large.

¹⁴⁶³ Cf. L. LESSIG, The Future of Ideas, *précité*, p. 20 : « *Each [commons] "free" for others to take. Some are free in the sense that no price is paid (...). Some are free even though a price must be paid (...) as long as the fee is neutrally and consistently applied* »

¹⁴⁶⁴ L. LESSIG, *Code 2.0*, *précité*, p. 199.

tractuels¹⁴⁶⁵ qui nous semblent le seuls vraiment compatibles avec la définition juridique des *commons* anglo-saxons (un droit réel à la charge d'un bien immobilier d'autrui), le domaine public devant être distingué en tant que chose commune¹⁴⁶⁶.

729. Le précurseur du mouvement — la *Free Software Foundation*. Il convient de souligner que Lessig et son organisation *Creative Commons* n'ont pas été le premiers à promouvoir la création des communs contractuels. Le vrai précurseur du mouvement est Richard M. Stallman et sa *Free Software Foundation*¹⁴⁶⁷. Le mérite de Lessig est toutefois indiscutable et il consiste à forger la théorie des communs immatériels et à y attirer l'attention du courant dominant de la doctrine. L'organisation *Creative Commons* qu'il a fondée était aussi la première à fournir des outils pour permettre la construction des communs contractuels dans des domaines autres que les logiciels.

730. Les outils du mouvement — les licences publiques. La création des communs contractuels est possible grâce à l'emploi de contrats spécifiques que nous proposons d'appeler des licences publiques. Ces licences vont faire partie d'une analyse approfondie dans le premier chapitre du deuxième titre de cette partie¹⁴⁶⁸. Ici, nous allons uniquement relever deux caractéristiques de ces licences. Premièrement, comme tous les contrats de licence, elles autorisent les licenciés à accomplir certains actes d'exploitation des oeuvres ou autres contenus protégés par des droits exclusifs appartenant au donneur de licence ; deuxièmement, et c'est ici que se situe leur spécificité, cette autorisation est accordée de manière neutre, c'est-à-dire à tout le public de façon égale. Cette dernière caractéristique explique l'appellation « *licence publique* », utilisée notamment dans le nom de la GPL¹⁴⁶⁹, ainsi que dans le texte des licences *Creative Commons*¹⁴⁷⁰.

731. Les défis pour le développement des communs contractuels : le capital social et la motivation. Les communs contractuels permettent de baisser le coût de transaction et

¹⁴⁶⁵ Expression qu'on emprunte — en la traduisant — aux J. H. REICHMAN et P. F. UHLIR, A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66 (hiver/printemps 2003), pp. 315-461, spéc. pp. 416 et ss.

¹⁴⁶⁶ V. *supra* no. 701.

¹⁴⁶⁷ V. *infra* no. 769.

¹⁴⁶⁸ V. *infra* no. 850 et ss.

¹⁴⁶⁹ *General Public License*; v. *infra* no. 965 et s.

¹⁴⁷⁰ V. *infra* no. 860 et ss.

minimiser le risque que le scénario décrit par M. Heller — la tragédie des anti-communs — se réalise. Or deux éléments sont indispensables pour que les communs contractuels puissent se développer. Premièrement, comme tous les communs, les communs contractuels peuvent se développer de façon durable dans les communautés qui ont accumulé un certain capital social¹⁴⁷¹ : les normes sociales qui renforcent les liens de confiance et de réciprocité, et qui doivent être développés organiquement et non pas imposées par une intervention externe¹⁴⁷². Le chapitre suivant va examiner les normes sociales qui visent à promouvoir la création des communs contractuels du savoir. Deuxièmement, se pose la question de la motivation pour les titulaires de droits d'affecter l'objet de leur propriété intellectuelle à l'usage public en le transformant en commun. En effet, on retombe dans le dilemme qui était notre point de départ dans ce chapitre : quelle est la motivation des individus pour contribuer à la création de biens à l'usage public? La question a attiré l'attention des chercheurs (notamment de Yochai Benkler, professeur de droit à l'université de Harvard¹⁴⁷³) qui ont constaté que ces motivations peuvent être très variées, en fonction du contexte. Plus loin dans ce chapitre¹⁴⁷⁴ nous allons voir quelle genre de motivation peut pousser les universitaires à participer dans ce mouvement ; ici, nous nous contentons d'évoquer comme preuve l'énorme succès d'un projet basé sur les communs contractuels du savoir — Wikipédia.

732. Exemple : Wikipédia. Wikipédia est le plus grand commun contractuel du savoir jamais créé. Continueur des idées des encyclopédistes anglais et français¹⁴⁷⁵, ce projet met en oeuvre le postulat de Richard M. Stallman¹⁴⁷⁶ de créer une encyclopédie libre et uni-

¹⁴⁷¹ Nous soulignons que le mot « capital social » n'est pas ici employé dans son sens juridique.

¹⁴⁷² V. par ex. E. OSTROM, *Social Capital : a Fad or a Fundamental Concept?* [in :] P. DASGUPTA et I. SERAGELDIN [dir.], *Social capital : a multifaceted perspective*, The World Bank 1999, pp. 172-214 ; v. déjà : E. OSTROM, *Governing the Commons*, précité.

¹⁴⁷³ Y. BENKLER, *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*, *Yale Law Journal*, vol. 112, no. 3 (hiver 2002-2003), pp. 369-446, v. aussi Y. BENKLER, *The Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press 2006.

¹⁴⁷⁴ V. *infra* spéc. no. 752.

¹⁴⁷⁵ On se souvient que l'oeuvre monumentale de Diderot et D'Alembert (dont la première édition date de 1751) n'était à l'origine qu'une traduction de l'encyclopédie d'Ephraim Chambers (1ère éd. 1728) ; sur l'idée d'une encyclopédie mécanisée v. P. OTLET, *Traité de documentation*, Mundaneum 1934 ; sur l'idée d'une superencyclopédie libre, v. H. G. WELLS, *World Brain*, Methuen & Co. 1938.

¹⁴⁷⁶ R. M. STALLMAN, *The Free Universal Encyclopedia and Learning Resource*, publié le 18 décembre 2000 sur : <https://www.gnu.org/encyclopedia/anencyc.txt>, consulté le 13 décembre 2017.

verselle. Comportant plus de 40 millions d'articles en plus de 250 langues (dont plus de 5 millions en anglais, plus de 2 millions en allemand et presque 2 millions en français)¹⁴⁷⁷, le site wikipedia.org est l'un des plus consultés sur Internet — plus que amazon.com, twitter.com, instagram.com ou encore linkedin.com¹⁴⁷⁸. Ci-dessous, nous allons brièvement présenter l'histoire et l'organisation de Wikipédia et expliquer en quoi consiste son caractère de commun.

733. La création et le développement de Wikipédia. Wikipédia a été lancée dans les premières semaines du XXI^{ème} siècle par deux américains : Jimmy Wales (entrepreneur né en 1966) et Larry Sanger (docteur en philosophie né en 1968). Sa conception est liée à un autre projet encyclopédique lancé en 1999 — *Nupedia* — dont l'objectif était de créer une encyclopédie en ligne gratuite, rédigée par des experts et soumise à l'examen par des pairs. Pendant la première année, le comité de rédaction de *Nupedia* a validé seulement douze articles¹⁴⁷⁹. Sanger, le rédacteur en chef du projet, et Wales, le PDG de la société créatrice de *Nupedia*, ont donc lancé Wikipédia pour alimenter leur projet principal, sans doute inspirés par l'idée d'une encyclopédie libre proposée par Richard M. Stallman en décembre 2000¹⁴⁸⁰. Mise en route à l'aide d'une application de type *wiki*, permettant la création collaborative des sites web¹⁴⁸¹, Wikipédia a grandi à une vitesse incroyable : la version anglaise a franchi la barrière de 1000 articles en février 2001 (environ un mois après son lancement!), de 100 000 articles en 2003 et de 1 000 000 en 2006¹⁴⁸². Les versions en d'autres langues ont vite été créées, dont des versions allemande (la première non-anglophone, lancée le 16 mars 2001¹⁴⁸³)

¹⁴⁷⁷ Statistiques du 24 février 2017, d'après le site d'accueil www.wikipedia.org.

¹⁴⁷⁸ Le 24 février 2017, Wikipédia occupe la 6^{ème} place dans le classement Alexa (500 sites internet les plus consultés). Le classement est consultable sur : <http://www.alexa.com/topsites>.

¹⁴⁷⁹ L. SANGER, The Early History of Nupedia and Wikipedia : A Memoir, publié le 18 avr. 2005 sur <https://features.slashdot.org/story/05/04/18/164213/the-early-history-of-nupedia-and-wikipedia-a-memoir>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁴⁸⁰ R. M. STALLMAN, The Free Universal Encyclopedia, *précité*. La Free Software Foundation a en effet créé sa propre encyclopédie libre : GNUpedia (puis renommé GNE), lancée en janvier 2001 (presqu'au même moment que la Wikipédia). Depuis plusieurs années, la FSF encourage des contributions à la Wikipédia.

¹⁴⁸¹ On remarque que le concept de *wiki* était déjà relativement ancien, la première application de ce type, WikiWikiWeb, étant créée par Ward Cunningham en 1995.

¹⁴⁸² D'après : <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Milestones>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁴⁸³ https://de.wikipedia.org/wiki/Deutschsprachige_Wikipedia, consulté le 13 décembre 2017.

et française (lancée aussi en 2001¹⁴⁸⁴). Quant à la *Nupedia*, elle a été définitivement fermée en septembre 2003. Toutefois, il faut aussi remarquer que depuis quelques années Wikipédia traverse une certaine crise — notamment le nombre des éditeurs a diminué par rapport aux années précédentes¹⁴⁸⁵.

734. L'organisation de Wikipédia. Selon l'idée initiale, chaque internaute pouvait modifier les contenus de Wikipédia, même sans avoir à créer un compte sur le site. Aujourd'hui, du moins dans les grandes wikipédias (comme l'anglaise, l'allemande ou la française), un système de modération des modifications a été mis en place. Sans en présenter les détails (car ils diffèrent selon les versions) nous remarquons uniquement que chaque utilisateur peut toujours proposer des modifications, mais certains articles (concernant des sujets controversés ou des personnes vivantes) ne peuvent effectivement être modifiés que par des éditeurs ayant un statut particulier — il existe donc une hiérarchie entre les utilisateurs. Néanmoins, le processus d'édition maintient son caractère décentralisé — il n'existe aucun « *comité de lecture* » de caractère exclusif. La *Wikimedia Foundation*, « *propriétaire* »¹⁴⁸⁶ de Wikipédia, n'intervient pas dans l'édition de ses contenus¹⁴⁸⁷. Tous les éditeurs de Wikipédia doivent respecter cinq principes (« *cinq piliers* »)¹⁴⁸⁸ :

- 1) Wikipédia est une encyclopédie — le principe vise à en exclure par exemple les opinions personnelles, les articles promotionnels, mais aussi la recherche originale ;
- 2) Wikipédia recherche la neutralité de point de vue ;
- 3) Wikipédia est publiée sous licence libre ;
- 4) Wikipédia est un projet collaboratif qui suit des règles de savoir-vivre ;
- 5) Wikipédia n'a pas d'autres règles fixes.

¹⁴⁸⁴ La date exacte est controversée. L'article https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia_en_français mentionne le 23 mars 2001 comme date de la création (seulement une semaine après la version allemande) ; or, l'article https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Wikipedia souligne que la recherche dans la *Internet Archive* ne confirme pas cette date ; la wikipédia française n'est pas mentionnée parmi les versions non-anglophones énumérées dans un message posté sur le groupe de diffusion le 11 mai 2001 (<https://lists.wikimedia.org/pipermail/wikipedia-l/2001-May/000116.html>), ce qui indiquerait une création ultérieure à cette date.

¹⁴⁸⁵ V. par ex. T. SIMONITE, *The Decline of Wikipedia*, *MIT Technology Review*, vol. 116, no. 6 (novembre/décembre 2013).

¹⁴⁸⁶ Le contenu de Wikipédia est un *commun*, mais la Wikimedia Foundation est propriétaire du nom de domaine wikipedia.org, ainsi que de la marque « wikipédia ».

¹⁴⁸⁷ Les tribunaux français et allemand ont refusé de lui reconnaître le statut d'éditeur des articles publiés sur le site *Wikipédia* : TGI Paris, ordonnance de référé du 29 oct. 2007 (*Marianne B. et autres c. Wikimedia Foundation*), [legalis.net](https://www.legalis.net) ; OLG Stuttgart, 2 oct. 2013, 4 U 78/13, GRUR-RS 2013, 18386.

¹⁴⁸⁸ https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia:Principes_fondateurs, consulté le 13 décembre 2017.

735. Le rôle de Wikipédia. La possibilité d'édition des articles par des internautes anonymes suscite — à juste titre — des doutes quant à la qualité de l'information contenus dans Wikipédia¹⁴⁸⁹. Selon une étude publiée par la revue *Nature* en 2005, la fiabilité des articles de Wikipédia (dans le domaine des sciences exactes) était comparable avec celle de l'*Encyclopaedia Britannica*, même s'ils étaient moins bien rédigés¹⁴⁹⁰. D'autres études sont arrivées à des conclusions similaires¹⁴⁹¹. D'un autre côté, il faut aussi remarquer que des informations fictives ou inexactes publiées sur Wikipédia ont provoqué de nombreux scandales¹⁴⁹² ; utilisée sans esprit critique, Wikipédia peut même se révéler dangereuse¹⁴⁹³. Néanmoins, force est de constater que Wikipédia fait aujourd'hui partie du paysage des connaissances humaines, et qu'elle est une source d'information reconnue par le courant dominant¹⁴⁹⁴. Grâce à son caractère libre, ouvert et multilingue, Wikipédia en tant que telle est aussi une source importante pour des chercheurs, qui les aide notamment pour organiser des données dans un réseau sémantique¹⁴⁹⁵ ; elle joue aussi un rôle grandissant dans l'éducation¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁸⁹ Mais cf. D. ANTHONY, S. W. SMITH et T. WILLIAMSON, The Quality of Open Source Production : Zealots and Good Samaritans in the Case of Wikipedia, *Dartmouth Computer Science Technical Report* TR2007-606 (septembre 2007), qui démontre que les contributions des éditeurs anonymes (les « bons samaritains ») sont d'une qualité comparable à celle provenant des utilisateurs connus dans la communauté (les « fanatiques »).

¹⁴⁹⁰ J. GILES, Internet encyclopaedias go head to head, *Nature*, vol. 438, no. 7070 (décembre 2005), pp. 900-901. Les résultats de cette étude ont été remis en cause par l'éditeur de l'*Encyclopaedia Britannica* [v. notamment : Britannica attacks, *Nature*, vol. 440, no. 7084 (mars 2006), p. 582].

¹⁴⁹¹ V. notamment la comparaison entre Wikipédia allemande et l'encyclopédie Brockhaus (en faveur de cette première) : G. VON HORST et U. SCHÖNERT, Wikipedia : Wissen für alle, *Stern*, no. 50/2007 (December 6, 2007), pp. 30-44.

¹⁴⁹² Dont l'un des plus célèbres concerne les propos élogieux de Ségolène Royale sur un personnage fictif, auquel un internaute imaginaire a consacré un article wikipédia (v. T. BROSSET, L.-R. De L'Astran, Celui qui n'a jamais existé, publié sur : <http://www.sudouest.fr/2010/06/07/leon-robert-de-l-astran-celui-qui-n-a-jamais-existe-110539-7.php> le 6 juillet 2010, consulté le 13 décembre 2017) ; v. aussi l'affaire concernant la diffamation d'un homme politique étasunien John Seigenthaler : K. Q. SEELYE, Snared in the Web of a Wikipedia Liar, *New York Times*, 4 décembre 2005.

¹⁴⁹³ V. par ex. sur les informations concernant les actions thérapeutiques de certaines plantes : J. PHILIPS, C. LAM et L. PALAMISANO, Analysis of the accuracy and readability of herbal supplement information on Wikipedia, *Journal of the American Pharmacists Association*, vol. 54, no. 4 (juillet-août 2014), pp. 406-414.

¹⁴⁹⁴ Même les tribunaux citent Wikipédia, et pas que les étasuniens ; elle a été citée par exemple par la CA Paris, pôle 5, 2 ch., 29 oct. 2010, n° 09/07198 (*SAS K. TEA et autres c. SARL DONOVAN et autres*), Propr. ind., no. 38 (janvier 2011), p. 123 ; le OLG Düsseldorf (I-20 U 168/13, 28 oct. 2014) ou la *High Court of Justice* ([2015] EWHC 1215 (QB), 23 avril 2015)... v. aussi : B. S. NOVECK, Wikipedia and the Future of Legal Education, *Journal of Legal Education*, vol. 57, no. 1 (mars 2007), pp. 3-9.

¹⁴⁹⁵ V. notamment le projet universitaire DBpedia initié par deux universités allemandes (de Leipzig et de Mannheim) — <http://wiki.dbpedia.org/use-cases>.

¹⁴⁹⁶ V. par ex. B. S. NOVECK, *précité* ; v. aussi M. L. CHILD, Professors Split on Wiki Debate, publié le 26 février 2007 sur *The Harvard Crimson* (<http://www.thecrimson.com/article/2007/2/26/professors-split-on-wiki-debate-despite/>), consulté le 13 décembre 2017.

Un groupe de chercheurs français a même élaboré un classement des universités les plus influentes dans le monde, basé sur des données extraites de Wikipédia¹⁴⁹⁷. Son succès a aussi inspiré la création de nombreux autres communs contractuels du savoir, comme notamment le projet *Citizendium* (une encyclopédie libre fondée par Larry Sanger et rédigée par des experts enregistrés sous leurs propres noms)¹⁴⁹⁸, *Jurispedia* (une encyclopédie libre de droit initiée par plusieurs universités, y compris Marseille III et l'université de la Sarre)¹⁴⁹⁹, *Wiktionary*¹⁵⁰⁰ (un dictionnaire libre) etc.

736. Wikipédia — un commun sur tous les niveaux. Wikipédia est un commun sur tous les niveaux¹⁵⁰¹. En effet, même s'il existe des versions hors ligne, le moyen le plus commun d'y accéder est par Internet — un réseau mondial qui est un commun¹⁵⁰². Tous les serveurs de la fondation *Wikimedia* emploient un système d'exploitation *Linux*¹⁵⁰³, qui est un commun contractuel, car il est diffusé essentiellement sous la licence GNU GPL 2.0. *MediaWiki*, l'application *wiki* utilisée par la Wikipédia, est diffusée sous la licence GNU GPL 2.0+¹⁵⁰⁴. Finalement, la plupart des contenus de Wikipédia sont publiés sous la licence *Creative Commons Attribution-ShareAlike (CC BY-SA) 3.0 Unported*¹⁵⁰⁵, ce qui en fait aussi un commun conventionnel. Ainsi, Wikipédia est un commun pas seulement au niveau de son contenu, mais aussi à travers toutes les couches de son architecture.

¹⁴⁹⁷ J. LAGES, A. PATT et D. L. SHEPELYANSKY, Wikipedia Ranking of World Universities, arXiv : 1511.09021v2 ; selon ce classement, l'université de Cambridge est la plus influente au monde, suivie par Oxford et Harvard.

¹⁴⁹⁸ <http://en.citizendium.org>

¹⁴⁹⁹ <http://fr.jurispedia.org/index.php/Accueil>

¹⁵⁰⁰ <https://www.wiktionary.org>

¹⁵⁰¹ Sur l'idée de niveaux (*layers*) d'architecture du *Web*, v. notamment L. LESSIG, *The Future of Ideas...*, *précité*, pp. 23 et ss.

¹⁵⁰² Comme l'explique L. LESSIG, *The Future of Ideas...*, *précité*, pp. 55-56, le développement de l'un de premiers serveurs Web, NCSA HTTPd, était financé par le gouvernement étasunien et en tant que tel n'était pas protégé par un droit exclusif, ce qui a permis la création de Apache HTTP Web Server, le serveur la plus populaire dans le Web d'aujourd'hui, publié sous la licence libre Apache 2.0.

¹⁵⁰³ D'après : https://meta.wikimedia.org/wiki/Wikimedia_servers, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁰⁴ <https://www.mediawiki.org/wiki/Copyright>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁰⁵ V. *infra* no. 923 et ss.

737. Transition. Nous avons présenté le problème de la privatisation (ou la marchandisation) du savoir, ainsi que deux stratégies de lutte contre ce phénomène ; lutte dans laquelle les e-Universités doivent normalement s’engager. Ces stratégies consistent en la défense du domaine public, qui est une chose commune, et en la culture des communs contractuels du savoir — les ressources qui, bien que faisant l’objet d’un droit privatif, peuvent être utilisées par tout un chacun sans qu’il soit nécessaire d’obtenir l’autorisation de quiconque. Maintenant nous allons voir l’impact des phénomènes décrits ci-dessus sur les universités.

Section 2 : La « schizophrénie universitaire » face à la privatisation du savoir

738. Introduction. Face à la privatisation du savoir, les universités sont amenées à jouer un double rôle. D’un côté, la mission de valorisation de la recherche les incite à privatiser le savoir (§1) ; d’un autre côté, l’éthique académique, et souvent aussi des considérations pratiques, les encouragent à participer à la création des communs du savoir (§2)¹⁵⁰⁶. Ce sont ces « *personnalités multiples* » que les universités sont forcées d’adopter, qui ont amené un auteur¹⁵⁰⁷ à poser le diagnostic d’une « *schizophrénie* » des universités — expression forte mais puissante que nous lui empruntons dans notre intitulé.

§1. La mission de valorisation de la recherche — la soumission des universités à la logique privative

739. La notion de valorisation de la recherche. La valorisation de la recherche peut être définie comme « *le processus de transformation des savoirs fondamentaux en nouveaux produits ou services marchands [qui] s’effectue par le biais de la coopération entre la recherche publique et les entreprises ou par la mobilité des chercheurs [et] stipule le plus*

¹⁵⁰⁶ En ce sens notamment E. OSTROM, Ch. HESS, Introduction : An Overview of the Knowledge Commons, [in :] E. OSTROM, Ch. HESS [dir.], *Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice*, MIT Press 2007.

¹⁵⁰⁷ J.-C. GUÉDON, A l’ombre d’Oldenburg : Bibliothécaires, chercheurs scientifiques, maisons d’édition et le contrôle des publications scientifiques, HAL SHS 00395366, cité par C. BERNAULT, *Open access et droit d’auteur*, Larcier 2016, p. 21.

souvent une appropriation privée (exclusive ou non) des produits de la recherche »¹⁵⁰⁸. Selon le Comité national d'évaluation (CNE), la valorisation consiste à « *rendre utilisables ou commercialisables les résultats, les connaissances et les compétences de la recherche* »¹⁵⁰⁹. Son objectif est de créer des liens plus étroits entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée¹⁵¹⁰, ce qui devrait permettre de « *tirer le meilleur parti de l'engagement de l'État en faveur de la recherche en faisant en sorte que la société bénéficie des résultats de cette recherche* »¹⁵¹¹.

740. Plan. L'organisation détaillée de la mission de valorisation ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie¹⁵¹². Ici, nous allons nous borner à présenter les textes qui consacrent la mission de valorisation (A) et la forme principale de valorisation — les brevets universitaires (B).

A. Mission de valorisation inscrite dans la loi

741. Le *Stevenson-Wydler Act* et le *Bayh-Dole Act*. Le premier texte législatif consacrant la mission de valorisation de la recherche publique est le *Stevenson-Wydler Technology Innovation Act* adopté aux États-Unis le 21 octobre 1980. Afin de permettre le retour sur l'investissement public dans la recherche, la section 11(a) de ce texte obligeait le gouvernement fédéral de s'assurer que la technologie développée grâce à son financement était transférée vers les États et le secteur privé¹⁵¹³. La même année, le *Bayh-Dole Act* a permis aux in-

¹⁵⁰⁸ B. LAPERCHÉ et D. UZUNIDIS, La valorisation de la recherche publique en France et la question de l'université, *Réseau de Recherche sur l'Innovation*, Document de travail no. 16/2010.

¹⁵⁰⁹ Cité d'après Ph. ADNOT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la valorisation de la recherche dans les universités*, Sénat, 2006, p. 8.

¹⁵¹⁰ B. LAPERCHÉ, D. UZUNIDIS, *précités*.

¹⁵¹¹ Ph. ADNOT, *Rapport...*, précité, p. 8, citant la réponse du Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹⁵¹² Pour plus d'informations v. notamment la thèse de A. DELMOTTE, *Les aspects juridiques de la valorisation de la recherche*, Bibliothèque des thèses Mare & Martin Droit public 2015 et N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et valorisation des résultats de la recherche publique*, PUAM, 2015.

¹⁵¹³ « *It is the continuing responsibility of the Federal Government to ensure the full use of the results of the Nation's Federal investment in research and development. To this end the Federal Government shall strive where appropriate to transfer federally owned or originated technology to State and local governments and to the private sector* ».

stitutions de recherche bénéficiant d'un financement public (et notamment aux universités) de breveter leurs inventions ; avant l'adoption de ce texte les inventions ainsi créées appartenaient au gouvernement fédéral, qui ne choisissait que rarement de les exploiter commercialement¹⁵¹⁴. Cette politique de valorisation de la recherche était la réponse à la crise économique des années 1970. En effet, elle a sans doute joué un rôle dans la construction de la puissance des universités étasuniennes¹⁵¹⁵. Toutefois, force est de constater qu'elle a aussi approfondi l'écart entre les établissements d'excellence, concentrés autour de Boston et de San Francisco, et les autres universités étasuniennes¹⁵¹⁶. Aujourd'hui, le *Bayh-Dole Act* est parfois critiqué pour son anachronisme — selon certains, il existerait à l'heure actuelle de meilleurs moyens pour faire bénéficier le public de la recherche financée sur fonds publics¹⁵¹⁷.

742. La mission de valorisation de la recherche dans les textes français. Le législateur français s'est sans doute inspiré de la politique législative des États-Unis en adoptant la Loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France¹⁵¹⁸. L'article 5 de ce texte mettait la valorisation des résultats de la recherche parmi les objectifs de la politique de la recherche. La loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur¹⁵¹⁹ a inséré la valorisation des résultats de la recherche dans la liste des missions des universités, mais la vraie mise en oeuvre de cette mission a dû attendre l'adoption de la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche¹⁵²⁰ et ses décrets d'application¹⁵²¹. Après la codification¹⁵²² et la réforme de 2013¹⁵²³, l'article L. 123-3 du Code de l'é-

¹⁵¹⁴ V. J. DRAHOS, P. BRAITHWAITE, *précités*, p. 163 et ss.

¹⁵¹⁵ Mais v. D. C. MOWERY, *The Effects of the Bayh-Dole Act on U.S. University Research and Technology Transfer : An Analysis of Data from Columbia University, the University of California, and Stanford University*, *Research Policy* vol. 30, no. 1 (janvier 2001), pp. 99-119 (suggérant que le rôle du Bayh-Dole Act n'était que secondaire).

¹⁵¹⁶ J. DRAHOS, P. BRAITHWAITE, *précités*, p. 163.

¹⁵¹⁷ V. par ex. S. BOETTINGER, A. B. BENNETT, *Bayh-Dole : if we knew then what we know now*, *Nature Biotechnology*, vol. 24, no. 3 (mars 2006), pp. 320-323.

¹⁵¹⁸ Loi no. n° 82-610.

¹⁵¹⁹ Loi n° 84-52.

¹⁵²⁰ Loi n° 99-587.

¹⁵²¹ Ph. ADNOT, *Rapport précité*.

¹⁵²² Par la Loi n° 2003-339 du 14 avril 2003.

¹⁵²³ Loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

ucation dispose dans son 2° que la mission de valorisation dont est investi le service public de l'enseignement supérieur « repose sur le développement de l'innovation, du transfert de technologie lorsque celui-ci est possible, de la capacité d'expertise et d'appui aux associations et fondations, reconnues d'utilité publique, et aux politiques publiques menées pour répondre aux défis sociétaux, aux besoins sociaux, économiques et de développement durable ». L'article 124 de la loi du 23 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche a aussi autorisé le gouvernement à insérer dans le Code de la recherche un livre V relatif à la valorisation. Cet objectif a été accompli par l'ordonnance du 17 février 2014¹⁵²⁴ — désormais, les dispositions concernant la valorisation des résultats de la recherche se trouvent aux articles L. 533-1 à L. 533-4 du Code de la recherche.

743. En Allemagne. Comme nous l'avons déjà souligné, les universités allemandes sont régies par la loi des *Länder*. La mission de valorisation de la recherche (*Wissenstransfer*, le transfert des connaissances) fait partie des missions dont les établissements d'enseignement supérieur sont investis. Notamment, en Rhénanie-du-Nord—Westphalie, l'article 3(1) de la *Hochschulgesetz* énumère le transfert des connaissances parmi les missions des universités.

B. La mesure de la valorisation : le brevet universitaire

744. Plusieurs formes de valorisation possibles. La valorisation peut revêtir plusieurs formes : la coopération scientifique entre les universités et les entreprises (les partenariats public-privé), la mobilité des chercheurs entre les universités et les entreprises (par exemple dans le cadre d'une Convention Industrielle de Formation par la Recherche — CIFRE¹⁵²⁵) ou la création d'entreprises par les chercheurs (encouragée par l'octroi des statuts avantageux¹⁵²⁶)¹⁵²⁷. Toutes ces formes évoluent autour des titres de propriété intellectuelle et s'insèrent dans la logique de privatisation du savoir. L'élément central de la valorisation est

¹⁵²⁴ Ordonnance n° 2014-135.

¹⁵²⁵ http://www.anrt.asso.fr/fr/espace_cifre/accueil.jsp

¹⁵²⁶ Par ex. Jeune Entreprise Universitaire (JEU), Jeune Entreprise Innovante (JEI)...

¹⁵²⁷ Cf. B. LAPERCHE, D. UZUNIDIS, *précités* ; OCDE, *Commercialising Public Research : New Trends and Strategies*, OECD Publishing 2013, spéc. p. 27.

donc l'obtention de tels titres de propriété intellectuelle (dont le plus important est le brevet¹⁵²⁸) par les universités elles-mêmes.

745. Le brevet universitaire au coeur de la mission de valorisation de la recherche. Les brevets obtenus par les universités sont l'indicateur principal de la valorisation de la recherche¹⁵²⁹. Or pour qu'une invention puisse être brevetable elle doit être nouvelle¹⁵³⁰, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être comprise dans l'état de la technique¹⁵³¹. Cela signifie non seulement qu'elle ne doit pas déjà faire l'objet d'un autre brevet, mais aussi qu'elle ne peut pas avoir été divulguée ni à l'écrit¹⁵³², ni oralement, ni par tout autre moyen¹⁵³³. Même si l'on s'accorde sur le fait qu'en théorie la diffusion de résultats partiels ou de données ne constitue pas une antériorité destructrice de la nouveauté¹⁵³⁴, force est de constater qu'en pratique les chercheurs sont confrontés à un choix : soit ils diffusent leurs travaux, soit ils essaient de les garder secrets afin de pouvoir valoriser leurs résultats. La logique « *publie ou péris* » est donc concurrencée par l'approche « *protège et prospère* »¹⁵³⁵.

746. Critique du rôle des brevets dans la mission de valorisation de la recherche. L'importance attachée aux brevets universitaires fait souvent l'objet de critiques. Il a été soulevé qu'une telle approche menace la liberté de la recherche, car le financement de la

¹⁵²⁸ Cf. l'art. L. 533-1 du CPI.

¹⁵²⁹ OCDE, Commercialising Public Research..., *précité*, spéc. p. 35. ; *Programme n° 150 « Formations supérieures et recherche universitaire »*, Projet de loi de finances (PLF) 2015, indicateur 4.1 (p. 22).

¹⁵³⁰ Cf. l'art. 54 de la Convention sur le brevet européen (CBE), l'art. L. 611-10 du CPI, l'art. 1(1) du *Patentgesetz* (PatG).

¹⁵³¹ L'art. 54(1) de la CBE, l'art. L. 611-1 du CPI, l'art. 3(1) du PatG.

¹⁵³² Une exception intéressante concerne les thèses : si la soutenance n'est pas publique et les membres du jury sont tenus par un engagement de confidentialité — cf. OEB (Office européen de brevets) T 1817/08 du 12 juin 2012.

¹⁵³³ L'art. 54(2) de la CBE.

¹⁵³⁴ Si le contenu de l'information diffusée est trop vague et imprécis pour permettre la reproduction de l'invention par un homme du métier, la nouveauté n'est pas détruite, cf. CA Paris, 4e ch., sect. A, 22 févr. 2006 : PIBD 2006, n° 831, III, p. 390 (un article publié dans une revue qui n'est pas accompagné de croquis et ne divulgue pas certains éléments de l'invention ne constitue pas une divulgation destructrice de la nouveauté) ou Cass. com., 8 déc. 2009, n° 08-20.032 : JurisData n° 2009-050692 ; PIBD 2009, III, p. 102 ; en Allemagne : BGH 20 déc. 2011, X ZR 53/11, GRUR 2012, 373 (*Glasfasern*) ; BGH 16 déc. 2008, X ZR 89/07, GRUR 2009, 382 (*Olanzapin*).

¹⁵³⁵ H. K. SCHACHMAN, From "Publish or Perish" to "Patent and Prosper", *The Journal of Biological Chemistry*, vol. 281 (février 2006), pp. 6889-6903.

recherche fondamentale « *fondée sur la simple curiosité* » a tendance à diminuer¹⁵³⁶. De même, les sciences humaines et sociales, où les possibilités d'obtenir des brevets sont plus limitées, risquent de se retrouver en marge du monde universitaire¹⁵³⁷, ce qui à long terme peut freiner le progrès scientifique¹⁵³⁸. De surcroît, parce que les brevets nécessitent des investissements dont le retour est incertain (« *il est courant de dire que sur 100 brevets, un rapporte plus qu'il ne coûte, 70 coûtent et le reste équilibre le coût avec les revenus* »¹⁵³⁹), cette approche à la valorisation de la recherche risque d'approfondir les différences entre les universités, car seules les meilleures (comme les grands établissements anglophones) vont effectivement s'enrichir. Il a même été soulevé que dans le cas des universités françaises les brevets coûtent plus qu'ils ne rapportent¹⁵⁴⁰. Les critiques remarquent aussi que les brevets universitaires sont certes facilement quantifiables, ce qui en fait un indicateur pratique, mais il y a d'autres facteurs plus pertinents pour évaluer l'impact de la valorisation à long terme, comme la dynamique économique créée ou le nombre d'emplois induits¹⁵⁴¹. Finalement, comme nous l'avons dit précédemment, si l'objectif de la valorisation est de faire bénéficier l'ensemble de la société (et pas seulement le secteur des entreprises) de l'investissement public dans la recherche, le brevet peut s'avérer contreproductif, car il augmente les coûts de transaction, ce qui peut mener à la situation dénommée « *la tragédie des anti-communs* »¹⁵⁴². L'analyse économique des brevets universitaires dépasse le cadre de notre étude ; ce qui est important pour nous est qu'ils semblent incompatibles avec la mission traditionnellement principale des universités — la diffusion du savoir.

¹⁵³⁶ B. LAPERCHE, D. UZUNIDIS, *précités*, citant OCDE, *La recherche universitaire en transition*, OECD Publishing 1998.

¹⁵³⁷ Une étude intéressante sur les formes de valorisation des sciences humaines et sociales a été publiée en Allemagne : *Schlussbericht zum Verbundvorhaben Analyse und Konzeption zur systematischen Verwertung geistes- und sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse - Verwertung Geist : Teilvorhaben Institut für Deutsche Sprache (IDS)*, Technische Informationsbibliothek u. Universitätsbibliothek, Mannheim, Hannover ; 2013.

¹⁵³⁸ En effet, la linguistique, longtemps considérée d'intérêt purement théorique, se retrouve au cœur de nouvelles technologies de l'information (le réseau sémantique, la traduction automatique...). Très récemment, un projet de recherche sur l'intelligence artificielle du point de vue des sciences humaines a été financé dans des grandes universités étasuniennes (v. S. LAZARRO, Harvard, MIT Get \$27M to Research Artificial Intelligence From Humanities Perspective, publié le 12 janvier 2017 sur <http://observer.com/2017/01/harvard-mit-get-27m-to-research-artificial-intelligence-from-humanities-perspective/>, consulté le 13 décembre 2017).

¹⁵³⁹ Ph. ADNOT, *Rapport* précité, p. 31.

¹⁵⁴⁰ J.-P. LEAC, Supprimons les brevets à l'université !, publié le 2 juin 2015 sur <https://www.lescahiersdelinnovation.com/2015/06/supprimons-brevets-a-luniversite/>, mis à jour le 6 juin 2017, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁴¹ Ph. ADNOT, *Rapport* précité, p. 48.

¹⁵⁴² V. *supra* no. 726.

§2. La tendance naturelle vers l'*Open science*

747. Le caractère collectif du travail de recherche. Les chercheurs s'appuient toujours sur les travaux de leurs prédécesseurs. On attribue à Bernard de Chartres l'expression selon laquelle « *nous sommes des nains assis sur des épaules de géants* »¹⁵⁴³ ; aujourd'hui on dirait plutôt que les chercheurs sont assis sur les épaules de leurs pairs¹⁵⁴⁴. Et ils ne veulent pas être obligés de leur payer des redevances¹⁵⁴⁵, tout comme ils n'attendent pas de paiement de la part de leurs collègues qui viendront par la suite se mettre sur leurs épaules. En effet, depuis des siècles la communauté scientifique s'est forgé son éthique propre, dont le libre partage (que nous allons désigner comme « *openness* ») est une partie essentielle (A). Plus récemment, au tournant du millénaire, les règles gouvernant l'*openness* ont été formalisées et une notion de « *Open Science* » a émergé (B).

748. Libre ou *open*? Avant de commencer, nous nous sentons obligés d'expliquer notre choix de la dénomination anglaise « *openness* » pour désigner l'esprit de libre partage. Les termes anglais *Open Access*, *Open Source* ou *Open Educational Resources* sont traditionnellement traduits en français comme « *libre accès* »¹⁵⁴⁶, « *logiciel libre* »¹⁵⁴⁷ (ce qui envoie, à

¹⁵⁴³ Ces mots sont mis dans la bouche de Bernard de Chartres dans l'ouvrage de son élève Jean de Salisbury, *Metalogicon* (1159) : « *Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos, gigantium humeris insidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subvenimur et extollimur magnitudine gigantea* ». La métaphore a probablement été empruntée au mythe grec de Cédalion qui a guidé Orion, un géant aveuglé, en étant assis sur ses épaules. En 1676, elle a été reprise par Sir Isaac Newton dans sa lettre à Robert Hooke.

¹⁵⁴⁴ « *Standing on the shoulders of your peers* » est un slogan forgé par la Open Preservation Foundation : <http://openpreservation.org/blog/2014/01/23/standing-shoulders-your-peers/>.

¹⁵⁴⁵ Cf. J. BOYLE, *The Public Domain*, précité, p. 183 (« (...) *Isaac Newton describing himself as "standing on the shoulders of giants" (and not having to pay them royalties)* »).

¹⁵⁴⁶ Cf. par ex. le site de l'UNESCO (<http://www.unesco.org/new/fr/communication-and-information/access-to-knowledge/open-access-to-scientific-information/>) ou le journal du CNRS (DACOS, Marin, *Les sciences à l'âge du libre accès*, publié le 4 mars 2015 sur <https://lejournal.cnrs.fr/billets/les-sciences-a-lage-du-libre-acces>, consulté le 13 décembre 2017 ; l'article emploie aussi les termes « accès ouvert » et « Open Access »).

¹⁵⁴⁷ Cf. le document du Parlement Européen « Questions-réponses concernant l'initiative citoyenne » (http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/background/20101209BKG08308/20101209BKG08308_fr.pdf - consulté le 13 décembre 2017) employant (p. 4) le terme « logiciel libre » là où la version anglaise (http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/background/20101209BKG08308/20101209BKG08308_en.pdf - consulté le 13 décembre 2017) parle de « open-source software ».

juste titre, au « *free software* »¹⁵⁴⁸) ou « *ressources éducatives libres* »¹⁵⁴⁹. À notre sens, cette traduction est inexacte, car l'adjectif « *libre* » indique une absence de règles et de contraintes — or ce qui est *open* est soumis à des règles sociales particulières¹⁵⁵⁰, et surtout aux règles de la propriété intellectuelle (*open* ne veut absolument pas dire « *libre de droit* »!). En français on parle parfois aussi de « *logiciel ouvert* », ou de données « *ouvertes* » (*Open Data*). La loi pour une République numérique évoque donc « *l'ouverture de l'accès aux données publiques* »¹⁵⁵¹, ou même « *l'ouverture des données* »¹⁵⁵². Cet usage nous semble plus correct, car « *ouvert* » signifie aussi « *accessible, que l'on peut utiliser* », comme dans l'expression « *ouvert à la navigation* ». D'un autre côté, l'on remarque que la terminologie anglophone est de plus en plus souvent utilisée en français¹⁵⁵³ — on risque donc de se retrouver dans une situation où les expressions *Open Science* et *Open Data* se trouvent en concurrence avec « *science ouverte* » ou « *données ouvertes* » et se distinguent de ces dernières. Pour éviter cela (car, nous le savons, *pluralitas non est ponenda sine necessitate*) et pour souligner qu'on participe à un mouvement global (et originaire du monde anglophone), nous choisissons d'employer le terme *openness* et de garder les appellations *Open Access*, *Open Science*, *Open Data* etc. dans leurs versions originales. Nous remarquerons en passant que le mot « *open* » existe aussi en français pour désigner une compétition sportive ouverte à tous, tant aux professionnels qu'aux amateurs (un *open* de tennis), un sens qui n'est pas si loin de celui qui intéresse notre étude.

¹⁵⁴⁸ V. *infra* no. 773 et ss.

¹⁵⁴⁹ Telle est la traduction officielle de l'UNESCO (v. *Lignes directrices pour les ressources éducatives libres (REL) dans l'enseignement supérieur*, UNESCO 2015).

¹⁵⁵⁰ V. *infra* 760 et ss.

¹⁵⁵¹ Tel est l'intitulé de la première section du premier chapitre de son premier titre.

¹⁵⁵² L'art. 7.

¹⁵⁵³ V. notamment l'ouvrage de C. BERNAULT, *Open Access et droit d'auteur*, Larcier 2016 (l'auteure voit dans le terme « *open* » un compromis entre les adjectifs « *libre* » et « *ouvert* » — no. 17, 24) ; l'expression *Open Data* est aussi souvent utilisé par les plateformes <https://opendata.paris.fr/> (données publiques de la ville de Paris) <https://www.data.gouv.fr/> (données publiques françaises).

A. L'*openness* comme partie intégrale de l'éthique de la science

749. Les travaux de Robert K. Merton. Au milieu du siècle précédent Robert K. Merton, un sociologue étasunien, a formulé une théorie d'éthique de la science moderne¹⁵⁵⁴, dont les quatre principes sont: l'universalisme, le « *communisme* », le désintéressement et le scepticisme organisé¹⁵⁵⁵. Ici, nous allons voir de plus près le « *communisme* ». Sous cette appellation peu fortunée se cache ce qu'on appelle l'*openness*.

750. Le « *communisme* » mertonien. Suivant le principe du « *communisme* » décrit par Merton¹⁵⁵⁶, les membres de la communauté scientifique considèrent que leurs travaux sont un fruit de collaboration et d'efforts mutuels. En tant que tels, ils ne sont pas la propriété privée des auteurs, mais la propriété collective de toute la communauté. La reconnaissance de la paternité d'une théorie ou une découverte et l'estime des pairs qui en découle sont pour un scientifique la plus grande récompense. Ainsi, l'originalité (comprise au sens objectif du terme comme la nouveauté) du travail de recherche est plus importante que son potentiel commercial. Dit simplement : les chercheurs veulent avant tout que leurs travaux soient diffusés auprès de leur pairs, et cela aussi largement que possible. Toute limitation d'accès aux travaux de recherche, qu'elle résulte d'un droit exclusif ou d'un simple secret, est incompatible avec les valeurs de la communauté scientifique. Le travail scientifique bénéficie donc d'un vrai « *effet de réseau* » (*network effect*) — sa valeur aux yeux des chercheurs augmente avec le nombre d'utilisateurs¹⁵⁵⁷. Tout comme un *Minitel* qui n'a pas d'utilité s'il n'est pas connecté à un grand réseau de machines similaires, un article scientifique est pleinement valorisé s'il est lu et cité par le plus grand nombre de membres de la communauté scientifique.

751. Longue tradition du concept. Certains pourraient être amenés à penser que l'*openness* est un concept purement anglo-saxon, étranger à la culture académique française, voire un moyen d'imposer l'impérialisme étasunien tant appréhendé dans le domaine de la recherche (car force est de constater que les chercheurs des États-Unis ont le plus contribué à

¹⁵⁵⁴ R. K. MERTON, *The Normative Structure of Science* (1942) [in :] R. K. MERTON, N. W. STORER [dir.], *The Sociology of Science. Theoretical and Empirical Investigations*, The University of Chicago Press 1972, pp. 267-278.

¹⁵⁵⁵ Cf. *supra* no. 52.

¹⁵⁵⁶ *Idem*, spéc. pp. 273-275.

¹⁵⁵⁷ Sur « l'*effet de réseau* » dans le contexte des biens immatériels, v. notamment J. BOYLE, *The Public Domain, précité*, p. 191.

sa théorisation moderne). Or rien n'est plus faux. René-Antoine Ferchault de Réaumur, un scientifique français du XVIII^{ème} siècle (période d'un rayonnement particulièrement important de la science française), a fait la plus belle preuve de l'esprit d'*openness* dans la préface de son ouvrage « *L'art de convertir le fer forgé en acier (...)* ». Citons-en un long et beau passage, si pertinent pour notre étude :

« Des reproches (...) auxquels je me trouve flatté d'avoir à répondre, sont ceux qui me furent faits après les Assemblées de l'Académie (...) ; il y eût gens qui trouvèrent étrange que j'eusse publié des secrets, qui ne devoient pas être révélés ; d'autres auroient voulu qu'ils eussent été confiés à des Compagnies qui en auroient fait usage, et qui travaillant pour leur utilité propre, auroient aussi travaillé pour le bien général du Royaume¹⁵⁵⁸. Les sentiments que suppose la première façon de penser, ne sont pas assez nobles, pour qu'on puisse même se glorifier d'en avoir de directement contraires ; ne sont-ils pas même contre l'équité naturelle? Est-il bien sûr que nos découvertes soient si fort à nous, que le Public n'y ait pas droit, qu'elles ne lui appartiennent pas en quelque sorte? Nous devons tous, c'est notre premier devoir, concourir au bien général de la Société ; qui y manque, quand il peut y contribuer de quelque chose, et qui y manque, quand il ne lui en coûteroit que de parler, manque à un devoir essentiel, et dans les circonstances les plus odieuses. Ce principe étant certain, restera-t-il bien des circonstances, où nous soions absolument Maîtres de nos découvertes? (...) [i]l s'est trouvé [aussi] gens qui n'ont pas approuvé que les découvertes qui font l'objet de ces Mémoires eussent été rendues publiques ; ils auroient voulu qu'elles eussent été conservées au Royaume ; (...) Nous nous devons premièrement à notre Patrie ; mais nous nous devons aussi au reste du monde ; ceux qui travaillent pour perfectionner les Sciences et les Arts, doivent même se regarder comme les Citoyens du monde entier »¹⁵⁵⁹.

752. Les motivations des chercheurs. L'*openness*, il est vrai, entraîne (du moins dans une situation typique) la perte d'une partie des revenus. Dans le monde d'aujourd'hui, nous avons souvent tendance à voir l'homme surtout comme un *homo oeconomicus*, un être qui tente toujours de maximiser les profits et dont l'argent est la motivation principale. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le fait que dans une société développée les motivations peuvent être autres que purement pécuniaires, sans pour autant tomber dans l'altruisme

¹⁵⁵⁸ Ce qu'on appellerait aujourd'hui la valorisation de la recherche (remarque PK).

¹⁵⁵⁹ R.-A. Ferchault de RÉAUMUR, *L'art de convertir le fer forgé en acier et l'art d'adoucir le fer fondu, ou de fer des ouvrages de fer fondu aussi finis que de fer forgé*, Michel Brunet, 1722, p. 17-21.

d'un « *bon samaritain* »¹⁵⁶⁰. Le travail de recherche universitaire en est l'un des exemples¹⁵⁶¹. Le fait que les gains financiers ne soient pas la motivation principale de la recherche universitaire est une conséquence de l'esprit d'*openness* et permet aux communs du savoir de se développer dans ce milieu. Or il est encore nécessaire que les universités valorisent mieux les contributions de leurs chercheurs aux communs du savoir, comme par exemple les articles diffusés en *Open Access*, ou la participation aux projets collaboratifs.

B. L'émergence de l'*Open Science*

753. L'origine de la notion. La paternité de la notion d'*Open Science* peut être attribuée à Michael Nielsen. Dans son ouvrage « *Reinventing Discovery : The New Era of Networked Science* »¹⁵⁶², l'auteur parle d'un impératif d'« ouvrir » les résultats du travail scientifique, mais aussi son mode d'organisation, pour que l'humanité puisse maximiser son potentiel de développement et mieux utiliser son « *intelligence collective* ». Pour l'auteur, le principe fondateur de l'*Open Science* est de partager les connaissances scientifiques aussi rapidement et aussi largement que possible¹⁵⁶³. Il est important de comprendre que cette approche n'est pas révolutionnaire ; en réalité, comme nous l'avons exposé ci-dessus, la science à toujours été ouverte.

754. Science collaborative. L'*openness* dans le travail de recherche n'est pas imposée seulement par l'éthique scientifique. Au contraire, il faut souligner que l'*Open Science* est un

¹⁵⁶⁰ Par ex. nombreux sont les français qui rêvent de devenir le Président de la République — or, le montant de sa rémunération (environ 15 000 EUR bruts par mois, v. Décret n° 2012-983 du 23 août 2012 relatif au traitement du Président de la République et des membres du Gouvernement.) est loin de celle perçue par ex. par un membre de la Commission européenne (environ 25 000 EUR bruts par mois, v. Règlement No. 422/67/CEE du 25 juillet 1967 portant fixation du régime pécuniaire du président et des membres de la Commission) ou un PDG d'une grande entreprise.

¹⁵⁶¹ Cf. Y. BENKLER, *The Penguin and the Leviathan, The Triumph of Cooperation over Self-Interest*, Crown Business 2011, p. 369 : « *The leading American universities are widely known for attracting the top scientific minds in the world. In today's knowledge economy, ever more dependent on innovation and technological advances, the top researchers who teach at these universities would all have much higher-paying salaries if they were to work for companies, be they Merck or Microsoft. Yet thousands of the most qualified, intelligent, creative, and educated people in the world choose to earn vastly less (in some cases hundreds of thousands of dollars a year less) in academia instead of taking their skills to the private sector. Why do they do it? Mostly because in an academic environment things like creativity, curiosity, discovery, and collaborating toward a common goal are nurtured and rewarded—not necessarily financially, but socially and intrinsically* ».

¹⁵⁶² M. NIELSEN, *Reinventing Discovery : The New Era of Networked Science*, Princeton University Press 2011.

¹⁵⁶³ M. NIELSEN, *précité*, pp. 187 et ss.

impératif pratique et économique. La science ouverte est avant tout une science plus efficace¹⁵⁶⁴. Grâce à la révolution numérique qui a réduit le coût de transaction lié au partage et à la diffusion de l'information, la science peut abandonner le modèle traditionnel du XX^{ème} siècle — celui de la firme¹⁵⁶⁵ centralisée et hiérarchisée — et passer au nouveau modèle économique, plus adapté¹⁵⁶⁶ : celui de production par des pairs ou production participative (*peer production*). Ce modèle, décrit par Yochai Benkler, désigne un système de production qui dépend de l'action individuelle et du choix libre de ses acteurs¹⁵⁶⁷. Ce mode de production a déjà fait ses preuves — on citera notamment Wikipédia¹⁵⁶⁸, les logiciels FOSS¹⁵⁶⁹ et nombreux projets, notamment scientifiques, qui suivent ces principes. Or pour qu'il puisse s'implanter définitivement dans le milieu universitaire, il ne suffit pas de baisser le coûts des transactions liées à l'information. Il faut aussi « libérer » ou « démarchandiser » l'information elle-même. Autrement dit, les communs du savoir larges et de bonne qualité sont une condition *sine qua non* du développement de l'*Open Science*. A son tour, l'*Open Science* contribue à l'élargissement de ces communs du savoir. Les e-Universités sont, par définition, des universités ouvertes ; elles sont aussi des acteurs majeurs de l'*Open Science*.

755. Tentatives de définition. L'*Open Science* n'a pas encore de définition formelle. L'OCDE dans son rapport « *Making Open Science a Reality* » la décrit comme :

« les efforts des chercheurs, des gouvernements, des organismes fondateurs de la recherche et de l'ensemble de la communauté scientifique de mettre les résultats primaires de la recherche — no-

¹⁵⁶⁴ En ce sens, v. notamment OECD Science, Technology and Industry Policy Papers no. 25, *Making Open Science a Reality*, OECD Publishing 2015.

¹⁵⁶⁵ Sur ce modèle v. surtout R. COASE, The Nature of the Firm, *Economica*, vol. 4, no. 16 (novembre 1937), pp. 386-405.

¹⁵⁶⁶ Et cela pas seulement grâce à sa compatibilité avec l'éthique scientifique ; au contraire, il semble que le travail scientifique possède les deux qualités — la modularité et la granularité — requises à l'emploi efficace de ce mode de production — v. Y. BENKLER, *Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006, pp. 100-101.

¹⁵⁶⁷ V. surtout Y. BENKLER, *Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006 ; pp. 59 et ss., spéc. p. 62 ; v. aussi Y. BENKLER, Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm, *Yale Law Journal*, vol. 112, no. 3 (hiver 2002-2003), pp. 369 et ss.

¹⁵⁶⁸ V. *supra* no. 732 et ss.

¹⁵⁶⁹ V. *infra* no. 763 et ss.

tamment les publications et les données de recherche — à disposition du public dans un format numérique, sans restriction ou avec le moins de restrictions possible »¹⁵⁷⁰.

Le document « *Open Innovation. Open Science. Open to the World — a vision for Europe* », publié par la Commission Européenne en 2016, propose la description suivante :

« L'*Open Science* représente une nouvelle approche du travail scientifique, fondée sur une collaboration et de nouveaux moyens de diffusion de connaissances grâce à la technologie numérique et de nouveaux outils collaboratifs. L'idée illustre le changement systémique de la manière dont la recherche est organisée pendant les cinquante dernières années : le départ des pratiques standards de publier les résultats dans des revues, vers un partage et la réutilisation de toutes les connaissances disponibles dès les premières étapes du travail de recherche »¹⁵⁷¹.

Le CNRS dans son livre blanc « *Une science ouverte dans une République numérique* » présente le concept comme suit :

« L'*Open Science* est une nouvelle approche transversale de l'accès au travail scientifique, des visées et du partage des résultats de la science mais aussi une nouvelle façon de FAIRE de la science, en ouvrant les processus, les codes et les méthodes. Les vues globales "encyclopédiques", comme le décroisement et le partage à grande échelle des connaissances, renaissent dans le projet de l'*Open Science* : à l'heure numérique, cette notion souligne la "démultiplication" des connaissances telle qu'elle intervient, par exemple, en explorant en profondeur les bases numériques contenant les revues scientifiques. L'*Open Science*, c'est donc un changement d'optique, qui veut se comparer à d'autres grands stades antérieurs, comme l'avènement du télescope ou du microscope. »¹⁵⁷².

756. Standards. Selon nous, la meilleure façon de définir l'*Open Science* est de procéder par énumération. L'*Open Science* est donc une science qui applique et respecte un certain nombre de règles sociales, que nous allons appeler « *standards* ». Ce sont ces standards qui permettent le développement durable des *communs* du savoir. Nous allons les présenter dans le prochain chapitre.

¹⁵⁷⁰ OECD, *Making Open Science a Reality*, précité, p. 7, traduction PK. Version originale : « *the term refers to efforts by researchers, governments, research funding agencies or the scientific community itself to make the primary outputs of publicly funded research results — publications and the research data — publicly accessible in a digital format with no or minimal restriction (...)* ».

¹⁵⁷¹ Commission Européenne, *Open Innovation. Open Science. Open to the World — a vision for Europe*, 2016, p. 33, traduction PK. Version originale : « *Open Science represents a new approach to the scientific process based on cooperative work and new ways of disseminating knowledge by using digital technologies and new collaborative tools. The idea captures a systemic change to the way science and research have been carried out for the last 50 years : shifting from the standard practices of publishing research results in scientific publications towards sharing and using all available knowledge at an earlier stage in the research process* ».

¹⁵⁷² Direction de l'Information Scientifique et Technique du CNRS, *Une Science ouverte dans une République numérique*, mars 2016, p. 12-13.

Conclusion du chapitre I

757. La mission des e-Universités consiste en la production, la diffusion et la préservation du savoir. Le savoir étant (par son caractère non-rival et non-excluable) un bien public mondial, il pose des problèmes d’approvisionnement. Pour essayer d’y remédier, suivant la doctrine néolibérale, les législateurs tentent depuis longtemps de le transformer en un bien marchand — ce constat est illustré par la création des nouveaux droits exclusifs et l’extension des monopoles sur les biens immatériels. En effet, si ce n’est pas le savoir lui-même, ses matières premières (les données de recherche) et ses « *véhicules* » (les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques) font souvent l’objet de droits privatifs. Il est donc naturellement dans l’intérêt des e-Universités de lutter contre la marchandisation du savoir, pour pouvoir remplir leurs missions de manière plus efficace.

758. Cette lutte contre la marchandisation du savoir peut revêtir deux formes, qui ne sont pas mutuellement exclusives — la défense du domaine public et la culture des communs contractuels. La défense du domaine public (dans son acception large et subjective) peut se faire « *d’en haut* » à travers la réforme législative (comme les réformes que nous avons proposées dans la première partie), mais aussi « *d’en bas* », en alimentant le domaine public volontaire (en abandonnant des droits exclusifs sur certains biens immatériels, par exemple en utilisant la CC0) ou en contribuant aux projets de numérisation des oeuvres tombées dans le domaine public. Les e-Universités doivent s’engager dans cette voie.

759. La deuxième stratégie, qui nous intéressera davantage, consiste à cultiver des communs du savoir. La notion s’inspire du droit anglo-saxon et elle signifie l’ensemble des biens informationnels qui, malgré le fait qu’ils font l’objet d’un droit privatif, peuvent être exploités par tout un chacun, sans qu’il ait à demander l’autorisation de quiconque. L’éthique académique pousse les e-Universités vers la culture de tels communs, et vers le modèle d’*Open Science* qui y est fondé. Malheureusement, la politique de valorisation des résultats de recherche au coeur de laquelle se trouvent les titres de propriété intellectuelle (les brevets) est incompatible avec ce modèle. Ainsi, nous postulons de redéfinir cette politique afin de favoriser la culture des communs du savoir et le développement de l’*Open Science*.

Chapitre II : Les règles de culture des communs du savoir : les standards de l'*openness*

760. Introduction. La taxonomie de l'*Open Science*. Dans le cas du projet *Facilitate Open Science Training for European Research* (FOSTER¹⁵⁷³), Peter Knoth et Nancy Pontika ont développé une taxonomie de l'*Open Science*¹⁵⁷⁴ qui regroupe quelques dizaines de standards d'*openness* sous forme d'une structure arborescente. Une grande partie d'entre eux se réfère à l'organisation du travail scientifique (*Open Science Evaluation, Open Science Policies...*) plutôt qu'aux standards de gouvernance des communs du savoir. Nous allons nous intéresser spécialement à ce dernier corps de règles : des règles sociales qui gouvernent l'accès et la réutilisation des biens immatériels. De la taxonomie proposée, nous retiendrons alors les deux piliers : *Open Access* et *Open Data*. À notre sens, l'analyse serait incomplète sans évoquer le premier (chronologiquement) standard d'*openness* : *Free/Open Source Software (FOSS)*, qui présente aussi une certaine importance pour l'*Open Science*, et notamment pour ses outils numériques (*Open Science Tools*). Puisque le changement de méthodes dans la recherche entraîne nécessairement un changement corrélatif dans les activités d'enseignement, nous allons aussi inclure dans notre liste les *Open Educational Resources*.

761. Plan. Nous allons traiter d'abord les standards classiques : le *Free/Open Source Software (FOSS)* et l'*Open Access* (section 1). Par la suite (section 2), nous allons analyser des standards moins connus et plus spécialisés, qui peuvent être vus comme les dérivés du *Open Access*, à savoir : les *Open (Research) Data* et les *Open Educational Resources*.

Section 1 : Les standards fondateurs de l'*openness*

Section 2 : Les nouveaux standards d'*openness*

¹⁵⁷³ <https://www.fosteropenscience.eu>

¹⁵⁷⁴ P. KNOTH et N. PONTIKA, *Open Science Taxonomy*, publié le 2 septembre 2015 sur : https://figshare.com/articles/Open_Science_Taxonomy/1508606, consulté le 13 décembre 2017.

Section 1 : Les standards fondateurs de l'openness

762. Plan. Parmi les plus fondamentaux standards de l'openness nous classons le *Free/Open Source Software* (§1) et le *Open Access* (§2).

§1. Le premier standard d'openness : *Free/Open Source Software* (FOSS)

763. Plan. Avant de présenter l'histoire (B) et les règles (C) du standard FOSS, il convient d'expliquer la notion de code source (A). Pour finir, nous présenterons l'importance du FOSS pour les e-Universités (D).

A. L'importance du code source

764. La notion de code source. Le code source est une notion technique qui peut être définie comme « *la forme utilisée par le programmeur pour écrire et modifier son programme. Il s'agit du programme exprimé dans un langage évolué qui permet au professionnel de l'informatique de le comprendre, de le reproduire ou de le modifier aisément* »¹⁵⁷⁵. Ce code source, afin d'être « *lisible* » par l'ordinateur (donc : exécutable), doit être transformé (à l'aide d'un autre logiciel dénommé « *compilateur* ») en code objet. Ce dernier est en forme binaire, c'est-à-dire qu'il est composé d'une suite des 0 et 1. Les deux versions du code sont protégées par le droit d'auteur¹⁵⁷⁶, mais seulement le code source permet effectivement de modifier ou « *réparer* » (*débuguer*) le logiciel, car la modification réussie d'un code objet est une tâche extrêmement difficile et souvent impossible¹⁵⁷⁷.

765. La décompilation d'un code objet. Il est vrai que, du moins théoriquement, le code source peut être obtenu par « *décompilation* » d'un fichier exécutable, à l'aide d'un logiciel spécialisé dénommé « *décompilateur* ». Toutefois, vu qu'une partie de l'information

¹⁵⁷⁵ APPP (Agence Pour la Protection des Programmes), Les éléments constituant le logiciel, disponible sur : <https://www.app.asso.fr/informer/droit-du-logiciel/les-elements-constituant-le-logiciel>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁷⁶ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10 (SAS).

¹⁵⁷⁷ V. par ex. R. E. BUCKMAN et J. GAY, A Note on Software [in :] J. GAY [dir.] *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, GNU Press, 2002, pp. 3-5.

(non-pertinente du point de vue de la forme binaire) est perdue dans le processus de compilation, la décompilation conduit rarement à des résultats satisfaisants¹⁵⁷⁸. De surcroît, le code objet étant protégeable par le droit d'auteur, la pratique de la décompilation est strictement encadrée par la loi. En effet l'article 6 de la Directive 2009/24/CE sur les programmes d'ordinateur n'autorise la décompilation qu'afin de parvenir à une interopérabilité du logiciel avec d'autres logiciels. La possibilité d'accéder au code source d'un logiciel, si celui-ci n'est pas mis à la disposition des utilisateurs par le titulaire des droits d'auteur, est donc très limitée. De surcroît, il n'est pas rare qu'un « *contrat licence utilisateur final* » (CLUF) interdise expressément toute tentative de décompilation¹⁵⁷⁹.

B. Histoire du FOSS

766. L'origine académique du mouvement *Free Software*. Le mouvement FOSS puise ses racines dans les principes de l'éthique académique formalisés par Robert K. Merton¹⁵⁸⁰. En effet, les premiers logiciels ont été créés dans les années 1950 et 1960 par des universitaires en partenariat avec le secteur privé. A cette époque, les logiciels (*software*) étaient indissociables des ordinateurs (*hardware*), ils étaient donc distribués ensemble. Le support technique et les mises à jour étaient aussi inclus dans le prix. Les programmeurs, issus du monde académique, partageaient librement le code source afin de le perfectionner ; ce type de comportement n'était pas découragé par les producteurs, qui y voyaient un moyen d'augmenter la demande pour leur *hardware*. On peut dire qu'au début de l'informatique, la valeur économique était concentrée dans le matériel, et le logiciel jouait un rôle accessoire¹⁵⁸¹.

767. L'émergence de logiciel comme bien immatériel indépendant. Les choses ont changé quand les logiciels sont devenus plus élaborés (et plus onéreux à produire). Le changement a été marqué par la séparation des cellules *software* et *hardware* au sein d'IBM

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ Rappelons qu'en règle générale les clauses contractuelles prévalent sur les exceptions légales au monopole des auteurs — v. *supra* no. 346 et ss.

¹⁵⁸⁰ V. *supra* no. 52, 749.

¹⁵⁸¹ V. N. VASUDEVA, *Open Source Software and Intellectual Property Rights*, Wolters Kluwer 2014, pp. 10 et ss.

en 1969¹⁵⁸². Dans les années suivantes, la protection de logiciel par le droit d'auteur a été consacrée d'abord aux États-Unis¹⁵⁸³, puis en Europe¹⁵⁸⁴.

768. Le cas d'UNIX. Le mode de distribution du système d'exploitation UNIX témoigne également de ce changement. Développé par la société AT&T (descendant de la première société de télécommunication fondée à la fin du XIX^{ème} siècle par Graham Bell), UNIX se caractérisait par sa portabilité (il pouvait être utilisé sur le matériel de différents producteurs). Une première version de ce logiciel (dénommé aujourd'hui *Research Unix*, car destiné aux établissements de recherche) a été installée à l'université de Berkley dans les années 1970. Grâce à l'accès au code source, l'équipe de Berkeley a pu perfectionner le système. En 1978, une version d'UNIX développée à Berkley et dénommée *Berkley Software Development* (BSD) a commencé à être distribuée. Le BSD a connu un grand succès grâce à son système de développement participatif, rendu possible par sa licence publique et accéléré par l'apparition de l'*Usenet* (un réseau de discussion créé en 1980, un ancêtre du réseau Internet). Le BSD s'est quasi-généralisé dans le milieu académique dans les années suivantes. Les diplômés qui sont partis vers le secteur privé, installaient la même configuration dans leurs entreprises. Or les premières versions du BSD comportaient des éléments du code source de l'UNIX. Les droits sur ce dernier appartenaient à la société AT&T, par conséquent il était soumis aux frais de licence. Initialement bas, ces frais ont été considérablement augmentés par AT&T en 1984¹⁵⁸⁵. Les chercheurs se sont donc retrouvés à devoir payer beaucoup plus cher pour pouvoir utiliser un produit (le BSD) qui a été développé en grande partie par le travail collectif de la communauté académique.

769. La réaction du milieu académique. La formalisation du mouvement : la *Free Software Foundation*. En septembre 1983 Richard M. Stallman (né en 1953), un chercheur diplômé de Harvard et membre d'un *Artificial Intelligence Lab* du MIT a annoncé sa volonté

¹⁵⁸² B. GRAD, A Personal Recollection : IBM's Unbundling of Software and Services, *IEEE Annals of the History of Computing*, vol. 24, no. 1 (janvier-mars 2002), pp. 64-71.

¹⁵⁸³ La définition de logiciel a été ajoutée à la s. 101 du *Copyright Act* en 1980 par *An Act to Amend Patent and Trademark Laws* du 12 décembre 1980. L'une des premières décisions de justice concernant le logiciel fût *Apple v. Franklin* 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

¹⁵⁸⁴ En France par la Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

¹⁵⁸⁵ L. LESSIG, *Future of Ideas...*, précité, p. 53.

de créer un système d'exploitation compatible avec Unix, dénommé GNU, qu'il allait « *distribuer gratuitement à quiconque voudrait l'utiliser* »¹⁵⁸⁶. Dans sa déclaration, il a justifié sa décision de la manière suivante :

« *Je considère comme une règle d'or que si j'apprécie un programme je dois le partager avec d'autres personnes qui l'apprécient. Je ne peux pas en bonne conscience signer un accord de non-divulgaration ni un accord de licence de logiciel.* »¹⁵⁸⁷.

En 1985, Stallman publie le manifeste GNU¹⁵⁸⁸ et crée la *Free Software Foundation* (FSF)¹⁵⁸⁹, une organisation à but non lucratif basée dans le Massachusetts. D'un côté, elle réunissait les programmeurs travaillant sur le GNU ; d'un autre, la FSF travaillait sur le cadre contractuel permettant de mettre en oeuvre la philosophie du mouvement.

770. L'apparition du GNU/Linux. Au début des années 1990, le système d'exploitation GNU était presque terminé ; il manquait seulement le *kernel* (« *le noyau* » ; un logiciel qui permet la communication entre des différentes composantes de l'ordinateur et qui est donc une partie essentielle de chaque système d'exploitation)¹⁵⁹⁰. Or en 1991 Linus Torvalds, un étudiant en deuxième année d'informatique de l'Université de Helsinki, créa un *kernel* qu'il dénomma (en suivant les usages, d'après son prénom) *Linux* et qu'il plaça sur la licence GNU GPL¹⁵⁹¹, la rendant compatible avec le reste du système GNU. Le premier système d'exploitation libre — *GNU/Linux* — a ainsi été complété.

771. La libération tardive du BSD. Stallman et ses collègues n'étaient pas les seuls à agir contre la politique du AT&T. L'équipe de l'université de Berkley a travaillé à remplacer le code propriétaire dans leur version de l'UNIX (le BSD) par un nouveau code afin de libérer la communauté de l'obligation de payer les frais de licence à la AT&T. Il y sont parvenus en

¹⁵⁸⁶ R. M. STALLMAN, Annonce initiale, publié le 27 septembre 1983, disponible sur : <https://www.gnu.org/gnu/initial-announcement.en.html>, consulté le 13 décembre 2017 (traduction officielle).

¹⁵⁸⁷ Le message posté par Stallman le 27 septembre 1983, disponible sur : <https://www.gnu.org/gnu/initial-announcement.fr.html>, consulté le 13 décembre 2017 ; version originale : « *I consider that the golden rule requires that if I like a program I must share it with other people who like it. I cannot in good conscience sign a nondisclosure agreement or a software license agreement* ».

¹⁵⁸⁸ R. M. STALLMAN, The GNU Manifesto, [in :] R. M. STALLMAN, *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, 2ème éd., Free Software Foundation 2010, pp. 27-36.

¹⁵⁸⁹ <https://www.fsf.org/>

¹⁵⁹⁰ L. LESSIG, *Freedom of ideas...*, précité, p. 54.

¹⁵⁹¹ Selon Torvalds lui-même, c'était l'une de meilleures décisions de sa vie : R. YOUNG, Interview with Linus, the author of Linux, *Linux Journal*, no. 1, mars 1994, disponible sur : <http://www.linuxjournal.com/article/2736>, consulté le 13 décembre 2017.

1991 ; la distribution du BSD dénommée NET-2 a été placée entièrement sous la licence *BSD License* (plus permissive que le GNU GPL)¹⁵⁹². Les titulaires des droits sur le code de l'UNIX estimaient que cette distribution contenait encore des éléments de leur code, elle a donc intenté une action en justice contre l'université. L'affaire a été réglée à amiable en 1993¹⁵⁹³. Par la suite, une nouvelle distribution du BSD (4.4BSD), dépourvue de certains éléments litigieux, a été lancée (toujours sous la licence BSD) en 1994. À cette date, la demande d'un système d'exploitation *open source* était déjà satisfaite par le *GNU/Linux* ; la BSD a donc vite disparu. Certains éléments de ce système étaient ensuite utilisés par les créateurs de l'OS X, le système d'exploitation d'Apple (ce qui est autorisé par la licence BSD¹⁵⁹⁴).

772. Netscape et la naissance de l'Open Source Initiative. En 1997 Eric S. Raymond, un des contributeurs à GNU, publie un essai (devenu livre en 1999) intitulé « *La cathédrale et le bazar* » dans lequel il décrit deux modèles d'organisation de développement d'un logiciel. Dans le premier, les logiciels sont « *conçus comme des cathédrales, soigneusement élaborés par des sorciers isolés ou des petits groupes de mages travaillant à l'écart du monde* »¹⁵⁹⁵ ; le deuxième modèle, basé sur la coopération et la distribution rapide, « *ressemble à un bazar, grouillant de rituels et d'approches différentes* »¹⁵⁹⁶. Pour Raymond, le développement de Linux était possible grâce à l'application, pour la première fois dans l'histoire, de ce deuxième modèle. Le premier, qui lui semblait archaïque et peu efficace, caractérisait le développement des logiciels propriétaires ou encore du GNU (qui, bien que libre, était développé sous le contrôle de Stallman). L'essai a marqué une rupture dans la communauté de partisans du logiciel libre ; l'argument de Stallman basé sur la « *morale* » a été rejeté en faveur d'une approche pragmatique. Pour Raymond « (...) *la culture d'un logiciel Open Source triomphera (...) simplement parce que le monde du logiciel propriétaire ne peut pas gagner une course aux armements évolutive contre des communautés de logiciels libres, qui*

¹⁵⁹² V. *infra* no. 965, 968.

¹⁵⁹³ Le scan de l'accord amiable est disponible sur : <http://www.groklaw.net/pdf/USLsettlement.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁹⁴ V. *infra* no. 968.

¹⁵⁹⁵ E. S. RAYMOND, *The Cathedral and the Bazaar. Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*, O'Reilly Media 1999 ; disponible également sur le site de l'auteur : <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/>, consulté le 13 décembre 2017, traduction PK ; version originale : « *carefully crafted by individual wizards or small bands of mages working in splendid isolation* ».

¹⁵⁹⁶ *Ibid.* version originale : « *seemed to resemble a great babbling bazaar of differing agendas and approaches* ».

peuvent mettre sur le problème un temps humain cumulé plus important de plusieurs ordres de grandeur »¹⁵⁹⁷. L'argument s'est montré convaincant aux yeux de l'industrie ; notamment, la société *Netscape* a décidé d'ouvrir le code source de son navigateur internet, très populaire à l'époque, qui est ensuite devenu la base de *Mozilla Firefox*. Quelques mois plus tard, en février 1998, Eric Raymond et Bruce Perens fondent l'association *Open Source Initiative* (OSI), afin de se séparer du mouvement de logiciel libre (*free software*) qu'ils jugent trop philosophiquement et politiquement imprégné¹⁵⁹⁸.

C. Les règles du FOSS

773. Les règles du *Free Software* : les quatre libertés. La première définition du *Free Software* a été publiée par Stallman en février 1986¹⁵⁹⁹. Elle exige qu'un logiciel libre respecte les quatre libertés des tous les utilisateurs :

la liberté 0 : la liberté d'exécuter le logiciel pour n'importe quel usage ;

la liberté 1 : la liberté d'étudier le fonctionnement du logiciel et de le modifier ;

la liberté 2 : la liberté de redistribuer des copies du logiciel ;

la liberté 3 : la liberté de distribuer aux autres des copies des versions modifiées du logiciel¹⁶⁰⁰.

Contrairement à l'*Open Source Initiative*, la FSF ne se concentre pas sur l'accès au code source (même si celui-ci est nécessaire à l'exercice de la liberté 1 et, par conséquent, de la liberté 3), mais sur les libertés fondamentales des utilisateurs. En effet, les idées de justice¹⁶⁰¹ et de liberté prévalent aux yeux des partisans du logiciel libre sur les arguments économiques qui eux ne sont pas discutés. La FSF prône la primauté des licences GNU GPL

¹⁵⁹⁷ *Ibid.* version originale : « (...) *the open-source culture will triumph (...) simply because the closed-source world cannot win an evolutionary arms race with open-source communities that can put orders of magnitude more skilled time into a problem.* ».

¹⁵⁹⁸ V. History of the OSI, disponible sur : <https://opensource.org/history>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁵⁹⁹ R. M. STALLMAN, The Free Software Definition [in :] R. M. STALLMAN, *Free Software...*, précité, p. 3.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ R. M. STALLMAN, Free Software is even more important now, disponible sur : <https://www.gnu.org/philosophy/free-software-even-more-important.en.html>, consulté le 13 décembre 2017.

sur les autres, mais reconnaît aussi l'utilité d'autres licences publiques, surtout dans la mesure où elles sont compatibles avec la GNU GPL¹⁶⁰².

774. Copyleft. *Copyleft* est une stratégie de distribution des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Par voie de contrat de licence (v. *infra* no. 850 et ss.), le titulaire des droits sur l'oeuvre autorise les utilisateurs à en faire des reproductions, à y apporter des modifications (c'est-à-dire : d'en faire des oeuvres dérivées) et à les distribuer, à condition toutefois que cette autorisation soit préservée pour tous les utilisateurs ultérieurs. Autrement dit, aucun utilisateur d'une oeuvre ainsi diffusée ne peut s'en réserver les droits exclusifs, même s'il en crée une oeuvre dérivée. Le mécanisme est donc fondé sur l'idée de réciprocité. Selon Stallman, « [l]'idée centrale du copyleft est de donner à quiconque la permission d'exécuter le programme, de le copier, de le modifier, et d'en distribuer des versions modifiées — mais pas la permission d'ajouter des restrictions de son cru. C'est ainsi que les libertés cruciales qui définissent le logiciel libre sont garanties pour quiconque en possède une copie ; elles deviennent des droits inaliénables »¹⁶⁰³. Ainsi, il faut souligner que le *copyleft* n'est pas contre le droit d'auteur : au contraire, le modèle *copyleft* s'appuie sur l'existence des droits exclusifs. Les oeuvres distribuées dans ce modèle ne sont pas dans le domaine public. Les droits exclusifs restent donc dans le patrimoine du titulaire, qui choisit de les exploiter de cette manière particulière.

775. Le logiciel *Open Source*. Selon la définition adoptée par l'*Open Source Initiative*, un logiciel *Open Source* est un logiciel dont la licence remplit dix critères¹⁶⁰⁴ :

1. La libre redistribution (la licence ne peut pas empêcher la distribution de copies) ;
2. L'accès au code source ;
3. La création et redistribution des oeuvres dérivées ;
4. L'intégrité du code source de l'auteur initial — sans porter atteinte au principe précédent, la licence peut prévoir des mécanismes qui protègent l'intégrité du code source initial (par exemple en exigeant que les versions modifiées portent un autre nom) ;
5. Pas de discrimination contre des personnes ou des groupes ;
6. Pas de discrimination entre les finalités ;

¹⁶⁰² V. *infra* no. 972 sur la compatibilité des licences.

¹⁶⁰³ R. M. STALLMAN, The GNU Project [in :] R. M. STALLMAN, Free Software..., *précité*, p. 7-24 ; traduction française d'après : <https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.fr.html>.

¹⁶⁰⁴ Traduits et adaptés par PK ; version originale : <https://opensource.org/osd-annotated>, consulté le 13 décembre 2017.

7. Distribution de la licence avec toutes les copies du logiciel (ce qui est une prohibition d'exigences supplémentaires) ;
8. Pas de limitation à un logiciel spécifique ;
9. Pas de restriction d'utilisation d'autres logiciels, y compris propriétaires ;
10. Neutralité du point de vue technologique.

Nous constatons que le standard *Open Source* est essentiellement similaire à celui du *Free Software*. La plupart des dix critères sont en lien direct avec les quatre libertés définies par Stallman¹⁶⁰⁵. La OSI a certifié quelque dizaines de licences comme compatibles avec ses critères¹⁶⁰⁶.

776. Double standard? Les deux standards sont similaires, mais pas identiques. Le standard *Free Software* se concentre sur les libertés des usagers qui doivent toujours être respectées — le *copyleft* en est une conséquence logique. La OSI pose des exigences quant au contenu des licences, sans pour autant exiger qu'elles doivent aussi être respectées par des versions modifiées des logiciels — la conséquence pratique de ceci est que le *copyleft* n'est pas exigé par la OSI¹⁶⁰⁷. Néanmoins, en pratique on se réfère souvent aux deux standards en même temps. L'on parle ainsi du *Free/Open Source Software*, ou FOSS.

777. Libre, mais pas (forcément) gratuit. Il convient de souligner que la gratuité n'est nullement exigée pour qu'un logiciel puisse être conforme à la définition du FOSS. Il ne faut donc pas confondre les logiciels libres (*free software*) et les logiciels gratuits (*freeware*), qui eux sont distribués gratuitement, mais sans accorder aux utilisateurs les quatre libertés. En effet, rien ne s'oppose à ce que les copies d'un logiciel libre soient vendues (même si ce modèle économique n'est pas durable, car tous les acheteurs peuvent ensuite les redistribuer gratuitement), et surtout à ce que les services, le support technique et les garanties (car la licence

¹⁶⁰⁵ Le premier critère de l'OSI évoque la 2ème liberté selon la FSF ; les critères 2 et 3 de l'OSI — les libertés 1 et 3 de la FSF ; les critères 5 et 6 de l'OSI — la liberté 0 de la FSF ; les autres critères de l'OSI apportent des précisions de caractère technique qui renforcent les autres principes.

¹⁶⁰⁶ V. *infra* no. 963 et ss.

¹⁶⁰⁷ Pour la critique de l'OSI, v. notamment : R. M. STALLMAN, Why « Open Source » misses the point of « Free Software » [in :] R. M. STALLMAN, *Free Software...*, *précité*, p. 75-82.

GNU GPL n'en contient pas¹⁶⁰⁸) soient fournis à titre onéreux¹⁶⁰⁹. Les programmeurs peuvent aussi, bien évidemment, être rémunérés pour leur temps consacré à la création ou modification des logiciels libres.

D. Importance pour les e-Universités

778. Introduction. Il est vrai que l'importance des logiciels pour notre étude est secondaire — nous nous concentrons sur les écrits scientifiques, les données de recherche et les ressources pédagogiques numériques. Certes, cette dernière catégorie peut comporter des éléments logiciels, mais il y a des raisons plus importantes pour ne pas exclure d'emblée les logiciels (et donc le standard FOSS) du champ de notre analyse. Tout d'abord, les contenus dont on parle sont archivés et redistribués grâce aux plateformes numériques qui comportent forcément des logiciels. Deuxièmement, les logiciels FOSS sont largement utilisés dans le milieu de la recherche pour capter et analyser les données.

779. Les plateformes. En France, la notion et le statut de plateformes ont dernièrement été définis par la loi¹⁶¹⁰. Il en résulte qu'une plateforme est : « *un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus (...) proposés ou mis en ligne par des tiers ; ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de (...) l'échange ou du partage d'un contenu (...)* »¹⁶¹¹. Ainsi, doivent être qualifiés de plateformes au sens de cette définition par exemple les plateformes d'apprentissage en ligne, mais aussi des archives ouvertes et des entrepôts de données de recherche¹⁶¹². Ces plateformes sont gérées par des logiciels. Il est important, à notre sens,

¹⁶⁰⁸ Cf. *infra* no. 956 à propos des licences Creative Commons.

¹⁶⁰⁹ Sur cela v. notamment Free Software Foundation, *Selling Free Software*, disponible sur : <https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html>, consulté le 13 décembre 2017 ; R. M. STALLMAN, *Selling Exceptions to the GNU GPL*, disponible sur : <https://www.gnu.org/philosophy/selling-exceptions.en.html>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶¹⁰ Les art. 49-50 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, modifiant l'art. L. 111-7 et créant l'art. L. 111-7-1 du Code de la consommation.

¹⁶¹¹ L'art. L. 111-7 du Code de la consommation, cf. C. ZOLYNSKI, La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, *Daloz IP/IT* 2016, p. 520.

¹⁶¹² Sur les plateformes en science et leurs obligations, notamment en matière de loyauté, v. CNRS, *Le travail de la science et le numérique. Données, plateformes, publications. Une analyse systémique de la loi pour une République numérique*, 24 janvier 2017, no. 32-33.

que les e-Universités, dans l'esprit de l'*Open Science*, privilégient des plateformes utilisant des logiciels FOSS. De telles plateformes existent dans tous les domaines : la plus célèbre est sans doute la plateforme d'apprentissage en ligne *Moodle*¹⁶¹³ ; l'on mentionne aussi *Fedora*¹⁶¹⁴ (une plateforme d'archivage), *Open Journal Systems*¹⁶¹⁵ (un système de publication de revues *Open Access*) ou encore *Lodel*¹⁶¹⁶ (logiciel d'édition électronique).

780. Les progiciels de recherche. Nombreux sont aussi des progiciels utilisés dans la recherche, souvent à une application très spécifique. Ces outils étant créés par des chercheurs eux-mêmes, et dédiés à l'usage au sein des petites communautés de spécialistes, le FOSS est le modèle dominant. Ainsi, par exemple *Praat*, un progiciel d'analyse et de synthèse phonétique, est distribué sous la licence GNU GPL¹⁶¹⁷.

§ 2. L'*openness* dans le monde de publication scientifique : l'*Open Access*

781. Introduction. L'idée de libre partage des écrits scientifiques existait déjà à l'ère analogue, mais elle a pris de l'ampleur en réaction à des pratiques des éditeurs scientifiques à l'ère numérique (A). Aujourd'hui, l'*Open Access* est un standard relativement bien défini (B).

A. *Open Access* comme réponse à la crise de l'édition scientifique traditionnelle

782. Contexte. La révolution numérique a permis de diffuser des contenus à grande échelle sans pratiquement aucun coût et sans assistance d'un tiers. Ce changement a entraîné une crise des médias traditionnels et de l'industrie culturelle et d'édition, à une exception près. Les entreprises internationales d'édition scientifique s'en sont bien sorties¹⁶¹⁸, grâce à

¹⁶¹³ <https://moodle.org>

¹⁶¹⁴ <http://www.fedora-commons.org>

¹⁶¹⁵ <https://pkp.sfu.ca/ojs/>

¹⁶¹⁶ <http://lodel.org>

¹⁶¹⁷ <http://www.fon.hum.uva.nl/praat/>

¹⁶¹⁸ Le revenu annuel de Elsevier dépasse deux milliards de dollars et continue à croître ; v. le rapport annuel du groupe RELX, disponible sur : http://www.relx.com/investorcentre/reports%202007/Documents/2016/relx-group_ar_2016.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

des pratiques que certains jugent déloyales. Nous relèverons notamment les prix d'abonnement croissants¹⁶¹⁹, mais aussi la vente d'abonnements en blocs (« *big deals* »), qui réduit la possibilité d'annulations¹⁶²⁰. Cette attitude a entraîné des boycotts de certains éditeurs par la communauté scientifique, dont un des plus importants a eu lieu récemment en Allemagne où un consortium réunissant plus de soixante instituts de recherche a décidé de rompre les négociations d'une nouvelle licence avec *Elsevier*¹⁶²¹.

B. Les règles du *Open Access*

783. Introduction. Les règles de *Open Access* ont été formalisées dans des déclarations que nous allons présenter (1). Par la suite, nous allons examiner la mise en oeuvre de ces règles (2).

1. La formalisation des règles du *Open Access*

784. BBB. Le mouvement *Open Access* a été formalisé par trois documents fondateurs : l'initiative de Budapest pour l'accès ouvert (BOAI — *Budapest Open Access Initiative*) (a), le *Bethesda Statement on Open Access Publishing*¹⁶²² (b) et la Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales (c). Pour faire référence à l'ensemble de ces trois textes, dont on essayera d'élaborer une synthèse (d), on parle souvent des “3B”, ou “BBB” (Budapest, Bethesda, Berlin).

¹⁶¹⁹ Même les universités les plus riches, comme l'Université Harvard, ont été forcées de réduire leurs abonnements — v. P. SUBER, *Open Access*, MIT Press 2012, p. 30.

¹⁶²⁰ Sur la situation en France, v. le rapport de l'Académie des sciences, *Les nouveaux enjeux de l'édition scientifique*, 24 juin 2014, pp. 24-25.

¹⁶²¹ V. le communiqué de presse du 2 décembre 2016, *Lizenz-Angebot von Elsevier widerspricht Open Access und fairen Preisen für wissenschaftliches Publizieren*, disponible sur : https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016_12_02_DEAL.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶²² Le document a une traduction officielle française, mais il semble ne pas avoir d'intitulé en français (la traduction française a le même titre que la version originale).

a. L'initiative de Budapest pour l'accès ouvert (BOAI)

785. L'Open Access dans la BOAI. L'initiative de Budapest pour l'accès ouvert est le nom d'une déclaration adoptée lors du congrès de l'*Open Society Institute* (une fondation créée et présidée par George Soros, un milliardaire américain d'origine hongroise, depuis transformée en *Open Society Foundations* (OSF)) en décembre 2001. Elle était « *la première à (...) énoncer une définition publique [de l'Open Access], la première à proposer des stratégies complémentaires pour [en] faire une réalité, la première à généraliser l'appel en faveur de [l'Open Access] à toutes les disciplines et dans tous les pays, et la première à être soutenue financièrement à un niveau conséquent.* »¹⁶²³. Jusqu'à présent, le document a été signé par plus de six mille individus et 930 organisations, y compris des représentants de l'Université Paris Descartes et de la WWU Münster¹⁶²⁴. Il définit l'*Open Access* de la manière suivante :

« *Par [Open Access] à [la littérature scientifique], nous entendons sa mise à disposition gratuite sur l'Internet public, permettant à tout un chacun de lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces articles, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale, sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet. La seule contrainte sur la reproduction et la distribution, et le seul rôle du [droit d'auteur]¹⁶²⁵ dans ce domaine devrait être de garantir aux auteurs un contrôle sur l'intégrité de leurs travaux et le droit à être correctement reconnus et cités.* »

Il s'agit donc de donner (1) à chaque membre du public (2) la possibilité de consulter les écrits scientifiques, de les reproduire et de les communiquer au public [*transmettre*] (3) quelque en soit la fin, pourvu qu'elle ne soit pas illégale, (4) gratuitement et sans aucune barrière juridique ou technique, (5) à condition de respecter l'intégrité et la paternité des oeuvres. La BOAI envisage deux stratégies pour y parvenir : l'auto-archivage et la mise en place des revues alternatives publiées en *Open Access*¹⁶²⁶.

¹⁶²³ « *Dix ans après l'Initiative de Budapest : ce sera le libre accès par défaut* », disponible sur : <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/french>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶²⁴ La liste de signataires est consultable sur : http://www.budapestopenaccessinitiative.org/list_signatures. Tout internaute peut y mettre son nom.

¹⁶²⁵ La traduction officielle emploie ici — sans raison apparente — le mot « *copyright* ».

¹⁶²⁶ V. *infra* no. 792 et ss. sur la voie verte et la voie dorée.

b. Bethesda Statement on Open Access Publishing

786. Open Access dans le Bethesda Statement. Le *Bethesda Statement on Open Access Publishing* a été adopté le 11 avril 2003 pendant la réunion du *Howard Hughes Medical Institute*¹⁶²⁷. Le document vise principalement le domaine du biomédical¹⁶²⁸, mais aussi plus largement la « *littérature scientifique fondamentale* ». Selon ce texte, un écrit est en *Open Access* s'il satisfait aux deux conditions suivantes :

“1. (...) [L]es titulaire(s) (...) des droit(s) d'auteur(s) accorde(nt) à tous les utilisateurs un droit gratuit, irrévocable, mondial et perpétuel d'accès ainsi qu'une licence pour copier, utiliser, distribuer, transmettre et afficher [l'oeuvre]¹⁶²⁹ publiquement et à faire et distribuer des œuvres dérivées, sur tout support numérique à des fins responsables, sous réserve de l'attribution correcte de la paternité, ainsi que le droit de faire un petit nombre d'exemplaires imprimés pour leur usage personnel.

2. Une version complète de l'œuvre et tous ses documents annexes (...) dans un format électronique standard approprié, est déposée dès sa publication initiale dans au moins une base de données en ligne qui est cautionnée par une institution (...) qui vise à autoriser le libre accès, la diffusion sans restriction, l'interopérabilité et l'archivage à long terme (...).”

Le document — tant sa version originale que sa traduction française — est rédigé de manière très imparfaite¹⁶³⁰, ce qui s'explique par les circonstances dans lesquelles il a été adopté (une réunion d'un jour). Cependant, il permet de dégager la définition suivante de l'*Open Access* : il s'agit d'une situation où les écrits scientifiques sont mis à disposition du public de manière à ce que (1) tout le monde puisse les consulter (2) gratuitement, (3) les copier, les modifier (« *faire et distribuer des œuvres dérivées* ») et les communiquer au public, (4) à chaque fin légitime, (5) à condition de respecter leur paternité. Pour atteindre ce résultat, les œuvres visées doivent être déposées dans une archive institutionnelle (le texte ne vise donc que la voie verte¹⁶³¹).

¹⁶²⁷ Une fondation et un institut de recherche biomédicale basé dans le Maryland.

¹⁶²⁸ Le texte annonce que « *Le but de ce document est de stimuler la discussion au sein de la communauté de recherche biomédicale (...)* ».

¹⁶²⁹ La traduction officielle emploie ici — à tort — le mot « travail » (la version originale utilise le mot *work*).

¹⁶³⁰ En particulier, il contient une note de bas de page bien énigmatique : « *Open access is a property of individual works, not necessarily journals or publishers.* » (Le libre accès est une propriété de travaux individuels, pas nécessairement des revues ou des éditeurs — traduction PK).

¹⁶³¹ V. *infra* no. 793.

c. La Déclaration de Berlin

787. L'Open Access dans la Déclaration de Berlin. La Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales a été adopté le 22 octobre 2003 suite au congrès organisé à Berlin par la Société Max-Planck (une association des instituts de recherche allemands). Jusqu'à présent, elle a été signée par 584 institutions, dont la WWU Münster¹⁶³². Les signataires reconnaissent qu'« [ils] rempliss[ent] par trop imparfaitement [leur] mission de diffusion de la connaissance si l'information n'est pas mise rapidement et largement à la disposition de la société ». Le document ne se limite pas aux écrits scientifiques et il vise très largement « [les] résultats originaux de recherches scientifiques, [les] données brutes et [les] métadonnées, [les] documents sources, [les] représentations numériques de documents picturaux et graphiques, [et les] documents scientifiques multimédia ». Pour qu'on puisse parler d'Open Access, ces contributions doivent remplir deux conditions :

1. *Leurs auteurs et les [titulaires]¹⁶³³ des droits afférents concèdent à tous les utilisateurs un droit gratuit, irrévocable et mondial d'accéder à l'œuvre en question, ainsi qu'une licence les autorisant à la copier, l'utiliser, la distribuer, la transmettre et la montrer en public, et de réaliser et de diffuser des œuvres dérivées, sur quelque support numérique que ce soit et dans quelque but responsable que ce soit, sous réserve de mentionner comme il se doit son auteur (les règles usuelles de la collectivité continueront à disposer des modalités d'attribution légitime à l'auteur et d'utilisation responsable de l'œuvre publiée, comme à présent), tout comme le droit d'en faire des copies imprimées en petit nombre pour un usage personnel.*

2. *Une version complète de cette œuvre, ainsi que de tous ses documents annexes, y compris une copie de la permission définie dans ce qui précède, est déposée (et, de fait, publiée) sous un format électronique approprié auprès d'au moins une archive en ligne, utilisant les normes techniques appropriées (...), archive gérée et entretenue par une institution académique, une société savante, une administration publique, ou un organisme établi ayant pour but d'assurer le libre accès, la distribution non restrictive, l'interopérabilité et l'archivage à long terme.*

La définition de l'Open Access qui émerge de ce texte est donc essentiellement identique à celle du *Bethesda Statement on Open Access Publishing*. Il s'agit donc de donner (1) à

¹⁶³² Représentée par sa présidente de l'époque, Prof. Dr. Ursula Nelles (signature no. 375 du 30 mars 2012) ; l'Université Paris Descartes n'a pas signé la Déclaration (parmi les universités parisiennes, seules Paris Sud et l'Université Pierr-et-Marie-Curie l'ont signé) ; en revanche, elle a été signée par M. Lionel Collet, Président de la Conférence des présidents d'universités (signature no. 280 du 10 mars 2010) ; la liste de signataires et disponible sur : <https://openaccess.mpg.de/319790/Signatories>.

¹⁶³³ La traduction française officielle emploie ici le mot « propriétaires ».

tout un chacun (2) l'accès gratuit aux contenus visés (3) et la permission de les reproduire, modifier (« *réaliser et diffuser des oeuvres dérivées* ») et communiquer au public (4) à chaque fin légitime, (5) à condition de respecter leur paternité. Afin de permettre un tel accès, les oeuvres sont déposées dans des archives institutionnelles (il ne s'agissait donc initialement que de la « *voie verte* »).

d. Tentative de synthèse

788. L'Open Access et les licences. Si l'on se limite aux BBB, nous pouvons définir l'*Open Access* comme un standard d'*openness* concernant principalement (mais pas exclusivement) les écrits scientifiques, qui vise à permettre à tout un chacun d'y accéder gratuitement (*gratis OA*) ainsi que de les reproduire, modifier et communiquer au public (*libre OA*), à condition d'en respecter la paternité (mentionner le nom de l'auteur). Compris de cette façon l'*Open Acces* est un standard très élevé, car il semble ne tolérer qu'une seule restriction : l'attribution. Ainsi, les seules licences qui satisfont à cette définition sont celles de type CC BY¹⁶³⁴. Or nous remarquons que la définition de la BOAI diffère légèrement des autres. En effet, elle n'exige pas que le droit de modifier les oeuvres concernées soit accordé aux utilisateurs, et — corrélativement — elle permet d'imposer une autre restriction, celle de respecter l'intégrité de l'oeuvre. Il semble donc que l'exigence « *pas de modification* » (ND) et la licence CC BY-ND peuvent être compatibles avec la définition de la BOAI. Or tel ne semble pas être la position des auteurs de la BOAI, qui dans le document « *Dix ans après l'Initiative de Budapest* » encouragent l'utilisation de la licence CC BY¹⁶³⁵. Seules les revues utilisant cette licence peuvent se qualifier pour le certificat *SPARC Europe Seal for Open Access Journals*¹⁶³⁶ (mais un autre certificat dans le domaine, *DOAJ Seal of Approval for Open Access Journals*¹⁶³⁷, accepte aussi les licences CC BY-SA et même CC BY-NC!). CC BY est aussi recommandée par Peter Suber¹⁶³⁸, l'auteur phare en la matière. D'un côté, nous sommes

¹⁶³⁴ V. *infra* no. 936.

¹⁶³⁵ « Dix ans après... », *précité*, recommandation no. 2.1.

¹⁶³⁶ Cf. <https://blog.okfn.org/2008/04/25/sparc-europe-seal-for-open-access-journals/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶³⁷ <https://doaj.org/faq#seal>

¹⁶³⁸ SUBER, *Open Access*, *précité*, p. 69.

conscients à quel point la possibilité de créer des oeuvres dérivées (comme par exemple des mises à jour) est importante pour le travail scientifique ; d'un autre côté, nous nous rendons compte du fait qu'autoriser la modification des écrits scientifiques peut conduire à des utilisations abusives (comme dans une situation où un utilisateur modifie seulement la forme de l'article ou y ajoute un paragraphe afin de pouvoir ajouter son nom en tant que co-auteur de l'article). Nous croyons cependant que les règles de l'éthique scientifique renforcées par les droits moraux des auteurs suffisent pour pallier ces risques. Nous postulons donc une interprétation stricte du standard *Open Access*, selon laquelle seulement la condition d'attribution peut être imposée aux utilisateurs. Ainsi, comme M. Suber, nous recommandons l'utilisation des licences de type CC BY.

789. Accès libre ou accès ouvert? Selon Mme Bernault, dans les définitions des BBB on peut retrouver une distinction entre l'accès libre et l'accès ouvert. En effet, le *Bethesda Statement* parle à un moment de l'accès « libre et ouvert » (*free and open*)¹⁶³⁹. De même, la traduction française de la BOAI emploie les termes « accès ouvert » (dans son intitulé) et « accès libre » (dans le corps du texte) — mais il ne s'agit que d'une erreur de traduction, car la version originale évoque uniquement l'*Open Access*. Mme Bernault propose donc de distinguer l'accès ouvert (« qui permet de prendre connaissance de l'oeuvre gratuitement »¹⁶⁴⁰) et l'accès libre (qui « implique (...) que l'oeuvre puisse être exploitée, modifiée, redistribuée »¹⁶⁴¹). Sans nier l'intérêt de cette distinction, nous préférons suivre la nomenclature proposée par Peter Suber, qui distingue le « *gratis* » et le « *libre* » *Open Access*¹⁶⁴².

790. Uniquement les articles? Aujourd'hui, le mouvement *Open Access* vise principalement les articles scientifiques. Or ses textes fondateurs visent plus largement : l'ensemble de la « littérature scientifique » ou même les données de recherche¹⁶⁴³. Il est vrai que les principes régissant l'*Open Access* peuvent théoriquement être appliqués à toutes sorte de con-

¹⁶³⁹ Une partie du *Statement* intitulé « La Déclaration du groupe de travail en relation avec des institutions et organismes de financement » contient la phrase suivante : « Nous sommes conscients que le passage à un accès ouvert et libre, même s'il diminuerait probablement les coûts totaux, peut induire des coûts pour le chercheur individuel par le biais de frais de publication ou pour des éditeurs à travers des recettes diminuées, et nous nous engageons à aider à défrayer ces coûts ».

¹⁶⁴⁰ C. BERNAULT, *Open access...*, précité, par. 17, p. 27.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² V. *infra* no. 801.

¹⁶⁴³ Cf. la Déclaration de Berlin, *supra* no. 787 et ss.

tenus numériques, aussi bien scientifiques qu'artistiques, comme le souhaiterait M. Suber¹⁶⁴⁴. Selon cet auteur, si l'*Open Access* traite principalement des articles scientifiques c'est simplement parce que cette catégorie d'oeuvres constitue la cible la plus facile¹⁶⁴⁵, mais une fois qu'il est atteint, le mouvement pourra cibler aussi d'autres catégories de créations. Nous préférons rester plus prudents. Toutefois, il est vrai que la mise en *Open Access* d'autres écrits scientifiques est envisageable et même souhaitable : il s'agit principalement des mémoires et thèses, mais aussi des monographies, des chapitres, voire d'ouvrages entiers. Concernant la première catégorie, les thèses et mémoires déposés dans des archives ouvertes sont déjà nombreux¹⁶⁴⁶ et les politiques des universités encouragent cette forme de diffusion¹⁶⁴⁷. Ceci est d'ailleurs tout-à-fait logique au vu du fait que la plupart des jeunes docteurs veulent diffuser leurs thèses pour se faire connaître et reconnaître dans la communauté scientifique ; en même temps, les chances que l'exploitation commerciale de leurs thèses leur apporte des sommes importantes sont assez minces. En revanche, l'*Open Access* aux ouvrages et monographies présente des enjeux spécifiques, puisque leurs auteurs perçoivent souvent des rémunérations au titre des droits d'auteur calculés selon le nombre de livres vendus qui peuvent représenter des sommes considérables. L'*Open Access* à ce type d'écrits scientifiques ne doit donc pas être imposé¹⁶⁴⁸, mais il doit être librement choisi par les auteurs en considération de la réalité économique. On peut constater que les livres scientifiques en *Open Access* (et pas que les livres numériques!) sont loin d'être inexistantes ou même rares¹⁶⁴⁹. En ce qui concerne d'autres catégories de productions scientifiques comme les données de recherche ou les ressources pédagogiques numériques, elles présentent des particularités importantes et il est à notre sens souhaitable de leur appliquer des critères spécifiques d'*openness* (*Open Data*, *Open Educational Resources*), comme c'est déjà fait dans la littérature. Néanmoins, il est aussi envisageable de traiter ces deux mouvements comme des sous-catégories de l'*Open Access*.

¹⁶⁴⁴ P. SUBER, *Open access... précité*, p. 9 et ss., p. 17.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ V. par ex. la plateforme DUMAS (Dépôt Universitaire de Mémoires Après Soutenance) (<https://dumas.ccsd.cnrs.fr>), comptant presque 16000 mémoires et thèses déposées avec texte intégral (consulté le 13 décembre 2017).

¹⁶⁴⁷ V. *infra* no. 981 et ss.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ V. par ex. la société Framabook, l'éditeur de livres libres (<https://framabook.org>).

2. La mise en oeuvre de l'Open Access

791. Plan. La pratique permet de nuancer la définition de l'Open Access (OA). Nous allons ainsi voir la distinction entre le « *green OA* » et le « *gold OA* » (a), puis entre le « *libre OA* » et le « *gratis OA* » (b). Pour finir, nous allons nous interroger sur l'influence de l'Open Access sur la situation des chercheurs (c).

a. Deux voies vers la même destination : « *green OA* » et « *gold OA* »

792. La voie verte et la voie dorée. La BOAI distingue clairement entre deux stratégies pour atteindre l'Open Access, appelées dans la littérature « *la voie verte* » (« *green OA* » — i) et la « *voie dorée* » (« *gold OA* » — ii).

i) La voie verte

793. Rôle des archives. L'auteur suit la voie verte s'il dépose lui-même son oeuvre dans l'une des archives ouvertes. Autrement dit, la voie verte consiste en un auto-archivage. Ce sont les archives (*repositories*) qui se placent donc au centre de cette stratégie. Certaines de ces archives — dont les plus importantes comme *ArXiv*¹⁶⁵⁰ ou *PubMed Central*¹⁶⁵¹ — existaient déjà au moment de l'adoption de la BOAI. On distingue deux types d'archives : les archives thématiques (ou disciplinaires ; ang. *disciplinary repositories*) et les archives institutionnelles (*institutional repositories*). Les premières ont pour mission de « *réuni[r] l'ensemble de la production de plusieurs institutions dans un domaine scientifique donné* »¹⁶⁵² (comme *ArXiv* ou *PubMed* précités). Les secondes — « *de contenir (...) l'ensemble de la production scientifique de [l'institution dont ils relèvent]* »¹⁶⁵³. L'archive MIAMI¹⁶⁵⁴ de la

¹⁶⁵⁰ <https://arxiv.org> — archive créé en 1991 et contenant plus d'un million d'articles en sciences dures.

¹⁶⁵¹ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/> — archive institutionnel des NIH.

¹⁶⁵² Selon la définition du CNRS : <http://openaccess.inist.fr/?+-Archive-disciplinaire-+>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁵³ Selon la définition du CNRS : <http://openaccess.inist.fr/?+-Archive-institutionnelle-+>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁵⁴ *Münstersches Informations- und Archivsystem für multimediale Inhalte* — <https://miami.uni-muenster.de/>.

WWU Münster est un exemple d'une archive institutionnelle. Il existe aussi des archives pluridisciplinaires qui ne sont pas institutionnelles, comme la plus importante archive française HAL¹⁶⁵⁵ (Hyper Articles en Ligne), développée à l'initiative du CNRS. À part l'objectif de réunir et organiser les oeuvres en question, des telles archives servent aussi à en assurer la préservation à long terme.

794. L'interopérabilité des archives. Il a très tôt été remarqué que pour remplir leur but de diffusion des écrits scientifiques de manière efficace, les archives doivent être interopérables. Ainsi, l'*Open Archives Initiative* (OAI)¹⁶⁵⁶ s'engage depuis 1999 à créer et promouvoir des standards d'interopérabilité des archives, dont le plus important est son *Protocol for Metadata Harvesting* (OAI-PMH). Reposant sur deux piliers : le langage de balisage extensible XML et le schéma standard de métadonnées *Dublin Core*¹⁶⁵⁷, OAI-PMH permet de moissonner les métadonnées de diverses archives, ce qui à son tour permet de créer des services à valeur ajoutée ou des moteurs de recherche. Un excellent moteur de recherche — *BASE* (*Bielefeld Academic Search Engine*) — développé par l'Université de Bielefeld, permet de fouiller les métadonnées de toutes les archives qui utilisent l'OAI-PMH (même si elles ne permettent pas toujours de consulter le texte dont les métadonnées ont été moissonnées). Il existe aussi un catalogue des archives ouvertes : *OpenDOAR* (*Directory of Open Access Repositories*)¹⁶⁵⁸, tenu par une organisation britannique, SHERPA Services.

795. La version déposée. En pratique, une grande partie d'articles déposés dans des archives sont des *preprints* (prépublications), des versions qui n'ont encore été acceptées par aucun éditeur. Cette pratique permet aux auteurs d'établir leur priorité et de partager leurs travaux sans avoir à attendre la fin du processus de publication (qui peut souvent durer plusieurs mois). Or il est vrai que la qualité des articles peut en souffrir, car les *preprints* n'ont (encore) été validés par aucun comité de lecture (ils n'ont pas passé le *peer review*). Ceci dit, la voie verte n'est pas limitée aux *preprints* — au contraire, ce sont les textes qui ont passé le

¹⁶⁵⁵ <https://hal.archives-ouvertes.fr/>, v. aussi : D. CHARNAY, Ch. MICHAU, L'archive ouverte HAL, JRES 2007, nov. 2007, Strasbourg, France <hal-01101888>

¹⁶⁵⁶ L'organisation financée et soutenue par la Fondation Andrew W. Mellon, la Fondation Alfred P. Sloan, la Coalition for Networked Information, la Digital Library Federation, et la National Science Foundation étasunienne.

¹⁶⁵⁷ Défini par la norme ISO 15836.

¹⁶⁵⁸ <http://www.opendoar.org/index.html>.

peer review qui sont principalement visés par la BOAI¹⁶⁵⁹ et par les politiques en matière d'*Open Access*¹⁶⁶⁰. Force est de constater cependant que si le dépôt du *postprint* est impossible (par exemple pour des raisons juridiques), il vaut mieux déposer des *preprints* que ne rien déposer du tout.

796. La position des éditeurs au regard du dépôt. Une autre raison de n'archiver que des *preprints* est le fait que souvent au moment où l'article est accepté pour la publication, son auteur cède ses droits à l'éditeur (ou, en Allemagne, lui accorde une licence exclusive), afin que celui-ci puisse publier ses travaux. Les chercheurs ont donc tendance à croire que le dépôt du *postprint* serait constitutif de contrefaçon, ou même que leur article sera certainement rejeté si le *preprint* se trouve dans une archive ouverte. Une analyse détaillée des pratiques du secteur de l'édition dépasse le cadre de notre étude ; toutefois une recherche dans le répertoire des politiques des éditeurs en matière d'*Open Access* (SHERPA RoMEO) nous montre qu'en réalité peu nombreux sont les éditeurs qui s'opposent au dépôt des articles dans des archives ouvertes, surtout après une période d'embargo (typiquement 6 à 12 mois)¹⁶⁶¹. Encore plus rares sont les éditeurs qui refusent des articles au motif qu'un *preprint* a été déposé dans une archive. En revanche, après la publication les auteurs ne retiennent généralement pas les droits nécessaires pour déposer leurs oeuvres en « *libre OA* » (c'est-à-dire avec une licence publique¹⁶⁶²), même si les archives le permettent en théorie ; en pratique, le « *green OA* » est donc généralement un « *gratis OA* », et non un « *libre OA* ». Il est intéressant de savoir que certaines institutions permettent aussi de déposer des articles dans une « *archive obscure* » (*dark deposit*)¹⁶⁶³ ; de tels contenus ne sont pas visibles à la date du dépôt, mais pourront être rendus accessibles ultérieurement, quand la situation aura changé à la fin de l'embargo ou après une réforme législative¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁵⁹ La définition de la BOAI parle des « articles dans des revues à comités de lecture » (*peer-reviewed journal articles*).

¹⁶⁶⁰ V. *infra* no. 978 et ss.

¹⁶⁶¹ Par ex. l'éditeur *Springer* autorise généralement le dépôt de *postprints* après un embargo de 12 mois à compter de la publication ; la revue *Nature* — après un embargo de 6 mois ; la revue *Science* — même sans période d'embargo — informations extraites de <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/> le 8 mars 2017.

¹⁶⁶² V. *infra* no. 866 et ss.

¹⁶⁶³ V. *infra* no. 987.

¹⁶⁶⁴ P. SUBER, *Open Access, précité*, p. 52.

ii) La voie dorée (« *gold OA* »)

797. Publication dans une revue OA. Pour atteindre l'*Open Access* par la voie dorée, l'auteur publie son oeuvre directement dans une revue diffusée selon les principes de l'*Open Access* (revue OA). De telles revues existaient bien avant la BOAI¹⁶⁶⁵. Aujourd'hui, le DOAJ (*Directory of Open Access Journals*, le catalogue des revues OA) en répertorie environ 9500 contenant presque 2 500 000 articles¹⁶⁶⁶. La grande majorité — environ 80% — de ces revues est en anglais¹⁶⁶⁷, mais un grand nombre de langues est représenté, dont bien évidemment le français¹⁶⁶⁸ et l'allemand.

798. Avantages du modèle. Puisque l'auteur publie « *directement* » dans une revue OA, sans avoir à passer par un éditeur « *traditionnel* » et à lui céder les droits, le « *libre OA* » (assorti d'une licence publique) est plus facilement envisageable que dans le cas de la voie verte. Toutefois, selon Peter Suber, la majorité du « *gold OA* » est seulement « *gratis* », mais pas « *libre* »¹⁶⁶⁹. Or en consultant le DOAJ on apprend qu'en réalité une grande partie de revues *Open Access* sont diffusées sous une licence publique. En effet, environ 40% de revues utilisent la licence CC BY (elles sont donc compatibles avec l'approche stricte à l'*Open Access* que nous prônons), environ 20% utilisent la plus restrictive des licences CC (BY-NC-ND), environ 14% — la licence CC BY-NC, 5% — CC BY-NC-SA, 3% — CC BY-SA, 1% — CC BY-ND. Pour le reste, la plupart utilise des licences et notices non-standardisées (souvent peu claires), seules quelques-unes (environ 0,5%) sont uniquement « *gratis OA* » en n'ayant aucune notice ni licence¹⁶⁷⁰. On constate donc qu'une grande majorité du « *gold OA* » est « *libre* », contrairement au « *green OA* », qui est quasi-exclusivement « *gratis* ». Ceci nous amène à penser que le « *gold OA* » est dans les faits plus optimal que le « *green OA* ».

799. Inconvénient du modèle — le prix à payer par l'auteur (les APC). Tandis que le « *green OA* » a un coût relativement bas, l'édition d'une revue *Open Access* peut s'avérer

¹⁶⁶⁵ Par ex., la *Bryn Mawr Classical Review* (publié à l'Université de Pennsylvanie) et la *Postmodern Culture* ont été lancées en 1990.

¹⁶⁶⁶ <https://doaj.org>

¹⁶⁶⁷ 7353 de 9399 (un revue peut être publié en plusieurs langues) — les données du 8 mars 2017.

¹⁶⁶⁸ Le français est la quatrième langue du DOAJ, après l'anglais, l'espagnol et le portugais.

¹⁶⁶⁹ P. SUBER, *Open Access*, *précité*, p. 67.

¹⁶⁷⁰ Informations extraites du DOAJ le 8 mars 2017.

coûteuse (bien qu'il existe des logiciels FOSS qui facilitent la gestion de telles revues¹⁶⁷¹). Pour amortir les coûts — et aussi, ne le cachons pas, pour apporter des gains — une partie des éditeurs des revues *Open Access* exigent un paiement pour la publication de la part de l'auteur (en pratique, celui-ci est effectué par son établissement). Ces frais de publication (appelées APC — *article processing charges*) varient en fonction du prestige de la revue et peuvent aller de quelques centaines de dollars/euros jusqu'à plusieurs milliers de dollars/euros¹⁶⁷² par article. Ils sont souvent jugés abusifs¹⁶⁷³. En revanche, de nombreuses revues dispensent de frais les auteurs venant de pays à faible économie¹⁶⁷⁴, ou proposent un modèle « hybride » (une publication « traditionnelle » sans frais ou une publication en *Open Access* moyennant des APC). Nous remarquons tout de même que pour les chercheurs qui choisissent la voie dorée les APC représentent un coût considérable. Ce modèle risque donc de marginaliser certaines institutions et de menacer la liberté académique, car les chercheurs vont choisir de publier sur des sujets plus « porteurs » dans l'espoir d'obtenir plus facilement le financement pour la publication. Paradoxalement, la publication en « *gold OA* » selon le modèle « *auteur-payeur* » entraîne donc des risques similaires que la politique de valorisation axée sur les brevets universitaires¹⁶⁷⁵.

800. Voie de diamant. Il existe aussi (surtout en sciences humaines et sociales) des revues *Open Access* qui ne pratiquent pas des APC, soit parce qu'elles sont entièrement financées par une institution, soit parce qu'elles emploient un *business model* différent¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷¹ Par ex. *Open Journal Systems* : <https://pkp.sfu.ca/ojs/> ou *Lodel* (logiciel d'édition électronique) : <http://lodel.org>.

¹⁶⁷² B. SOCHA, How Much Do Top Publishers Charge for Open Access?, publié le 20 avril 2017 sur <http://openscience.com/how-much-do-top-publishers-charge-for-open-access/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁷³ V. la notion de « *predatory OA* » forgée par J. BEALL, Bentham Open, *The Charleston Advisor*, vol. 11 no. 1 (septembre 2009), pp. 29–32 ; v. aussi la dernière version de la *Beall's List* : <https://clinicallibrarian.wordpress.com/2017/01/23/bealls-list-of-predatory-publishers/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁷⁴ Cf. les listes de pays dont les ressortissants sont dispensés des APC par la Public Library of Science (PLOS) : <https://www.plos.org/group-one-countries/>, et dont les ressortissants bénéficient d'une réduction des APC (à 500 USD) : <https://www.plos.org/group-two-countries/>.

¹⁶⁷⁵ V. *supra* no. 738 et ss.

¹⁶⁷⁶ P. SUBER, *Open Access*, *précité*, pp. 18 et ss.

Cette voie de publication — sans les APC — est appelée « *diamond OA* » (voie de diamant)¹⁶⁷⁷.

800a. Inconvénient du modèle — le prestige bas des revues OA. Les revues OA constituent une partie importante du paysage de l'édition scientifique, mais elles sont toujours loin d'être majoritaires. En effet, on remarque souvent que leur facteur d'impact (*impact factor*) relativement bas peut décourager les chercheurs d'y publier leurs travaux. Il est vrai que les revues OA étant un phénomène relativement nouveau, elles n'ont pas eu le temps de se construire une renommée¹⁶⁷⁸. On constate tout de même que les revues OA montent vite non seulement en nombre, mais aussi en prestige, ce qui nous permet de croire que le facteur d'impact et le prestige des meilleures revues OA sera bientôt comparable aux revues traditionnelles. En plusieurs domaines, des revues OA à facteur d'impact élevé existent déjà¹⁶⁷⁹.

b. « Libre OA » et « gratis OA »

801. L'intérêt de la distinction. Comme nous l'avons mentionné *supra*¹⁶⁸⁰, la littérature sur l'*Open Access* distingue le « libre OA » et le « gratis OA »¹⁶⁸¹. En effet, les BBB postulent d'abolir deux sortes de barrières à l'accès : les barrières financières (« gratis OA ») et les barrières juridiques (« libre OA »). L'élimination des barrières d'ordre juridique est possible grâce à l'emploi des licences publiques¹⁶⁸², dont la CC BY est la plus adaptée. Nous avons constaté *supra*¹⁶⁸³ qu'une grande partie du « green OA » est seulement « gratis », tandis que la plupart du « gold OA » est non seulement « gratis », mais aussi « libre ». À notre sens, l'utilité du « gratis OA » pour la recherche est très limitée. En effet, toute reproduction et

¹⁶⁷⁷ Ch. FUCHS, M. SANDOVAL, The Diamond Model of Open Access Publishing : Why Policy Makers, Scholars, Universities, Libraries, Labour Unions and the Publishing World Need to Take Non-Commercial, Non-Profit Open Access Serious, *Triple C* vol. 13, no. 2 (2013), pp. 428-443.

¹⁶⁷⁸ V. E. GIGLIA, The Impact Factor of Open Access journals : data and trends, non-publié, 2010, disponible sur : http://www.h2mw.eu/redactionmedicale/2011/02/Giglia_IF%20of%20OA%20journals_2010.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁷⁹ A. BARBARO et al., The presence of High-impact factor Open Access Journals in Science, Technology, Engineering and Medicine (STEM) disciplines, *JLIS.it*, vol. 6, no. 3 (septembre 2015).

¹⁶⁸⁰ Spéc. no. 789.

¹⁶⁸¹ P. SUBER, Open Access, *précité*, p. 6.

¹⁶⁸² V. *infra* no. 866 et ss.

¹⁶⁸³ No. 796, 798.

représentation des contenus disponibles en « *gratis OA* » (c'est à dire non-accompagnés d'une licence ni même d'une notice des droits) qui dépasse le cadre des exceptions légales¹⁶⁸⁴ constitue un acte de contrefaçon¹⁶⁸⁵. Les chercheurs utilisant les archives peuvent donc les consulter, en faire des copies privées (par exemple en les imprimant — à condition qu'il s'agisse d'une source licite!¹⁶⁸⁶) et les utiliser de manière compatible avec les exceptions d'enseignement et de recherche (qui, comme nous l'avons vu, sont loin d'être suffisantes pour répondre aux besoins des enseignants-chercheurs¹⁶⁸⁷). Nous sommes conscients que le « *libre OA* » est difficile à mettre en oeuvre sans aide du législateur¹⁶⁸⁸, car le plus souvent l'auteur est *de facto* obligé de céder ses droits à l'éditeur. Pour Peter Suber, « *demandeur le libre OA ou rien, là où le libre OA ne peut pas être atteint est faire du bon l'ennemi du parfait* »¹⁶⁸⁹. À notre sens, le *gratis OA* peut effectivement avoir son intérêt aux États-Unis, où le *fair use* englobe un large éventail d'utilisations¹⁶⁹⁰, mais son utilité dans les pays de l'Union Européenne est très limitée pour des raisons exposées ci-dessus. Ainsi, nous optons pour une approche étroite à l'OA : pour nous, le vrai OA est uniquement le « *libre OA* », et ce seulement sous une licence de type CC BY. Dans le « *gratis OA* » nous ne voyons qu'une étape dans le processus de transition vers le « *vrai* » OA.

c. *Open Access* — une révolution dans les pratiques du milieu scientifique?

802. Rôle du *peer review*. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, l'*Open Access* est souvent critiqué ou traité avec méfiance à cause de l'absence ou de la mauvaise qualité de la *peer review*. Il est vrai qu'une grande partie des articles disponibles en « *green OA* » n'a pas été soumis à un comité de lecture, et que certaines revues OA peuvent être tentées de baisser leurs critères d'admission afin de percevoir plus d'APC (d'autant plus si ces revues

¹⁶⁸⁴ V. *supra* 363 et ss.

¹⁶⁸⁵ P. SUBER, *Open Access*, *précité*, p. 67 et ss.

¹⁶⁸⁶ CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12 (*Adam*), *précité* ; le dépôt illicite (sans autorisation du titulaire des droits) des oeuvres dans des archives est un phénomène connu, appelé « *vigilante OA* ».

¹⁶⁸⁷ Nous espérons que cela va effectivement changer grâce aux nouvelles exceptions à des fins du *data mining* (v. *supra* no. 525 et ss.).

¹⁶⁸⁸ V. *infra* no. 1047 et ss.

¹⁶⁸⁹ P. SUBER, *Open Access*, *précité*, p. 73.

¹⁶⁹⁰ V. *supra* no. 591 et ss.

n'existent qu'en forme dématérialisée et le nombre d'articles qu'elles peuvent accepter n'est pas techniquement limité). Ainsi, nous croyons que l'avenir de l'OA est dans l'*Open Participation Peer Review*, c'est-à-dire une forme d'évaluation d'articles scientifiques (appelée aussi *crowdsourced/community/public peer review*) qui permet la participation de tous les membres d'une communauté et ne se limite pas au comité de lecture constitué d'experts invités par l'éditeur¹⁶⁹¹. Les détails de l'organisation de l'*Open Peer Review* peuvent varier : les participants peuvent être anonymes (ce qui est envisageable surtout si l'*Open Peer Review* accompagne le *peer review* traditionnel) ou ils peuvent être des experts du domaine sélectionnés selon des critères objectifs¹⁶⁹². Ce processus présente l'avantage d'être moins coûteux à organiser que le *peer review* traditionnel ; il peut permettre aussi d'obtenir des résultats plus fiables, à condition toutefois qu'un certain nombre (une « *masse critique* ») de *reviewers* soit atteint¹⁶⁹³. Toutefois, les expériences en matière d'*Open Peer Review* qui ont eu lieu ont apporté des résultats peu prometteurs¹⁶⁹⁴. En effet, cette forme du *peer review* présente un défi de taille qui est la motivation des experts pour y participer¹⁶⁹⁵. La question n'est pas très différente de celle de la motivation des chercheurs à contribuer aux communs du savoir ou même, plus largement, de motivation des individus à contribuer aux biens publics¹⁶⁹⁶. S'agissant du *Open Peer Review*, nous voyons ici le rôle des politiques des e-Universités concernant la prise en compte de la participation dans ce processus dans l'évaluation des chercheurs. À

¹⁶⁹¹ Cf. E. FORD, *Defining and Characterizing Open Peer Review, A Review of the Literature, Journal of Scholarly Publishing*, vol. 44, no. 4 (juillet 2013), pp. 311–326 ; v. aussi : R. WALKER et P. ROCHA DA SILVA, *Emerging trends in peer review – a survey, Frontiers in Neuroscience*, vol. 9, no. 169 (27 mai 2015), doi : 10.3389/fnins.2015.00169 ; *contra* : L. BORNEMANN et al., *In public peer review of submitted manuscripts, how do reviewer comments differ from comments written by interested members of the scientific community? A content analysis of comments written for Atmospheric Chemistry and Physics, Scientometrics*, vol. 93, no. 3 (25 avril 2012), doi : 10.1007/s11192-012-0731-8.

¹⁶⁹² Par ex., le plateforme Science Open exige que les *reviewers* aient publié au moins cinq articles scientifiques : <http://about.scienceopen.com/peer-review-guidelines/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁶⁹³ V. sur ce point D. M. HERRON, *Is expert peer review obsolete? A model suggests that post-publication reader review may exceed the accuracy of traditional peer review, Surgical Endoscopy*, vol. 26, no. 8 (août 2012), pp. 2275–2280 qui propose une formule mathématique pour déterminer la fiabilité du *peer review* pour conclure que l'*Open Peer Review* peut surpasser le *peer review* traditionnel à condition que le nombre d'*open reviewers* dépasse cinquante.

¹⁶⁹⁴ V. notamment K. FITZPATRICK, *Planned Obsolescence*, NYU Press 2011, pp. 23 et ss. sur l'expérience menée par la revue *Nature* en 2006 ; v. aussi U. PÖSCHL, *Multi-stage open peer review : scientific evaluation integrating the strengths of traditional peer review with the virtues of transparency and self-regulation, Frontiers in Computational Neuroscience*, vol. 6, no. 33 (5 juillet 2012), doi : 10.3389/fncom.2012.00033 et L. BORNEMANN et al., *précités*.

¹⁶⁹⁵ S. HARNAD, *The invisible hand of peer review, Exploit Interactive*, no. 5 (avril 2000) : « *one wonders who would have the time or inclination to add journeyman commentary services to this load on their own initiative* »

¹⁶⁹⁶ V. *supra* no. 731, 752.

notre sens, si les chercheurs voyaient le travail sur le *peer review* comme un moyen d'avancer leur carrière, les problèmes de motivation baisseraient significativement. Nous espérons qu'une vraie tendance vers cette forme de *peer review* va se manifester dans les années à venir ; d'ailleurs le lancement de plateformes telles que le *PubPeer*¹⁶⁹⁷ (permettant au public de commenter de manière anonyme les articles scientifiques disponibles en ligne, lancé en 2012) ou *PubMed Commons*¹⁶⁹⁸ (permettant aux auteurs de commenter les articles disponibles sur *PubMed*, testé depuis 2013 et intégré définitivement dans *PubMed* en 2016) semble en témoigner.

803. Open Access et la citation. Outre la possibilité de contribuer aux communs du savoir (ce qui est, selon nous, une exigence de l'éthique scientifique¹⁶⁹⁹), l'*Open Access* présente pour les chercheurs un autre avantage plus tangible : il permet d'augmenter l'impact de leurs travaux. En effet, de nombreuses études¹⁷⁰⁰ ont démontré que les articles disponibles en *Open Access* sont beaucoup plus cités (et donc aussi lus) que les publications traditionnelles. Le choix de l'*Open Access*, qu'il soit « *green* » ou « *gold* », permet donc aux chercheurs de diffuser leurs travaux à plus grande échelle, ce qui en soi-même constitue parfois une motivation suffisante.

804. Open Access et la liberté académique. Nous avons déjà présenté les critiques de l'*Open Access* liées à la qualité des publications ainsi diffusées (résultant de l'absence ou de la mauvaise qualité du *peer review*), ou aux pratiques abusives des éditeurs des revues OA. Cependant, les critiques de ce mouvement ne s'arrêtent pas là. Certains y voient une menace au droit d'auteur et à la liberté académique. Telle est la position de Roland Reuss, chercheur en littérature allemande, qui en 2009 a lancé l'Appel de Heidelberg (*Heidelberger Appell*)¹⁷⁰¹ s'opposant notamment aux actions de l'*Allianz der Wissenschaftsorganisationen* (l'Alliance

¹⁶⁹⁷ <https://pubpeer.com/faq> ; nous remarquerons que le fondateur de ce site, le Dr Brandon Stell, est membre de l'équipe de recherche de l'Université Paris Descartes (http://www.biomedicale.parisdescartes.fr/physiocer/?page_id=2983, consulté le 13 décembre 2017).

¹⁶⁹⁸ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmedcommons/faq/>

¹⁶⁹⁹ V. *supra* no. 750.

¹⁷⁰⁰ V. déjà : S. LAWRENCE, Free online availability substantially increases a paper's impact, *Nature*, vol. 411, no. 6837 (31 mai 2001), p. 521 ; S. HARNAD et T. BRODY, Comparing the Impact of Open Access (OA) vs. Non-OA Articles in the Same Journals, *D-Lib Magazine*, vol. 10, no. 6 (juin 2004) ; plus récemment : V. AMAN, The potential of preprints to accelerate scholarly communication — A bibliometric analysis based on selected journals, arXiv :1306.4856 (déposé le 20 juin 2013). V. aussi *contra* : P. GAULÉ, N. MAYSTRE, Getting cited : Does open access help?, *Research Policy*, vol. 40, no. 10 (décembre 2011), pp. 1332-1338.

¹⁷⁰¹ Disponible sur : <http://www.textkritik.de/urheberrecht/index.htm>, consulté le 13 décembre 2017.

des organisations de recherche) en matière d'*Open Access*. Selon l'Appel « *il faudrait que les [auteurs] soient libres de disposer d'une éventuelle publication, et sous la forme choisie. Toute contrainte, toute pression quant à une certaine forme de publication est inacceptable* »¹⁷⁰². La pétition compte plus de 2500 signataires venant principalement d'Allemagne, mais aussi de l'étranger. On remarque toutefois qu'elle fait l'amalgame entre l'*Open Access* et les projets de numérisation tels que *Google Books*, et même... la mise de contenus sur *YouTube*¹⁷⁰³. Elle témoigne donc d'une mauvaise compréhension du mouvement *Open Access* et de ses objectifs¹⁷⁰⁴. Voici le vrai danger pour l'*openness* dans le milieu académique.

805. Transition. On peut dire que l'*Open Access* applique les idées du FOSS à la littérature scientifique. Toutefois, selon certains le mouvement *Open Access* doit être plus ambitieux et englober aussi, comme le veut la Déclaration de Berlin, les données de recherche et les ressources pédagogiques. C'est ainsi que deux autres mouvements se sont développés : il s'agit de l'*Open (Research) Data* et des *Open Educational Resources*, que nous allons présenter dans la section suivante.

Section 2 : Les nouveaux standards d'*openness*

806. Introduction. Les deux standards que nous allons présenter par la suite peuvent s'analyser comme une simple extension des idées de l'*Open Access* aux autres activités de recherche et d'enseignement. À notre sens, ils méritent cependant d'être discutés séparément, car ils présentent des enjeux qui leur sont propres. Il s'agit d'*Open (Research) Data* (§1) et d'*Open Educational Resources* (§2).

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ *Ibid.* : « *La publication d'œuvres [de l'esprit] sur des plateformes comme GoogleBooks et YouTube est interdite par la [loi] allemande, au nom de la propriété intellectuelle (sic!)* ».

¹⁷⁰⁴ Cf. R. KUHLEN, Für ein vorwärts, nicht rückwärts gerichtetes Urheberrecht, *Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“*, Pressemitteilung 2/09 vom 27. April 2009.

§1. *Open (Research) Data* — l'ouverture des données de la recherche

807. *Open Data* — un terme ambigu. Aujourd'hui le terme *Open Data* est très à la mode¹⁷⁰⁵ — on l'emploie pour caractériser notamment l'ouverture de l'accès aux informations du secteur public imposée par la législation européenne¹⁷⁰⁶. Or il ne faut pas oublier que le mouvement pour le partage des données de recherche (*data sharing*), plus ancien, poursuit des objectifs différents et a développé son propre langage et ses propres règles. Il est vrai qu'aujourd'hui, surtout en France après la loi *Valter*, les deux mouvements se sont largement rapprochés¹⁷⁰⁷. Toutefois, nous trouvons utile de distinguer entre les *Open Data* du secteur public et les *Open Data* de recherche. Par la suite, à des fins de précision, nous allons appeler ce deuxième mouvement *Open Research Data*, et le premier : *Open Public Sector Information*.

808. La définition et le rôle des données de recherche. Nous avons déjà présenté¹⁷⁰⁸ la définition diaphorique de données formulée par Luciano Floridi, selon laquelle la donnée est ce qui fait la différence entre le *x* et le *y*. C'est cette définition intensionnelle¹⁷⁰⁹, extrêmement large, qui était la nôtre dans la première partie, car en effet toute question peut intéresser la recherche et tout signal (ou absence de signal) peut être une donnée de recherche. Or pour parler de l'*openness* dans le contexte de données de recherche (celles qui ont déjà été collectées et utilisées par les chercheurs), il vaut mieux s'appuyer sur une définition extensionnelle (c'est-à-dire par énumération), comme celle proposée par l'OCDE :

« les 'données de la recherche' sont définies comme des enregistrements factuels (chiffres, textes, images et sons), qui sont utilisés comme sources principales pour la recherche scientifique et sont généralement reconnus par la communauté scientifique comme nécessaires pour valider des résultats de recherche. (...) Ce terme ne s'applique pas aux éléments suivants : carnets de laboratoire, analyses préliminaires et projets de documents scientifiques, programmes de travaux futurs, exam-

¹⁷⁰⁵ Il a même fait l'objet de l'Arrêté du 3 mai 2014 (JO n° 0103, p. 7639) de la Commission générale de terminologie et de néologie, qui l'a défini de manière large comme « *les données qu'un organisme met à la disposition de tous sous la forme de fichiers numériques afin de permettre leur réutilisation* » ; le terme « *données ouvertes* » est proposé comme équivalent français.

¹⁷⁰⁶ V. *infra* no. 810 et ss.

¹⁷⁰⁷ V. *infra* no. 1028 et ss.

¹⁷⁰⁸ V. *supra* no. 48.

¹⁷⁰⁹ Une définition intensionnelle est celle qui se concentre sur les propriétés communes des objets appartenant à la classe définie ; une définition extensionnelle, en revanche, énumère le contenu de la classe définie.

ens par les pairs, communications personnelles avec des collègues et objets matériels (par exemple, les échantillons de laboratoire (...)) »¹⁷¹⁰

Nous avons aussi expliqué *supra*¹⁷¹¹ que la donnée est un élément central de la recherche moderne, et que « *la recherche axée sur les données* » (*data-intensive research*) est le « *nouveau paradigme* » dans la science.

809. Plan. Pour pouvoir comprendre les enjeux spécifiques de l'*Open Research Data*, il convient d'examiner l'histoire de ce mouvement et de définir ses objectifs (B) ; mais d'abord il faut comprendre comment il se distingue de *Open Public Sector Information* (A).

A. *Open Public Sector Information*¹⁷¹²

810. Histoire et sources. La transparence dans le fonctionnement des institutions publiques est aujourd'hui vue comme une *conditio sine qua non* de la démocratie moderne et de la société civile. Selon un auteur, on retrouve les origines de la doctrine de libre accès à l'information publique en Scandinavie au début du dix-huitième siècle¹⁷¹³, mais plus souvent on cite le *Freedom of Information Act*¹⁷¹⁴ étasunien de 1966 comme le texte fondateur en la matière. En Europe, la loi française du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public (dont le premier titre posait le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs) était l'une des premières concernant ce sujet. Ces premiers textes visaient principalement les documents analogues produits par les institu-

¹⁷¹⁰ *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*, OCDE 2007, p. 18 ; cf. la définition de ce concept dans l'Étude d'impact de la loi pour la République numérique du 9 décembre 2015 : « *les données de la recherche sont l'ensemble des données factuelles issues d'observations, d'enquêtes, de corpus, d'archives, d'expériences ou d'analyses computationnelles, enregistrées sous tout format et sur tout support, dans une forme brute ou après avoir été traitées ou combinées, et sur lesquelles se fondent les raisonnements du chercheur et qui sont jugées nécessaires à la validation des résultats de la recherche* » (nbp. 31).

¹⁷¹¹ V. *supra* no. 48.

¹⁷¹² Sur l'ensemble de la question, v. M. CLÉMENT-FONATINE, La régulation de l'Open Data, *Légicom* no. 56 (janvier 2016), pp. 113-120, v. aussi (sur les enjeux généraux) : S. CHIGNARD, *Comprendre l'ouverture des données publiques*, FYP éditions 2012 ; D. BOURCIER et P. DE FILIPPI [dir.], *Open Data & Big Data, Nouveaux défis pour la vie privée*, Mare & Martin 2016, v. aussi (sur l'Open Data et la propriété intellectuelle) : T. AZZI, Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique, *Dalloz* 2017, p. 583.

¹⁷¹³ S. LAMBLE, Freedom of Information, a Finnish clergyman's gift to democracy, *Freedom of Information Review*, vol. 97 (2002), pp.2-8.

¹⁷¹⁴ Modifié par le *Honest Leadership and Open Government Act* de 2007.

tions publiques¹⁷¹⁵ ; après la révolution numérique, l'intérêt s'est porté vers les données brutes du secteur public¹⁷¹⁶. À côté des impératifs de transparence est apparu l'objectif de promouvoir le développement de l'économie numérique grâce aux services utilisant des données publiques¹⁷¹⁷. Le législateur européen a agi en adoptant la Directive 2003/98/EC sur la réutilisation des informations du secteur public (*public sector information*, PSI, d'où l'appellation « *Directive PSI* »). Le texte a été reformé par la Directive 2013/37/EU du 26 juin 2013 (Directive PSI2), qui a élargi sa portée notamment en y incluant les institutions culturelles (les bibliothèques, les musées et les archives), mais aussi en posant des règles sur les tarifs et les formats dans lesquels l'information est mise à disposition. En Allemagne, la Directive PSI2 a été transposée par la loi du 8 juillet 2015¹⁷¹⁸ modifiant la *Informationsweiterverwendungsgesetz* (IWG) du 2006. En France, la transposition était plus spectaculaire : la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public (loi *Valter*) a modifié la loi du 17 juillet 1978, qui a ensuite été codifiée dans le nouveau Code des relations entre le public et l'administration (CRPA, en vigueur depuis le 1er janvier 2016)¹⁷¹⁹. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a par la suite modifié les dispositions de ce code relatives à l'ouverture des données publiques¹⁷²⁰.

811. La portée de la Directive PSI. La Directive PSI modifiée pose le minimum conventionnel relatif à la réutilisation de « *documents existants détenus par des organismes du secteur public* » (article 1(1)). Le « *document* » est défini de manière très large comme « *tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel)* » ainsi que « *toute partie de ce contenu* » (article 2(3)). Or la Directive contient de nombreuses exclusions (article 1(2)), notamment pour

¹⁷¹⁵ Cf. l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1978 dans sa rédaction d'origine : « *Sont considérés comme documents administratifs (...) tous dossiers, rapports, études, comptes-rendus, procès-verbaux, statistiques, directives (...) revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non-nominatives* ».

¹⁷¹⁶ V. par ex. *OECD Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information* [C(2008)36], 30 avril 2008 ou *G8 Open Data Charter* du 18 juin 2013, qui a inspiré l'*International Open Data Charter* de 2015.

¹⁷¹⁷ V. la *G8 Open Data Charter*, les considérants 6 et 15 de la Directive 2013/37/EU.

¹⁷¹⁸ BGBl. I p. 1162.

¹⁷¹⁹ Le Code a été créé par l'Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 (partie législative) et le Décret n° 2015-1342 du même jour.

¹⁷²⁰ V. *infra* no. 1028 et ss.

les documents dont des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle, qui concernent la sécurité publique ou qui contiennent des données personnelles. Sont également exclus, ce qui est le plus important du point de vue de notre étude, les documents détenus par des établissements d'enseignement et de recherche (tels que les universités), à l'exception des bibliothèques universitaires.

812. Bref aperçu du régime de la Directive PSI. La Directive oblige les États membres à veiller à ce que les documents visés puissent être réutilisés à des fins commerciales et non-commerciales (article 3). Dans la mise à disposition de ces documents, les formats ouverts et lisibles par machine doivent être privilégiés (article 5). La Directive n'exige pas la gratuité d'accès aux documents, mais pose le principe selon lequel les redevances sont limitées à des coûts marginaux (article 6) et calculés de manière transparente (article 7). Les licences exclusives peuvent être utilisées, mais elles ne peuvent pas indûment limiter la possibilité de réutilisation ou restreindre la concurrence (article 8). Les organismes concernés doivent traiter les demandes de réutilisation de leurs documents (article 4), mais aussi activement prendre des mesures pour faciliter la recherche desdits documents (telles que les portails *Open Data*) (article 9).

813. Les transpositions nationales en Allemagne et en France. La transposition allemande de la Directive, l'IWG, est assez fidèle au texte européen qu'elle reprend parfois mot-à-mot. L'exclusion des établissements d'enseignement et de recherche (à l'exception de bibliothèques universitaires) est également reprise dans le texte fédéral allemand (article 1(2), par. 5). Il convient aussi de vérifier si la loi des *Länders* n'oblige pas les universités à ouvrir l'accès à ces documents. À ce niveau on constate que l'*Informationsfreiheitsgesetz* (IFG) de Rhénanie-du-Nord—Westphalie exclut aussi les universités de sa portée (au moins en ce qui concerne les documents produits dans le cadre des missions d'enseignement et de recherche)¹⁷²¹. Les IFG de nombreux autres *Länder* contiennent aussi des dispositions similaires¹⁷²². En revanche, en France la dérogation initialement prévue pour les établissements d'enseignement et de recherche (depuis l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005) dans l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 a été abrogée par la loi *Valter* du 28 décembre 2015. Il en résulte qu'aujourd'hui les règles concernant « *l'accès aux documents administratifs et à la*

¹⁷²¹ L'art. 2(3) IFG NRW.

¹⁷²² Cf. l'art. 2(3) LIFG Baden-Württemberg, l'art. 3(2) HmbIFG, l'art. 2(2) AIG Brandenburg...

réutilisation des informations publiques » (Livre III du CRPA) s'appliquent pleinement aux universités et elles affectent les pratiques d'ouverture des données de recherche. On est donc en présence, en France, d'un vrai « *mandat* » d'ouverture des données de recherche dans les universités¹⁷²³.

814. La signification de l'*Open Public Sector Information* pour les e-Universités.

Comme nous l'avons vu, l'*Open Public Sector Information* affectant les informations du secteur public se distingue du mouvement d'*Open Research Data* concernant la publication et le partage des données de recherche. Cependant, l'*Open Public Sector Information* n'est pas complètement dépourvu de signification pour les e-Universités. Tout d'abord, la législation sur le PSI ouvre l'accès à une très grande quantité de données qui peuvent — gratuitement ou à un bas coût — être utilisées à des fins de recherche. Les règles sur le PSI créent donc des gisements importants de données numériques que les e-Universités (tout comme d'autres acteurs de l'économie numérique¹⁷²⁴) peuvent explorer. En revanche, ces règles peuvent aussi affecter les e-Universités d'une autre manière — en les obligeant à ouvrir l'accès à leurs propres documents et données. En France, les règles relatives à la PSI s'appliquent aux universités — elles constituent donc un moyen législatif de promotion de l'*Open Science* et seront traitées en détail dans le dernier chapitre de notre étude¹⁷²⁵. En Allemagne l'application des règles sur le PSI est limitée aux bibliothèques universitaires. Bien évidemment, une grande partie des documents détenus par les bibliothèques sont concernés par les droits d'auteur appartenant à des éditeurs, ce qui les exclut du champ d'application des règles relatives à la PSI. Cependant, des documents tombés dans le domaine public, ceux dont les droits de propriété intellectuelle sont détenus par les bibliothèques (les catalogues) ou ceux qui ne sont concernés par aucun droit de propriété intellectuelle (les données biographiques, certaines métadonnées, les informations sur la collection) se trouvent, à notre sens, dans le champ d'application des règles relatives à la PSI. Ceci concerne surtout les relations des bibliothèques universitaires avec les acteurs externes, car les individus appartenant à une université (tant les enseignants que les étudiants) ont déjà l'accès libre et gratuit aux documents dans les collections de leur bibliothèque.

¹⁷²³ V. *infra* no. 1028 et ss.

¹⁷²⁴ V. par ex. L. MARINO, L'Open data, une mine d'or pour les juristes, JCP G 2014, no. 14 (avril 2014), pp. 438 et ss.

¹⁷²⁵ V. *infra* no. 1028 et ss.

B. Open Research Data

815. Plan. L'étude du standard *Open Research Data* (1) nous amènera à constater de nombreux obstacles juridiques à sa mise en oeuvre (2).

1. Les règles d'*Open Research Data*

816. Histoire. Quelques exemples. Le premier grand projet de partage des données de recherche est la création du *World Data Center* (WDC) en 1958. Le WDC a été établi par le Conseil international pour la science (ICSU) pour archiver et gérer les données géospatiales collectées pendant l'Année géophysique internationale (1957-1958)¹⁷²⁶. Il convient de remarquer qu'en cette période de guerre froide les données du WDC étaient accessibles aux chercheurs des deux côtés du rideau de fer¹⁷²⁷. Le système de centres de données s'est développé et répandu à d'autres disciplines ; en 2008, il a été transformé en *ICSU World Data System*¹⁷²⁸. En 1996 pendant une réunion aux Bermudes les participants au Projet génome humain (*Human Genome Project*) ont signé le premier Accord des Bermudes (*Bermuda Principles I*), selon lequel les séquences génomiques doivent rester dans le domaine public et elles doivent être déposées rapidement après leur annotation dans les bases de données accessibles au public¹⁷²⁹. Depuis 2010, le *BioBricks Public Agreement* permet aux chercheurs de partager librement les matériels génétiques et les informations associées.

817. Les archives (entrepôts) de données de recherche. Le point commun entre le mouvement *Open Research Data* et le « *green OA* » est qu'ils se développent par le biais d'archives (*data repositories, data warehouses* ou *data centres*). Certaines archives (surtout des archives institutionnelles) peuvent accueillir les jeux de données et les publications (le

¹⁷²⁶ F. L. KORSMO, The Origins and Principles of the World Data Center System, *Data Science Journal*, vol. 8 (février 2010), pp. 55-65.

¹⁷²⁷ *Idem*.

¹⁷²⁸ <http://www.icsu-wds.org>

¹⁷²⁹ http://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/research/bermuda.shtml, consulté le 13 décembre 2017.

dépôt de données sous-jacentes avec une publication est même encouragé voire exigé par certains éditeurs), mais il existe aussi des archives spécialisées dans les données de recherche (y compris les données biographiques¹⁷³⁰) d'un domaine particulier (par exemple les CDRs — *clinical data repositories*). Un catalogue mondial d'archives de données de recherche, *Registry of Research Data Repositories*, développé par des institutions allemandes et financé par la DFG, est disponible sur le site re3data.org. Il répertorie aujourd'hui 1825 archives associées à des institutions, dont 81 en France et 261 en Allemagne¹⁷³¹.

818. Soutien international. Depuis plus d'une décennie de nombreux gouvernements se sont engagés en faveur de l'*Open Research Data*. En 2004, les ministres de la recherche ont demandé à l'OCDE de définir les lignes directrices « *en vue de faciliter un accès à moindre coût aux données numériques de la recherche financée sur fonds publics* »¹⁷³². En 2007, l'Organisation a publié les Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics. Les ministres de la recherche du G8 ont aussi signé la déclaration du 12 juin 2013¹⁷³³ dont le troisième paragraphe concerne le libre accès aux données de recherche scientifique (*Open Scientific Research Data*). Le document reconnaît que « *[d]ans la plus grande mesure possible et avec un minimum de contraintes, les données de recherches subventionnées par les fonds publics doivent être en libre accès* »¹⁷³⁴. En 2013 aussi la Commission Européenne en coopération avec des institutions des États-Unis (la *National Science Foundation* et le *National Institute of Standards and Technology*) et d'Australie (*Department of Industry*) ont lancé la *Research Data Alliance* (RDA) dont le but est de créer une infrastructure sociale et technique pour faciliter le partage de données de recherche.

819. Motivations. Le mouvement *Open Research Data* présente de nombreux avantages pour les chercheurs. À part le seul fait de contribuer aux communs du savoir (avec tous les bienfaits pour la science et la société qui en résultent), la publication des données de recherche sert à légitimer les résultats en permettant aux autres chercheurs de vérifier leur re-

¹⁷³⁰ Par ex. *DoctrinalPlus*.

¹⁷³¹ Les informations extraites de <http://www.re3data.org/search> le 15 mars 2017.

¹⁷³² *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*, OCDE 2007, p. 4.

¹⁷³³ <https://www.gov.uk/government/news/g8-science-ministers-statement>, consulté le 13 décembre 2017; version française disponible sur: https://rsc-src.ca/sites/default/files/pdf/G8%20Science%20Meeting%20Statement%20Final%20Version%2012%20Jun_FR.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷³⁴ Par. 3(i).

productibilité¹⁷³⁵. C'est pour cette raison que certains éditeurs exigent le dépôt des données de recherche avec la publication des résultats. Si les scandales tels que l'affaire Polderman (concernant un cardiologue néerlandais qui dans ses recherches sur l'utilisation de bêtabloquants pendant les chirurgies vasculaires s'est fondé sur des données fabriquées)¹⁷³⁶, c'est parce que les données de recherche sont encore trop rarement publiées.

820. Nécessité fréquente d'une licence. Nombreux sont ceux qui croient que les données de recherche ne sont protégeables par aucun droit de propriété intellectuelle, et que les seuls barrières à leur re-utilisation sont d'ordre technique. Or, comme nous l'avons démontré *in extenso* dans la première partie de notre étude, les données de recherche sont souvent concernées par le droit d'auteur (tant au niveau des données individuelles qu'au niveau de recueils de données) ainsi que par le droit *sui generis* des producteurs de bases de données ou par d'autres droits voisins. Aussi, contrairement aux publications qui peuvent être simplement lues sans autorisation des titulaires des droits, les données de recherche dans le cadre juridique actuel (en l'absence d'une exception à des fins de *data mining* suffisamment large) sont pratiquement inutilisables si elles ne sont pas accompagnées d'une licence de propriété intellectuelle ou au moins d'une notice affirmant qu'elles se trouvent dans le domaine public. En ce sens, les « *gratis Open Data* », contrairement au « *gratis Open Access* », sont dépourvues de toute signification pratique.

821. Absence de standard uniforme. Si les critères de l'*Open Access* sont relativement bien définis par les BBB¹⁷³⁷, le mouvement *Open (Research) Data* souffre d'une absence de standards clairs quant à la suppression des obstacles juridiques à l'accès. La plupart de textes concernant l'*Open Research Data* se bornent à énoncer que l'accès aux données doit être ouvert tout en respectant les droits et intérêts légitimes des personnes concernées, et en particulier le droit de la propriété intellectuelle¹⁷³⁸. La fondation britannique *Open Knowledge*

¹⁷³⁵ Sur la recherche reproductible v. les travaux de Victoria Stodden, notamment : V. STODDEN, The Legal Framework for Reproducible Scientific Research. Licensing and Copyright, *Computing in Science and Engineering*, vol. 11, no. 1, janvier/février 2009, pp. 35-40

¹⁷³⁶ V. L. HUSTEN, Prominent Dutch Cardiovascular Researcher Fired for Scientific Misconduct, publié sur : <https://www.forbes.com/sites/larryhusten/2011/11/17/prominent-dutch-cardiovascular-researcher-fired-for-scientific-misconduct/> le 17 nov. 2011, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷³⁷ V. *supra* no. 784 et ss.

¹⁷³⁸ Cf. les Principes et lignes directrices de l'OCDE (*précités*), principes A, D et E (pp. 19 et ss.) ; World Data System Data Sharing Principles v. 1, novembre 2015 (DOI : 10.5281/zenodo.34354), principe 1 ; déclaration G8 (*précitée*), principes 3(i) et 3(ii).

propose depuis 2005 sa propre définition de l'*openness*, appelée la Définition du savoir libre (*Open Definition*)¹⁷³⁹. Selon elle, un contenu est libre (*open*) si tout un chacun peut y avoir accès gratuitement, et qu'il puisse librement l'utiliser, modifier et partager à quelques finalités que ce soit ; les seules restrictions possibles sont celles concernant la préservation de la paternité de l'oeuvre et son caractère libre (*copyleft*). Les principes pour les *Open Data* en science publiés par un groupe de chercheurs en 2010 (*Panton Principles*)¹⁷⁴⁰ soulignent la nécessité d'utiliser les licences, encouragent les chercheurs à renoncer à leurs droits de propriété intellectuelle dans leurs jeux de données (en utilisant la CC0¹⁷⁴¹) et citent la Définition du savoir libre (*Open Definition*) comme le standard minimum d'ouverture. Les principes et lignes directrices concernant l'interopérabilité juridique des données de recherche publiés par la RDA en 2016 sont plus catégoriques en demandant que les données soient accessibles sans restrictions, ou avec aussi peu de restrictions que possible¹⁷⁴².

822. Licences recommandées. La fondation *Open Knowledge* propose une liste de licences compatibles avec la Définition du savoir libre¹⁷⁴³ — on y retrouve notamment la déclaration de renonciation aux droits (CC0), les licences CC BY 4.0 et CC BY-SA 4.0 ainsi que des licences similaires. Les auteurs des principes publiés par la RDA recommandent l'utilisation de la CC0, tout en admettant la possibilité d'utiliser la CC BY, mais aucune autre condition n'est admise¹⁷⁴⁴. Il convient aussi de remarquer que les recommandations du groupe LAPSI (*The European Thematic Network on Legal Aspects of Public Sector Information*) en matière de licences pour la PSI sont similaires¹⁷⁴⁵. Nous sommes d'accord avec cette position. En effet, il faut se rendre compte que la réutilisation d'un jeu de données consiste surtout (sauf si on se limite à un simple scénario où les données servent exclusivement à reproduire

¹⁷³⁹ <http://opendefinition.org/od/2.1/en/> (la traduction française disponible sur le site n'est plus d'actualité, car elle concerne la version ancienne 1.1) ; cette définition est aussi citée par le *Open Data Handbook*, rédigé par le *Open Knowledge Foundation* et disponible sur : <http://opendatahandbook.org>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁴⁰ <https://pantonprinciples.org>

¹⁷⁴¹ V. *supra* no. 708.

¹⁷⁴² *Legal Interoperability of Research Data : Principles and Implementation Guidelines* publiés par le RDA-CODATA Legal Interoperability Interest Group le 8 septembre 2016, ligne directrice 1A, v. aussi les lignes directrices 3A, 4A et 4C.

¹⁷⁴³ <http://opendefinition.org/licenses/>

¹⁷⁴⁴ *Legal Interoperability of Research Data (précité)*, ligne directrice 1C.

¹⁷⁴⁵ LAPSI 2.0 Thematic Network, *D5.2. Licensing Guidelines*, 25 février 2014.

les résultats de la recherche) à les intégrer dans un plus grand jeu de données¹⁷⁴⁶. Selon le principe du « *plus petit dénominateur commun* »¹⁷⁴⁷, quand on combine plusieurs jeux de données, la licence la plus restrictive va être « *transférée* » au jeu de données ainsi créé ; il est donc souhaitable de limiter les conditions de licences au strict minimum pour maximiser sa capacité de réutilisation. Autrement dit, si l'on décide de publier les données de recherche pour enrichir les communs du savoir, l'emploi des clauses de type « *copyleft* » (SA) peut avoir un effet pervers — certes, la clause va protéger les données contre la privatisation, mais elle va aussi les rendre moins utiles pour les autres. Même la seule exigence d'attribution (BY) peut être très difficile à remplir dans un jeu de données comportant des contributions de plusieurs milliers de chercheurs, car elle peut causer le phénomène appelé « *attribution stacking* »¹⁷⁴⁸. Il est donc préférable de renoncer aux droits de propriété intellectuelle avant de publier les données, en utilisant le CC0 ou un outil similaire. Il est vrai que le droit moral de paternité est inaliénable en droit français, mais il faut tenir compte du fait que le régime juridique qui affecte le plus les données de recherche est le droit *sui generis* des producteurs de bases de données (qui n'a pas d'aspect « *moral* »). Deuxièmement, puisque le travail de recherche ne consiste pas à créer les données, mais à les collecter et organiser, le lien « *personnel* » entre le chercheur et ses données est faible¹⁷⁴⁹. Ceci explique pourquoi on recommande de dédier les données de recherche au domaine public par le biais d'une déclaration CC0, plutôt que d'utiliser une licence CC BY. Si les données ne sont concernées par aucun droit de propriété intellectuelle (comme c'est le cas par exemple d'un recueil non-original de données non-originales dont ni l'obtention, ni la vérification, ni la présentation n'attestent

¹⁷⁴⁶ V. par ex. P. DESMET, Analyzing the licenses of all 11,000+ GBIF registered datasets, publié sur <http://peterdesmet.com/posts/analyzing-gbif-data-licenses.html> le 23 novembre 2013, consulté le 13 décembre 2017. L'auteur examine l'interopérabilité juridique de plus de 11 000 jeux de données.

¹⁷⁴⁷ Legal Interoperability of Research Data (*précité*), p. 8 ; v. aussi Group on Earth Observations, Data Sharing Working Group, White Paper : *Mechanisms to Share Data as Part of the GEOSS Data-CORE*, Group on Earth Observations, 2014, disponible sur : https://www.earthobservations.org/documents/dswg/Annex%20VI%20-%20Mechanisms%20to%20share%20data%20as%20part%20of%20GEOSS%20Data_CORE.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* no. 209.

¹⁷⁴⁹ *Contra* v. C. CASTETS-RENARD, N. GANDON, Open data des données de la recherche publique : entre réformes législatives et retour d'expérience sur un guide pratique à destination des chercheurs, *Légicom* no. 56 (janvier 2016), pp. 67-75, pour lesquelles « *le chercheur a très souvent le sentiment d'être « propriétaire » des données qu'il utilise ou qu'il trouve, alors même qu'aucun régime de protection ne s'appliquerait ou dont il serait bénéficiaire* ».

d'un investissement substantiel), il est fortement recommandé d'accompagner les données d'une notice appropriée (de type *Public Domain Mark*).

823. Absence de licence fréquente en pratique. Malheureusement, il semble que la grande majorité des jeux de données soient publiés sans aucune licence ni même notice concernant le droit de propriété intellectuelle (comme la CC0 ou le *Public Domain Mark*). En 2013, une étude¹⁷⁵⁰ a démontré que parmi 11 974 jeux de données de GBIF (*Global Biodiversity Information Facility*), 10 734 (89,6%) n'ont aucune licence ni notice, 1 069 (8,9%) utilisent une licence non-standardisée (donc non lisible pour une machine et inutilisable en pratique), 105 (0,8%) sont diffusés avec la déclaration CC0, 19 — une licence de type CC BY, également 19 — une licence de type CC BY-SA et 28 — une licence CC comportant la restriction NC. Cela signifie que seulement 171 (1,4%) jeux de données ont été publiés avec une licence ou une notice, dont seulement 143 remplissent les critères de la Définition du savoir libre (licences/déclarations CC0, CC BY et CC BY-SA) et seulement 124 (environ 1%) remplissent les critères posés par les auteurs du rapport *Legal Interoperability of Research Data* qui sont aussi les nôtres. Il est vrai que ces résultats peuvent être différents dans d'autres disciplines, mais les données sur la biodiversité restent relativement peu concernées par les droits de tiers, ce qui nous laisse penser que le pourcentage de jeux de données accompagnés d'une licence n'est pas beaucoup plus élevé dans d'autres domaines. On en déduit que même si le mouvement de partage de données de recherche est bien établi, les vraies *Open Research Data* restent rarissimes.

2. Les obstacles à la mise en oeuvre de l'*Open Research Data*

824. Introduction. Nous avons remarqué que le travail de recherche ne consiste pas à créer les données, mais à les collecter et les analyser. Ceci distingue les données de recherche des écrits scientifiques dont les chercheurs sont les vrais auteurs. Ainsi, alors que le plus grand défi du mouvement *Open Access* est de trouver l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des éditeurs, dans le cas de l'*Open Research Data* d'autres droits et intérêts peuvent entrer en jeu. En effet, l'intention de publier les données de recherche se heurte souvent à des

¹⁷⁵⁰ P. DESMET, *précité*.

obstacles éthiques et juridiques, comme la propriété intellectuelle d'autrui (a) ou la protection des données personnelles (b).

a. La propriété intellectuelle d'autrui

825. Présentation. Les données de recherche peuvent, surtout dans le domaine des sciences humaines, être protégées par un droit de propriété intellectuelle appartenant à un tiers. L'exemple le plus évident est ici un corpus de langue contemporaine, composé des textes créés par des personnes vivantes¹⁷⁵¹. La compilation d'un tel jeu de données va dans la plupart de cas nécessiter une autorisation des titulaires des droits, sauf si elle entre dans le cadre d'une exception légale. Dans les deux cas, la possibilité juridique de publier ces données en *Open Research Data* va être très limitée, tenant compte du principe *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Dans la première hypothèse, celle de l'autorisation, les autorisations de tous les titulaires de droits devraient non seulement être transférables, mais aussi avoir une portée au moins aussi large que la licence sous laquelle le jeu de données va être publié, ce qui est quasi-impossible en pratique — il faudrait persuader tous les titulaires de droits de diffuser leurs oeuvres respectives, ou du moins leurs extraits qui ont été utilisés, sous des licences de type CC BY, voire d'abandonner leurs droits exclusifs. Dans la seconde hypothèse, celle de l'exception légale, la publication des données en *Open Research Data* est impossible, car l'utilisation qui en est faite doit se limiter aux finalités prévues dans la loi (ce qui va à l'encontre du principe de l'*openness* visant l'accès et la réutilisation par tout le monde et pour toutes les finalités). On constate donc que les droits de propriété intellectuelle des tiers s'avèrent être un obstacle insurmontable pour le mouvement *Open Research Data*.

b. Protection des données personnelles

826. Aperçu des sources. Le cadre juridique concernant la protection des données personnelles dans l'Union Européenne se trouve actuellement en période de transition. La Di-

¹⁷⁵¹ Sur la question v. par ex. P. TSIAVOS et al., *Legal framework of textual data processing for Machine Translation and Language Technology research and development activities*, Wikibook (https://en.wikibooks.org/wiki/Legal_framework_of_textual_data_processing_for_Machine_Translation_and_Language_Technology_research_and_development_activities), consulté le 13 décembre 2017.

rective 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (transposée en France dans la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (LIL) et en Allemagne par la *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) au niveau de la Fédération et par les *Landesdatenschutzgesetze* (LDSG) au niveau de chaque Land) a dernièrement été remplacée par le Règlement 2016/679 du Parlement 27 avril 2016 portant le même titre. Ce dernier texte (appelé « *Règlement général sur la protection des données* », abrégé GDPR) va être directement applicable à partir du 25 mai 2018. Les grands principes régissant le traitement des données personnelles demeureront pour la plupart inchangés (même si le GDPR y apporte des précisions), mais quelques changements importants viseront spécifiquement la recherche. Dans la suite, nous allons nous concentrer principalement sur les nouvelles règles.

827. Notion de donnée personnelle. Les règles sur la protection des données régissent le traitement des données personnelles. Le traitement est défini comme « *toute opération (...) [effectuée] ou non à l'aide de procédés automatisés et [appliquée] à des données (...)* »¹⁷⁵². La notion de donnée à caractère personnel est également entendue de manière très large comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (...) directement ou indirectement* » (article 4(1) du GDPR). Le Groupe de travail de l'article 29 (WP29) a précisé ce concept dans son avis du 20 juin 2007¹⁷⁵³. Il est désormais clair qu'il peut s'agir de toute information, peu importe sa nature (objective ou subjective, vraie ou fausse)¹⁷⁵⁴, son contenu (si elle concerne la vie privée ou professionnelle, la santé, le comportement, la situation économique...)¹⁷⁵⁵ et son format (analogue ou numérique, textuel, sonore, graphique...)¹⁷⁵⁶. Une information « *concerne* » une personne si l'on peut constater la présence d'un des trois éléments suivants : « *contenu* » (les informations ont « *trait* » à une personne)¹⁷⁵⁷, « *finalité* » (les informations peuvent être utilisées pour évaluer ou influencer sur le

¹⁷⁵² Art. 4(2) du GDPR.

¹⁷⁵³ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel* (WP136).

¹⁷⁵⁴ *Idem*, p. 6.

¹⁷⁵⁵ *Idem*, p. 7.

¹⁷⁵⁶ *Idem*, p. 8.

¹⁷⁵⁷ *Idem*, p. 11.

statut d'une personne)¹⁷⁵⁸ et « *résultat* » (les informations sont susceptibles d'avoir un impact sur certains des droits et intérêts d'une personne)¹⁷⁵⁹. Pour que les règles sur la protection des données s'appliquent à l'information, celle-ci doit concerner une personne physique identifiée ou identifiable directement (par un nom, un numéro d'identification, un identifiant en ligne...) ou indirectement (grâce à une combinaison unique de plusieurs éléments « *propres à [son] identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »¹⁷⁶⁰)¹⁷⁶¹. Le considérant 26 du GDPR précise que « *[p]our déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par [toute] personne (...)* ». Les informations concernant des personnes morales ne sont pas en soi considérées comme des données personnelles, mais elles concernent souvent des personnes physiques liées à la personne morale¹⁷⁶². Les informations qui ne concernent aucune personne, ou qui concernent une personne non-identifiable (donc qui ne peut pas être identifiée par aucun moyen raisonnablement susceptible d'être utilisé) sont des informations anonymes ; elle tombent en dehors du champ d'application des règles sur la protection des données¹⁷⁶³.

828. Bref aperçu du régime de protection des données. L'article 5 du GDPR énonce les principes régissant le traitement des données : elles doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et traitées de manière licite, loyale, transparente et sécurisée. Elle doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités du traitement ; elles doivent également être exactes et, si nécessaire, tenues à jour. Finalement, elle ne peuvent pas être conservées pendant une durée excédant ce qui est nécessaire au regard de ces finalités. Le traitement de données personnelles est licite si la personne concernée a donné son consentement¹⁷⁶⁴, même si d'autres hypothèses (« *motifs de licéité* ») sont également admises à titre d'exception, par exemple si le traitement est néces-

¹⁷⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁹ *Idem*, p. 12.

¹⁷⁶⁰ Art. 4, 1) du GDPR.

¹⁷⁶¹ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Avis 4/2007, *précité*, pp. 13 et ss.

¹⁷⁶² *Idem*, p. 26.

¹⁷⁶³ Art. 2(1) du GDPR *a contrario*.

¹⁷⁶⁴ Art. 6(1), a) du GDPR.

saire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique¹⁷⁶⁵. Pour être valide, le consentement doit satisfaire certains critères : il devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique (donc limitée dans son étendue¹⁷⁶⁶), éclairée et univoque son accord au traitement des données¹⁷⁶⁷. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment, mais ce retrait n'a pas d'effet rétroactif¹⁷⁶⁸. De manière générale, les données peuvent être librement transférées au sein des pays de l'Union Européenne et vers les pays tiers à propos desquels la Commission a constaté qu'ils assurent un niveau de protection adéquat¹⁷⁶⁹, mais le transfert vers les autres pays (dans ce groupe on compte notamment les États-Unis) nécessite des garanties supplémentaires de la part du responsable du traitement fournies dans un instrument juridiquement contraignant¹⁷⁷⁰. Par voie d'exception, le transfert vers de tels pays peut également être autorisé s'il remplit les conditions prévues par l'article 49 du GDPR, et notamment si la personne concernée a explicitement consenti au transfert.

829. Droit des personnes concernées. Même après avoir consenti au traitement, la personne concernée a certains droits au regard de ses données. Ceux-ci comportent : le droit à l'information (c'est-à-dire le droit d'obtenir des informations sur la finalité du traitement, les données traitées, l'identité du responsable du traitement etc.)¹⁷⁷¹, le droit d'accès aux données faisant l'objet du traitement¹⁷⁷², le droit de rectification (c'est-à-dire de corriger ou compléter les informations inexactes ou incomplètes)¹⁷⁷³, le droit à l'effacement des données (« *droit à l'oubli* ») ou à la limitation du traitement¹⁷⁷⁴, le droit à la portabilité (c'est-à-dire de transmet-

¹⁷⁶⁵ Art. 6(1), d) du GDPR ; cf. Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE* (WP217).

¹⁷⁶⁶ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 15/2011 sur la définition du consentement* (WP187), p. 19.

¹⁷⁶⁷ Considérant 32 du GDPR.

¹⁷⁶⁸ Art. 7(3) du GDPR.

¹⁷⁶⁹ Art. 45 du GDPR.

¹⁷⁷⁰ Art. 46 du GDPR.

¹⁷⁷¹ Art. 13 et 14 du GDPR

¹⁷⁷² Art. 15 du GDPR.

¹⁷⁷³ Art. 16 du GDPR.

¹⁷⁷⁴ Art. 17 et 18 du GDPR.

tre ses données, dans un format structuré et lisible par machine, à un autre responsable du traitement)¹⁷⁷⁵ et le droit à l'opposition (c'est-à-dire le droit de demander l'arrêt du traitement dans certains cas)¹⁷⁷⁶.

830. Les exceptions concernant le traitement des données personnelles à des fins de recherche. La recherche scientifique, notamment dans le domaine médical, mais aussi en sciences humaines et sociales, exige souvent le traitement de données personnelles. Or, le cadre juridique applicable à la protection de telles données dans l'Union Européenne est, comme nous l'avons vu, extrêmement protecteur, à tel point qu'il risquerait d'avoir un effet paralysant sur la recherche. Le législateur a donc prévu quelques « *vannes de sécurité* » qui facilitent le traitement des données à des fins de recherche scientifique, et à d'autres fins d'intérêt général. Premièrement, l'un des « *motifs de licéité* » de traitement prévus par l'article 6 du GDPR est l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement (article 6(1), f)), ce qui dans certains cas permet d'envisager le traitement à des fins de recherche scientifique (du moins dans des domaines comme la médecine) même sans consentement de la personne concernée¹⁷⁷⁷. Deuxièmement, l'extension des finalités de traitement autorisée par l'article 5(1), b) du GDPR permet de traiter à des fins de recherche scientifique (et sans aucune base juridique distincte) des données licitement collectées pour toute autre finalité. La lecture des considérants du GDPR révèle que le législateur européen a prévu de nombreuses autres flexibilités pour faciliter le traitement des données personnelles à des fins de recherche¹⁷⁷⁸. Contrairement à la Directive 95/46/CE, le GDPR prévoit aussi une disposition spécifique applicable au traitement à des fins de recherche scientifique, qui se trouve dans son article 89. Dans un premier temps, le texte réaffirme qu'un tel traitement doit être soumis à des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée, qui impliquent la mise en place de mesures techniques et organisationnelles (comme par exemple la pseudonymisation¹⁷⁷⁹),

¹⁷⁷⁵ Art. 20 du GDPR.

¹⁷⁷⁶ Art. 21 du GDPR.

¹⁷⁷⁷ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Avis 06/2014, *précité*, spéc. p. 28.

¹⁷⁷⁸ V. notamment le considérant 33 et 156-161.

¹⁷⁷⁹ Pseudonymisation est définie par l'art. 4(5) du GDPR comme « *le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable* ».

pour en assurer le respect. L'article 89(1) oblige aussi les chercheurs à anonymiser les données à chaque fois que les finalités du traitement peuvent être atteintes de cette manière. En revanche, l'article 89(2) permet aux législateurs nationaux de prévoir des dérogations aux droits des personnes concernées dans des cas où les finalités de recherche nécessitent de telles dérogations. Dans la plupart des États membres de telles règles n'ont pas encore été adoptées¹⁷⁸⁰ ; or il est fort probable qu'elles se baseront sur des exceptions qui existent déjà dans les différentes lois nationales. Ainsi, il convient de présenter les régimes d'exception concernant la recherche scientifique en France et en Allemagne.

831. Chapitre IX de la loi informatique et libertés. Le neuvième chapitre de la loi Informatique et libertés (LIL) prévoit un régime dérogatoire concernant les traitements de données personnelles ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé. Le régime a été dernièrement modifié¹⁷⁸¹ par la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹⁷⁸². D'après les nouvelles règles, la CNIL peut décider (après avis d'un comité d'experts ou *a priori* en publiant une méthodologie de référence¹⁷⁸³) d'autoriser des dérogations au secret professionnel¹⁷⁸⁴ et aux droits des personnes concernées¹⁷⁸⁵. Sans vouloir entrer dans les détails de ce régime complexe, nous remarquons tout de même que le V de l'article 54 de la LIL dispose que « [d]es jeux de données agrégées (...) issus des traitements des données de santé à caractère personnel pour des finalités et dans des conditions reconnues conformes à la présente loi par la [CNIL] peuvent faire l'objet d'une mise à disposition, dans des conditions préalablement homologuées par la commission (...) ». La LIL permet donc le partage de ces données sensibles, non dans les conditions de l'*Open Data* (ce qui est tout à fait compréhensible), mais dans des conditions beaucoup plus strictes. La loi du 26 janvier 2016 a même in-

¹⁷⁸⁰ À l'exception notamment de la loi fédérale allemande (art. 27 de la BDSG(neu) qui entrera en vigueur avec le GDPR).

¹⁷⁸¹ Pour le régime ancien, v. I. COULIBALY, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, thèse Grenoble, 2011.

¹⁷⁸² Loi n° 2016-41.

¹⁷⁸³ Art. 54 de la LIL ; deux méthodologies de référence ont été adoptées jusqu'à présent : MR-001 pour les traitements de données personnelles opérés dans le cadre des recherches biomédicales (adoptée en 2006 et modifiée en 2016) et MR-002 relative aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des études non interventionnelles de performances en matière de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro (adoptée en 2015).

¹⁷⁸⁴ Art. 55 de la LIL.

¹⁷⁸⁵ Art. 54 et 57 de la LIL.

séré dans le Code de la santé publique un titre¹⁷⁸⁶ consacré à la mise à disposition des données de santé et créé l'Institut national des données de santé¹⁷⁸⁷, dont une des missions est de faciliter la mise à disposition de ces données.

832. L'article 28 DSG NRW. Le traitement de données personnelles par les universités allemandes est régi par la loi de leurs *Länder* respectifs. En Rhénanie-du-Nord—Westphalie le texte de référence est le *Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen* (DSG NRW) dont l'article 28 régit le traitement des données à des fins scientifiques. Pour la plupart, le texte ne fait que réaffirmer les principes généraux exposés ci-dessus. Étonnamment, il ressemble beaucoup à l'article 89(1) du GDPR : il promet l'anonymisation des données de recherche dès qu'elle est possible au regard des finalités du traitement, mais admet également la pseudonymisation. Or il contient aussi une disposition concernant la publication des données de recherche (article 28(4)), qui n'est autorisée que si la personne a donné son consentement ou si l'intérêt public (*das öffentliche Interesse*) pour la publication l'emporte considérablement sur l'intérêt légitime des personnes concernées. Certes, cette disposition n'est pas révolutionnaire (comme nous l'avons vu, le GDPR admet, comme le faisait la Directive 95/46/CE, l'intérêt légitime comme un « *motif de licéité* » de traitement), mais elle a le mérite d'admettre expressément la possibilité de publication des données personnelles dans des cas spéciaux.

833. Conclusion : l'anonymisation nécessaire pour les *Open Data*. Comme nous l'avons vu, les textes sur la protection de données personnelles n'autorisent pas le partage de ces données en *Open Research Data*. La seule hypothèse dans laquelle l'accès et la réutilisation des données personnelles peuvent être autorisés pour tout le monde et pour toutes les finalités serait si la personne concernée y consentait. Même si l'on met de côté la question de savoir si une personne raisonnable pourrait y consentir, force est de constater qu'un tel consentement ne serait probablement pas valable au regard du GDPR, qui exige que le consentement soit spécifique¹⁷⁸⁸. De surcroît, les difficultés ne s'arrêtent pas là : pour pouvoir être transférées vers tous les pays tiers (car les principes d'*Open Data* interdisent la discrimination entre les pays destinataires) les données devraient être accompagnées d'un instrument juridique contraignant qui imposerait aux utilisateurs le respect du « *niveau de protection ap-*

¹⁷⁸⁶ Première partie, livre IV, titre VI (les art. L. 1460-1 et ss.).

¹⁷⁸⁷ L'art. 1462-1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁸⁸ V. *supra* no. 828.

proprié ». Finalement, les droits des personnes concernées, inaliénables (car personnels), seraient remis en cause dans l'hypothèse d'un partage ouvert de leurs données personnelles (ou sinon leur exercice pourrait à tout moment remettre en cause le traitement). Nous remarquons des efforts pour créer un cadre contractuel, similaire à celui des licences publiques de propriété intellectuelle, dans l'objectif de permettre la libre circulation des données personnelles avec le consentement des personnes concernées¹⁷⁸⁹. Nous sommes conscients de l'intérêt théorique de cet exercice, mais à notre sens de tels mécanismes doivent être qualifiés d'irréalistes. Un constat s'impose : le partage ouvert des données de recherche contenant des données personnelles nécessite leur anonymisation. En effet, rappelons que les données anonymes n'entrent pas dans le champ d'application des règles sur la protection des données. La tâche est, cependant, beaucoup plus compliquée qu'elle ne le semble. Selon le considérant 26 du GDPR interprété *a contrario*, pour déterminer si les données ont été rendues anonymes « *il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par [toute] personne pour identifier la personne [concernée] directement ou indirectement* ». Pour comprendre la difficulté de l'anonymisation il faut se rendre compte qu'en 2000 Latanya Sweeney a démontré que 87% de la population étasunienne peut être identifiée par croisement de trois informations : le code postal, la date de naissance et le sexe¹⁷⁹⁰. Le standard d'anonymisation est donc très élevé (surtout au regard des quantités de données sur chaque individu en possession d'entreprises telles que *Google, Apple* ou *Facebook...*), mais aussi susceptible de changer dans le temps, ce qui nécessite des efforts répétés pour s'assurer du caractère anonyme d'un jeu de données¹⁷⁹¹. L'anonymisation nécessite donc un travail considérable et l'emploi de technologies de pointe¹⁷⁹², ce qui entraîne un coût important. Si le jeu de données est disponible en *Open Data*, il n'est pas clair qui devrait assumer ce coût. Force est de constater alors que de nombreux *Open Data* accessibles sur Internet aujourd'hui méconnaissent les règles sur la protection des données. Par analogie avec la

¹⁷⁸⁹ V. l'initiative Data Commons (sans lien avec la fondation Creative Commons!) et notamment : <http://www.commondataproject.org/paper-licenses-intro>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁹⁰ L. SWEENEY, Simple Demographics Often Identify People Uniquely, *Carnegie Mellon University, Data Privacy Working Paper 3*, 2000.

¹⁷⁹¹ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation* (WP216), p. 10, p. 32.

¹⁷⁹² *Idem*.

terminologie proposée par Peter Suber¹⁷⁹³ dans le contexte de l'*Open Access*, on peut donc parler de « *vigilante Open Data* ».

§ 2. *L'openness* dans l'enseignement : *Open Educational Resources*

834. Origines. Le mouvement *Open Educational Resources* (OER) est le résultat de l'application de l'*openness* à l'enseignement à distance. L'événement déclencheur du mouvement était l'annonce en 2001 du projet *OpenCourseWare* par le Massachusetts Institute of Technology. Depuis, le phénomène a attiré l'attention des différents acteurs et notamment de l'UNESCO, l'organisateur du Forum sur l'impact des didacticiels libres de 2002 pendant lequel le terme « *Open Educational Resource* » (Ressource Educative Libre, REL) a été forgé¹⁷⁹⁴. En 2007, l'OCDE a publié un rapport « *Giving Knowledge for Free : the Emergence of Open Educational Resources* »¹⁷⁹⁵. La même année pendant une réunion organisée au Cap par l'*Open Society Institute*¹⁷⁹⁶ et la fondation sud-africaine Shuttleworth, la *Cape Town Open Education Declaration*¹⁷⁹⁷ a été adoptée. En mars 2009, à l'initiative du Bureau Régional pour l'Education en Afrique de l'UNESCO, de l'Organisation Internationale de la Francophonie, et de l'Agence universitaire de la Francophonie, le premier séminaire francophone portant sur les *Open Educational Resources* s'est tenu à Dakar. À la suite de cet événement, la Déclaration de Dakar sur les REL¹⁷⁹⁸ a été adoptée. En juin 2012, le Congrès Mondial sur les Ressources Educatives Libres organisé dans le siège de l'UNESCO a adopté la Déclaration de Paris sur les REL¹⁷⁹⁹. L'UNESCO a aussi publié de nombreux autres guides et rapports sur le sujet, dont les plus importants pour notre étude sont sans doute les Lignes directrices pour les REL

¹⁷⁹³ P. SUBER, *Open Access*, précité, p. 22.

¹⁷⁹⁴ Le rapport final est disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001285/128515e.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁹⁵ Disponible sur : <https://www.oecd.org/edu/ceeri/38654317.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁹⁶ V. *supra* no. 785 sur la BOAI.

¹⁷⁹⁷ Disponible sur : <http://www.capetowndeclaration.org>, consulté le 13 décembre 2017 ; le document a une vingtaine de traductions officielles, mais il n'a pas été traduit en français ; on emploie donc son intitulé originale.

¹⁷⁹⁸ Disponible sur : <https://www.francophonie.org/Declaration-de-Dakar.html>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁷⁹⁹ Disponible sur : http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/Events/French_Paris_OER_Declaration.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

dans l'enseignement supérieur¹⁸⁰⁰. Nous remarquons que l'idée des OER a effectué un tour du monde intéressant : initiée par le MIT, l'une des meilleures universités étasuniennes, elle a suscité l'attention des pays en développement pour s'implanter dans la deuxième décennie du XXIème siècle dans le courant dominant.

835. Multitude de définitions. Les OER ont fait l'objet de plusieurs tentatives de définition. Selon la première définition proposée par l'UNESCO en 2002 les OER sont

*« des matériels d'enseignement, d'apprentissage et de recherche sur tout support, numérique ou autre, existant dans le domaine public ou publiés sous une licence ouverte permettant l'accès, l'utilisation, l'adaptation et la redistribution gratuits par d'autres, sans restrictions ou avec des restrictions limitées. »*¹⁸⁰¹.

Ainsi, pour l'UNESCO la notion implique non seulement l'accès gratuit, mais aussi l'absence d'obstacles juridiques à la réutilisation de la ressource. Le rapport de l'OCDE à son tour les définit de la manière suivante :

*« des matériels numérisés mis gratuitement et librement à disposition des enseignants, étudiants et autodidactes pour utilisation et réutilisation à des fins d'enseignement, d'apprentissage et de recherche »*¹⁸⁰².

Le document explique que l'adjectif « *open* » implique au moins l'accès gratuit et non-discriminatoire (pour tous les usagers et pour toutes les finalités), mais à titre facultatif il implique également la possibilité de modifier et redistribuer la ressource¹⁸⁰³. Les auteurs du rapport n'admettent donc pas seulement l'existence du « *libre OER* », mais aussi celle du « *gratis OER* » (c'est-à-dire non-accompagné de licence ni notice de propriété intellectuelle). D'autres définitions ont aussi été proposées par les différents acteurs du mouvement. La fondation *Hewlett*, active dans le domaine des OER depuis 2012, propose une définition¹⁸⁰⁴ es-

¹⁸⁰⁰ Disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002328/232842f.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸⁰¹ Le rapport final du Forum sur l'impact des didacticiels libres de 2002, *précité* ; traduction française d'après la Déclaration de Paris sur les REL, *précitée*.

¹⁸⁰² OCDE, *Giving Knowledge For Free : The Emergence of Open Educational Resources*, p. 38, traduction PK. Version originale : « *digitised materials offered freely and openly for educators, students and self-learners to use and reuse for teaching, learning and research* ».

¹⁸⁰³ *Idem*, p. 32 et ss.

¹⁸⁰⁴ « *Open Educational Resources are teaching, learning, and research resources that reside in the public domain or have been released under an intellectual property license that permits their free use and repurposing by others.* » (<http://www.hewlett.org/strategy/open-educational-resources/#overview>, consulté le 13 décembre 2017)

sentiellement similaire à celle adoptée par l'UNESCO. Les déclarations du Cap¹⁸⁰⁵ et de Dakar¹⁸⁰⁶ recommandent elles aussi l'utilisation des licences publiques pour les OER. De même, le *Wikieducator OER Handbook* semble également, à notre sens, exiger l'utilisation de licences¹⁸⁰⁷. La plateforme *OER Commons* impose le choix d'une licence pour les OER qui y sont déposés¹⁸⁰⁸.

836. Objectifs du mouvement. On souligne souvent — plus que dans le cas des autres mouvements *Open* — les bénéfices du mouvement OER pour les pays en voie de développement, où l'accès à l'éducation peut être difficile¹⁸⁰⁹. Or force est de constater que les bénéfices des OER ne s'arrêtent pas aux frontières des pays développés — les OER peuvent contribuer à l'inclusion sociale et à l'égalité des sexes¹⁸¹⁰ dans le monde entier. De surcroît, l'enseignement à distance en général, et les OER en particulier peuvent aider à affronter les défis des universités occidentales, comme l'explosion des effectifs ou la mondialisation¹⁸¹¹. Finalement, les OER peuvent contribuer aux communs du savoir de manière directe (en les enrichissant avec des ressources), mais aussi de manière indirecte (en formant ceux qui pourront y contribuer dans l'avenir).

837. Défis. Le rapport de l'OCDE a énuméré un nombre de défis que les OER doivent affronter. Les auteurs du rapport s'interrogent sur la motivation des créateurs¹⁸¹², et sur les

¹⁸⁰⁵ « *These open educational resources should be freely shared through open licences which facilitate use, revision, translation, improvement and sharing by anyone* ».

¹⁸⁰⁶ L'une des meilleures pratiques recommandées par ce document est de « *Utiliser des licences de diffusion libre de type GFDL (General Free Documentation Licence) ou Creative Commons* ».

¹⁸⁰⁷ Selon sa définition : « *The term "Open Educational Resource(s)" (OER) refers to educational resources (lesson plans, quizzes, syllabi, instructional modules, simulations, etc.) that are freely available for use, reuse, adaptation, and sharing* » (http://wikieducator.org/OER_Handbook/educator_version_one/Introduction/Defining_OER, consulté le 13 décembre 2017).

¹⁸⁰⁸ Selon sa définition : « *Open Educational Resources (OER) are teaching and learning materials that you may freely use and reuse at no cost, and without needing to ask permission. Unlike copyrighted resources, OER have been authored or created by an individual or organization that chooses to retain few, if any, ownership rights* ». (<https://www.oercommons.org/about>, consulté le 13 décembre 2017)

¹⁸⁰⁹ V. notamment la déclaration de Dakar, visant les pays de l'Afrique francophone.

¹⁸¹⁰ Cf. la Déclaration de Paris sur les REL, *précité*.

¹⁸¹¹ Cf. OCDE, *Giving Knowledge for Free*, *précité*, pp. 18 et ss.

¹⁸¹² *Idem*, pp. 57 et ss.

limites à l'accès liées à la langue¹⁸¹³ ou aux handicaps¹⁸¹⁴ ; ces questions sont communes à tous les formes d'*openness*. Cependant, les OER posent un défi particulier : contrairement aux articles scientifiques qui sont normalement soumis au *peer review*, une telle procédure de validation n'existe pas pour les OER. On peut donc à juste titre douter de leur qualité¹⁸¹⁵. On y voit deux sortes de remèdes : d'un côté, la réputation de l'institution qui les propose (une grande partie des OER étant proposés par des universités) peut être un garant de la qualité des OER¹⁸¹⁶. Certains projets essaient de mettre en place une forme de *peer review*, soit par un comité de rédaction (ici on cite notamment le projet MERLOT, ayant plus de 20 comités de rédaction¹⁸¹⁷), soit d'une autre manière¹⁸¹⁸.

838. Projets. Le plus emblématique des projets relatifs aux OER est sans doute l'*OpenCourseWare* (MIT OCW)¹⁸¹⁹, lancé par le MIT en 2002. Aujourd'hui, le site propose plus de 2000 cours dans différents domaines. Mais des efforts pour partager des ressources pédagogiques en ligne existaient déjà avant. Notamment, le projet MERLOT (*Multimedia Educational Resources for Learning and Online Teaching*)¹⁸²⁰, déjà mentionné, a été fondé par l'Université d'État de Californie en 1997. Peu après le lancement du MIT OCW, Paris-Tech a créé un portail *Libre Savoir*¹⁸²¹, qui est aujourd'hui fermé. L'*Open University* britannique propose depuis 2006 un plateforme *OpenLearn*¹⁸²². La bibliothèque des OER, *OER Commons*¹⁸²³, lancée en 2007, répertorie plus de 58000 ressources de tous les niveaux d'édu-

¹⁸¹³ *Idem*, pp. 104 et ss.

¹⁸¹⁴ *Idem*, p. 108 et ss.

¹⁸¹⁵ Cf. les objectifs de la *European Foundation for Quality in e-Learning* (EFQUEL), fermée en 2014.

¹⁸¹⁶ En ce sens, v. OCDE, Giving Knowledge for Free, *précité*, p. 103.

¹⁸¹⁷ D'après : http://info.merlot.org/merlohelp/merlot_peer_review_information.htm, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸¹⁸ Par exemple en donnant aux usagers la possibilité d'évaluer une ressource — v. *supra* no. 802 sur le open peer review.

¹⁸¹⁹ <https://ocw.mit.edu/index.htm> ; sur le projet, c. aussi OCDE, Giving Knowledge for Free..., *précité*, pp. 40-41.

¹⁸²⁰ <http://info.merlot.org/> ; sur le projet, v. aussi OCDE, Giving Knowledge for Free..., *précité*, p. 44.

¹⁸²¹ <http://graduateschool.paristech.fr/index.html>

¹⁸²² <http://www.open.edu/openlearn/>

¹⁸²³ <https://www.oercommons.org>

cation. Dans le monde germanophone, il convient de mentionner les projets *ZUM*¹⁸²⁴ et *Serlo Education*¹⁸²⁵ (concentrés sur l'enseignement primaire), ou encore la plateforme *Segu*¹⁸²⁶ de l'Université de Cologne. En France, le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, après l'adoption de la loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche a lancé la plateforme France Universités Numériques (FUN)¹⁸²⁷. Le site a rencontré un certain succès et il a même reçu un prix de la performance publique¹⁸²⁸. Il répertorie aujourd'hui presque 300 cours.

839. Licenses utilisées. En pratique, parmi les ressources utilisées par les OER, CC BY-NC-SA semble la plus populaire. Tel est notamment le choix des plateformes MIT *OpenCourseWare*¹⁸²⁹, *OpenLearn*¹⁸³⁰ ainsi que le choix par défaut dans la plateforme *OER Commons*¹⁸³¹. Des nombreux cours du projet MERLOT¹⁸³² et une partie des cours sur la plateforme FUN (où la plupart de cours n'ont pas de licence clairement définie)¹⁸³³ sont également proposés sous cette licence. Plus rares sont les sites qui choisissent une licence plus libérale (comme par exemple *Serlo Education*, dont le contenu est disponible sous la licence CC BY-SA). En revanche, on rencontre des licences plus restrictives, de type CC BY-NC-ND¹⁸³⁴.

¹⁸²⁴ <https://www.zum.de/portal/>

¹⁸²⁵ <https://de.serlo.org>

¹⁸²⁶ <https://segu-geschichte.de/index.htm>

¹⁸²⁷ <https://www.fun-mooc.fr>

¹⁸²⁸ V. Prix de la performance publique pour France université numérique, communiqué publié le 4 décembre 2013 sur : <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid75502/prix-de-la-performance-publique-pour-france-universite-numerique.html>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸²⁹ Cf. la notice en bas de chaque page du site du projet, contenant un lien vers la licence CC BY-NC-SA 4.0.

¹⁸³⁰ V. <http://www.open.ac.uk/about/main/management/policies-and-statements/copyright-openlearn>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸³¹ V. la notice en bas de chaque page ; la version choisie est la 3.0 (consulté le 1er mai 2017).

¹⁸³² Parmi 31 690 cours disponibles sous une des licences *Creative Commons*, 29 232 sont sous une licence de type CC BY-NC-SA — information extraite de <https://www.merlot.org/merlot/advSearchMaterials.htm> le 13 décembre 2017.

¹⁸³³ V. par ex. les cours « *ProtéiNNOV : Protéines végétales et Innovation* » ou « *C'est quoi l'éco ?* » (malheureusement la version de la licence n'est pas précisée).

¹⁸³⁴ Par ex. les cours « *Fantasy, de l'Angleterre victorienne au Trône de fer* » ou « *Pilotage des organisations et processus métiers - PILOPRO's 2017* » — dans ces cas aussi, la version de la licence n'est pas précisée.

840. Licences recommandées. Ce choix de licences relativement restrictives est parfois critiqué¹⁸³⁵. Les partisans de l'*openness* dans l'éducation prônent le choix des licences de type CC BY. Notre position est plus nuancée. En effet, nous trouvons que l'exigence ND, qui interdit toute modification de l'OER, est à proscrire — elle n'est compatible ni avec la Définition du savoir libre (*Open Definition*), ni avec la plupart de définitions des OER, et notamment celle adoptée par l'UNESCO. De même, nous sommes sceptiques quant à l'utilisation de la condition NC (qui interdit toute utilisation commerciale), surtout à cause de la difficulté de son interprétation¹⁸³⁶. En effet, il n'est même pas clair si une ressource sous une licence contenant cette condition peut être diffusée sur une plateforme associée à une université privée, ou qui contient des publicités. Certes, nous comprendrons très bien la crainte de détournement des ressources diffusées sous des licences libérales. À notre sens cependant le mécanisme du « *copyleft* » (et donc l'exigence SA) suffit pour y pallier¹⁸³⁷. En effet, cette condition garantit que la ressource restera un commun, même après des modifications, et ne se transformera jamais en un produit commercial. De surcroît, il nous semble que dans le cas des OER, les inconvénients du « *copyleft* » liés à l'incompatibilité des licences ne sont pas aussi présents que dans le cas des logiciels ou des données de recherche, et cela pour au moins deux raisons : premièrement, parce qu'il est relativement rare de combiner des ressources pédagogiques entre elles ; deuxièmement, parce que la plupart des OER utilisent les licences *Creative Commons*, ce qui réduit le risque d'incompatibilités. Ainsi, nous recommandons d'utiliser une licence de type CC BY-SA pour les *Open Educational Resources*.

Conclusion du chapitre II

841. Les e-Universités sont naturellement prédisposées à s'engager dans la voie de l'*Open Science*. Or pour pouvoir se développer, ce modèle exige des communs du savoir

¹⁸³⁵ V. par ex. R. M. STALLMAN, On-line education is using a flawed Creative Commons license, sept. 2012, publié sur : <https://stallman.org/articles/online-education.html>, consulté le 13 décembre 2017 ; v. aussi : Privilégier la licence Creative Commons Paternité (CC BY) dans l'éducation, publié sur : <https://framablog.org/2009/12/02/licence-creative-commons-paternite-et-education/>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸³⁶ V. *infra* no. 943.

¹⁸³⁷ En ce sens v. Ch. LOWE, Considerations for Creative Commons Licensing of Open Educational Resources : The Value of Copyleft, septembre 2010, *Computers and Composition Online Journal*, disponible sur : <http://cconlinejournal.org/open/index.html>, consulté le 13 décembre 2017.

larges et durables. Pour une gestion efficace des communs, certaines règles sociales doivent être acceptées et observées par toute la communauté. Dans le cas des communs du savoir, ces règles prennent la forme des standards d'*openness*. Ainsi, l'*Open Science* peut être définie comme un conglomérat de tels standards, dont les plus importants sont l'*Open Access*, l'*Open (Research) Data* et les *Open Educational Resources*. Il est donc important que les e-Universités respectent ces standards pour pouvoir prospérer.

842. Le standard *Open Access* a pour objectif d'organiser la diffusion des écrits scientifiques de telle manière que chacun puisse au minimum y accéder gratuitement. Or le standard va aussi plus loin, en postulant d'accorder à tout un chacun une permission de réutiliser ces écrits (les reproduire et les communiquer au public), ce qui est possible grâce à l'utilisation des licences publiques (dont la plus adaptée est la licence CC BY). L'*Open Access* peut être atteint soit par le dépôt des écrits dans une archive ouverte, soit par la publication dans une revue spécialisée (revue *Open Access*).

843. Le standard *Open Research Data* (qui se distingue de l'*Open Public Sector Information*) promeut le partage libre des données de recherche. Il peut être atteint par le dépôt des données dans une archive spécialisée, de préférence accompagnées d'une déclaration de renonciation aux droits exclusifs (de type CC0). Malheureusement, en l'état actuel du droit cet objectif se heurte souvent à des obstacles insurmontables liés à la propriété intellectuelle des tiers ou à la protection des données personnelles.

844. Le standard *Open Educational Resources* concerne la diffusion des ressources pédagogiques numériques. Il sert le but particulier de démocratiser l'accès au savoir, mais son utilité ne s'arrête pas là. Selon nous, ce standard est pleinement atteint quand les ressources sont diffusées sous une licence de type CC BY-SA, qui autorise la modification tout en assurant que la ressource reste dans les communs.

845. Des tels modes de diffusion suscitent parfois des doutes quant à la qualité des contenus ainsi diffusés. Pour y remédier, il est souhaitable selon nous d'organiser un système de *peer review* participatif. Il est important que les e-Universités promeuvent, reconnaissent et récompensent les contributions aux communs du savoir, ainsi qu'au contrôle de leur qualité.

Conclusion du titre premier

846. La baisse des coûts de transaction résultant de l'emploi de nouvelles technologies de l'information et de la communication favorise le modèle de « *production par des pairs* » (*peer production*), qui concurrence le modèle de firme hiérarchisée. Dans le milieu académique, ce phénomène se manifeste par le mouvement *Open Science*. Les e-Universités se tournent naturellement vers ce modèle. À part des coûts de transaction bas, ce modèle nécessite l'existence de communs de savoir larges et durables.

847. La gestion et la durabilité des communs est assurée par le respect des standards communautaires, tels que l'*Open Access*, l'*Open Research Data* et les *Open Educational Resources*. Pour faciliter l'exercice de leurs missions et lutter contre la marchandisation du savoir, les e-Universités respectent et promeuvent ces standards.

Titre Second : La mise en place des communs du savoir

848. De manière générale, la mise en place des communs nécessite l'adoption de règles visant à garantir l'intégrité et la qualité de ces ressources partagées. Ces règles émanent normalement de la communauté des « *commoners* » (les usagers qui partagent l'exploitation de la ressource) elle-même. Nous avons vu dans le précédent titre que de telles règles (sous forme des standards *Open Access*, *Open Data*, *Open Educational Resources* et autres) se sont développées au sein de la communauté scientifique pour régir l'exploitation des communs du savoir. Or il semble que si dans le contexte des communs traditionnels (matériels) les seules règles sociales peuvent être suffisantes pour sauvegarder la ressource, quand il s'agit des biens immatériels (et donc abstraits), il est nécessaire d'avoir recours à des règles assorties d'une réelle contrainte pour leur non-respect (telle une action en contrefaçon).

849. Une telle « *contractualisation* » des standards d'*openness* est possible grâce à deux types de mesures de *private ordering*. Premièrement, il s'agit des licences publiques — des contrats conclus entre le titulaire des droits (donc normalement l'auteur) et chaque usager (donc potentiellement tout un chacun), permettant de lui accorder une permission *a priori*. Deuxièmement, il peut s'agir aussi des contrats conclus entre une institution qui s'engage à cultiver les communs (comme une université ou un organisme finançant la recherche) et l'auteur (enseignant-chercheur) pour obliger ce dernier de placer sa création dans les communs. Dans ce titre, nous allons présenter les deux types des contrats, ainsi que le soutien que le législateur accorde à leur conclusion.

Chapitre I : Les outils contractuels pour la mise en place des communs du savoir : les licences publiques

Chapitre II : Le soutien institutionnel et législatif — les politiques promouvant les communs du savoir

Chapitre I : Les outils contractuels pour la mise en place des communs du savoir : les licences publiques

850. Introduction. Les licences publiques sont des outils juridiques permettant d'accorder à tout un chacun une autorisation *a priori* d'accomplir des actes relevant d'un monopole des titulaires des droits de propriété intellectuelle. Les premières licences publiques ont été rédigées dans les années 1980. Leur apparition est liée au mouvement FOSS¹⁸³⁸. C'est au début du XXI^{ème} siècle qu'elles ont été popularisées, notamment grâce à l'organisation *Creative Commons*.

851. Rôle des licences publiques en France et en Allemagne — les différences. Au départ, les licences publiques¹⁸³⁹ ont été accueillies en France avec une certaine méfiance et même qualifiées d'« *étrange phénomène* »¹⁸⁴⁰. Leur popularité a été freinée par des facteurs culturels, et notamment par l'adoption de la loi *Toubon*¹⁸⁴¹. Toutefois, force est de constater que malgré ces difficultés les tribunaux français se sont montrés favorables aux licences publiques¹⁸⁴². L'Allemagne, en revanche, se trouve dans l'avant-garde de ce mouvement, avec notamment la première décision mondiale à consacrer la validité et la force obligatoire d'une licence publique¹⁸⁴³ et la fondation de l'*Institute for Legal Questions on Free and Open Source Software* (ifrOSS) à Munich en 2000¹⁸⁴⁴.

852. Plan. Ce chapitre va d'abord examiner les caractéristiques communes à toutes les licences publiques, pour démontrer qu'elle forment une catégorie relativement homogène

¹⁸³⁸ V. *supra* no. 763 et ss.

¹⁸³⁹ La dénomination que nous utilisons est peu répandue en français, mais elle n'a rien de révolutionnaire, au contraire — la première licence de ce type s'appelle GPL (*General Public License*) ; les licences *Creative Commons* aussi emploient cette dénomination (par ex. l'intitulé complet de la licence CC BY 4.0 est « *Creative Commons Attribution 4.0 International Public License* »).

¹⁸⁴⁰ C. CARON, Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, *Dalloz* 2003, p. 1556.

¹⁸⁴¹ V. *infra* no. 916 ; sur la question v. aussi M. CLÉMENT-FONTAINE, Les licences Creative Commons chez les Gaulois, *RLDI* no. 1 (janvier 2005), p. 33.

¹⁸⁴² V. en droit privé : CA Paris, 14 oct. 2008, *Educaffix c/ CNRS et autres*, N° 07/08043 ; CA Paris, 16 sept. 2009, Pôle 5, ch. 10, no.04/24298, *RLDI* 2009, no. 54, art. 1781, obs. S. Rambaud ; en droit public : TA Lille, 29 décembre 2010, n° 1007450 ; CE, 30 sept. 2011, no. 350431.

¹⁸⁴³ T. HOEREN, Zur Wirksamkeit einer GPL-Lizenz, *Computer und Recht* 2004, pp. 774-778.

¹⁸⁴⁴ <http://www.ifross.org>

(section 1). Ensuite, nous allons présenter le contenu des différentes licences publiques (section 2). Pour finir, nous allons brièvement soulever quelques questions pratiques relatives à l'emploi de ces licences (section 3).

Section 1 : L'unité des licences publiques

Section 2 : La pluralité des licences publiques

Section 1 : L'unité des licences publiques

853. Introduction. Malgré les différences permettant de distinguer plusieurs types de licences publiques, elles sont toutes de même nature (§ 1). Ainsi, il est possible d'évaluer leur validité de manière générale (§ 2).

§ 1. La nature des licences publiques

854. Plan. Nous allons démontrer, car la question suscite toujours des doutes, que les licences publiques sont des contrats de licence spécifiques (A). Elles doivent aussi être qualifiées de contrats internationaux (B).

A. Les licences publiques en tant que contrats de licence spécifiques

855. Plan. Il convient de démontrer que les licences publiques sont des contrats (1) de licence (2).

1. Les licences publiques en tant que contrats

856. Contrat ou licence? Dans la discussion internationale sur les licences publiques on peut entendre parfois que les licences ne sont pas des contrats. Telle est notamment la posi-

tion de Lawrence Lessig, l'un des fondateurs de *Creative Commons*¹⁸⁴⁵. Pour lui, les licences sont régies uniquement par les règles du droit d'auteur, tandis que les contrats doivent respecter des conditions imposées par le droit des contrats. La distinction est donc importante dans la tradition de *common law*, qui exige la *consideration* (une contrepartie ou une obligation réciproque¹⁸⁴⁶) pour la formation d'un contrat, sans qu'une telle condition soit imposée pour une licence. La plupart des licences publiques¹⁸⁴⁷ étant dépourvues d'élément de *consideration*, leur validité en tant que contrats serait menacée. De surcroît, puisqu'aux États-Unis le *copyright* est régi par la loi fédérale, tandis que le droit des contrats relève de la compétence des États, le rejet de la qualification contractuelle pourrait permettre la plus grande uniformité dans l'interprétation des licences publiques¹⁸⁴⁸. Toutefois, même dans la doctrine étasunienne, certains auteurs avancent que le statut de contrat est en réalité plus bénéfique pour les licences publics, car il permet d'éviter des « zones d'ombre » que les règles du droit d'auteur, contrairement au droit des contrats, ne sauraient éclairer¹⁸⁴⁹. Dans les pays de tradition romano-germanique, où la *consideration* n'est pas requise pour qu'un contrat soit valablement formé, la distinction perd son intérêt¹⁸⁵⁰. En effet, tant en France qu'en Allemagne, on s'accorde de manière quasi-unanime sur le fait que les licences sont des contrats.

857. Contrat ou acte unilatéral? Néanmoins, il faut remarquer qu'une licence est typiquement un contrat synallagmatique (par lequel le titulaire des droits autorise certains actes en échange d'une rémunération¹⁸⁵¹), tandis qu'il pourrait sembler que dans le cas d'une licence publique le licencié n'est tenu d'aucune obligation. Si l'on y ajoute le fait que tout un chacun peut profiter des autorisations données dans une licence publique, cela permet à cer-

¹⁸⁴⁵ Par ex. L. LESSIG, Re-creating a Public Domain, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 18 (2006), no. 3, art. 4 : « *The second layer is a copyright license, which enforces the freedoms associated with the content. This license is not a contract, or at least, it does not rely upon contracting principles for it to be enforceable* ».

¹⁸⁴⁶ Sur la notion v. notamment : H. E. WILLIS, Consideration in the Anglo-American Law of Contracts, *Indiana Law Journal* vol. 8 (1932), no. 2, article 1.

¹⁸⁴⁷ À l'exclusion peut-être de celles contenant des conditions de type copyleft (SA) — en ce sens v. L. E. ROSEN, *Open Source Licensing : Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall 2004, p. 105 ; aussi, dans les licences CC 4.0 l'obligation BY est formulée de manière qui permet d'y voir une *consideration*.

¹⁸⁴⁸ En ce sens, v. P. JONES, The GPL is a License, Not a Contract, *Linux Weekly News*, publié le 3 déc. 2003 sur : <http://www.lwn.net/Articles/61292>, consulté le 13 décembre 2017.

¹⁸⁴⁹ L. E. ROSEN, *Open Source...*, précité, pp. 53-57.

¹⁸⁵⁰ V. en ce sens, A. GUADAMUZ-GONZALEZ, The License/Contract Dichotomy in Open Licenses : a Comparative Analysis, *University of La Verne Law Review*, vol. 30 (2009), no. 2, pp. 296-311.

¹⁸⁵¹ V. *infra* no. 882.

tains d'imaginer les licences publiques comme des actes unilatéraux par lesquels l'auteur renonce à une partie de ses droits¹⁸⁵². Nous comprenons ce point de vue, mais il n'est pas le nôtre ; à notre sens, l'hypothèse contractuelle est plus opportune. Telle semble aussi être la position de la jurisprudence¹⁸⁵³. En effet — si l'on se rappelle le sens du mot « *licence* » (*licentia*, qui signifie « *permission* » en latin) — une permission suppose l'existence d'un destinataire, et donc la qualification contractuelle, même s'il s'agit d'un contrat unilatéral.

2. La spécificité des licences publiques par rapport aux licences traditionnelles

858. Plan. Ayant établi que les licences publiques sont des contrats, il convient de les caractériser. Il s'agit donc de contrats de licence (a) qui présentent une particularité importante (b).

a. La définition de contrat de licence

859. Contrat de licence oublié par la loi française, mais essentiel en droit allemand. Le droit d'auteur français n'a pas prévu le contrat de licence — le premier livre du CPI reconnaît plusieurs types de contrats d'auteur (par exemple le contrat d'édition¹⁸⁵⁴, de production audiovisuelle¹⁸⁵⁵, de commande pour la publicité¹⁸⁵⁶...), il contient aussi des dispositions générales applicables à toutes les cessions de droits d'auteur, mais il ne reconnaît pas la licence. Pourtant, la différence est fondamentale : la licence est à la cession ce que le bail est à la vente. L'absence des licences de droit d'auteur dans le CPI est d'autant plus étonnante que les licences sont prévues dans les dispositions concernant les brevets¹⁸⁵⁷, les dessins et mod-

¹⁸⁵² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10ème éd., PUF 2017, no. 532, p. 573 : « *On est aussi proche des engagements unilatéraux de volonté, lorsque l'auteur communique spontanément ses oeuvres et accepte qu'elles soient recopiées, utilisées, améliorées, etc.* » ; ici, l'auteur ajoute en note de bas de page (no. 1, p. 573) : « *Souvent, faute de cocontractants identifiés il n'y aura même pas contrat* » ; cf. *supra* no. 708 sur la CC0.

¹⁸⁵³ V. *infra* spéc. no. 892.

¹⁸⁵⁴ Les art. L. 132-1 à L. 132-17-8 du CPI.

¹⁸⁵⁵ Les art. L. 132-23 à L. 132-30 du CPI.

¹⁸⁵⁶ L'art. L. 132-31 du CPI.

¹⁸⁵⁷ L'art. L. 613-8 du CPI.

èles¹⁸⁵⁸, les marques¹⁸⁵⁹ ou encore le droit *sui generis* des producteurs de bases de données¹⁸⁶⁰. La pratique admet tout de même l'existence de ce type de contrats en matière de droit d'auteur en France¹⁸⁶¹. En droit allemand, la situation est complètement différente. Puisque le droit d'auteur est, selon l'article 29 de la UrhG, inaliénable, les contrats de cession de droits ne sont pas juridiquement possibles. L'auteur ne peut pas céder ses droits, il peut seulement autoriser des actes relevant de son monopole (en conférant à autrui des droits d'usage ou d'exploitation — *Nutzungsrechte*) par le biais d'un contrat de licence (*Lizenzvertrag*)¹⁸⁶². La licence est donc un contrat essentiel en droit d'auteur allemand ; elle est soumise à un régime spécifique¹⁸⁶³.

860. Définition doctrinale en droit français. Dans son ouvrage consacré à la licence de droit d'auteur, M. Boisson propose de la définir par analogie à la définition de contrat de louage des choses¹⁸⁶⁴ : « *la licence de droit d'auteur est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une oeuvre de l'esprit pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* »¹⁸⁶⁵. Cette définition se réfère à une licence « *traditionnelle* », qui est un contrat synallagmatique, mais elle ne permet pas d'accueillir dans son périmètre les licences publiques. En effet, pour M. Boisson les licences publiques devraient être qualifiées de contrats *sui generis*¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁵⁸ L'art. L. 513-3 du CPI.

¹⁸⁵⁹ L'art. L. 714-7 du CPI.

¹⁸⁶⁰ L'art. L. 342-1 du CPI.

¹⁸⁶¹ V. sur l'ensemble de la question A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis 2013.

¹⁸⁶² Le contrat de licence (*Lizenzvertrag*) est défini comme « *ein Vertrag durch den der Inhaber eines Immaterialgüterrecht (...) ein Nutzungsrecht daran ganz oder zum Teil einem Dritten einräumt* » (C. CREIFELDS *Rechtswörterbuch*, 22 éd., C. H. Beck 2017).

¹⁸⁶³ Les articles 31 et suivants de la UrhG — v. *infra* no. 910.

¹⁸⁶⁴ Art. 1709 du Code Civil.

¹⁸⁶⁵ A. BOISSON, *précité*, no. 768, p. 686.

¹⁸⁶⁶ *Idem*, no. 159, p. 175.

b. Les particularités des licences publiques

861. Plan. Les licences publiques se distinguent d'un côté par leur caractéristiques (ii) et d'un autre côté par leur formation atypique (i). « *Licence publique* » est donc l'hyperonyme de « *licence libre* » (iii).

i) Formation atypique de contrat de licence publique

862. Offre *ad incertis personas* et acceptation tacite. La mise à disposition (normalement sous forme numérique, mais pas forcément) d'une oeuvre assortie d'une licence publique constitue une offre destinée à des personnes indéterminées (*ad incertis personas*)¹⁸⁶⁷. Cette offre est ensuite tacitement acceptée par l'utilisateur qui accomplit un acte autorisé par la licence. Le contrat de licence est ainsi formé entre le titulaire des droits (le donneur de licence) et l'utilisateur (le licencié). Nous analysons la validité de ce mécanisme en droit français et allemand *infra*¹⁸⁶⁸. Ici, nous nous bornons à remarquer que le processus de formation d'un contrat de licence publique est essentiellement similaire à celui qui caractérise la licence *shrink-wrap* (dénommée en français « *licence sous plastique* »¹⁸⁶⁹), bien connue dans l'industrie du logiciel, où le consentement de l'utilisateur est censé s'exprimer par le fait de déchirer l'emballage plastique du logiciel ou le fait de l'installer.

863. Contrat d'adhésion. Par conséquent, les licences publiques sont obligatoirement des contrats d'adhésion¹⁸⁷⁰.

ii) Les caractéristiques des licences publiques

864. Licence non-exclusive. Une licence est exclusive quand le licencié (appelé « *licencié exclusif* ») est le seul autorisé à jouir de l'oeuvre et que les autres sont exclus de cette jouissance. *A contrario*, elle est non-exclusive quand la jouissance de l'oeuvre n'est pas ex-

¹⁸⁶⁷ Ceci explique l'expression allemande *Jedermann-lizenz* (« *licence de tout un chacun* »).

¹⁸⁶⁸ No. 885 et ss., 892.

¹⁸⁶⁹ V. déjà : M. VIVANT, Le contrat dit de « *shrink-wrap license* », *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, supplément au no. 8 (novembre 1989), pp. 3 et ss. ; C. GIROT, La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé, RIDT no. 1 (1998), pp. 7 et ss.

¹⁸⁷⁰ V. *infra* no. 889 et ss., 894.

clusive. Le caractère non-exclusif des licences publiques est une conséquence pratique de leur processus de formation.

865. Licence gratuite et pour toute la durée du monopole. Les licences publiques, du moins celles qui nous intéressent dans cette étude, sont accordées à titre gratuit et pour toute la durée des droits. Il est vrai que la gratuité et la durée maximale ne sont peut-être pas des *essentialia negotii* d'un contrat de licence publique, mais nous ne connaissons pas d'exemples de licences publiques payantes et d'une durée plus courte. De surcroît, ces licences ne pourraient pas efficacement placer l'oeuvre dans les communs du savoir — elles ne feront donc pas l'objet de notre étude.

866. Tentative de définition. Dans notre étude, par une licence publique nous allons entendre un contrat par lequel le donneur de licence s'oblige à faire jouir le licencié d'une oeuvre de l'esprit (ou d'un autre bien protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique) de manière non-exclusive, pendant toute la durée des droits exclusifs et à titre gratuit. Le licencié s'oblige, le cas échéant, à respecter les conditions imposées par le donneur de licence. Ce contrat est formé par l'acceptation tacite d'une offre destinée à des personnes indéterminées.

iii) Licence publique ou licence libre?

867. Liberté selon la *Open Definition*. Il est important de distinguer les licences publiques et les licences libres. Selon la Définition du savoir libre¹⁸⁷¹, une licence est libre si elle permet l'accès, l'utilisation, la modification et le partage des contenus par tout usager et à toutes les finalités, sans soumettre l'utilisation à d'autres conditions que celles visant la préservation de la paternité des contenus et leur caractère ouvert. Cette définition admet donc seulement deux sortes de restrictions : celle de type BY (*attribution*) et celle de type SA (*partage à l'identique*). Il est vrai que toutes les licences certifiées par la *Free Software Foundation* et l'*Open Source Initiative* satisfont à ces critères (ainsi : toutes les licences FOSS sont des licences libres), mais seulement certaines licences *Creative Commons* le sont (plus précisément, deux des six, à savoir : CC BY et CC BY-SA). Ainsi, la plupart de licences *Creative*

¹⁸⁷¹ *Open Definition* — v. *supra* no. 821.

Commons (celles contenant des conditions NC et ND) ne sont pas des licences libres selon l'*Open Definition*. Ceci n'empêche pas de les qualifier de licences publiques.

868. Liberté selon Mme Clément-Fontaine. La définition de licence libre proposée dans la doctrine française par Mme Clément-Fontaine¹⁸⁷², la plus importante auteure francophone dans le domaine, semble s'être inspirée de l'*Open Définition*, en y apportant toutefois une précision importante. Pour elle, seules sont libres les licences *copyleft*¹⁸⁷³ (donc contenant une restriction de type SA). Ainsi, seules certaines licences FOSS sont libres (parmi les plus connues seule la licence GPL et ses dérivés) ; de même, seulement une licence *Creative Commons* (CC BY-SA) est libre.

869. Intérêt de la distinction entre les licences libres et les licences publiques. Force est de constater que toutes les licences FOSS et toutes les licences *Creative Commons* ont un point commun — elle sont des licences publiques selon notre définition. Parmi les licences publiques, certaines (celles contenant des conditions de types BY et SA) sont des licences libres, d'autres (contenant des conditions de type ND), selon l'appellation proposée par Mme Clément-Fontaine, sont des licences de libre copie¹⁸⁷⁴, d'autres encore (contenant des conditions de type NC) n'auront rien de liberté, sans pour autant perdre leur caractère public. « *Licence publique* » entretient donc avec « *licence libre* » une relation sémantique — celle d'hyponymie. Autrement dit, « *licence publique* » est un terme plus général, qui englobe « *licence libre* » et « *licence de libre copie* », mais ne se limite pas à ces deux catégories.

¹⁸⁷² M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'Oeuvre libre*, Larcier 2014 : « *L'oeuvre libre est (...) une oeuvre évolutive à pluralité d'auteurs, car il est possible de la copier, modifier, diffuser et procéder à des actes commerciaux associés sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés* » (no. 324, p. 194-195) ; par conséquent, les licences libres sont « *les licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'oeuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés, tant à l'égard de l'oeuvre originelle que de ses dérivés* » (no. 213, p. 141).

¹⁸⁷³ Donc précisément celles qui ne permettent pas à l'utilisateur de réduire la liberté à l'égard de l'oeuvre dérivée — v. *supra* no. 774 et *infra* no. 937 et ss.

¹⁸⁷⁴ M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre*, *précité*, no. 47, p. 42.

B. Les licences publiques en tant que contrats internationaux

870. Introduction. Destinées à l'utilisation dans l'environnement numérique, les licences publiques ont une vocation internationale. Or à quelques exceptions près, les licences publiques ne comportent pas de clause *electio iuris*, ni le choix du for. Cela peut paraître étonnant au vu de leur vocation internationale, mais en réalité c'est grâce à cette absence de choix que ces instruments ont pu s'internationaliser¹⁸⁷⁵. À défaut du choix des parties, ce seront donc les règles du droit international privé qui vont déterminer le juge compétent (2) et la loi applicable (1).

1. La loi applicable

871. La loi du fond en matière contractuelle. Le Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I), applicable aux conflits de lois en matière contractuelle, désigne comme applicable « *la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »¹⁸⁷⁶. Dans le contexte des licences publiques, cette partie est le donneur de licence¹⁸⁷⁷ ; c'est donc la loi du pays de sa résidence habituelle qui sera applicable aux questions relatives à l'interprétation du contrat et à l'exécution des obligations qui en découlent, ainsi qu'aux conséquences de sa nullité¹⁸⁷⁸.

872. La loi de la forme. La question de la loi applicable à la forme du contrat se distingue de celui du fond. Elle est pourtant particulièrement intéressante du point de vue de notre étude, car s'agissant des contrats d'auteur, des lois nationales¹⁸⁷⁹ varient quant aux conditions de forme qu'elle posent aux contrats d'auteur. Or les règles européennes applicables en la matière sont très souples. En effet, l'article 11 du Règlement Rome I, régissant la valid-

¹⁸⁷⁵ On remarque que le passage (en février 2007) de la version 2.5 à la version 3.0 des licences Creative Commons a été marqué par l'internationalisation de la terminologie employée, qui dorénavant est emprunté des conventions internationales en matière du droit d'auteur et non pas du *copyright* étasunien ; cf. M. DULONG DE ROSNAY, *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions*, Institute for Information Law, University of Amsterdam 2010.

¹⁸⁷⁶ Art. 4(2).

¹⁸⁷⁷ En ce sens, v. M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre, précité*, no. 84, pp. 63-64.

¹⁸⁷⁸ Art. 12 du Règlement Rome I.

¹⁸⁷⁹ Comme nous allons le voir *infra* no. 899 et ss., 910.

ité formelle des contrats, dispose dans son deuxième paragraphe qu'un contrat « *conclu entre des personnes (...) qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond (...) ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties (...) au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là* ». Il suffit donc que le contrat remplisse les conditions de forme imposées par l'une des lois ainsi désignées.

873. *Lex loci protectionis* en matière de contrefaçon. On remarque toutefois que la question de la loi applicable est encore plus complexe. Comme nous allons le voir, de nombreuses licences publiques contiennent une clause selon laquelle tout manquement aux termes de la licence par le licencié entraîne sa résiliation automatique. Si toutefois l'ex-licencié continue à utiliser l'oeuvre, il pourra être attaqué en contrefaçon par le titulaire des droits. Cette action en contrefaçon ne relevant plus du domaine contractuel, le Règlement Rome I ne saurait plus s'appliquer et la question de la loi applicable se pose à nouveau. En matière de conflit des lois en droit d'auteur, la règle générale est posée par l'article 5(2) de la Convention de Berne. Selon ce texte, « *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* ». Cette même règle se retrouve aussi dans l'article 8 du Règlement Rome II¹⁸⁸⁰, dont le premier paragraphe dispose que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* ». Il s'agit donc de la *lex loci protectionis* (*Schutzlandprinzip* en allemand) qui est — selon l'interprétation dominante — la loi du pays dans lequel a été commise la contrefaçon (*lex loci delicti*)¹⁸⁸¹ et non pas la loi du juge saisi (*lex fori*)¹⁸⁸². Il semble donc *a priori* que la loi ainsi désignée sera le plus souvent celle du pays où le licencié (ou plutôt ex-licencié) a sa résidence habituelle.

¹⁸⁸⁰ Règlement (CE) no. 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

¹⁸⁸¹ J. PASSA, Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur internet, RLDI no. 63 (août-septembre 2010), pp. 23 et ss. ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, no. 1369 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 81, p. 98 ; v. aussi en matière des droits voisins : T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005.

¹⁸⁸² Pour la critique de cette interprétation, v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, no. 1369, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, no. 81, pp. 97-98.

874. La mise en oeuvre difficile dans l'environnement numérique. Bien évidemment, la règle qui fait référence à un territoire où un acte a été commis s'applique difficilement à l'Internet, un environnement sans frontières. Sans vouloir nous lancer dans une analyse détaillée de la question¹⁸⁸³, on remarque tout de même une tendance tant dans la jurisprudence française¹⁸⁸⁴ qu'allemande¹⁸⁸⁵ à appliquer la méthode de « focalisation »¹⁸⁸⁶, consistant en la mise en avant d'un faisceau d'indices pour caractériser un « *lien de rattachement substantiel* »¹⁸⁸⁷ avec un pays (par exemple la langue dans laquelle les contenus litigieux sont rédigés, l'adresse URL du site, le public ciblé, le lieu d'établissement de l'hébergeur...). La solution est relativement limpide et elle peut en effet être commode pour le juge saisi, car il lui est plus facile d'appliquer la loi du for. Or elle est loin de lever tous les doutes, car son application risque de désigner la loi de plusieurs pays, tous aussi concernés par l'acte de contrefaçon. Ainsi, force est de constater que la réponse à la question de la loi applicable en matière de contrefaçon en ligne n'est toujours pas définitive. Dans le contexte d'une contrefaçon résultant d'un manquement aux termes d'une licence publique, il nous semble que la méthode de focalisation est susceptible de conduire à l'application de la loi du pays de résidence du titulaire des droits (ex-donneur de licence), mais elle peut également désigner la loi du pays de résidence de l'ex-licencié.

2. Le juge compétent

875. Règle générale : le domicile du défendeur. *Actor sequitur forum rei* est la règle fondamentale et quasi-universelle en matière de compétence juridictionnelle. Selon l'adage,

¹⁸⁸³ Pour cela, v. J. PASSA, Compétence juridictionnelle..., *précité* ; T. AZZI, Contrefaçon en ligne et droit international privé [in :] M. VIVANT [dir.], *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2ème éd. 2015, comm. 14, pp. 196 et ss.

¹⁸⁸⁴ V. notamment Cass. 1re civ., 12 juill. 2012 (*Google Inc. et Google France c/ aufeminin.com*), no. 11-15.188, Bull. civ. I, no. 162 ; D. 2012, 1879, obs. C. Manara, 2071, concl. C. Petit ; 2075, note C. Castets-Renard, 2339, obs. L. d'Avout, 2348, obs. Tréfigny et 2850, obs. P. Sirinelli ; JCP 2012, 1007, note J.-M. Bruguière ; Propr. intell. 2012, 416 et 420, obs. A. Lucas ; CCE 2012, comm. 91, note C. Caron ; RLDI, oct. 2012, no. 86, 2866, note Ch. Gateau et Ch. Coslin ; RTD com. 2012, 780, obs. F. Pollaud-Dulian ; JDI 2013, 147, note T. Azzi.

¹⁸⁸⁵ V. par ex. BGH, 29 avr. 2010, I ZR 69/08, (*Vorschaubilder*), *précité*.

¹⁸⁸⁶ V. CACHARD, Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de focalisation, RLDI supplément au no. 63 (août-septembre 2010), pp. 15 et ss ; cf. R. MATULIONYTE, Enforcing Copyright Infringements Online : In Search of Balanced Private International Law Rules, JIPITEC, vol. 6 (2015), no. 2.

¹⁸⁸⁷ Cass. 1ère Civ, 12 juillet 2012 (*Google Inc. et Google France c/ aufeminin.com*), *précité*.

est compétent le juge du domicile (ou du siège social) du défendeur. Ce principe général est aussi, bien évidemment, reconnu dans le Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁸⁸⁸ (qui a remplacé le Règlement 44/2001 dit Bruxelles I) ainsi que dans la Convention de Lugano (révisée le 30 octobre 2007)¹⁸⁸⁹. Dans une situation typique, ce sera donc le juge du domicile du licencié qui sera compétent. On peut aussi imaginer un scénario dans lequel c'est ce dernier qui agit contre le donneur de licence¹⁸⁹⁰, auquel cas c'est le juge du domicile du donneur de licence qui sera compétent.

876. Règle spéciale en matière contractuelle : le lieu d'exécution de l'obligation.

Les deux textes évoqués ci-dessus posent une règle spéciale selon laquelle « *en matière contractuelle, [le défendeur peut être attiré] devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* »¹⁸⁹¹. En matière de licences publiques, cette règle désignera typiquement comme compétent le juge du domicile du licencié.

877. Règle spéciale en matière de contrefaçon : le lieu du fait dommageable.

En matière de contrefaçon, le juge compétent est celui du lieu du fait dommageable¹⁸⁹². Or la règle n'apporte qu'une réponse partielle — s'agit-il du lieu du fait générateur ou plutôt du lieu où le dommage est ressenti? La logique semble en effet indiquer cette dernière solution¹⁸⁹³ ; à défaut, un titulaire de droits d'auteur français pour agir contre un contrefacteur chinois devrait se rendre devant le juge chinois, ce qui est loin d'être raisonnable. Toutefois, l'application de cette règle à la contrefaçon sur Internet n'est pas facile — en effet, dans une telle hypothèse le dommage peut être ressenti sur tous les territoires dotés d'accès à ce réseau. La CJUE a pourtant confirmé que le seul critère d'accessibilité d'un site suffit pour établir la compétence de

¹⁸⁸⁸ Cf. son considérant 15.

¹⁸⁸⁹ La Convention de Lugano s'applique maintenant dans les relations entre les pays de l'Union Européenne et les pays de l'Association européenne de libre-échange (EFTA).

¹⁸⁹⁰ Cf. *infra* no. 946 sur la validité des clauses limitatives de responsabilité de celui-ci.

¹⁸⁹¹ L'art. 7, 1) du Règlement 1215/2012 ; l'art. 5.1 de la Convention de Lugano.

¹⁸⁹² L'art. 7(2) du Règlement 1215/2012, l'art. 5(3) de la nouvelle Convention de Lugano.

¹⁸⁹³ Cf. J. PASSA, *Compétence juridictionnelle...*, précité ; M. VIVANT, J.-M. BRUGIÈRE, *précités*, no. 101, p. 125 ; cf. CJCE 7 mars 1995, C-68/93 (*Fiona Shevill*), D. 1996, 61, note G. Parléani (en cas d'un délit complexe de diffamation).

juge¹⁸⁹⁴. Il semble ainsi que dans le contexte des licences publiques, après la résiliation de la licence résultant d'un manquement contractuel, le titulaire des droits pourra porter l'action en contrefaçon contre l'ex-licencié devant la juridiction de son choix, ce qui porte un risque de *forum shopping*...

878. Récapitulatif — manque de sécurité juridique. Force est de constater que l'application des règles du droit international privé aux licences publiques peut parfois produire des résultats étranges, surtout à cause de la double nature de ces contrats, qui ne permet pas toujours de délimiter clairement les actions en matière contractuelle de celles en contrefaçon. Par exemple, si une université de l'État de New York met un article à disposition sous une des licences *Creative Commons*, et qu'il est ensuite utilisé par un chercheur français, il semble que la loi new-yorkaise va régir la conclusion du contrat. Or si l'université estime que le chercheur a manqué à l'une des obligations découlant du contrat et que le contrat a été résilié, elle pourra agir contre lui en contrefaçon. Quelle est la loi applicable pour évaluer l'existence d'un tel manquement? La loi new-yorkaise applicable en matière contractuelle ou la loi française applicable en matière de droit d'auteur (en tant que *lex loci protections*)? Faut-il peut-être distinguer les aspects de la licence qui relèvent du droit des contrats (la clause SA?) et ceux qui relèvent du droit d'auteur (la clause ND?)? La question est d'autant plus brûlante que les licences *Creative Commons* ne s'appliquent pas aux usages couverts par les exceptions légales¹⁸⁹⁵... mais prévues par quelle loi? La logique indiquerait la loi de la résidence du licencié (donc la loi française dans notre exemple), mais n'est-ce pas une question relative à l'exécution du contrat (ce qui indique la loi new-yorkaise?). Si la contrefaçon alléguée a été commise sur un site internet, la seule accessibilité du site semble suffire pour établir la compétence du juge. L'université new-yorkaise pourrait donc *a priori* porter son action en contrefaçon devant le juge de Moscou, ou une autre juridiction de son choix, ou le juge pourra à son tour appliquer la théorie de focalisation pour désigner comme applicable la loi du *for*... La situation de notre chercheur français manque donc drôlement de sécurité juridique. Il serait fortement préférable d'appliquer — sauf peut-être pour les questions relatives à la formation

¹⁸⁹⁴ CJUE 22 janv. 2015, C-441/13, (*PezHejduk*), JCP 2015, 421, note M. Attal, Propr. intell. 2015, no. 56, p. 300, obs. A. Lucas.

¹⁸⁹⁵ V. *infra* no. 931.

du contrat — la *lex loci protectionis*, donc la loi du domicile du licencié (si ça au moins est sûr...) à l'ensemble des questions découlant de l'exécution d'une licence publique.

§ 2. La validité des licences publiques

879. Nécessité économique. Il faut se rendre à l'évidence : la reconnaissance de la validité des licences publiques est dans le monde d'aujourd'hui une nécessité économique. Il serait extrêmement nuisible pour les industries de l'innovation, mais aussi pour la culture d'un pays, si les tribunaux de ce pays ne reconnaissaient pas la validité des licences publiques. En effet, cela limiterait la possibilité pour les ressortissants d'un tel pays de bénéficier des communs immatériels, et d'y laisser leur empreinte.

880. Plan. Il convient d'analyser la validité des licences publiques au regard du droit de contrats (A), du droit d'auteur (B) et des règles concernant l'emploi des langues nationales (C).

A. Au regard du droit des contrats

881. Plan. Nous allons analyser la question séparément pour le droit français (1) et pour le droit allemand (2).

1. La validité des licences publiques au regard du droit français des contrats

882. Qualification de licences publiques. Les licences publiques sont des contrats d'adhésion¹⁸⁹⁶. Elles peuvent aussi être qualifiées de contrats à exécution successive¹⁸⁹⁷, à

¹⁸⁹⁶ V. *infra* no. 889 et ss.

¹⁸⁹⁷ V. l'art. 1111-1 du Code civil : « *Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* ». En effet, le donneur de licence s'oblige à tolérer certaines utilisations de son oeuvre pendant toute la durée des droits exclusifs.

titre gratuit (car elles sont proposées dans une intention libérale)¹⁸⁹⁸ et — du moins dans la plupart de cas¹⁸⁹⁹ — synallagmatiques¹⁹⁰⁰ : le donneur de licence s'oblige à « tolérer » certaines actions permises par la licence et le licencié s'oblige à respecter les conditions de la licence (comme par exemple une clause de type SA, ou même certaines obligations découlant des clauses de type BY qui dépassent la simple reconnaissance de la paternité de l'oeuvre¹⁹⁰¹). En ce sens, les licences publiques s'apparentent à une donation avec charge, qui peut être à la fois synallagmatique et à titre onéreux¹⁹⁰².

883. Plan. Nous nous pencherons dans un premier temps sur la formation du contrat (a), puis sur sa durée (b). Pour finir, nous analyserons les particularités découlant du statut de contrat d'adhésion (c).

a. Formation du contrat de licence publique

884. Conditions de formation. L'article 1128 du Code civil énonce trois conditions de formation du contrat : « 1° *Le consentement des parties* ; 2° *Leur capacité de contracter* ; 3° *Un contenu licite et certain* ». Si dans notre analyse nous prenons la capacité de contracter des parties pour acquise, deux éléments restent à envisager : la licéité du contenu du contrat (qui va s'apprécier surtout au regard du droit d'auteur¹⁹⁰³) ainsi que la rencontre des volontés des parties. Celle-ci est réalisée par l'acceptation d'une offre de contracter¹⁹⁰⁴.

¹⁸⁹⁸ V. l'art. 1107 al. 2 du Code civil : « *[Le contrat] est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ».

¹⁸⁹⁹ À notre sens, parmi les licences populaires, seule les licences permissives de type BSD peuvent être interprétées comme des contrats unilatéraux.

¹⁹⁰⁰ V. l'art. 1106 al. 1 du Code civil : « *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ».

¹⁹⁰¹ V. *infra* no. 936.

¹⁹⁰² Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Economica 2016, p. 153, no. 181 : « *S'il n'est pas possible de procéder à une évaluation économique de la charge qui pèse sur le donataire (par exemple, lorsque la charge consiste en une clause d'inaliénabilité, ou encore à jouir d'un bien de telle façon et non pas de telle autre), la qualification de contrat à titre gratuit (...) ne paraît pas douteuse. Il est, en effet, impossible de qualifier l'acte de contrat à titre onéreux, en raison de ce que l'existence de la contrepartie ne diminue en rien l'intention libérale du disposant (...). Dans une telle situation, il paraît possible de considérer qu'il y a contrat synallagmatique à titre gratuit* ».

¹⁹⁰³ V. *infra* no. 897 et ss.

¹⁹⁰⁴ L'art. 1113 du Code civil.

885. Offre. L'offre de contracter (appelée aussi *pollicitation*) est une « *manifestation de volonté ayant pour l'objet la proposition de conclure un contrat à des conditions qui sont précisées par l'offrant* »¹⁹⁰⁵. L'offre a forcément un destinataire (une personne dont l'acceptation marquera la rencontre des volontés), mais elle peut s'adresser à des personnes déterminées ainsi qu'indéterminées¹⁹⁰⁶. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit d'une « *offre au public* ». En effet, la mise à disposition d'une oeuvre sous une licence publique constitue une offre au public de conclure un contrat de licence. Il s'agit, de surcroît, d'une offre expresse (donc pas susceptible d'interprétation)¹⁹⁰⁷ et ferme. Le contenu du contrat proposé est précis, car son texte intégral est attaché à l'oeuvre dans un fichier *licence.txt* (comme le veut la pratique relative aux logiciels) ou par le biais d'un lien hypertexte (dans le cas de licences *Creative Commons*). Il ne peut donc nullement s'agir d'une simple invitation à négocier ; au contraire, le contrat ainsi conclu est forcément un contrat d'adhésion¹⁹⁰⁸.

886. La révocabilité de l'offre. Promesse unilatérale? En droit français, l'offre est en principe révocable¹⁹⁰⁹. S'agissant d'une offre à des destinataires indéterminés, elle peut être rétractée après l'expiration du délai fixé par l'offrant ou, à défaut, d'un délai raisonnable¹⁹¹⁰. Or il est en pratique difficile de s'imaginer comment une offre de conclure un contrat de licence publique peut être révoquée. En effet, il suffit qu'elle soit acceptée par une personne pour que celle-ci acquière une licence irrévocable¹⁹¹¹ de reproduire et de communiquer au public l'oeuvre faisant l'objet de la licence. Cela signifie que la prolifération (pour utiliser la terminologie de la GPL) de l'oeuvre ne pourra plus être arrêtée et que *de facto* l'ef-

¹⁹⁰⁵ Ch. LARROUMET, S. BROS, *précités*, no. 238, p. 211 ; cf. l'art. 1114 du Code civil : « *L'offre (...) comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (...)* ».

¹⁹⁰⁶ V. l'art. 1114 du Code civil.

¹⁹⁰⁷ Sur la distinction entre l'offre tacite et expresse v. Ch. LARROUMET, S. BROS, *précités*, no. 244, p. 216-217.

¹⁹⁰⁸ V. *infra* no. 889 et ss.

¹⁹⁰⁹ Art. 1115 et 1116 du Code civil.

¹⁹¹⁰ Art. 1116 du Code civil.

¹⁹¹¹ Cf. section 2(a) du texte de tous les licences Creative Commons 4.0 (v. *infra* no. 928), par. 2 de la licence GPL 3.0 etc. ; certes, il faut distinguer l'irrévocabilité de l'offre de contracter et l'irrévocabilité du contrat lui-même.

fet de la révocation de l'offre sera limité¹⁹¹². Certes, les licences publiques ne sont en principe pas transférables, ce qui a pour conséquence que chaque nouvel utilisateur conclut le contrat de licence directement avec le donneur de licence initial (le plus souvent l'auteur lui-même). Théoriquement, la rétractation de l'offre permet donc d'interrompre cette chaîne et de ne pas accorder la licence à de nouveaux utilisateurs, sans pour autant résilier les contrats déjà conclus. Cependant en pratique les utilisateurs n'entrent jamais en contact avec le donneur de licence initial — ils se bornent, tout en respectant les exigences de bonne foi, à utiliser l'oeuvre qui leur a été communiquée (souvent par un autre licencié dont la licence est déjà conclue et irrévocable) et respecter les conditions de la licence sur laquelle elle est diffusée. Ainsi, la révocation de l'offre, bien que possible en théorie, sera dépourvue de conséquences pratiques. On peut songer à deux solutions à ce problème. Soit, puisque le délai de révocation de l'offre n'est pas fixé, on admet que le « *délai raisonnable* » prévu par l'article 1116 du Code civil correspond à la durée des droits patrimoniaux (soixante-dix ans après la mort de l'auteur), soit on tente d'interpréter la mise à disposition d'une oeuvre sous une licence publique non pas comme une offre, mais comme une promesse unilatérale de contrat. La promesse unilatérale de contrat¹⁹¹³ est un contrat par lequel le promettant accorde au bénéficiaire le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat définitif, pour la formation duquel il ne manque que son consentement¹⁹¹⁴. Contrairement à la rétractation de l'offre de contracter, la révocation d'une promesse unilatérale de contrat, bien que possible, n'empêche pas la conclusion du contrat promis¹⁹¹⁵. Une telle analyse du mécanisme de conclusion des licences publiques peut donc paraître tentante, mais il ne faut pas oublier que la promesse est un contrat qui nécessite un accord préalable de volontés, ce qui à son tour présuppose l'existence d'un destinataire (bénéficiaire) déterminé. Autrement dit, une promesse unilatérale de contrat ne peut avoir des destinataires indéterminés (elle ne peut pas être faite « *au public* »), ce qui nous force à écarter

¹⁹¹² Cf. pour autant la section 6 des licences Creative Commons 4.0 : « *the Licensor may also offer the Licensed Material under separate terms or conditions or stop distributing the Licensed Material at any time ; however, doing so will not terminate this Public License* », à comparer avec la section 2, a, 5 : « *Every recipient of the Licensed Material automatically receives an offer from the Licensor to exercise the Licensed Rights under the terms and conditions of this Public License* ».

¹⁹¹³ Régie par l'article 1124 du Code civil.

¹⁹¹⁴ V. Ch. LARROUMET, S. BROS, *précités*, nos. 312 et ss., pp. 272 et ss.

¹⁹¹⁵ L'art. 1124 al. 2 du Code civil ; cf. Cass. com., 28 avril 1987, D. 1987, no. 122 ; JCP 1987, IV, 224.

cette qualification des licences publiques, qui sont par définition proposées *ad incertas personas*.

887. Acceptation tacite. L'acceptation est « *la manifestation [de volonté] du destinataire de l'offre en vertu de laquelle celui-ci consent à la conclusion du contrat* »¹⁹¹⁶. Le Code civil (dans son article 1113 alinéa 2) admet la possibilité non seulement d'une acceptation expresse, mais aussi tacite, c'est-à-dire induite du comportement de son auteur¹⁹¹⁷. Dans le contexte des licences publiques, le seul fait d'utiliser l'oeuvre d'une manière qui nécessite une autorisation du titulaire des droits constitue une acceptation¹⁹¹⁸. En ce sens, l'autorisation requise est donnée « *par avance* » et le contrat est accepté par l'exercice des actions autorisées *a priori*. *A contrario*, le contrat n'est pas conclu si l'oeuvre est utilisée d'une manière qui ne nécessite pas une autorisation (par exemple entrant dans le cadre des exceptions prévues par la loi), ou qui dépasse l'autorisation accordée dans la licence (par exemple la création d'une oeuvre dérivée à partir d'une oeuvre sous licence contenant une condition de type ND, qui constituerait un acte de contrefaçon).

b. La durée déterminée du contrat de licence publique

888. Limitation à la durée du monopole. Le nouvel article 1210 du Code civil consacre le principe de prohibition des engagements perpétuels. Il en résulte que « *[l]orsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment* »¹⁹¹⁹. Il est donc important de préciser que les licences publiques ne sont pas de contrats à durée indéterminée — leur durée correspond à la durée des droits exclusifs¹⁹²⁰ (sauf si une condition résolutoire¹⁹²¹ est remplie)¹⁹²². Ainsi, comme le précise l'article 1212, chaque partie

¹⁹¹⁶ Ch. LARROUMET, S. BROS, *précités*, no. 250, p. 221 ; cf. l'art. 1118 du Code civil : « *L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre* ».

¹⁹¹⁷ L'art. 1113 al. 2 du Code civil.

¹⁹¹⁸ Cf. par ex. le texte du préambule de toutes les licences Creative Commons 4.0 : « *By exercising the Licensed Rights (defined below), You accept and agree to be bound by the terms and conditions of this [License]* ».

¹⁹¹⁹ L'art. 1211 alinéa 1 du Code civil.

¹⁹²⁰ Cf. section 6 de toutes les licences Creative Commons 4.0, par. 2 de la licence GNU GPL 3.0.

¹⁹²¹ *Ibidem*.

¹⁹²² V. *infra* no. 945.

doit exécuter le contrat de licence publique jusqu'à son terme. De telles licences sont donc irrévocables, ce que leurs textes confirment parfois de manière expresse¹⁹²³.

c. Licences publiques en tant que contrats d'adhésion

889. Auteur au coeur du système. Nous remarquerons que le fait que les licences publiques sont nécessairement des contrats d'adhésion s'explique par le fait qu'une des parties (le titulaire des droits) se trouve en position de monopole, ce qui exclut toute négociation. Cela montre que dans l'univers des communs l'auteur est toujours au coeur du système, plus encore que dans l'univers de l'édition traditionnelle, où dans la plupart de cas c'est l'auteur qui doit adhérer aux contrats proposés par les éditeurs sans pouvoir les négocier. La logique du *open* ne contredit donc pas la logique du droit d'auteur (comme le craignait un auteur¹⁹²⁴), mais la renforce¹⁹²⁵.

890. Interprétation. Le contrat de licence publique est un contrat d'adhésion, défini par le deuxième alinéa de l'article 1110 du Code civil comme « *un contrat dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cette qualification entraîne quelques particularités, notamment liées à sa mise en oeuvre. En effet, depuis la réforme de 2016, l'article 1171 du Code civil affirme que « [d]ans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Dans le contexte des licences publiques, il peut sembler peu probable de rencontrer de telles clauses, au vu du fait qu'il s'agit d'un contrat à titre gratuit. Toutefois, une clause limitative de responsabilité du donneur de licence, incluse typiquement dans les licences publiques, peut être analysée comme abusive¹⁹²⁶, d'autant plus qu'une telle clause figure sur la liste des clauses noires dans les contrats de consommation¹⁹²⁷. Une autre règle d'interprétation des contrats d'adhésion se trouve dans le nouvel article 1190, qui dispose que « [d]ans le doute (...) le contrat d'adhésion [s'interprète] contre celui qui l'a

¹⁹²³ Cf. section 2(a)(1) des licences Creative Commons 4.0.

¹⁹²⁴ Notamment C. CARON, Les licences..., précité.

¹⁹²⁵ Certains y trouvent une raison pour critiquer les licences publiques, comme par ex. N. ELKIN-KOREN, Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit [in :] L. GUIBAULT, P. B. HUGENHOLTZ [dir.], The Future..., précité, pp. 325 et ss.

¹⁹²⁶ Sur ce point — v. *infra* no. 946.

¹⁹²⁷ L'art. R. 212-1, 6° du Code de la consommation.

proposé »¹⁹²⁸. La solution est d'autant plus intéressante qu'elle est en conflit avec la règle selon laquelle les contrats d'auteur doivent être interprétés *in favorem auctoris*¹⁹²⁹. Il nous semble qu'il est possible de concilier ces deux directives, en interprétant les clauses relatives à l'exercice du droit d'auteur (*License Grant*¹⁹³⁰) *in favorem auctoris* (donc strictement) et les clauses relatives aux autres aspects du contrat (et notamment les obligations contractuelles du licencié — *License Conditions*¹⁹³¹) — contre le donneur de licence et en faveur du licencié.

891. Conditions générales. Les licences publiques peuvent s'analyser comme des « *conditions générales* »¹⁹³², c'est-à-dire des conditions « *qui ont une vocation générale et abstraite, en ce qu'elles peuvent être reprises dans un nombre indéterminé de contrats (...)* »¹⁹³³. Après la réforme de 2016, un nouvel article 1119 du Code civil dispose dans son premier alinéa que « *[l]es conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* ». La solution est d'origine jurisprudentielle¹⁹³⁴. Les tribunaux ont longtemps admis que le destinataire de l'offre avait adhéré aux conditions générales « *dès lors qu'il avait apposé sa signature sous une mention imprimée précisant qu'il reconnaissait en avoir pris connaissance et les accepter* »¹⁹³⁵. Toutefois, la possibilité d'acceptation tacite de conditions générales peut susciter des doutes, ce qui est une menace pour la validité des licences publiques en droit français¹⁹³⁶. Cependant, nous rappelons que dans l'arrêt de 2008 la Cour d'appel de Paris a jugé que « *l'information claire et sans équivoque* [que le logiciel se trouvait

¹⁹²⁸ Avant la réforme effectuée par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'art. 1162 du Code civil invitait à l'interprétation en faveur du débiteur et contre le créancier, ce qui dans le contexte des licences publiques correspondait souvent à l'interprétation *in favorem auctoris*.

¹⁹²⁹ V. par ex. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *précités*, pour lesquels « *le principe d'interprétation in favorem auctoris peut être considéré comme un principe fondamental du droit d'auteur français, tout pétri qu'il est de sa volonté de protéger l'auteur* » (p. 671, no. 736).

¹⁹³⁰ Cf. section 2 des licences Creative Commons 4.0.

¹⁹³¹ Cf. section 3 des licences Creative Commons 4.0.

¹⁹³² V. *infra* no. 892 sur l'interprétation des licences publiques par les tribunaux allemands.

¹⁹³³ Ch. LARROUMET, S. BROS, *précités*, pp. 238 et s., no. 268.

¹⁹³⁴ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1991, Bull. civ. I, no 342 ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, Bull. civ. I, no 316.

¹⁹³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 1991, *précité*.

¹⁹³⁶ Cf. la mise en place de mécanismes de type « *click-wrap* », où la licence n'est pas acceptée tacitement, mais par un clic de souris (sur le bouton « j'accepte », « OK » ou sur une case correspondante). Un tel mécanisme peut théoriquement être utilisé dans le contexte des licences publiques, mais il ne l'est que très rarement ; son introduction a été postulée par DULONG DE ROSNAY, *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls...*, *précité*, spéc. p. 113.

sous licence GNU GPL] *permettait de délimiter, entre professionnels particulièrement avertis (...) le contenu (...) de la cession retenue* »¹⁹³⁷. En effet, il semble que la popularité de certaines licences publiques (comme la GNU GPL ou les licences *Creative Commons*) empêche, du moins dans les relations entre professionnels, d'invoquer leur inefficacité à partir du moment où l'information sur la licence a été proprement (selon les usages) attachée à l'oeuvre. Est-ce que la solution vaut aussi en dehors des relations entre professionnels et à l'égard de licences moins répandues (comme par exemple les licences *Open Data Commons*)? Rien n'est moins sûr...

2. La validité des licences publiques au regard du droit allemand des contrats

892. Offre et acceptation. Tout comme en droit français¹⁹³⁸, la formation d'un contrat en droit allemand nécessite (seulement) une rencontre d'offre (*Antrag*) et d'acceptation (*Annahme*). Contrairement au droit français¹⁹³⁹, l'offre en droit allemand est en principe irrévocable, mais elle expire si elle est expressément rejetée par son destinataire ou si elle n'est pas acceptée dans un délai spécifié par la loi¹⁹⁴⁰ ou défini par l'offrant dans son offre¹⁹⁴¹. L'article 147(2) du BGB précise qu'une offre faite à des absents (*einem Abwesenden gemachte Antrag*) doit être acceptée pendant la période durant laquelle l'offrant peut s'attendre à recevoir une réponse dans des circonstances ordinaires. Ainsi, selon nous, il est envisageable d'admettre que dans le contexte de licences publiques, ce délai correspond à la durée des droits exclusifs (d'ailleurs, la mort de l'offrant n'entraîne pas l'expiration de l'offre et donc n'empêche pas la conclusion du contrat¹⁹⁴²). Comme en droit français, l'acceptation peut être tacite : l'article

¹⁹³⁷ CA Paris, 14 oct. 2008, *Educaffix c/ CNRS et autres.*, N° 07/08043 (l'arrêt n'est pas répertorié dans la base legifrance, mais il est répertorié dans la base Dalloz ; il n'a, à notre connaissance, fait l'objet d'aucune note, ce qui est fort regrettable).

¹⁹³⁸ Avec quelques différences importantes tout de même, dont la plus notable est le contrat de vente : le transfert de propriété ne s'effectue pas *solo consensu*, mais nécessite un autre acte — la remise de la chose ; v. les art. 433 (sur le contrat de vente) et 929 (sur la remise d'une chose) du BGB.

¹⁹³⁹ V. *supra* no. 886.

¹⁹⁴⁰ L'art. 146 du BGB.

¹⁹⁴¹ L'art. 148 du BGB.

¹⁹⁴² L'art. 153 du BGB.

151 du BGB dispose que l'acceptation ne doit pas être communiquée à l'offrant si ceci est conforme à la pratique usuelle. Dans le contexte des licences publiques, il n'y a aucun doute que l'usage admet l'acceptation tacite. Ce mécanisme de formation d'un contrat de licence GNU GPL (la mise à disposition du logiciel constituant une offre, l'utilisation dudit logiciel étant son acceptation tacite conforme à l'article 151 du BGB) a été expressément confirmé par le tribunal de Francfort-sur-le-Main dans son jugement de 2006¹⁹⁴³.

893. Durée. Comme nous l'avons souligné *supra*¹⁹⁴⁴, les licences publiques ne sont pas des contrats à durée indéterminée, et donc elles ne sont pas affectées par l'article 314 BGB qui autorise les parties à des contrats à durée indéterminée à les résilier à tout moment pour une raison impérieuse (*aus wichtigem Grund*).

894. Conditions générales (AGB). En droit allemand, les licences publiques sont, selon une jurisprudence déjà bien établie¹⁹⁴⁵, interprétées comme des conditions générales de contrat [*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGB]. L'utilisation des AGB est strictement encadrée par les articles 305 et suivants du BGB. Selon le deuxième alinéa de l'article 305, les AGB n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à sa connaissance de manière raisonnable et acceptées. Dans le contexte des licences publiques, le tribunal de Munich¹⁹⁴⁶ a jugé que, au moins dans les relations entre professionnels, il suffit que les conditions de la licence soient affichées sur le site internet d'où le contenu peut être téléchargé. L'article 305c dispose que les clauses « *surprenantes ou ambiguës* » [*überraschende und mehrdeutige Klauseln*] dans les AGB sont réputées non-écrites, et que les AGB doivent être interprétées contre celui qui s'en sert (donc dans le contexte de notre analyse : contre le donneur de licence). Les articles 308 et 309 du BGB contiennent une liste de clauses abusives (« *noires* »¹⁹⁴⁷ et « *grises* »¹⁹⁴⁸). S'agissant des clauses qu'on retrouve dans les licences publiques, les clauses limitatives de responsabilité pour le dommage corporel résultant d'une

¹⁹⁴³ LG Frankfurt a.M., 6 sept. 2006, 2-6 O 224/06, ZUM-RD 2006, 525, v. aussi M. GRÜTZMACHER [in :] A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 69c, no. 75 ; T. DREIER [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 69c, no. 38.

¹⁹⁴⁴ No. 888.

¹⁹⁴⁵ LG München I, 19 mai 2004, 21 O 6123/04, ZUM 2004, 861 ; LG Frankfurt a.M., 6 sept. 2006, *précité*.

¹⁹⁴⁶ LG München I, 19 mai 2004, *précité*.

¹⁹⁴⁷ Cf. l'art. R. 212-1 du Code de la consommation français.

¹⁹⁴⁸ Cf. l'art. R. 212-2 du Code de la consommation français.

négligence (*fahrlässige Pflichtverletzung*) ou pour tout dommage résultant d'une faute grossière (*grob fahrlässige Pflichtverletzung*) figurent sur la liste des clauses noires¹⁹⁴⁹. Les clauses par lesquelles l'utilisateur des AGB se réserve le droit de modifier unilatéralement le contenu du contrat¹⁹⁵⁰ ou de le résilier unilatéralement sans raison objective spécifiée dans le contrat¹⁹⁵¹ figurent sur la liste de clauses grises. Toutefois, selon le premier alinéa de l'article 310 du BGB, les articles 308 et 309 ne s'appliquent pas dans les relations entre professionnels, où elles sont remplacées par la règle générale de l'article 307, selon laquelle toute clause dans les AGB qui crée un désavantage non-raisonnable pour le co-contractant n'a pas d'effet¹⁹⁵². À la lumière de cette règle, une partie de la doctrine a exprimé des doutes quant à l'efficacité de certaines clauses de la licence GNU GPL 3.0 qui, selon certains auteurs, manqueraient de clarté¹⁹⁵³. Force est de constater qu'un manque de sécurité juridique en résulte. Toutefois, il a été jugé que la clause selon laquelle tout manquement aux termes de la licence entraîne sa résiliation automatique (condition résolutoire¹⁹⁵⁴) n'est pas abusive au sens de l'article 307 du BGB¹⁹⁵⁵. Il convient de souligner aussi que selon l'article 306 du BGB la présence de clauses réputées non-écrites ou sans effet n'entraîne pas la nullité de l'ensemble du contrat — en principe, les autres clauses maintiennent leurs effets.

895. Spécification de l'exécution par un tiers au contrat. Le rôle de l'hôte de la licence. Il est intéressant de savoir que l'alinéa premier de l'article 317 du BGB autorise les parties à laisser la spécification des modalités d'exécution du contrat à un tiers (*Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*). Il a été suggéré que ce mécanisme peut être utilisé pour permettre aux « hôtes » des licences, c'est-à-dire aux organismes qui les proposent (comme la *Free Software Foundation* ou *Creative Commons*) de présenter leur interprétation de certaines

¹⁹⁴⁹ L'art. 309(7) du BGB.

¹⁹⁵⁰ L'art. 308(4) du BGB.

¹⁹⁵¹ L'art. 308(3) du BGB.

¹⁹⁵² Cf. l'art. 1119 du Code civil français ; sur l'interprétation extensive de cette règle dans les contrats de consommation (entre un consommateur et un professionnel) v. BGH, 29 avril 2008, KZR 2/07, .

¹⁹⁵³ Surtout de la clause « copyleft » (par. 5(2)) — v. A. FUNK et G. ZEIFANG, Die GNU General Public License, Version 3.0, *Computer und Recht*, vol. 22, no. 10 (octobre 2007), pp. 617-624 ; L. DETERMANN, Softwarekombinationen unter der GPL, *GRUR Int.* 2006, pp. 645-653 ; G. SPINDLER, *Rechtsfragen bei Open Source*, Otto Schmidt 2004, p. 120 ; mais v. *contra* : T. JÄGER, A. METZGER, *Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, 4ème éd., C.H. Beck 2016, no. 188, pp. 206-207.

¹⁹⁵⁴ V. l'art. 158(2) BGB.

¹⁹⁵⁵ LG München I, 19 mai 2004, *précité*.

clauses, qui vont par la suite lier les parties du contrat¹⁹⁵⁶. Ceci concerne en particulier la compatibilité entre des diverses licences.

896. Récapitulatif. Nous avons vu que les licences publiques ne vont pas à l'encontre des principes du droit des contrats, même si leur validité peut soulever quelques doutes, notamment s'agissant de la validité des conditions générales (AGB). Néanmoins, la jurisprudence n'y voit pas d'obstacle insurmontable.

B. Au regard du droit d'auteur

897. Plan. Nous allons analyser la question au regard des droits d'auteur français (1) et allemand (2).

1. La validité des licences publiques au regard du droit d'auteur français

898. Plan. Dans le système dualiste français il faut clairement distinguer l'effet des licences publiques au regard des droits patrimoniaux (a) et au regard des droits moraux (b).

a. Les droits patrimoniaux

899. Le formalisme des contrats d'auteur. Comme nous l'avons remarqué *supra*¹⁹⁵⁷, la loi française semble ignorer l'existence du contrat de licence en droit d'auteur. Toutefois, il n'y a aucun doute sur le fait que les droits patrimoniaux d'auteur peuvent faire l'objet d'une cession¹⁹⁵⁸, et donc *a maiore ad minus*, ils peuvent aussi faire l'objet d'une licence. Les contrats d'auteur sont fortement encadrés par le CPI (articles L. 131-1 et suivants) dans le but de protéger l'auteur, présumé partie faible. Ainsi, l'article L. 131-2 du CPI dispose dans son premier alinéa que « [l]es contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle

¹⁹⁵⁶ T. JÄGER, A. METZGER, *précités*, no. 118f, pp. 122 et ss., spéc. p. 125.

¹⁹⁵⁷ No. 859.

¹⁹⁵⁸ V. l'art. L. 122-7 du CPI.

(...) doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution ». Ainsi, l'exigence d'un écrit s'applique aussi aux licences publiques. Selon la doctrine majoritaire, il s'agit d'une exigence *ad probationem* (comme l'implique l'utilisation du mot « constater »)¹⁹⁵⁹. De surcroît, le premier alinéa de l'article L. 131-3 du CPI exige que « [l]a transmission des droits de l'auteur [soit] subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». La rédaction de cet article indique clairement qu'il s'agit d'une condition de validité.

900. Allègements du formalisme. Le formalisme de l'article L. 131-3 du CPI semble très strict. On observe ainsi une tendance jurisprudentielle à l'alléger¹⁹⁶⁰. Notamment, en 1993 la Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Perrier* que les exigences dudit article ne s'appliquaient qu'aux contrats consentis par l'auteur et « non à ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants »¹⁹⁶¹. Au vu de cette tendance, il n'est pas évident si l'exigence de l'article L. 131-3 du CPI s'applique aux licences (car seule la « transmission des droits » est expressément visée¹⁹⁶²), même si l'auteur est le donneur de licence¹⁹⁶³. À notre sens, il serait préférable d'écarter l'application de l'article L. 131-3 du CPI aux licences publiques. Si l'intention de l'auteur est de mettre son oeuvre gratuitement à la disposition du public, il n'est pas raisonnable de lui imposer un formalisme excessif qui, au lieu de le protéger, empêche la réalisation de sa volonté¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁵⁹ V. en ce sens : Cass. 1re civ., 12 avr. 1976, pourvoi n° 74-12.149 : Bull. civ. 1976, I, n° 123 ; D. 1976, inf. rap. p. 195 ; RIDA oct. 1976, n° 90, p. 164 ; RTD Com. 1978, p. 103, note H. Desbois ; plus récemment : Cass. 1re civ., 19 févr. 2002 : pourvoi n° 99-21.220 ; Propr. intell. 2002, n° 5, p. 53, note A. Lucas ; RIDA juill. 2002, n° 193, p. 399 ; CA Paris, 1re ch., sect. A, 13 janv. 2003, n° 2002/11398 : JurisData n° 2003-206140 (« cette exigence concerne seulement la preuve du contrat et non sa conclusion qui n'obéit à aucun formalisme, s'agissant de contrats consensuels ») ; cf. aussi C. COLOMBET, La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, [in :] *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, pp. 65 et ss.

¹⁹⁶⁰ A. BORIES, Le formalisme dans les contrats d'auteur, CCE 2008, n° 9, étude 18 ; pour une perspective du droit comparé, v. M. BEURSKENS et al., Les autorisations tacites — une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasunienne, allemande et française, RIDA, no. 238 (octobre 2013), pp. 2 et ss.

¹⁹⁶¹ Cass., 1re civ., 13 oct. 1993, pourvoi n° 91-11.241 : LPA 1994, n° 42, p. 15, note T. Hassler ; D. 1993, p. 166, note P.-Y. Gautier ; RTD Com. 1994, p. 272, note A. Françon ; voir aussi : S. DURRANDE, L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur, RIDA avr. 1995, n° 164, pp. 3 et ss.

¹⁹⁶² P.-Y. GAUTIER, Le mandat en droit d'auteur, [in :] *Mélanges A. Françon*, Dalloz 1995, pp. 223 et ss.

¹⁹⁶³ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz 2010, n° 112.25.

¹⁹⁶⁴ En ce sens v. aussi M. CLÉMENT-FONTAINE, L'oeuvre libre, *précité*, no. 201-202, pp. 130-133.

901. Application nécessaire du formalisme dans le cas des licences publiques?

La Cour de cassation a cependant jugé que l'exigence de l'article L. 131-3 du CPI s'appliquait aux contrats énumérés dans l'article L. 131-2 du CPI (et seulement à ceux-ci)¹⁹⁶⁵. Par conséquent, « *les autorisations gratuites d'exécution* », une catégorie qui peut englober aussi les licences gratuites, sont également visées. De surcroît, on se souvient que les contrats d'auteur en droit français doivent s'interpréter *in favorem auctoris* et donc selon la logique des « *droits retenus* »¹⁹⁶⁶, ce qui nous incite à penser que le respect de l'exigence du premier alinéa de l'article L. 131-2 du CPI par tous les contrats d'auteur peut s'avérer nécessaire *de facto*, même s'il ne l'est pas *de iure*. Or il est difficile de s'imaginer comment une licence générale (qui en principe autorise toutes les utilisations de l'oeuvre) peut délimiter « *le domaine d'exploitation des droits (...) quant à son étendue et à sa destination* ». On remarque cependant que certaines licences majeures, et notamment les licences *Creative Commons*, tentent de satisfaire cette exigence¹⁹⁶⁷.

902. L'article L. 122-7-1 du CPI : une disposition dépourvue de signification?

La loi DADVSI du 1er août 2006 a inséré dans le CPI le nouvel article L. 122-7-1. Le texte énonce que « [l]'auteur est libre de mettre ses oeuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues ». Or la disposition est complètement dénuée de signification juridique¹⁹⁶⁸, car elle n'apporte rien de nouveau au droit d'auteur français et ne permet aucunement de déroger à ses règles ; elle n'est en effet qu'un geste symbolique envers les mou-

¹⁹⁶⁵ Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, pourvoi n° 05-19.294 : CCE janvier 2007, n° 1, comm. 3, C. Caron ; RIDA janv. 2009, n° 219, p. 5, note G. Vercken ; RTD Com. 2007, n° 2, p. 363, note F. Pollaud-Dulian ; Propr. industr. 2007, n° 4, p. 37, note F. Greffe ; JCP S 2007, n° 13, p. 18, note L. Draï. Dans le même sens : CA Paris, 4e ch., section A, 14 févr. 1994 (Gaz. Pal. 28 janv. 1995, somm. 10 ; JurisData : 1994-020595) et 16 févr. 2005 (n° 04/03327 : CCE nov. 2005, n° 11, comm. 169, C. Caron). Une partie de la doctrine ne semble pas être convaincue quant à la portée de cet arrêt et préfère y voir un arrêt d'espèce : A. BORIES, *précité*.

¹⁹⁶⁶ Très bien illustré par CA Versailles, 13 févr. 1992, D. 1993, 402, note B. Edelman : « *les contrats portant sur les droits d'auteur sont gouvernés par le principe d'interprétation stricte, d'où il découle que l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation non expressément inclus dans un contrat de cession* »

¹⁹⁶⁷ V. *infra* no. 928.

¹⁹⁶⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *précités*, no. 863 ; N. BINCTIN, The French Copyright Law Opens Its Arms to the FOSS, [in :] A. METZGER [dir.], *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models. A Comparative Analysis*, Springer 2016 ; v. aussi : J. HUET, La mise à disposition gratuite d'oeuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du code de la propriété intellectuelle) [in :] *Droit et Technique - Études à la mémoire du Pr. Xavier Linant de Bellefonds*, Litec 2007, pp. 225 et ss.

vements du *open* et un effort de donner au premier livre du CPI un air plus moderne¹⁹⁶⁹, même si seulement *prima facie*.

b. Les droits moraux

903. Le dualisme français. Contrairement aux droits patrimoniaux (limités dans le temps et cessibles), les droits moraux en droit d'auteur français, caractérisé par son dualisme, sont « *perpétuel[s], inaliénable[s] et imprescriptible[s]* »¹⁹⁷⁰. Ainsi, les droits moraux ne peuvent pas faire l'objet de cessions, mais est-ce que tous les contrats ayant pour l'objet les droits moraux sont sans effet? La doctrine et la jurisprudence semblent partagées là-dessus.

904. La consécration jurisprudentielle stricte de l'inaliénabilité des droits moraux. Le courant dominant dans la jurisprudence apprécie le principe d'inaliénabilité des droits moraux avec rigidité. Ainsi, dans un litige concernant l'utilisation d'une chanson populaire avec des paroles modifiées dans la publicité d'une chaîne de restauration, la Cour de cassation a jugé que « *l'inaliénabilité du droit au respect de l'oeuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'artiste abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder* »¹⁹⁷¹.

905. L'atténuation jurisprudentielle de la rigidité du système de droits moraux. La nécessité de nuancer le principe d'inaliénabilité des droits moraux a été constatée par la doctrine¹⁹⁷². Ainsi, il a été jugé qu'un contrat d'adaptation, bien qu'il n'emporte pas renonciation au droit au respect, confère une certaine liberté à l'adaptateur, à condition toutefois que celui-ci respecte « *l'esprit de l'oeuvre* »¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁹ M. CLÉMENT-FONTAINE, Faut-il consacrer un statut de l'oeuvre libre? Propr. intell., no. 26 (janvier 2008), pp. 69-76.

¹⁹⁷⁰ L'alinéa 3 de l'art. L. 121-1 du CPI.

¹⁹⁷¹ Cass 1re civ., 2 avril 2009 (*Montagné*), no. 08-10194 ; Légipresse, 2009, no. 267, II, p. 170, no. 18, obs. C. Alleaume ; CCE 2009, comm. 52, obs. C. Caron ; Propr. intel. 2009, no. 32, p. 264, obs. A. Lucas, RIDA no. 220, p. 361, obs. P. Sirinelli ; v. aussi Cass soc., 10 juillet 2002, Bull. civ., 2002, V, no. 245, p. 239, JCP G 2003, II, 10000, note C. Caron ; Propr. intel. 2003, no. 6, p. 50, obs. P. Sirinelli.

¹⁹⁷² A. FRANÇON, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, p. 55

¹⁹⁷³ V. notamment : Cass 1re civ., 12 juin 2001 (*Le Petit Prince*), RIDA no. 191 (janvier 2002), p. 267 et ss. ; v. aussi C. CARREAU, Droit d'auteur et l'esprit de l'oeuvre, RIDA no. 201 (juillet 2004), pp. 3 et ss. ; v. aussi plus récemment: Cass. 1re civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759, Sté Bel Air média et a. c/ Gilles Bernanos et al. (Dialogue des Carmélites), Juris Data n° 2017-012338 : CCE 2017, comm. 69, Ch. Caron.

906. La proposition doctrinale de distinction entre la substance et l'exercice du droit. Dans sa thèse de 1935, Georges Michaélidès-Nouaros a proposé de distinguer d'une part la substance des droits moraux, qui demeure incessible, et d'autre part son exercice, qui peut faire l'objet d'une cession (qui s'apparente donc à une licence)¹⁹⁷⁴. Ainsi, la solution est proche de celle adoptée traditionnellement en Allemagne, où le droit d'auteur inaliénable [*Urheberrecht*] se distingue des droits d'exploitation [*Nutzungsrechte*] qui peuvent faire l'objet de transactions¹⁹⁷⁵. Selon l'auteur, une cession de l'exercice des droits moraux est utile et même nécessaire dans certains domaines, notamment dans le domaine scientifique (s'agissant par exemple des articles dans des recueils encyclopédiques). Toutefois, une telle cession ne peut jamais autoriser une atteinte à la dignité de l'auteur¹⁹⁷⁶. Dans cette approche, seul ce « *noyau dur* » des droits moraux, qui est l'honneur et la réputation de l'auteur, demeure vraiment inaliénable. La solution, qui privilégie la liberté contractuelle au détriment de la protection de l'auteur, a été critiquée par la doctrine¹⁹⁷⁷ et elle semble difficile à concilier avec la législation en vigueur¹⁹⁷⁸. On retrouve tout de même aujourd'hui des échos de cette thèse en avance sur son temps¹⁹⁷⁹.

907. Les atténuations législatives : l'amputation des droits moraux dans certains cas. Le législateur lui-même a décidé de limiter les droits moraux de l'auteur d'un logiciel. Sauf stipulation contraire en sa faveur, il ne peut pas s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire du droit de l'adaptation du logiciel, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation. Il ne peut pas non plus exercer son droit de repentir ou de re-

¹⁹⁷⁴ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *Le droit moral de l'auteur, étude de droit français, de droit comparé et de droit international*, Arthur Rousseau 1935, spéc. pp. 52 et ss. et 95 et ss., cité par M. CLEMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre, précité*, no. 163 et ss., pp. 102 et ss.

¹⁹⁷⁵ V. *infra* no. 909 et s.

¹⁹⁷⁶ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *précité*, p. 96.

¹⁹⁷⁷ V. notamment, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985, pp. 218 et ss.

¹⁹⁷⁸ On remarque notamment que l'art. L. 121-1 du CPI dispose dans son dernier alinéa que « [l]'exercice [du droit moral] peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires », ce qui semble indiquer que c'est la seule manière autorisée d'en disposer.

¹⁹⁷⁹ V. par ex. CA Paris, 12 mars 1936, Gaz. Pal. 1936, 1, p. 941 : « *L'artiste peut renoncer en fait à l'exercice de son droit moral, mais cette renonciation ne peut être accueillie par les tribunaux que si elle résulte clairement des documents et circonstances de la cause* » ; cf. les droits moraux de l'auteur d'un logiciel ou d'un agent public, les art. L. 121-7 et L. 121-7-1 du CPI.

trait¹⁹⁸⁰. De plus, les droits moraux des agents publics sont limités par l'article L. 121-7-1 du CPI, qui cependant, en vertu de l'article L. 111-1 al. 4 du même code ne s'applique pas aux universitaires qui eux jouissent pleinement de leurs droits moraux¹⁹⁸¹.

908. L'effet des licences publiques sur les droits moraux. L'inaliénabilité des droits moraux en droit français peut être vue comme un obstacle à la mise en place de certaines licences publiques¹⁹⁸². Il est vrai que le respect de la paternité de l'oeuvre est garanti au moins par les licences les plus populaires, et que les droits de divulgation, de repentir et de retrait se trouvent pas ou peu affectés ; c'est le droit au respect de l'oeuvre qui est le plus problématique. Comment concilier la libre distribution et modification de l'oeuvre, autorisée par une grande partie des licences publiques, avec la menace constante d'une action en contrefaçon par un auteur (ou son ayant droit) qui estime que les modifications apportées à l'oeuvre portent atteinte à son droit au respect? Certes, une licence publique autorisant la modification de l'oeuvre peut s'analyser comme un contrat d'adaptation¹⁹⁸³, mais même dans ce cas l'« *esprit de l'oeuvre* » doit être respecté. Une auteure a suggéré qu'une oeuvre libre peut être vue comme une oeuvre *in statu nascendi*, en constant développement, et que ce statut paralyse l'exercice des droits moraux¹⁹⁸⁴. La solution s'inspire de l'article L. 121-5 du CPI, qui dispose en son dernier alinéa que « [*l]es droits [moraux] des auteurs (...) ne peuvent être exercés par eux que sur l'oeuvre audiovisuelle achevée* ». Elle nous paraît courageuse, mais peu convaincante, puisqu'une création participative, contrairement à une oeuvre audiovisuelle, n'est jamais vraiment achevée. Quoiqu'il en soit, force est de constater que l'importance du droit au respect de l'oeuvre pour le sujet de notre étude est assez limitée : les jeux de données de recherche ne semblent pas du tout réellement concernés ; les écrits scientifiques et (à un moindre degré) les ressources pédagogiques sont des oeuvres informationnelles, qui peuvent être évaluées selon des critères objectifs, ce qui les distingue des créations purement artis-

¹⁹⁸⁰ L'art. L. 121-7 du CPI.

¹⁹⁸¹ Cf. *supra* no. 220 et ss.

¹⁹⁸² En ce sens, v. M. CLEMENT-FONTAINE, L'oeuvre libre, *précité*, no. 142 et ss., p. 92 et ss.; v. aussi: *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, CSPLA, juin 2007, pp. 26 et ss., spéc. p. 29 à propos du droit au respect.

¹⁹⁸³ V. *supra* no. 905.

¹⁹⁸⁴ *Idem*, no. 176 et ss., pp. 111 et ss.

tiques¹⁹⁸⁵. Autrement dit, il est possible d'évaluer dans la plupart des cas si les modifications apportées à un article scientifique ou à un cours augmentent sa qualité (mises à jour, corrections), ou la diminuent (insertion d'informations erronées ou non-conformes aux règles du genre). Dans la deuxième hypothèse les changements peuvent en effet nuire à l'honneur ou à la réputation de l'auteur de l'oeuvre originale. Le fait de lui laisser la possibilité d'agir en justice contre un licencié qui apporte de telles modifications à son oeuvre (sans avoir à recourir à la responsabilité délictuelle et apporter la preuve de son préjudice) est, à nos yeux, plutôt un avantage du système français qu'un réel problème.

2. La validité des licences publiques au regard du droit d'auteur allemand

909. L'inaliénabilité du droit d'auteur. Le monisme allemand. Comme nous l'avons déjà remarqué *supra*¹⁹⁸⁶, en droit allemand le droit d'auteur (dont les volets patrimonial et moral sont indissociables selon l'approche moniste) ne peut pas être aliéné (article 29(1) de la UrhG). En revanche, peuvent être conclus des contrats ayant pour objet les droits d'exploitation (*Nutzungsrechte*), donc des licences (article 29(2) de la UrhG). Elles sont encadrées par les articles 31 à 44 de la UrhG.

910. Les principes généraux régissant les licences. Selon le premier alinéa de l'article 31 de la UrhG, « *l'auteur peut accorder à autrui le droit d'exploiter son oeuvre d'une certaine manière ou de chaque manière. Le droit d'exploitation peut être accordé à titre exclusif ou non-exclusif, et peut être limité quant à sa durée, quant à son lieu et quant à son contenu* »¹⁹⁸⁷. Nous remarquons donc que la solution est beaucoup plus libérale que celle adoptée en droit français¹⁹⁸⁸. Toutefois, le droit allemand connaît aussi des règles impéra-

¹⁹⁸⁵ Sur la distinction v. V. GRASSMUCK, Towards a New Social Contract : Free-Licensing into the Knowledge Commons [in :] L. GUIBAULT et Ch. ANGELOPOULOS [dir.], *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, pp. 7 et ss.

¹⁹⁸⁶ V. *supra* no. 905.

¹⁹⁸⁷ « *Der Urheber kann einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (Nutzungsrecht). Das Nutzungsrecht kann als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden.* » [traduction PK]. Le même article distingue expressément entre les licences exclusives et non-exclusives. Les licences publiques appartiennent par définition à cette deuxième catégorie.

¹⁹⁸⁸ V. *supra* 898 et ss.

tives¹⁹⁸⁹ très protectrices de l'auteur, qui lui garantissent notamment une rémunération équitable¹⁹⁹⁰, la participation aux recettes¹⁹⁹¹ ou la rémunération pour les nouveaux types d'exploitation¹⁹⁹². Aussi dans l'objectif de protection des auteurs, l'écrit est exigé pour tout contrat concernant des formes d'exploitation inconnues au moment de sa conclusion (*unbekannte Nutzungsarten*)¹⁹⁹³.

911. Les exceptions pour les licences publiques — les « clauses Linux ». Les règles relatives à la rémunération de l'auteur connaissent des exceptions importantes : leur application devient facultative dans les cas où l'auteur décide d'accorder un droit d'exploitation gratuitement à tout un chacun [*ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen*]. Il en résulte que les licences publiques sont le seul type de licences pouvant être à titre gratuit en droit allemand. Ceci est expressément consacré par trois « clauses Linux »¹⁹⁹⁴, qui se trouvent dans les articles 32(3)¹⁹⁹⁵, 32a(3)¹⁹⁹⁶ et 32c(4)¹⁹⁹⁷ 1998. Il faut remarquer que la présence de ces clauses, qui ont été introduites lors des réformes de 2002¹⁹⁹⁹ et 2007²⁰⁰⁰, témoigne de la reconnaissance de la part du législateur allemand du modèle économique fondé sur les licences publiques.

912. Interprétation des licences *in favorem auctoris*. L'article 31(5) de la UrhG dispose que les contrats concernant les droits d'exploitation doivent être interprétés « *selon l'objectif envisagé par les parties* » [*nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten Ver-*

¹⁹⁸⁹ V. l'art. 32b de la UrhG.

¹⁹⁹⁰ L'art. 32 de la UrhG.

¹⁹⁹¹ L'art. 32a de la UrhG.

¹⁹⁹² L'art. 32c de la UrhG.

¹⁹⁹³ L'art. 31a de la UrhG.

¹⁹⁹⁴ BT-Drucks 14/058, pp. 43-44 ; BT-Drucks 14/6433, p. 15.

¹⁹⁹⁵ Concernant la rémunération équitable.

¹⁹⁹⁶ Concernant la participation aux recettes.

¹⁹⁹⁷ Concernant la rémunération pour les nouveaux types d'exploitation.

¹⁹⁹⁸ La quatrième exception de ce type se trouve dans l'art. 31a(3) concernant l'exigence de l'écrit pour les contrats portant sur des formes d'exploitation inconnues. Cette exception est sans importance pour notre analyse, car toutes les licences qui nous intéressent ont une forme écrite.

¹⁹⁹⁹ *Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern*, 22.03.2002, BGBl. I p. 1155, introduisant la clause Linux dans l'art. 32 de la UrhG.

²⁰⁰⁰ *Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, 26.10.2007, BGBl. I p. 2513, introduisant les trois autres clauses Linux.

tragszweck]. Or la jurisprudence interprète cette disposition comme une directive d'interprétation *in favorem auctoris* (ou, selon l'expression plus utilisée en Allemagne : *in dubio pro auctore*). C'est donc la même logique de « *droits retenus* »²⁰⁰¹ que suivent les juges allemand et français pour interpréter les licences publiques.

913. La possibilité de résiliation unilatérale par l'auteur. Les articles 41 et 42 de la UrhG donnent à l'auteur la possibilité de résilier un contrat ayant pour objet le droit d'exploitation soit pour inexécution (*Nichtausübung*)²⁰⁰², soit dans l'hypothèse où l'oeuvre « *ne reflète plus ses convictions* » (*gewandelte Überzeugung*)²⁰⁰³. La première prérogative n'a pas d'impact sur les licences publiques, car, comme nous l'avons expliqué *supra*²⁰⁰⁴, leur conclusion (l'acceptation de l'offre) coïncide avec l'exécution des droits faisant l'objet de la licence. S'agissant du droit conféré par l'article 42 (qui s'apparente au droit de retrait en droit français), bien qu'il soit inaliénable²⁰⁰⁵, sa signification pratique pour les licences libres est aussi très limitée, car l'auteur qui résilie un contrat à cause d'un changement de conviction doit compenser le licencié de manière adéquate²⁰⁰⁶.

914. L'admissibilité des contrats ayant pour objet des droits moraux. En droit allemand les contrats ayant pour objet des droits moraux sont expressément autorisés²⁰⁰⁷. Le droit de modifier l'oeuvre doit toutefois faire l'objet d'une mention expresse (ce qui normalement est le cas dans les licences publiques). En revanche, le licencié est toujours autorisé à effectuer des modifications de l'oeuvre si le refus de l'auteur était contraire à la bonne foi.

C. Au regard des règles relatives à l'emploi des langues nationales

915. La domination de la langue anglaise. La plupart des licences publiques populaires ont été rédigées en anglais ; seules certaines ont des traductions officielles dans d'autres

²⁰⁰¹ V. *supra* no. 901.

²⁰⁰² L'art. 41 de la UrhG.

²⁰⁰³ L'art. 42 de la UrhG.

²⁰⁰⁴ V. *supra* no. 901.

²⁰⁰⁵ L'art. 42(2) de la UrhG.

²⁰⁰⁶ L'art. 42(3) de la UrhG ; cf. T. JÄGER, A. METZGER, *précités*, no. 130, p. 149.

²⁰⁰⁷ Les art. 29(2) et 39 de la UrhG.

langues²⁰⁰⁸. Ainsi, il convient de se pencher sur la question si ceci n'est pas un obstacle à leur mise en oeuvre en France (1) ou en Allemagne (2).

1. La validité des licences publiques au regard de la loi *Toubon*

916. Loi *Toubon* — un obstacle à la contribution française aux communs du savoir? La loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite loi *Toubon*, contient un nombre de dispositions qui sont difficiles à concilier avec l'utilisation de licences publiques rédigées en anglais. Ainsi, le texte impose l'utilisation de la langue française pour tous les contrats d'adhésion, sauf ceux entre les professionnels²⁰⁰⁹, sous peine de sanctions pénales²⁰¹⁰. Ce qui est plus important encore dans le contexte de notre analyse, l'article 5 de cette loi dispose :

« Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française ».

Ainsi, l'utilisation par les universités françaises (personnes morales de droit public²⁰¹¹) et par les enseignants-chercheurs qui y travaillent (et qui sont « *des personnes privées exécu-*

²⁰⁰⁸ Notamment, les licences Creative Commons 4.0 ont une traduction officielle en allemand, mais toujours pas en français (bien que les traductions existent pour les versions précédentes). La plupart de licences de logiciels destinés à l'usage international (v. *infra* no. 963 et ss.) n'ont pas de traductions officielles; v. *infra* no. 924, 949, 956 pour les détails.

²⁰⁰⁹ L'art. 2 de la loi du 4 août 1994 et le Circulaire du 19 mars 1996, Concernant l'application de cette loi (JO 20 mars) (no. 2.1.1, 1°).

²⁰¹⁰ Il s'agit de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe (l'art. 1 du Décret n°95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi *Toubon*), soit aujourd'hui (le 21 avril 2017) une amende de 135€, pouvant être minorée ou majorée.

²⁰¹¹ L'université est un « établissement public », défini comme : « *une personne morale de droit public disposant d'une autonomie administrative et financière afin de remplir une mission d'intérêt général, précisément définie, sous le contrôle de la collectivité publique dont il dépend* » (définition du site : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/organisation/structures-administratives/qu-est-ce-qu-etablissement-public.html>, consulté le 13 décembre 2017).

*tant une mission de service public »*²⁰¹²) de licences publiques rédigées en anglais est donc une violation de cette disposition. Ceci concerne non seulement l'hypothèse où l'université ou l'enseignant-chercheur est donneur de licence, mais aussi licencié, ce qui signifie que l'interdiction touche non seulement la diffusion de connaissances produites dans les universités françaises sous les licences publiques (qui est en plus passible d'une amende), mais aussi, ce qui est encore plus grave, l'utilisation (d'une manière qui nécessite une autorisation du titulaire des droits) dans les universités françaises des contenus sous licences telles que la GNU GPL. En effet, la loi *Toubon* prévoit pour les contrats passés en violation de son article 5 une sanction d'inopposabilité²⁰¹³.

2. La validité des licences publiques relatives à l'emploi de la langue allemande

917. Absence de restrictions quant à l'utilisation de la langue anglaise entre les professionnels. Dans la première décision mondiale concernant la licence GNU GPL, le juge de Munich s'est interrogé sur la langue utilisée par la licence. Il a été décidé que « *même si la traduction allemande [de la licence] n'est pas officielle, puisque la version officielle est rédigée en anglais, cela ne pose absolument aucun problème [au regard des règles sur les AGB], puisque l'anglais est la langue technique communément utilisée dans l'industrie de l'informatique. Ce constat vaut au moins pour les contrats entre les auteurs du logiciel et une société de logiciels* »²⁰¹⁴. Il faut remarquer tout de même que dans sa décision le juge a cité la traduction allemande non-officielle. Les décisions ultérieures concernant les licences

²⁰¹² « *l'expression service public désigne deux éléments différents : une mission, qui est une activité d'intérêt général, et un mode d'organisation consistant, de façon directe ou indirecte, à faire prendre en charge ces activités d'intérêt général par des personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) ou privées mais sous le contrôle d'une personne publique* » (définition du site : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/notion-service-public.html>, consulté le 13 décembre 2017) ; l'enseignement supérieur est un service public dont les missions sont énumérées dans l'art. L. 123-3 du Code de l'éducation ; sur cette liste figurent entre autres : la formation initiale et continue, la recherche scientifique et technologique, la diffusion et la valorisation de ses résultats au service de la société et la coopération internationale (cf. *supra* 37 et ss.).

²⁰¹³ L'art. 5 al. 4 de ladite loi ainsi que le 3.2 du Circulaire du 19 mars 1996, *précité*.

²⁰¹⁴ LG München I, 19 mai 2004, *précité* ; « *Auch wenn die deutsche Übersetzung nicht offiziell sein mag, bestehen angesichts des Umstandes, das Englisch in der Computerindustrie die gängige Fachsprache ist, keinerlei Bedenken, weil die offiziellen Bedingungen nur in englischer Sprache vorliegen. Dies gilt zumindest, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen den Urhebern und einer gewerblichen Softwarefirma in Rede steht* » (traduction PK).

publiques (tant dans le secteur du logiciel que dans d'autres secteurs de la création) ne se sont même pas interrogées sur les conséquences de l'utilisation de la langue anglaise entre les professionnels.

918. Efficacité douteuse envers un consommateur. Il a été soulevé cependant que les règles sur les AGBs²⁰¹⁵ peuvent rendre les licences qui n'ont pas de traduction en allemand inopposables à un consommateur (donc par exemple un citoyen scientifique). MM. Jäger et Metzger remarquent à juste titre que la signification pratique de ce fait est très limitée. En effet, si une clause de licence publique est invoquée contre un consommateur, celui-ci n'a aucun intérêt d'argumenter que la licence n'a pas d'effet, puisqu'il se rendrait ainsi coupable de contrefaçon²⁰¹⁶.

919. Transition. Nous avons présenté les éléments communs à toutes les licences publiques (et notamment leur mode de conclusion et leur caractère de contrats d'adhésion), ce qui nous a permis d'évaluer leur validité au regard des droits français et allemand. Il est temps maintenant de présenter la spécificité des divers familles et types de ces licences.

Section 2 : La pluralité des licences publiques

920. Introduction. Malgré quelques sources potentielles d'insécurité juridique, plus importantes en droit français qu'en droit allemand, notre constat initial demeure inchangé : les licences publiques sont fondamentales pour la construction des communs contractuels du savoir. Ainsi, il convient maintenant de présenter le contenu des licences publiques le plus utilisées dans le contexte de recherche et d'enseignement. À cette fin, il est utile de distinguer les licences de logiciel (*software licenses* — § 2) — historiquement plus anciennes et suivant une logique spécifique — et les licences « *non-logicielles* » (appelées *content licenses*, licences de contenus — § 1).

921. L'intérêt de la distinction entre les licences de logiciel et les licences de contenu. Tout comme le droit d'auteur de logiciel présente quelques particularités, les licences

²⁰¹⁵ Et spécialement l'article 305(2) du BGB — v. *supra* no. 894.

²⁰¹⁶ T. JÄGER, A. METZGER, *précités*, no. 181-182, pp. 200-201.

publiques de logiciel se distinguent des autres contrats de ce type. Ainsi, dans les licences de logiciel nous retrouverons des stipulations spécifiques, concernant par exemple l'accès au code source²⁰¹⁷ ou la brevetabilité éventuelle²⁰¹⁸, qui n'auront pas de sens en dehors de l'univers du logiciel, et sans lesquels une licence de logiciel serait incomplète. Les licences publiques de logiciel visent aussi un standard particulier — les libertés énumérées par la FSF²⁰¹⁹ ou par l'*Open Source Definition*²⁰²⁰, tandis que l'*openness* des licences du contenu s'apprécie par exemple à la lumière de la Définition du savoir libre²⁰²¹. Il est donc fortement déconseillé d'utiliser les licences de contenu pour les logiciels²⁰²² et *vice versa*²⁰²³. Dans la suite de notre étude, nous allons consacrer plus d'attention aux licences de contenu, car elles peuvent être utilisées pour les écrits scientifiques, la majorité des ressources pédagogiques numériques et aussi pour les jeux de données de recherche. Les licences de logiciel peuvent, quant à elles, être utilisées pour les éléments logiciels des ressources pédagogiques numériques (les didacticiels), les progiciels de recherche ainsi que pour les logiciels de gestion de plateformes²⁰²⁴.

²⁰¹⁷ V. par. ex. par. 1 de la GNU GPL v. 3 ; la licence BSD aussi distingue entre le code binaire et le code source.

²⁰¹⁸ V. par ex. par. 11 de la GNU GPL v. 3.

²⁰¹⁹ V. *supra* no. 773.

²⁰²⁰ V. *supra* no. 775.

²⁰²¹ *Open Definition* — v. *supra* no. 821.

²⁰²² La fondation *Creative Commons* elle-même le déconseille sur son site officiel : <https://creativecommons.org/faq/#can-i-apply-a-creative-commons-license-to-software>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰²³ Selon le site de la Free Software Foundation : « *Vous pouvez appliquer la GPL à n'importe quel type d'œuvre, du moment qu'il n'y a pas d'incertitude sur ce qui constitue son « code source » – ce que la GPL définit par la forme privilégiée permettant d'y apporter des modifications.*

Toutefois, pour les manuels (scolaires en particulier), et plus généralement pour tout ouvrage destiné à enseigner un sujet, nous recommandons l'utilisation de la GNU FDL, plutôt que de la GPL. » [<https://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.fr.html#GPLOtherThanSoftware>, consulté le 13 décembre 2017]. Or la réserve est de taille — à notre sens il n'est pas possible de distinguer le « code source » et le « code binaire » dans des oeuvres autres qu'un logiciel.

²⁰²⁴ V. *supra* no. 778 et ss. les remarques sur l'importance du mouvement FOSS pour notre sujet.

§ 1. Les licences de contenu essentielles pour les communs du savoir²⁰²⁵

922. Le modèle dominant : *Creative Commons*. Le modèle dominant dans le domaine des licences de contenu sont les licences *Creative Commons*²⁰²⁶. Nous allons donc commencer ce paragraphe par l'analyse de ces licences (A), pour voir ensuite quelques autres licences (B).

A. Les licences *Creative Commons*

923. Plan. Il convient de présenter les licences (1) et d'analyser leur contenu (2). Pour finir, nous allons aussi présenter un mécanisme qui permet de modifier la licence choisie : CC+ (3).

1. La présentation des licences *Creative Commons*

924. Histoire et versions. *Creative Commons* est une organisation à but non-lucratif fondée en 2001 par un groupe d'activistes, dont le plus connu est Lawrence 'Larry' Lessig, à l'époque professeur de droit à l'université de Stanford²⁰²⁷ ²⁰²⁸. Un an plus tard, les premières versions (1.0) de licences publiques portant le nom de l'organisation ont été publiées. En 2003, les versions traduites en d'autres langues et adaptées aux autres pays ont commencé à apparaître. Les versions 2.0 ont été lancées en 2004 et puis traduites, notamment en

²⁰²⁵ Cf. Annexe I.

²⁰²⁶ C'est aussi le modèle le plus souvent analysé par la doctrine ; v. notamment S. DUSSOLIER, Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître, Propr. intell. no. 18 (janv. 2006), pp. 10-21 ; R. KUHLEN, J. BRÜNING, Creative Commons (CC) – für informationelle Selbstbestimmung, gegen den Trend des Urheberrechts/Copyright als Handelsrecht ; oder : Chancen für einen innovativen Drei-Stufen-Test?, IWP 2004, pp. 449 et ss ; T. DREIER, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts [in :] *Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München 2005, pp. 283 et ss.

²⁰²⁷ M. Lessig est aujourd'hui professeur de droit à l'Université de Harvard ; à part d'être juriste, il est également philosophe diplômé de l'Université de Cambridge ; v. son CV sur : http://lessig.org/wp-content/uploads/2015/150807_CV_updated.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰²⁸ Parmi les autres membres fondateurs de *Creative Commons* il y avait aussi d'autres personnalités connues : Hal Abelson, professeur au MIT, James Boyle, professeur de droit à l'Université de Duke et Eric Saltzman, directeur de Berkman Klein Center for Internet & Society à Harvard Law School.

français²⁰²⁹ et en allemand. Les versions 2.5 sont parues en 2005, suivies des versions 3.0 en 2007. Cette dernière version a été marquée par un effort d'internationalisation renforcé : les versions génériques des licences (désormais appelées « *unported versions* ») ont employé le vocabulaire des traités internationaux, et non pas du *copyright* étasunien²⁰³⁰. Les versions « *nationales* » (« *ported versions* ») continuaient à proliférer : les licences *Creative Commons* ont été adaptées à une soixantaine de droits nationaux²⁰³¹. Or il a été relevé que des incompatibilités existaient entre les diverses « *ported versions* », ce qui minait la cohérence du système (notamment au regard de la clause SA, qui autorisait l'utilisation de toutes les « *ported versions* » pour les oeuvres dérivées)²⁰³². Ainsi, les adaptations nationales des nouvelles versions 4.0 (lancées en 2013) ne seront pas disponibles. En revanche, un certain nombre de traductions officielles (fidèles, sans adaptations aux lois nationales) existent²⁰³³, y compris (depuis très peu²⁰³⁴) en français. Toutes les traductions officielles font également foi²⁰³⁵.

925. Plusieurs « couches » des licences *Creative Commons*. La caractéristique sans doute la plus innovatrice des licences *Creative Commons* est leur triple structure. En effet, chaque licence est composée de trois « couches » : le Code Juridique (*Legal Code*), le Résumé Explicatif (*Commons Deed*) et une version de la licence lisible par une machine²⁰³⁶. Seul le Code Juridique a une valeur juridique. Le Résumé Explicatif est un court document qui résume les principales stipulations des licences dans un langage simple et compréhensible. Les Résumés Explicatifs sont traduits en de nombreuses langues, mais ils sont aussi accompagnés de l'avertissement suivant :

²⁰²⁹ M. CLÉMENT-FONTAINE, Les licences Creative Commons chez les Gaulois, *précité*.

²⁰³⁰ M. DULONG DE ROSNAY, Creative Commons Licenses Legal Pitfalls..., *précité*, p. 11.

²⁰³¹ V. <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-considerations/version4/>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰³² Sur les incompatibilités entre les versions « 3.0 ported », v. M. DULONG DE ROSNAY, Creative Commons Licenses Legal Pitfalls..., *précité*.

²⁰³³ <https://creativecommons.org/faq/#officialtranslations>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰³⁴ D. PETERS, CC accueille les francophones: Welcome the CC 4.0 French License Translations!, publié le 28 juin 2017 sur : <https://creativecommons.org/2017/06/28/cc-accueille-les-francophones-welcome-cc-4-0-french-license-translations/>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰³⁵ <https://creativecommons.org/faq/#officialtranslations>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰³⁶ <https://creativecommons.org/licenses/>, consulté le 13 décembre 2017.

« Ce résumé n'indique que certaines des dispositions clés de la licence. Ce n'est pas une licence, il n'a pas de valeur juridique. Vous devez lire attentivement tous les termes et conditions de la licence avant d'utiliser le matériel licencié ».

L'idée d'assortir les licences de résumés est louable, mais le mécanisme a été critiqué par sa simplification excessive qui risque d'induire l'utilisateur en erreur sur la nature de ses obligations²⁰³⁷. La couche lisible par machine est constituée de métadonnées expliquant le contenu de la licence en langage informatique CC REL (*Rights Expression Language*). Ceci permet par exemple de définir la licence comme l'un des critères dans un moteur de recherche (tel *Google*). Une quatrième couche peut être ajoutée à cette liste — le « bouton » composé d'un symbole graphique de la licence associé d'un lien hypertexte vers son Résumé Explicatif. Le « bouton » peut être généré automatiquement par l'application disponible sur le site de l'organisation *Creative Commons*²⁰³⁸. C'est en apposant ce « bouton » sur une copie numérique de l'oeuvre que l'on « attache » la licence à l'oeuvre.

926. Creative Commons et les communs du savoir — rappel. A notre sens, des licences *Creative Commons* sont les mieux adaptées pour exprimer les normes sociales de différents standards d'*openness* de contenu. Or les différences entre les standards *Open Access*, *Open (Research) Data* et *Open Educational Resources* nous ont conduit à recommander l'utilisation de licences différentes. Pour rappel : nous recommandons la licence CC BY 4.0 pour les écrits scientifiques (*Open Access*) ; la déclaration de renonciation aux droits CC0 (ou, à défaut, la licence CC BY 4.0) pour les données de recherche (*Open Research Data*) et la licence CC BY-SA 4.0 pour les ressources pédagogiques (*Open Educational Resources*). Pour cette dernière catégorie, il est aussi envisageable d'utiliser la licence CC BY 4.0.

2. Le contenu des licences *Creative Commons 4.0*

927. Plan. L'élément central de toutes les licences *Creative Commons* et de toutes les licences en général est l'autorisation accordée au licencié (a). Ce qui fait l'originalité des licences *Creative Commons*, ce sont les obligations et limitations qui peuvent être imposées aux licenciés dans des configurations différentes (b). Comme la plupart des licences

²⁰³⁷ M. DULONG DE ROSNAY, *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls...*, précité, p. 20 et ss.

²⁰³⁸ Sur ce système de couches, v. le site officiel des licences : <https://creativecommons.org/licenses/?lang=fr>, consulté le 13 décembre 2017.

publiques, les licences *Creative Commons* contiennent aussi des clauses visant à limiter ou exclure la responsabilité du donneur de licence (c).

a. Le contenu de l'autorisation accordée par les licences *Creative Commons 4.0*

928. L'autorisation très large. L'autorisation d'utiliser l'oeuvre se trouve dans la deuxième section des licences *Creative Commons 4.0* ; il semble en effet qu'elle est aussi large que possible sous la loi applicable²⁰³⁹ : il s'agit donc d'une autorisation mondiale, gratuite, non-transférable, non-exclusive et irrévocable d'accomplir pendant toute la durée des droits les actes de reproduction, de distribution, de représentation et d'adaptation²⁰⁴⁰ sur tout support.

929. La « non-endorsement clause ». Il est également précisé que le licencié ne peut pas utiliser l'oeuvre de manière à laisser supposer qu'il y a une quelconque relation, parrainage ou aval entre lui et le donneur de licence (ou l'auteur, s'il ne s'agit pas de la même personne)²⁰⁴¹. L'exigence est importante dans le contexte de notre étude — à notre sens, elle interdit au licencié de se présenter comme co-auteur d'un écrit scientifique ou d'une ressource pédagogique numérique, ou même comme co-compileur d'un jeu de données. Dans l'hypothèse où une quelconque modification est effectuée il conviendrait donc, il nous semble, d'indiquer clairement qu'il ne s'agit pas d'une création collaborative, mais d'une « pluralité successive » de créateurs. Par exemple, au lieu d'ajouter simplement son nom sur la liste des auteurs, le licencié devrait indiquer : « *l'article de X, modifié et mis à jour par Y* » ; s'agissant d'un jeu de données, la mention peut indiquer que « *des parties de ce jeu de données ont été compilées par les équipes de...* ».

²⁰³⁹ « *le Donneur de licence Vous autorise à exercer pour le monde entier, à titre gratuit, non sous-licenciable, non exclusif, irrévocable, les Droits accordés par la licence afin de : A. reproduire et Partager l'Œuvre sous licence, en tout ou partie ; et B. produire, reproduire et Partager l'Œuvre dérivée.* » (article 2(a) 1) ; « *Le Donneur de licence Vous autorise à exercer les Droits accordés par la licence sur tous les supports et formats connus ou encore inconnus à ce jour, et à apporter toutes les modifications techniques que ceux-ci requièrent* » (article 2(a) 4) ; « *La présente Licence publique s'applique pendant toute la durée de validité des Droits accordés par la licence.* » (article 6(a)).

²⁰⁴⁰ L'autorisation d'adaptation ne figure pas, bien évidemment, dans les licences contenant une clause ND (v. *infra* no. 944).

²⁰⁴¹ « *Aucun élément de la présente Licence publique ne peut être interprété comme laissant supposer que le preneur de licence ou que l'utilisation qu'il fait de l'Œuvre sous licence est lié à, parrainé, approuvé, ou doté d'un statut officiel par le Donneur de licence ou par toute autre personne à qui revient l'attribution de l'Œuvre sous licence (...)* » (article 2(a), 6).

930. Interdiction d'imposer des restrictions supplémentaires. Le licencié, lorsqu'il redistribue l'oeuvre, ne peut pas imposer des conditions juridiques ou techniques visant à restreindre l'étendue de l'autorisation. Ainsi, il est interdit de mettre en place les mesures techniques de protection pour limiter l'accès à l'oeuvre ou de diffuser l'oeuvre sous des conditions plus restrictives que celles de la licence originale (par exemple sous une licence propriétaire)²⁰⁴².

931. La relation avec les exceptions au monopole des auteurs. Il est également précisé que la licence n'affecte pas les exceptions aux droits exclusifs prévues par la loi²⁰⁴³. Ainsi, même si en règle générale les stipulations contractuelles prévalent sur les exceptions légales²⁰⁴⁴, les licences *Creative Commons* ne retirent pas aux utilisateurs le bénéfice des exceptions. En l'occurrence, ceci n'a pas grande importance pour les e-Universités en France et en Allemagne, car même la plus restrictive des licences *Creative Commons* autorise le licencié à faire plus que ce qu'autorisent les exceptions d'enseignement et de recherche dans ces deux pays²⁰⁴⁵. Or rappelons qu'aux États-Unis par exemple le *fair use* peut autoriser certaines utilisations commerciales²⁰⁴⁶ — dans ce cas, la clause NC n'est pas de nature à les interdire.

932. La relation avec les droits moraux. Les droits moraux (ainsi que d'autres droits de la personnalité, comme par exemple le droit à l'image et à la vie privée) ne sont pas affectés par les licences *Creative Commons*²⁰⁴⁷. Or dans la limite de la loi applicable, le donneur de licence s'engage à ne pas les exercer contre le licencié afin de ne pas empêcher sa jouissance de l'autorisation accordée par la licence. Il s'agit donc d'une espèce de *pactum de non pe-*

²⁰⁴² « Vous ne pouvez proposer ou imposer des termes et conditions supplémentaires ou différents, ou appliquer quelque mesure technique efficace que ce soit à l'Œuvre sous licence si ceux(celles)-ci sont de nature à restreindre l'exercice des Droits accordés par la licence aux utilisateurs de l'Œuvre sous licence » (article 2(a) 5 B).

²⁰⁴³ « Afin de lever toute ambiguïté, lorsque les Exceptions et limitations s'appliquent à Votre utilisation, la présente Licence publique ne s'applique pas et Vous n'avez pas à Vous conformer à ses termes et conditions. » (article 2(a) 2).

²⁰⁴⁴ V. *supra* no. 346 et ss.

²⁰⁴⁵ Ce propos exige quelques précisions :

- l'exigence BY va plus loin que l'attribution exigée par le droit de paternité de l'oeuvre (v. *supra* no. 936) ;
- l'exigence NC peut être interprétée de manière plus stricte que les exceptions légales à des fins d'enseignement et de recherche (qui, elles aussi, exigent que le but poursuivi soit non-commercial — v. *supra* no. 943) ;
- les exceptions légales n'autorisent pas les modifications des oeuvres (comme la clause ND ; v. l'art. 62 de la UrhG), mais cette interdiction semble moins catégorique que celle de la clause ND (la notion d'adaptation dans les licences Creative Commons est large).

²⁰⁴⁶ V. *supra* no. 600.

²⁰⁴⁷ Section 2(b).

tendo, qui, au moins s'agissant des droits moraux, sera probablement dépourvu d'effet si la loi applicable est la loi française en raison de l'ordre public ; en revanche, en droit allemand les engagements portant sur l'exercice des droits moraux ne sont pas interdits *a priori*²⁰⁴⁸.

933. La relation avec les droits voisins et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. S'agissant du droit *sui generis*, celui-ci est expressément visé par la section 4 de la licence, insérée pour la première fois dans la version générique des licences (« *unported* ») depuis la version 4.0²⁰⁴⁹. Cette nouvelle section précise que si l'objet de la licence est protégé par le droit *sui generis* accordé par la Directive 96/9/CE, l'autorisation concerne le droit d'extraction et de réutilisation. La notion d'adaptation²⁰⁵⁰ est aussi précisée au regard d'une base de données²⁰⁵¹. S'agissant des autres droits voisins (comme le droit sur les éditions scientifiques), toutes les stipulations de la licence concernant le droit d'auteur leur sont aussi applicables²⁰⁵². Ceci est très important pour les jeux de données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques qui peuvent être protégés par divers droits exclusifs²⁰⁵³. Les licences *Creative Commons 4.0* permettent de couvrir tous ces monopoles dans une licence de manière expresse et relativement claire, ce qui est un avantage considérable par rapport aux autres licences de contenu.

²⁰⁴⁸ V. *supra* no. 914.

²⁰⁴⁹ Avant la version 4.0, certaines « *ported versions* » visaient expressément le droit *sui generis*, par ex. la version française 3.0.

²⁰⁵⁰ V. *infra* no. 937 et ss. et 943 sur les clauses SA et NC.

²⁰⁵¹ « *si Vous incluez la totalité ou une partie substantielle du contenu de la base de données dans une base de données pour laquelle Vous détenez un Droit sui generis de producteur de bases de données, la base de données sur laquelle Vous détenez un tel droit (mais pas ses contenus individuels) sera alors considérée comme une Œuvre dérivée* » (article 4(b)).

²⁰⁵² Article 1 : « *Droits accordés par la licence signifie droits qui Vous sont accordés selon les termes et conditions d'utilisation définis par la présente Licence publique, limités aux Droit d'auteur et droits connexes applicables à Votre utilisation de l'Œuvre sous licence et que le Donneur de licence a le droit d'accorder* » (g) ; « *Droit d'auteur et droits connexes signifie droit d'auteur et/ou droits connexes incluant, notamment, la représentation, la radio et télédiffusion, l'enregistrement sonore et le Droit sui generis des producteurs de bases de données, quelle que soit la classification ou qualification juridique de ces droits* » (c) (toutefois, sont expressément exclus de cette définition les droits moraux).

²⁰⁵³ V. *supra* no. 331.

b. Les restrictions et les obligations du licencié dans les licences *Creative Commons 4.0*

934. Les restrictions et les obligations du licencié. Le licencié n'est jamais complètement libre de faire ce que bon lui semble avec l'oeuvre qui fait l'objet d'une licence *Creative Commons*. Des clauses de la licence lui imposent des obligations liées à l'usage de l'oeuvre (i) ou limitent l'étendue de l'autorisation accordée (ii). Si le licencié manque à une des obligations découlant du contrat ou dépasse l'autorisation accordée, celui-ci est automatiquement résilié (iii).

i) Les obligations du licencié non-limitatives de l'étendue de l'autorisation

935. Introduction. La section 3 de toutes les licences *Creative Commons 4.0* peut contenir deux sortes d'obligations qui ne sont pas de nature à limiter l'étendue de l'autorisation accordée par la licence. L'une de ces obligations — *Attribution (BY)* — est présente dans chaque licence *Creative Commons* (depuis la version 2.0) (α) ; l'autre — *Share-alike (SA)*²⁰⁵⁴ — est optionnelle (β).

α . L'attribution (BY) — un élément non-optionnel de chaque licence *Creative Commons*

936. Une obligation étonnamment complexe. Il est important de se rendre compte que la condition BY²⁰⁵⁵ va bien au-delà de ce qui est exigé par le droit de paternité (qui protège « *le nom et la qualité de l'auteur* »). En effet, il ne suffit pas de mentionner le nom de l'auteur pour y satisfaire. Le licencié est obligé, à chaque fois qu'il partage²⁰⁵⁶ l'oeuvre, d'indiquer le nom de l'auteur (ou le cas échéant son pseudonyme) ainsi que de toute autre person-

²⁰⁵⁴ L'appellation traduite officiellement en français comme « *Partage à l'identique* ».

²⁰⁵⁵ Article 3(a).

²⁰⁵⁶ Le « *partage* » [sharing] est défini de manière large dans l'article 1 de la licence ; la notion englobe — pour utiliser la terminologie de la Directive 2001/29/CE (v. *supra* no. 181) — la communication au public et la distribution, mais uniquement si ces actes nécessitent l'autorisation du titulaire des droits (donc quand elles ne sont pas concernées par des exceptions légales) : « *Partager signifie mettre une oeuvre à la disposition du public par tout moyen ou procédé qui requiert l'autorisation découlant des Droits accordés par la licence, tels que les droits de reproduction, de représentation au public, de distribution, de diffusion, de communication ou d'importation, y compris de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ».

ne désignée par le donneur de licence à recevoir une telle attribution. Ainsi, le donneur de licence peut exiger la mention du nom par exemple de son éditeur, de son université ou de l'organisme de financement. De plus, doit être retenue toute notice de droits d'auteur (par exemple « (c) 2012 John Smith »), la référence à la licence *Creative Commons* sous laquelle l'oeuvre est diffusée (accompagnée du texte de la licence ou d'un lien hypertexte vers celui-ci), l'avertissement sur l'exclusion de garanties²⁰⁵⁷, ainsi que, quand ceci est raisonnablement praticable, un lien hypertexte vers l'oeuvre originale. Le licencié qui exerce son droit de modifier l'oeuvre originale doit aussi indiquer que de telles modifications ont eu lieu (ainsi que retenir toute mention de modifications précédentes). Par ailleurs, le donneur de licence peut expressément demander la suppression de toute information exigée par la clause BY²⁰⁵⁸. Nous constatons donc que l'obligation BY est complexe et difficile à satisfaire²⁰⁵⁹, spécialement par un licencié qui s'est borné à lire le résumé explicatif de la licence. Toutefois, quelques allègements de cette obligation ont eu lieu dans la version 4.0. Premièrement, les éléments énumérés doivent être mentionnés seulement s'ils ont été fournis par le donneur de licence (par exemple dans une notice « *pour citer cet article :* » ; si le lien ou le URI n'y figurent pas, le licencié n'a pas à les chercher lui-même). Deuxièmement, la portée de l'obligation BY doit être évaluée avec souplesse, en prenant en compte le support, les moyens et le contexte de l'utilisation²⁰⁶⁰. Tout de même, il est évident que dans certains cas l'exigence BY peut causer des problèmes d'*attribution stacking* difficiles à surmonter²⁰⁶¹. C'est pour cela qu'on recommande l'utilisation de CC0 plutôt que CC BY, notamment pour les jeux de données partagés en *Open Research Data*²⁰⁶².

²⁰⁵⁷ Cet élément, à notre sens, s'applique uniquement si le donneur de licence exige une mention supplémentaire par rapport au texte de la licence.

²⁰⁵⁸ Article 3(a) 3.

²⁰⁵⁹ Il est facile de s'imaginer qu'une « attribution » requise peut par ex. prendre la forme suivante : « *ceci est une oeuvre de A publiée par l'éditeur B grâce au financement de C, qui a été traduite en français par D et mise à jour par E et F ; l'oeuvre originale est disponible sous la licence Creative Commons BY 4.0 Unported sur le site : <lien hypertexte> ; (c) 2013 Michel X ; l'auteur n'est pas responsable pour le contenu de son article* ».

²⁰⁶⁰ « *Vous pouvez satisfaire aux conditions de l'Article 3(a)(1) dans toute la mesure du possible, en fonction des supports, moyens et contextes dans lesquels Vous Partagez l'Œuvre sous licence* » (article 3(a) 2).

²⁰⁶¹ V. *supra* no. 209.

²⁰⁶² V. *supra* no. 822.

β. SA — le *copyleft* dans l'univers des oeuvres non-logicielles

937. Une obligation controversée. La clause SA oblige le licencié qui modifie l'oeuvre originale de partager la version modifiée sous la même licence ou une licence compatible. Il s'agit donc d'un mécanisme de *copyleft*, visant à préserver les communs et empêcher leur re-privatisation²⁰⁶³. Pour expliquer la portée de cette obligation, il est important de voir d'abord quelles sont les modifications qui déclenchent le mécanisme de la clause SA (a'), et ensuite quelles sont les licences compatibles (b'). Pour finir cette analyse il faut présenter les controverses que suscite la clause SA (c').

a'. Les modifications visées

938. La notion d'adaptation. La clause SA est déclenchée à chaque fois qu'une adaptation est partagée (communiquée au public). L'adaptation (*Adapted Material*) est définie dans le texte du contrat, et cela de manière très large comme toute création basée sur une oeuvre originale ou dérivée de celle-ci, dans laquelle l'oeuvre originale est traduite, altérée, arrangée, transformée ou autrement modifiée d'une manière qui nécessite l'autorisation de l'auteur selon la loi applicable²⁰⁶⁴. Ceci concerne en particulier les ressources pédagogiques numériques, qui peuvent utiliser des contenus (sons, images, textes) d'une manière excédant l'exception d'enseignement (ce qui en l'état actuel du droit n'est pas difficile à imaginer) et qui peuvent par la suite (si elles sont communiquées au public) devoir être soumises à la même licence ou à une licence compatible.

939. L'exception prévue par la licence : les modifications techniques. Une lecture attentive des licences révèle qu'une catégorie de modifications est exclue de la définition de l'adaptation : il s'agit des modifications techniques nécessaires à exercer les droits conférés au licencié par la licence²⁰⁶⁵. L'exception est importante, puisque l'étendue de l'autorisation

²⁰⁶³ V. *supra* no. 774.

²⁰⁶⁴ Article 1 : « *Œuvre dérivée signifie œuvre protégée par les Droit d'auteur et droits connexes, dérivée ou adaptée de l'Œuvre sous licence et dans laquelle l'Œuvre sous licence est traduite, retouchée, arrangée, transformée, ou modifiée de telle façon que l'autorisation du Donneur de licence est nécessaire, conformément aux dispositions des Droit d'auteur et droits connexes* » ; v. *supra* sur les doutes concernant la loi applicable.

²⁰⁶⁵ Article 2(a) 4 : « *Le Donneur de licence renonce et/ou accepte de ne pas exercer ses droits qui pourraient être susceptibles de Vous empêcher d'apporter les modifications techniques nécessaires pour exercer les Droits accordés par la licence, y compris celles nécessaires au contournement des Mesures techniques efficaces.* »

accordée par la licence est très large²⁰⁶⁶. À notre sens, sont concernés tous les changements de format de fichiers (pour les intégrer dans une archive) et autres transformations visant l'interopérabilité technique (par exemple changement du codage des caractères d'un jeu de données linguistiques afin de pouvoir les intégrer dans un corpus plus large ou analyser avec un logiciel particulier), nécessaires notamment à des fins du *data mining*.

b'. Les licences imposées pour les adaptations

940. Choix très limité. Si les versions modifiées sont partagées²⁰⁶⁷, elle doivent être accompagnées de la même licence (c'est à dire la licence *Creative Commons* contenant exactement les mêmes conditions), de sa version plus récente (ce qui permettra de « moderniser » les communs de manière fluide le jour où une nouvelle version sera lancée) ou d'une licence compatible. La compatibilité des licences est officiellement évaluée par l'organisation *Creative Commons*. Jusqu'à présent, deux licences ont été approuvées comme compatibles avec la licence CC BY-SA 4.0²⁰⁶⁸ : la Licence Art Libre (LAL) v. 1.3²⁰⁶⁹ et — avec certaines restrictions — la GNU GPL v3. Le première hypothèse nous intéresse peu, car la LAL, bien que d'origine française, vise principalement les créations esthétiques et elle est par conséquent très peu utilisée dans le monde de l'enseignement et de la recherche. La deuxième (GNU GPL v3) est d'une grande importance pour un secteur d'activités assez limité (mais concernant aussi la recherche), où les données sont intégrées dans un logiciel de manière indissociable (comme par exemple la transformation des données textuelles en XML). Il est donc utile de pouvoir diffuser un tel produit sous une licence de logiciel. Nous remarquons qu'aucune autre compatibilité n'a été approuvée : ainsi, dans le cas des licences CC BY-NC-SA (toutes les versions) et des anciennes versions de la licence CC BY-SA (de 1.0 à 3.0) la seule possibilité de satisfaire à l'obligation SA est d'utiliser la même licence ou sa version plus récente.

²⁰⁶⁶ V. *supra* no. 928.

²⁰⁶⁷ Le seul « *usage interne* » ne suffit donc pas pour déclencher le mécanisme, v. à propos d'un logiciel (où les limites de l'« *usage interne* » sont, nous l'avouons, particulièrement délicats à dessiner) : B. EGRET et Y. KAPLUN, La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres, RLDI no. 12 (janvier 2006), pp. 51-53.

²⁰⁶⁸ D'après : <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-considerations/compatible-licenses/>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰⁶⁹ <http://artlibre.org>

c'. Les controverses liées au *copyleft*

941. Critiques souvent mal fondées. La mécanique du *copyleft* décrit ci-dessus a fait couler beaucoup d'encre. Il a été vivement critiqué par M. Caron dans son article de 2003 concernant la GNU GPL (qui connaît un mécanisme très similaire)²⁰⁷⁰. Pour l'auteur, « *il est contestable que la licence (...) oblige [l'auteur d'une adaptation] à renoncer à ses propres droits patrimoniaux sur l'oeuvre dérivée (...) En effet, cette renonciation à un droit futur (...) méconnaît le droit fondamental de l'auteur à exploiter son oeuvre future. Il serait, en effet, très dangereux que des auteurs puissent renoncer, de façon aussi générale et sans respecter le formalisme du code de la propriété intellectuelle, à exercer leurs prérogatives* »²⁰⁷¹. La critique n'est pas fondée et elle résulte selon nous d'une mauvaise compréhension du mécanisme *copyleft*²⁰⁷² — les licences publiques n'emportent aucune renonciation aux droits patrimoniaux (comme nous l'avons expliqué *in extenso supra*). L'article de M. Caron a provoqué une réponse de la part de la filiale française de la *Free Software Foundation*²⁰⁷³. Des doutes quant à la compatibilité du mécanisme *copyleft* avec la loi ont aussi été exprimés par d'autres auteurs en France²⁰⁷⁴ et même en Allemagne²⁰⁷⁵. Un point de vue intéressant a été présenté par Mme Dusollier, pour laquelle la clause SA confère aux licences un caractère *erga omnes* (en

²⁰⁷⁰ C. CARON, Les licences de logiciels..., précité.

²⁰⁷¹ *Idem*, no. 8.

²⁰⁷² L'ensemble de l'article témoigne selon nous de cette mauvaise compréhension de l'auteur ; on lit plus loin : « *cette renonciation, à la supposer valable, ne vaut pas cession, ce qui signifie que l'auteur de la modification sur [l'oeuvre] ne transfère pas ses droits au donneur de licence initial. Or, c'est pourtant ce dernier qui va ensuite autoriser d'autres licenciés à effectuer des modifications à partir de programmes déjà modifiés. Dès lors, l'autorisation va porter, pour une part, sur le programme original, mais aussi, pour une autre part, sur la partie modifiée* ». L'analyse est erronée, car l'autorisation d'utiliser l'oeuvre dérivée est accordée par l'auteur de l'oeuvre dérivée, après que celui-ci ait reçu l'autorisation requise de l'auteur de l'oeuvre originale, et dans les modalités définies par ce dernier (donc par le biais d'une licence dont le choix est imposé par le donneur de licence original).

²⁰⁷³ Publiée par Loïc Dachary sur la liste de discussion de la FSF France le 27 juin 2003, disponible sur : <http://lists.gnu.org/archive/html/fsfe-france/2003-06/msg00102.html>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰⁷⁴ V. notamment C. ROJINSKY et V. GRYNBAUM, Les licences libres et le droit français, Propr. intell. no. 4 (juillet 2002), p. 28-37 (qui s'interrogent à juste titre si le mécanisme du *copyleft* ne porte pas atteinte au droit de divulgation (spéc. p. 36)) ; v. aussi : C. LE GOFFIC, Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur, RLDI no. 77 (décembre 2011), étude 2576, pp. 8-10.

²⁰⁷⁵ En Allemagne, les doutes quant à la validité du mécanisme de *copyleft* sont liés aux règles sur les AGB (v. *supra* no. 894) surtout dans les contrats avec un consommateur, v. : A. FUNK, G. ZEIFANG, Die GNU General Public License, Version 3.0, *Computer und Recht*, vol. 22, no. 10 (octobre 2007), pp. 617-624 ; L. DETERMANN, Softwarekombinationen unter der GPL, GRUR Int. 2006, pp. 645-653 ; G. SPINDLER, *Rechtsfragen bei Open Source*, Otto Schmidt 2004, p. 120 ; mais v. *contra* : T. JÄGER, A. METZGER, *précités*, no. 188, pp. 206-207.

les transformant en une obligation réelle)²⁰⁷⁶. L'analyse est courageuse et elle nous semble tentante, même si à notre sens le droit des contrats suffit pour expliquer leur fonctionnement. S'agissant de la jurisprudence, elle se montre généralement favorable à ce mécanisme : sa validité a été très clairement admise par les juges allemands (dans une décision concernant la licence GNU GPL)²⁰⁷⁷ et étasunien (qui en a fait une interprétation assez restrictive)²⁰⁷⁸. À notre connaissance, le juge français ne s'est jamais prononcé sur la question de la clause *copyleft*²⁰⁷⁹. En effet, sa conformité avec le droit de divulgation peut *prima facie* paraître problématique. Or selon nous, l'auteur de modifications garde toujours la possibilité de ne pas partager l'oeuvre dérivée et de la garder pour son usage interne, sans déclencher la clause SA.

ii) Les conditions limitant l'étendue de l'autorisation

942. Introduction. Deux autres conditions optionnelles ne sont pas de nature à imposer des obligations au licencié, mais à limiter l'étendue de l'autorisation qui lui est accordée. Elles se retrouvent donc dans l'article 2 et non dans l'article 3 de la licence. Il s'agit des conditions « *Pas d'utilisation commerciale* » (*NonCommercial*, NC — α) et « *Pas de modification* » (*NoDerivatives*, ND — β). Les deux restrictions sont incompatibles avec la Définition du savoir ouvert (*Open Definition*), avec la définition de l'oeuvre libre²⁰⁸⁰ et avec les standards d'*Open Access*, *Open Data* et *Open Educational Resources*. Tout de même, elles sont

²⁰⁷⁶ S. DUSOLLIER, Le jeu du *copyleft* entre contrat et propriété, *Cahiers de droit de l'entreprise*, no. 6 (nov. 2015), pp. 49-56 : « *La normativité des licences libres s'étend en effet bien au-delà des seules parties au contrat, en raison du mécanisme de copyleft expliqué ci-dessus. Les libertés d'utilisation conférées par le libre s'attachent à l'oeuvre dans toutes ses copies ou modes de circulation, et également en cas de modification de celle-ci. Chaque utilisateur d'une copie de l'oeuvre ou d'une version dérivée de celle-ci bénéficiera donc de la licence, dont l'opposabilité s'embarasse peu d'un processus contractuel classique* ».

²⁰⁷⁷ LG München, 19 mai 2004, précité : « *Die Kammer hat keine Bedenken gegen die Zulässigkeit die Bedingungen Ziffer 2 ; 3 GPL. Der Lizenznehmer wird lediglich verpflichtet, die ihm kostenfrei zur Verfügung gestellte und gegebenenfalls bearbeitete Software so weiterzugegeben, dass auch Dritte diese Software nutzen können. Das Grundprinzip der Open-Source Software wird überdies von dem Gesetzgeber mit der Regelung in § 32 Abs.3 S.3 UrhG ausdrücklich anerkannt* ».

²⁰⁷⁸ Dans l'affaire *Drauglis v. Kappa Map Grou LLC*, (18 août 2015, No. 1 :2014cv01043, Doc. 39 (D.D.C. 2015)) la Cour de district pour le District de Colombie a jugé que l'incorporation d'une photographie (sous la licence CC BY-SA 2.0) dans un atlas géographique ne déclenche pas la clause SA, car l'atlas n'était pas dérivé de la photographie. Ainsi, le défendeur n'était pas obligé de publier l'atlas sous la même licence.

²⁰⁷⁹ Des décisions consacrant la validité générale de la licence GNU GPL ne s'interrogent pas spécifiquement sur le mécanisme du *copyleft*.

²⁰⁸⁰ V. *supra* no. 868.

souvent choisies par les enseignants-chercheurs qui craignent le détournement de leur travail²⁰⁸¹. Il convient donc d'analyser leur contenu.

α. NC — une restriction d'interprétation délicate

943. Présentation de la clause NC. Sur le plan théorique, la restriction NC est bien simple : elle consiste à ne pas autoriser le licencié à faire un usage commercial de l'oeuvre²⁰⁸². Ainsi, le droit d'exploiter l'oeuvre commercialement reste réservé à l'auteur²⁰⁸³. Cependant, force est de constater que la mise en oeuvre de cette restriction est particulièrement délicate, spécialement dans le contexte de l'enseignement et de la recherche. La licence elle-même définit l'usage commercial comme ayant « *principalement pour but ou pour objectif d'obtenir un avantage commercial ou une compensation financière* »²⁰⁸⁴. Une interprétation très stricte est parfois envisagée, selon laquelle seuls les usages privés sont non-commerciaux, et que la restriction NC exclut toute utilisation professionnelle²⁰⁸⁵ ; une telle interprétation était même temporairement retenue par le juge de Cologne²⁰⁸⁶. Or elle risque de priver la licence ainsi limitée de son sens économique, car une grande partie des usages à titre strictement privé ne nécessitent pas l'autorisation de l'auteur ou sont couverts par des exceptions légales²⁰⁸⁷ que les licences *Creative Commons* n'affectent pas²⁰⁸⁸. Des efforts ont été entrepris pour éclairer l'interprétation de la clause NC, avec notamment une étude publiée en 2009 par

²⁰⁸¹ Selon les données publiées par Creative Commons, 67,5% des licences utilisées contiennent la clause NC et 24,3% — la clause ND (d'après : https://wiki.creativecommons.org/wiki/Metrics/License_statistics, consulté le 13 décembre 2017).

²⁰⁸² Dans les licences contenant cette restriction, les mots « *seulement pour une Utilisation non commerciale* » sont insérés dans les clauses relatives aux autorisations (l'article 2(a) 1, A et B ainsi que l'article 4(a)).

²⁰⁸³ Alors on peut dire que l'emploi des licences contenant cette clause témoigne d'un certain optimisme de l'auteur, qui espère un jour pouvoir percevoir une rémunération.

²⁰⁸⁴ Définition d' « *utilisation non commerciale* » (article 1 des licences contenant la clause NC) interprétée *a contrario*.

²⁰⁸⁵ V. GRASSMUCK, Towards a New Social Contract..., *précité*.

²⁰⁸⁶ LG Köln, 5 mars 2014, 28 O 232/13, MMR 2014, 478 ; la décision a été vite infirmée par la OLG Köln, 31 oct. 2014, 6 U 60/14, GRUR 2015, 167.

²⁰⁸⁷ V. *supra* no. 189, 195 et no. 458 et ss.

²⁰⁸⁸ En ce sens v. M. CLÉMENT-FONTAINE, La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015, p.164; v. *supra* no. 931.

la fondation *Creative Commons*²⁰⁸⁹ ou un accord conclu entre cette organisation et la SACEM²⁰⁹⁰, mais les résultats sont au final assez peu satisfaisants. Il semble que l'identité du licencié ne doive pas être prise en compte (à savoir s'il est une entreprise ou une personne physique), et que seule importe la finalité de l'usage. Selon nous, dans le contexte des e-Universités, du point de vue du licencié la clause NC n'interdit *a priori* aucune des activités qui entrent dans la mission du service public de l'enseignement supérieur; elle peut cependant affecter les partenariats public-privé. Or s'agissant du point de vue du donneur de licence, le choix de cette clause optionnelle doit être fortement déconseillé²⁰⁹¹, et pas seulement parce qu'elle menace la sécurité juridique du licencié.

β. La restriction ND en relation étroite avec les exceptions légales

944. Présentation de la clause ND. En optant pour une clause « *Pas de modification* » le donneur de licence fait le choix de ne pas autoriser le licencié à partager les adaptations de l'oeuvre²⁰⁹². Toutefois, sont autorisées les modifications techniques²⁰⁹³. Il est aussi intéressant de voir que les adaptations peuvent toujours être créées et utilisées dans le cadre des exceptions légales²⁰⁹⁴ — l'interdiction concerne uniquement le partage, c'est-à-dire les actes de communication au public qui nécessitent une autorisation. On constate encore une fois qu'un système d'exceptions larges à des fins d'enseignement est indispensable pour compléter les mécanismes contractuels visant à établir les communs intellectuels. Néanmoins, tout comme la restriction NC, l'utilisation de la condition ND dans les e-Universités est déconseillée²⁰⁹⁵.

²⁰⁸⁹ Creative Commons, Defining “Noncommercial”, A Study of How the Online Population Understands “Non-commercial Use”, septembre 2009, disponible sur : https://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰⁹⁰ <http://www.sacem.lu/createurs/experience-pilote-sacem-creative-commons>, consulté le 13 décembre 2017.

²⁰⁹¹ En ce sens, v. R. M. STALLMAN, On-line education is using a flawed Creative Commons license (septembre 2012), disponible sur : <http://stallman.org/articles/online-education.html>, consulté le 13 décembre 2017 ; v. aussi : M. CLÉMENT-FONTAINE, La clause non commerciale..., *précité*.

²⁰⁹² V. *supra* no. 941 et 938 sur les notions de partage et d'adaptation.

²⁰⁹³ V. *supra* no. 939.

²⁰⁹⁴ Par exemple la nouvelle exception à des fins de *data mining* — v. *supra* no. 536 et ss., 561 et ss., 564 et ss., 582.

²⁰⁹⁵ V. par ex. R. M. STALLMAN, On-line education..., *précité*.

iii) Le résiliation de la licence dans le cas de manquement contractuel par le licencié

945. Clause résolutoire. L'article 6 des licences *Creative Commons 4.0* contient une clause résolutoire selon laquelle en cas de violation du contrat, il est résolu de plein droit ; le licencié devient donc passible de contrefaçon s'il continue à utiliser l'oeuvre. Depuis la version 4.0, la résiliation en cas de manquement n'est pas définitive — la licence est automatiquement rétablie si le licencié pallie le manquement dans un délai de 30 jours à partir du moment où il l'a découvert ; elle peut aussi à tout moment être expressément rétablie par le donneur de licence²⁰⁹⁶. La résiliation n'affecte pas certaines clauses, et notamment la clause limitative de responsabilité.

c. La tentative de protéger le donneur de licence — les clauses limitatives de responsabilité

946. Effets limités. Comme la plupart des licences publiques, toutes les licences *Creative Commons* contiennent une clause d'exclusion de garanties et une clause limitative de responsabilité. L'article 5 des licences *Creative Commons 4.0* est formulée de manière à garantir la plus large limitation de responsabilité du donneur de licence possible selon la loi applicable²⁰⁹⁷. Une analyse détaillée de la validité de ces clauses dépasse le cadre de notre

²⁰⁹⁶ « Lorsque les Droits accordés par la licence ont été révoqués selon les termes de l'Article 6(a), ils seront rétablis : 1. automatiquement, à compter du jour où la violation aura cessé, à condition que Vous y remédiez dans les 30 jours suivant la date à laquelle Vous aurez eu connaissance de la violation ; ou 2. à condition que le Donneur de licence l'autorise expressément. » (article 6(b)).

²⁰⁹⁷ « a. Sauf indication contraire et dans la mesure du possible, le Donneur de licence met à disposition l'Œuvre sous licence telle quelle, et n'offre aucune garantie de quelque sorte que ce soit, notamment expresse, implicite, statutaire ou autre la concernant. Cela inclut, notamment, les garanties liées au titre, à la valeur marchande, à la compatibilité de certaines utilisations particulières, à l'absence de violation, à l'absence de vices cachés ou autres défauts, à l'exactitude, à la présence ou à l'absence d'erreurs connues ou non ou susceptibles d'être découvertes dans l'Œuvre sous licence. Lorsqu'une limitation de garantie n'est pas autorisée en tout ou partie, cette clause peut ne pas Vous être applicable.

b. Dans la mesure du possible, le Donneur de licence ne saurait voir sa responsabilité engagée vis-à-vis de Vous, quel qu'en soit le fondement juridique (y compris, notamment, la négligence), pour tout préjudice direct, spécial, indirect, incident, consécutif, punitif, exemplaire, ou pour toutes pertes, coûts, dépenses ou tout dommage découlant de l'utilisation de la présente Licence publique ou de l'utilisation de l'Œuvre sous licence, même si le Donneur de licence avait connaissance de l'éventualité de telles pertes, coûts, dépenses ou dommages. Lorsqu'une exclusion de responsabilité n'est pas autorisée en tout ou partie, cette clause peut ne pas Vous être applicable.

c. Les limitations de garantie et exclusions de responsabilité ci-dessus doivent être interprétées, dans la mesure du possible, comme des limitations et renoncements totales de toute responsabilité ».

étude ; nous nous bornons à constater qu'en droit français une telle clause est en principe valable si elle ne porte pas atteinte à « *l'obligation essentielle* »²⁰⁹⁸ (qui pour le donneur de licence semble être de donner au licencié la possibilité de jouir de l'oeuvre). En droit allemand, l'article 309(7) du BGB dispose que sont réputées non-écrites les clauses des AGB visant à limiter la responsabilité pour dommage corporel résultant d'une négligence (*fahrlässige Pflichtverletzung*) ou pour tout dommage résultant d'une faute grossière (*grob fahrlässige Pflichtverletzung*). *A contratio*, toutes les autres clauses relatives à la responsabilité restent en principe valables²⁰⁹⁹. Mme Dulong de Rosnay estime, sans doute avec l'humour propre aux grands juristes, mais pas de manière complètement déraisonnable, que cette limitation de responsabilité dans une licence a pour effet de créer une exception au principe *nemo plus iuris*²¹⁰⁰. En effet, il semble que (si cela n'est pas un manquement à son obligation essentielle ou le résultat d'une faute grossière) le donneur de licence ne peut pas être tenu responsable s'il autorise des actes qui ne relèvent pas de son monopole, mais bien du monopole d'autrui. L'oeuvre est mise à disposition « *en l'état* » et le licencié l'utilise à ses risques et périls. Toutefois, il est fondamental que les donneurs de licence, spécialement dans les e-Universités, s'assurent (dans la mesure du praticable) que les droits faisant l'objet de la licence leur appartiennent. Sinon, même s'ils sont à l'abri de la responsabilité civile, leur réputation ainsi que la confiance indispensable pour construire les communs du savoir risquent d'en souffrir.

3. La possibilité d'assortir la licence d'une autorisation supplémentaire :

la CC+

947. Présentation de l'outil. Depuis 2006, l'organisation *Creative Commons* propose également un outil permettant d'assortir une des licences CC d'une autorisation supplémentaire (dépassant celle de la licence), appelé CC+ ou CCPlus²¹⁰¹. Ceci permet par exemple de choisir une licence restrictive (CC BY-NC-ND) pour chaque utilisateur, tout en offrant une

²⁰⁹⁸ Cass. com. 9 juin 2010, n°09-11.841 (*Faurecia*).

²⁰⁹⁹ Si l'on écarte l'hypothèse d'un dommage corporel résultant de l'utilisation d'une oeuvre de l'esprit, on constate que seule la responsabilité pour une faute grossière ne peut pas être limitée.

²¹⁰⁰ M. DULONG DE ROSNAY, *Open Content Licenses Without Representation : Can You Give Away More Rights Than You Have?*, *European Journal of Law and Technology*, 2013, 4 (3), <halshs-00921618>.

²¹⁰¹ <https://wiki.creativecommons.org/wiki/CCPlus>, consulté le 13 décembre 2017.

autorisation plus large (par exemple de type CC BY) pour certaines catégories de licenciés (comme les enseignants-chercheurs) ou pour certaines utilisations spécifiques (comme les activités de recherche dans le domaine de la linguistique, par exemple). Sur le plan technique, il s'agit tout simplement d'ajouter dans la licence un lien vers une autorisation supplémentaire (« *permissions beyond* »), qui sera ensuite intégrée dans son résumé explicatif. Or l'organisation *Creative Commons* se borne à fournir l'outil technique et ne propose pas des contrats-types à joindre aux licences — c'est le donneur de licence qui doit donc rédiger le texte de cette autorisation supplémentaire. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles l'outil reste quasi-inconnu et très peu utilisé, même s'il offre des possibilités qui peuvent *a priori* intéresser les enseignants-chercheurs qui cherchent une solution intermédiaire entre une *openness* complète et la publication traditionnelle.

B. Autres licences de contenu

948. Un choix peu recommandable. Les licences *Creative Commons* bénéficient de leur notoriété et de l'effet de réseau qui va avec. Les autres licences de contenus sont beaucoup moins populaires et donc leur choix risque de limiter l'avantage que le public peut tirer des communs, car les contenus ainsi diffusés vont se trouver en dehors du courant dominant. Ainsi, nous ne recommandons pas l'utilisation de ces autres licences, sauf en cas de nécessité juridique, par exemple quand la licence est imposée par l'institution qui finance la recherche ou par une clause *copyleft*. Néanmoins, nous allons brièvement présenter ci-dessus certaines de ces licences alternatives à vocation internationale (1) et nationale (2).

1. Les licences à vocation internationale

949. Plan. Les licences à vocation internationale se distinguent par la langue de leur rédaction originale (qui est l'anglais) et par l'absence de désignation de la loi applicable²¹⁰².

²¹⁰² Les licences Open Data Commons contiennent des clauses de choix de loi applicable, mais elles se bornent à dire que la loi applicable est la *lex loi protectionis*, elles renvoient donc aux règles du droit international privé (« *This License takes effect in and will be governed by the laws of the relevant jurisdiction in which the License terms are sought to be enforced* » — section 10.4 des licences ODC-By et ODbL).

Dans cette catégorie l'on trouve notamment la *GNU Free Documentation License* (GFDL — a) et les licences *Open Data Commons* (b).

a. La *GNU Free Documentation License* (GFDL)

950. La licence de contenu signée *Free Software Foundation*. La GFDL (appelé en français « *licence GNU de documentation libre* »)²¹⁰³ est proposée par la *Free Software Foundation* depuis septembre 1999²¹⁰⁴. Sa dernière version (1.3) a été publiée en novembre 2008.

951. Les conditions de type BY et SA. Dans l'esprit de la licence GNU GPL, la GFDL oblige le licencié à retenir les notices de droit d'auteur (*copyright*) et la licence dans toutes les reproductions de l'oeuvre²¹⁰⁵, ainsi que de lister toutes les modifications apportées et d'utiliser la même licence pour les versions modifiées de l'oeuvre²¹⁰⁶. Ainsi, la GFDL s'apparente *grosso modo* aux licences CC BY-SA.

952. Un apport original — les « sections invariables ». L'originalité de la GFDL consiste à donner à l'auteur la possibilité de désigner certaines sections du document comme « *invariables* » (*invariant sections*). La modification de telles sections n'est pas autorisée²¹⁰⁷. Ceci peut intéresser les auteurs de certains écrits scientifiques, qui grâce à ce mécanisme pourront interdire la modification de sections qui reflètent leurs convictions intimes, tout en permettant la mise à jour du reste du document.

953. L'importance de la GFDL. Initialement, c'est la GFDL qui a été utilisée par Wikipédia ; or la GFDL 1.3 a été rédigée de manière à permettre la migration des contenus de Wikipédia vers la licence CC BY-NC 3.0²¹⁰⁸ et le changement a été effectué²¹⁰⁹. Aujourd'hui, l'importance de la GFDL est assez limitée ; on rencontre parfois cette licence dans la docu-

²¹⁰³ <https://www.gnu.org/licenses/fdl-1.3.html>

²¹⁰⁴ Comme un *request for comments* : https://groups.google.com/forum/#!topic/gnu.misc.discuss/xsRJ5cUIR_g

²¹⁰⁵ Section 3 ; les règles spéciales s'appliquent en cas d'impression de plus de 100 exemplaires (section 4).

²¹⁰⁶ Section 5.

²¹⁰⁷ Cf. *infra* no. 962 sur les licences DPPL.

²¹⁰⁸ Section 11 autorisait les opérateurs de « *Massive Multiauthor Collaboration Sites* » à effectuer le changement de la licence avant août 2009.

²¹⁰⁹ Certains textes de Wikipédia sont toujours disponibles sous la GFDL, v. https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Reusing_Wikipedia_content#Re-use_of_text_under_the_GNU_Free_Documentation_License, consulté le 13 décembre 2017.

mentation des logiciels, surtout publiés sous la GNU GPL. Dans les e-Universités, la GFDL peut être utilisée pour certains écrits scientifiques, bien qu'elle ne soit pas recommandée, car contenant une condition de type SA, la GFDL n'est pas compatible avec le standard *Open Access* interprété strictement²¹¹⁰. En revanche, elle n'est pas du tout adaptée aux jeux de données de recherche.

b. Les licences *Open Data Commons* (ODC)

954. Un effort louable, mais devenu obsolète. Les licences ODC ont été élaborées dans le cadre du projet portant le même nom, initié par Jordan Hatcher en 2007 et puis (en 2009) attaché à l'*Open Knowledge Foundation*²¹¹¹. L'idée était de créer des licences adaptées aux bases de données dans l'Union Européenne. L'effort était louable, car avant la version 4.0, l'utilisation des licences *Creative Commons* pour les jeux de données suscitait des doutes²¹¹². Or la dernière version des licences *Creative Commons* semble très bien adaptée aux bases de données²¹¹³, et donc les licences ODC, qui n'ont jamais bénéficié d'une vraie notoriété²¹¹⁴, sont selon nous devenues obsolètes. Néanmoins, elles peuvent toujours être rencontrées, notamment quand il s'agit des bases de données mises à disposition il y a quelques années.

955. Deux licences et une déclaration de renonciation. Il existe deux types de licences ODC : l'*Open Database License* (ODbL)²¹¹⁵, qui s'apparente à une licence CC BY-SA²¹¹⁶, et l'*Attribution License* (ODC-BY)²¹¹⁷, qui ressemble à une licence CC BY. L'ODC propose aussi une déclaration de renonciation qui peut s'interpréter comme une licence :

²¹¹⁰ V. *supra* no. 788.

²¹¹¹ <https://opendatacommons.org/about/>

²¹¹² V. *supra* no. 933.

²¹¹³ *Ibid.*

²¹¹⁴ Cf. L. GUIBAULT, A. WIEBE [dir.], *Safe to be open : Study on the protection of research data and recommendations for access and usage*, Universitätsverlag Göttingen 2013, pp. 154 et ss.

²¹¹⁵ <https://opendatacommons.org/licenses/odbl/1.0/>

²¹¹⁶ Or la « licence compatible » dans la clause *copyleft* est définie avec plus de souplesse, v. section 4.4.

²¹¹⁷ <https://opendatacommons.org/licenses/by/1.0/>

la *Public Domain Dedication and License* (PDDL)²¹¹⁸. L'ODbL est notamment utilisée par le site opendata.paris.fr.

2. Licences à vocation nationale

956. Introduction. Les licences à vocation nationale se distinguent surtout par une désignation claire de la loi applicable. Par conséquent, ces contrats ont été rédigés au vu des règles de cette loi applicable et (principalement) dans la langue du pays dont la loi est désignée²¹¹⁹. Leur origine est souvent liée aux efforts d'ouverture des données publiques²¹²⁰ ; en ce sens, elles s'inspirent de l'*Open Government Licence* britannique, pionnière en la matière²¹²¹. Nous allons nous pencher sur de telles licences existant en France (a) et en Allemagne (b).

a. En France — la Licence Ouverte (« *Open Licence* »)

957. Présentation. La Licence Ouverte, lancée en 2011, a été rédigée par la mission *Etalab*, chargée de préparer le portail de données publiques data.gouv.fr²¹²². Sa nouvelle version a été publiée en avril 2017²¹²³. L'élaboration d'une licence française était en effet nécessaire au regard de la loi *Toubon*²¹²⁴, du moins avant que la version 4.0 soit finalement traduite en français²¹²⁵ (car les anciennes versions qui ont été traduites en français n'étaient pas les

²¹¹⁸ <https://opendatacommons.org/licenses/pddl/1.0/>, cf. *supra* no. 708 sur la CC0.

²¹¹⁹ Il est intéressant de noter qu'à la lumière de cette définition, l'*Open Government License* britannique, bien qu'utilisée surtout au Royaume-Uni, est plutôt une licence à vocation internationale (v. la section « governing law »).

²¹²⁰ V. *supra* 810 et ss.

²¹²¹ V. le texte de l'*Open Government License* sur : <http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/version/3/>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹²² J. LAUSSON, Open Data : Etalab dévoile une licence ouverte pour les données publiques, publiée le 18 octobre 2011 sur <http://www.numerama.com/magazine/20231-open-data-etlab-devoile-une-licence-ouverte-pour-les-donnees-publiques.html>, consulté le 13 décembre 2017 ; v. le texte de la licence sur : <https://fr.scribd.com/doc/69252168/Licence-Ouverte-Open-Licence-Francais>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹²³ <https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/ETALAB-Licence-Ouverte-v2.0.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹²⁴ V. *supra* no. 916.

²¹²⁵ V. *supra* no. 924.

mieux adaptées aux bases de données²¹²⁶). La licence existe aussi en version anglaise (sous le nom « *Open Licence* » [sic!]²¹²⁷).

958. Contenu. La Licence Ouverte est une licence de type CC BY ; sa seule condition est donc de mentionner « *la paternité de l'information* »²¹²⁸ c'est à dire « *sa source (au moins le nom du [donneur de licence]) et la date de [sa] dernière mise à jour* ». La condition est donc différente de celles des licences *Creative Commons*²¹²⁹. Ceci n'a pas empêché les auteurs de la Licence Ouverte de proclamer (unilatéralement) sa compatibilité avec la licence CC BY²¹³⁰ et avec la licence ODC-BY. La Licence Libre est gouvernée par le droit français, ce qui témoigne de sa vocation nationale.

959. Importance. La licence est utilisée par la Plateforme ouverte de données publiques françaises²¹³¹, mais pas seulement. De nombreuses bibliothèques universitaires françaises ont opté pour le choix de la Licence Libre²¹³², ce qui est à notre sens assez regrettable, car cette licence inconnue à l'étranger et incompatible avec la plupart des licences *Creative Commons* borne leurs contenus aux périphéries des communs du savoir²¹³³. Il est vrai cependant que le choix a été imposé en partie par la loi *Toubon*²¹³⁴.

²¹²⁶ V. *supra* no. 933, 954.

²¹²⁷ Avec, nous ne saurons pas l'ignorer, une faute d'orthographe...

²¹²⁸ La formulation est maladroite, car elle désigne la « paternité » de l'information brute ou encore la « paternité » du producteur d'une base de données — or, aucun droit moral ne protège ce genre de « paternité »...

²¹²⁹ V. *supra* no. 936.

²¹³⁰ Version 1.0 proclamait sa compatibilité avec la licence CC BY 2.0 (déjà obsolète en 2011); version 2.0 ne précise plus la version de la licence CC BY compatible, ce qui nous laisse penser que les auteurs souhaitent que cette compatibilité vaille aussi pour les versions futures.

²¹³¹ data.gouv.fr

²¹³² V. notamment la Bibliothèque interuniversitaire de santé : <http://www2.biusante.parisdescartes.fr/wordpress/index.php/biu-sante-adopte-licence-ouverte-etalab/>, la Bibliothèque numérique patrimoniale du réseau documentaire des universités de Bordeaux (Babord-Num) : <http://www.babordnum.fr/about>, la Bibliothèque nationale universitaire de Strasbourg : <http://www.bnu.fr/collections/la-bibliotheque-numerique/les-images-de-la-bnu-et-la-licence-ouverte>, la Bibliothèque de documentation internationale contemporaine (où la licence est utilisée pour les documents... tombés dans le domaine public) : <http://argonnaute.u-paris10.fr/En-savoir-plus/p7/Licences-d-utilisation> (les liens consultés le 13 décembre 2017).

²¹³³ Sur la « ghettoïsation » des communs par les licences qui ne bénéficient pas d'un « effet de réseau » v. par ex. G. SPINDLER et Ph. ZIMBEHL, *Is Open Content a Victim of its Own Success? Some Economic Thoughts on the Standardization of Licenses* [in :] L. GUIBAULT, Ch. ANGELOPOULOS [dir.], *Open Content Licensing...*, *précité*, pp. 51-74.

²¹³⁴ V. *supra* no. 916.

b. En Allemagne

960. Plan. Deux familles de licences à vocation nationale existent en Allemagne : les *Datenlizenzen Deutschland* (i) et les licences *Digital Peer Publishing* (ii).

i) Les *Datenlizenzen Deutschland*

961. Licence pour les données publiques. Tout comme la France, l'Allemagne s'est aussi munie d'une licence pour les données du secteur public. La *Datenlizenz Deutschland* existe en deux versions : la *Datenlizenz Namensnennung*²¹³⁵ (une licence de type CC BY) et la *Datenlizenz Zero*²¹³⁶ (qui n'est pas une renonciation, mais qui, de manière assez exceptionnelle, n'impose strictement aucune condition). Les licences sont très simples et bilingues (disponibles en allemand et en anglais). Elles ne désignent pas la loi applicable. Une version ancienne prévoyait aussi la possibilité d'interdire les utilisations commerciales (type BY-NC)²¹³⁷.

ii) Les licences *Digital Peer Publishing*

962. Les licences intéressantes commandées par l'administration. Du point de vue de notre étude, les licences *Digital Peer Publishing* sont très intéressantes car, contrairement aux autres licences que nous avons présentées, elles sont destinées spécifiquement à la diffusion des écrits scientifiques. Elles contiennent dans leur préambule une référence expresse à la Déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance²¹³⁸. Les licences ont été commandées par le *Ministerium für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen* (Ministère de l'enseignement et de la recherche de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie) auprès de deux chercheurs de l'IfrOSS²¹³⁹, MM. Jäger et Metzger²¹⁴⁰, dans le cadre du projet DiPP

²¹³⁵ <https://www.govdata.de/dl-de/by-2-0>

²¹³⁶ <https://www.govdata.de/dl-de/zero-2-0>

²¹³⁷ <https://www.govdata.de/dl-de/by-nc-1-0>

²¹³⁸ V. *supra* no. 787.

²¹³⁹ Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software, <http://www.ifross.org>.

²¹⁴⁰ Cf. T. JÄGER, A. METZGER, *précités*.

(*Digital Peer Publishing*)²¹⁴¹. Leur dernière version, 3.0, a été publiée en novembre 2008. Les licences existent en trois variantes : la *Digital Peer Publishing License* (DPPL), qui est une licence de type BY-ND, la *Freie DPPL* (f-DPPL), qui s'apparente aux licences CC BY et la *Modulare DPPL* (m-DPPL). Cette dernière licence permet de désigner les « *sections altérables* » (*veränderbare Werkteile, Alterable Parts*) que le licencié est autorisé à modifier — il s'agit donc d'un mécanisme similaire de celui de la GFDL²¹⁴², mais inversé (« *non-modifiable* » par défaut). Contrairement aux autres licences présentées ci-dessus, les licences DPPL visent uniquement l'exploitation numérique des contenus²¹⁴³ — les droits d'exploitation sur des supports analogiques ne sont donc pas affectés, ce qui permet à l'auteur de conclure un autre contrat avec un éditeur concernant une édition papier. La licence est très bien rédigée (en deux versions : anglaise et allemande, les deux étant authentiques²¹⁴⁴) et utilisée pour une vingtaine de revues *Open Access* en Allemagne²¹⁴⁵, et notamment par le JIPITEC²¹⁴⁶. La loi allemande est désignée comme applicable²¹⁴⁷.

§ 2. Licences publiques de logiciel

963. Une myriade de licences approuvées. Contrairement aux licences de contenu, relativement homogènes, le marché des licences publiques de logiciel est très fragmenté. En effet, il y a environ quatre-vingt licences publiques de logiciel approuvées par l'*Open Source*

²¹⁴¹ <https://www.hbz-nrw.de/produkte/open-access/lizenzen/dppl>

²¹⁴² V. *supra* no. 952.

²¹⁴³ « *This license agreement shall, unrestricted by time and place, allow You to reproduce the Work in electronic form and to pass the Work on to third parties by electronic means, e.g. by e-mail communication, and - particularly by making it available for download - to make it publicly accessible. The license shall comprise all types of use of the work that encompass non-physical reproduction or conveyance of the Work, whether already known or unknown at the time of conclusion of this license agreement. Use in physical form, particularly the distribution of printed Works, and the Use of Altered Versions of the Work shall not be permitted* » (section 2.1).

²¹⁴⁴ Section 13 de la DPPL, également présente dans la f-DPPL et la m-DPPL.

²¹⁴⁵ Cf. L. GUIBAULT, A. WIEBE [dir.], *Safe to be open...*, *précité*, pp. 159-160.

²¹⁴⁶ Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, <https://www.jipitec.eu/for-authors/applicable-open-access-licenses>.

²¹⁴⁷ Section 14 de la DPPL, également présente dans la f-DPPL et la m-DPPL.

*Initiative*²¹⁴⁸. Cette pluralité de licences est vue comme un obstacle par certains auteurs²¹⁴⁹. Il est clairement impossible de présenter toutes les licences ici ; puisque l'importance des licences de logiciel est secondaire pour le sujet de notre étude²¹⁵⁰, nous nous bornerons à présenter uniquement une classification rudimentaire de ces licences. Elles ont toutes pour point commun de permettre à l'utilisateur d'accéder au code source, de le modifier et de partager les versions modifiées. Ce sont principalement les modalités de diffusion de ces versions modifiées qui diffèrent. La *summa divisio* des licences publiques de logiciel est donc la distinction entre les licences qui contiennent une clause *copyleft* (A) et celles qui n'en contiennent pas (B).

A. Les licences de logiciel contenant une clause *copyleft*

964. *Copyleft* fort et faible. Dans cette première catégorie l'on distingue le *copyleft* fort (*strong copyleft* — 1) et le *copyleft* faible (*weak copyleft* — 2).

1. Le *copyleft* fort

965. La licence GNU GPL. La licence GNU GPL, qui a marqué l'histoire du logiciel libre depuis sa première rédaction en 1989²¹⁵¹, est toujours l'une des plus utilisées. Elle se démarque par sa clause *copyleft*, qui a été l'inspiration notamment pour la clause SA dans les licences *Creative Commons*²¹⁵². Le licencié est aussi obligé de retenir les notices de droit d'auteur (*copyright*)²¹⁵³ et d'indiquer les dates de toutes les modifications. Ainsi, la GNU GPL s'apparente en quelque sorte à la licence CC BY-SA. La dernière version de la licence est la v3 (publiée en juin 2007)²¹⁵⁴, mais la précédente v2 est encore souvent utilisée. La licence a

²¹⁴⁸ V. la liste sur : <https://opensource.org/licenses/alphabetical>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁴⁹ V. par ex. G. SPINDLER, Ph. ZIMBEHL, *Is Open Content a Victim of its Own Success?...*, *précité*.

²¹⁵⁰ V. *supra* no. 778 et ss.

²¹⁵¹ V. *supra* no. 769.

²¹⁵² V. *supra* no. 937.

²¹⁵³ Section 4 de la licence GNU GPL v3.

²¹⁵⁴ <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>

fait l'objet d'un contentieux relativement abondant en Allemagne²¹⁵⁵, mais aussi en France²¹⁵⁶ ; dans ces deux pays, sa validité n'a jamais été remise en cause. Elle est utilisée notamment comme licence principale dans le projet GNU/Linux²¹⁵⁷, mais aussi par exemple sur la plateforme *Moodle*²¹⁵⁸.

966. Les licences inspirées de la GNU GPL. L'absence de traductions officielles de la GNU GPL ainsi que l'absence de clause sur la loi applicable dans cette licence ont provoqué l'apparition de licences similaires, mais à vocation nationale ou régionale. Notamment, une licence *Deutsche Freie Software Lizenz*²¹⁵⁹, désignant comme applicable la loi allemande, a été développée en 2004 par MM. Jäger et Metzger pour le *Ministerium für Wissenschaft und Forschung Nordrhein-Westfalen*. En France, la licence CeCILL²¹⁶⁰, régie par le droit français, a été élaborée par le Commissariat à l'énergie atomique (CEA), le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) et l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA) ; sa dernière version (2.1), sortie en 2013, a été officiellement approuvée par l'*Open Source Initiative*. Même la Commission européenne a depuis 2007 sa propre licence de ce type : l'EUPL²¹⁶¹. La loi applicable à cette licence est la loi du pays de l'Union Européenne où le donneur de licence a sa résidence, ou, à défaut, la loi belge. Toutes ces licences sont expressément compatibles avec la licence GNU GPL (c'est-à-dire leur clause *copyleft* admet la possibilité d'utilisation de la licence GNU GPL pour les oeuvres dérivées).

²¹⁵⁵ Par ex. LG München, 19 mai 2004, *précité* ; LG Frankfurt a. M., 6 sept. 2006, 2-6 O 224/06 ; LG Bochum, 20 janv. 2011, 8 O 293/09, LG Berlin 21 févr. 2006, 16 O 134/06 ; LG Hamburg 14 juin 2013, 308 O 10/13... ; cf. A. PEUKERT et D. KÖNIG, License Contracts, Free Software and Creative Commons in Germany [in :] A. METZGER [dir.] *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models. A Comparative Analysis*, Springer 2016, pp. 201 et ss.

²¹⁵⁶ CA Paris, 14 oct. 2008 (*Educaffix c/ CNRS et autres*), N° 07/08043 ; CA Paris, 16 sept. 2009, Pôle 5, ch. 10, no. 04/24298, RLDI 2009, no. 54, art. 1781, obs. S. Rambaud.

²¹⁵⁷ V. *supra* no. 770.

²¹⁵⁸ <https://docs.moodle.org/dev/License>

²¹⁵⁹ <https://www.hbz-nrw.de/produkte/open-access/lizenzen/dfsl/deutsche-freie-software-lizenz>

²¹⁶⁰ http://www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL_V2.1-fr.html

²¹⁶¹ <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/eupl1.1.-licence-en.pdf>

2. Le copyleft faible

967. La licence LGPL. La LGPL (*Lesser General Public License*) a été lancée en 1999 ; sa version la plus récente est la v3 publiée en 2007. La LGPL se distingue de la GPL par son approche moins restrictive au mécanisme du *copyleft*. Selon le cas d'école, une bibliothèque logicielle (typiquement un fichier .dll) sous la licence LGPL peut être intégrée dans un logiciel propriétaire sans déclencher le mécanisme du *copyleft*, et donc le logiciel peut demeurer propriétaire (il n'est pas « infecté » par la licence LGPL)²¹⁶². Toutefois, chaque modification de la bibliothèque elle-même actionne ce mécanisme et donc toute version modifiée du fichier doit être diffusée sous la licence LGPL. Un mécanisme similaire (*copyleft* au niveau de fichiers individuels, non-affectant l'ensemble du logiciel) est aussi utilisé par exemple dans la licence *Mozilla Public License*²¹⁶³. La licence française de ce type est la CeCILL-C²¹⁶⁴.

B. Les licences de logiciel ne contenant pas de clause copyleft

968. Les « licences académiques ». Les licences qui autorisent le partage de versions modifiées de logiciels sans conditions (donc aussi sous une licence propriétaire) sont appelées « *permissive licenses* ». Les deux licences les plus emblématiques de ce type ont été développées dans les années 1980 par les chercheurs de l'Université de Berkley (la licence *Berkley Software Development*, BSD) et du MIT (la licence MIT) ; elles sont donc parfois appelées les « *licences académiques* ». Les deux sont très brèves et contiennent essentiellement une obligation : celle de retenir les notices du droit d'auteur (*copyright*) dans toutes les reproductions. On peut donc dire qu'il s'agit des licences de type CC BY. Une licence française de ce type est la CeCILL-B²¹⁶⁵.

²¹⁶² Section 5 de la LGPL v3.

²¹⁶³ <https://www.mozilla.org/en-US/MPL/2.0/>

²¹⁶⁴ http://www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL-C_V1-fr.html

²¹⁶⁵ http://www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL-B_V1-fr.html

969. Autres licences permissives. Les licences permissives peuvent aussi être plus complexes. Tel est le cas par exemple de la licence *Apache*²¹⁶⁶ (qui oblige le licencié d'indiquer toutes les modifications effectuées dans le code source et de retenir la licence *Apache* dans tous les éléments non-modifiées), ou de la licence *Perl Artistic*²¹⁶⁷ (qui, à travers des obligations complexes, vise à donner à l'auteur un « *contrôle artistique* » (*artistic control*) sur le devenir de son logiciel). La licence *Educational Community License*²¹⁶⁸, élaborée en 2007 et destinée expressément à l'usage des communautés éducatives est aussi une licence permissive, très fortement inspirée de la licence *Apache*.

970. Transition. Nous avons présenté le contenu des licences publiques communément utilisées, en consacrant une attention particulière aux licences *Creative Commons 4.0*. Par la suite, nous allons présenter quelques questions liées à l'emploi de ces licences auxquelles la pratique a tenté d'apporter des réponses.

Section 3 : Quelques questions pratiques relatives à l'emploi des licences publiques

971. Plan. Pour finir ce chapitre, il convient de mentionner brièvement deux aspects pratiques liés à l'utilisation des licences publiques : les problèmes potentiels de compatibilité (§1) et le *dual licensing* qui permet d'y remédier dans une certaine mesure (§2).

§ 1. La question de la compatibilité entre des licences publiques

972. Exposé du problème. L'incompatibilité entre les licences est l'un de plus grands obstacles à la réutilisation des communs contractuels. Quand deux oeuvres sous deux licences différentes (par exemple le son et l'image) sont intégrées pour créer une nouvelle oeuvre dérivée, il se peut que les obligations découlant de ces deux licences soient mutuellement ex-

²¹⁶⁶ <https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>

²¹⁶⁷ <https://opensource.org/licenses/Artistic-2.0>

²¹⁶⁸ <https://opensource.org/licenses/ECL-2.0>

clusives, et donc l'oeuvre dérivée ne pourra pas être diffusée sans violer l'une d'elles. Le problème est d'autant plus important qu'il est souvent difficile d'évaluer la compatibilité entre deux licences, même appartenant à la même famille²¹⁶⁹. La question a fait couler beaucoup d'encre²¹⁷⁰, mais l'on est encore loin de la solution définitive.

§ 2. La possibilité d'une double licence (*dual licensing*)

973. Application alternative et pas cumulative. Les licences publiques sont irrévocables, mais cela ne veut pas dire que le donneur de licence ne peut pas rectifier son choix. En effet, il est possible de choisir pour une oeuvre qui est déjà diffusée sous une licence publique une autre licence de ce type, sans révoquer la précédente. Dans cette hypothèse, l'utilisateur aura le choix de la licence (ou plutôt de l'offre) qu'il veut accepter. Le mécanisme permet donc de « *remplacer* » une licence par une autre, plus moderne, plus libérale (le choix d'une licence plus restrictive n'aura pas d'effet pratique) ou plus adaptée au contexte (il est donc possible par exemple de combiner une licence *Creative Commons* avec une licence DPPL, pour faciliter la diffusion d'un écrit scientifique dans une revue *Open Access* allemande). De surcroît, le *dual licensing* peut permettre de lever des obstacles liés à l'incompatibilité des licences (car l'utilisateur aura le choix entre plusieurs licences et pourra choisir celle qui répond le mieux à ses besoins)²¹⁷¹.

²¹⁶⁹ Par ex. sur la compatibilité entre les licences Creative Commons, v. https://wiki.creativecommons.org/wiki/Wiki/cc_license_compatibility, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁷⁰ V. spéc. : B. JEAN, *Option Libre : compatibilité entre contrats*, mémoire ss. dir. de M. Vivant, Montpellier 2006 ; B. JEAN, *Option Libre. Du bon usage des licences libres*, Framabook 2012, spéc. p. 230 et ss. ; M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre*, précité, pp. 155 et ss. ; T. JÄGER, A. METZGER, précités, pp. 118 et ss. ; v. aussi les outils techniques visant à permettre d'évaluer la compatibilité, par ex. le *Public License Selector*, disponible sur : <https://github.com/ufal/public-license-selector>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁷¹ Pour des exemples dans le domaine du logiciel, v. T. JÄGER, A. METZGER, précités, pp. 115-118.

Conclusion du chapitre I

974. Nous définissons une licence publique comme un contrat formé par l'acceptation tacite d'une offre destinée à des personnes indéterminées, par lequel le donneur de licence s'oblige à faire jouir le licencié d'un bien immatériel protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique de manière non-exclusive, pendant toute la durée des droits exclusifs et à titre gratuit. À cause notamment de leur caractère de contrat d'adhésion, les licences publiques suscitent quelques doutes quant à leur validité (tant en France qu'en Allemagne), que la jurisprudence a su surmonter.

975. Les licences publiques permettent de contractualiser les règles sociales concernant la gouvernance des communs du savoir. Les contenus diffusés par les e-Universités selon les standards d'*openness* doivent donc normalement être accompagnés de telles licences. Les licences *Creative Commons* 4.0 semblent les mieux adaptées aux activités des e-Universités ; plus précisément, nous recommandons d'utiliser la licence CC BY 4.0 pour la diffusion des écrits scientifiques (*Open Access*), la licence CC BY-SA 4.0 pour la diffusion des ressources pédagogiques numériques (*Open Educational Resources*) et la déclaration CC0 pour la diffusion des données de recherche (*Open Data*). Une alternative intéressante pour la diffusion des écrits scientifiques (dont la compatibilité avec les critères d'Open Access au sens strict est toutefois discutable) est proposée par les licences DPPL.

976. Il est fort regrettable que jusqu'à très récemment la loi *Toubon* entravait l'utilisation des licences *Creative Commons* 4.0 dans les universités françaises, faute de traduction française (qui a finalement été publiée en juin 2017, presque quatre ans après le lancement de la version anglaise). De surcroît, les licences de contenus rédigés en français (la Licence Ouverte, la LAL) n'offrent pas la même qualité juridique ni la même reconnaissance mondiale. Ainsi, on voit dans la loi *Toubon* un obstacle à la contribution française aux communs du savoir.

Chapitre II : Le soutien institutionnel et législatif — les politiques promouvant les communs du savoir

977. Le soutien nécessaire à long terme. Il a été soulevé lors d'un congrès de l'UNESCO en 2004 que les communs du savoir, pour survivre et croître à long terme, auront besoin d'aide organisationnelle et financière des institutions publiques²¹⁷². En effet, il semble que les mouvements du *open* ont atteint le point au-delà duquel leur développement ultérieur nécessite un tel soutien. Fort heureusement, de nombreux acteurs publics et privés se sont déjà engagés dans cette voie. Ces engagements prennent forme de diverses « politiques » visant à promouvoir l'*Open Access*, qui ont été adoptés par les universités elles-mêmes ou par des institutions finançant la recherche (section 1). Leurs efforts sont depuis peu accompagnés de réformes législatives, qui peuvent soit imposer l'*openness*, soit la favoriser (section 2). De manière générale, nous nous réjouissons du fait que ces acteurs reconnaissent la viabilité du modèle *Open Science*, fondée sur les communs du savoir.

Section 1 : Les politiques institutionnelles promouvant les communs du savoir

Section 2 : Les politiques législatives promouvant les communs du savoir

Section 1 : Les politiques institutionnelles promouvant les communs du savoir

978. *Private ordering*. L'engagement des institutions pour promouvoir le développement des communs du savoir peut être qualifié de *private ordering*. Ce terme, très populaire dans le monde anglo-saxon²¹⁷³ mais n'ayant pas (encore) d'équivalent français, peut se

²¹⁷² Cité par : C. M. SCHWEIK, Free/Open-Source Software as a Framework for Establishing Commons in Science [in :] Ch. HESS, E. OSTROM [dir.], *Understanding Knowledge as a Commons From Theory to Practice*, MIT Press 2007, p. 299.

²¹⁷³ S. L. SCHWARCZ, Private Ordering, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 1 (automne 2002), pp. 319-350.

traduire comme « *la régulation par contrat* »²¹⁷⁴. En effet, il s'agit d'une situation où les acteurs du droit privé mettent en place des normes pour régler leur champ d'activité, notamment par le biais de contrats. De telles mesures (que nous allons désigner par le terme « *politiques* »²¹⁷⁵) pour promouvoir les communs du savoir, et notamment l'*Open Access* aux écrits scientifiques, ont été adoptées d'un côté par les organismes finançant la recherche (§ 2), et d'un autre côté par les universités elles-mêmes (§ 1)²¹⁷⁶.

§1. Les politiques des universités

979. L'*openness* compatible avec l'intérêt des universités. L'accès facile et gratuit au savoir est bien évidemment dans l'intérêt des universités, tout simplement parce qu'il réduit le coût de leur mission de production et de diffusion du savoir. Il n'est donc pas étonnant que certaines universités se soient engagées dans la voie de promouvoir l'*openness* parmi leurs membres. Cet engagement peut prendre des formes très différentes.

980. « *Mandater* » ou seulement encourager? Les politiques des universités en matière d'*Open Access* peuvent adopter deux approches : l'approche « *forte* », qui en quelque sorte « *exige* » l'*Open Access* ou l'approche « *faible* », qui l'encourage. Les politiques du premier type sont habituellement appelées « *mandats* » (*mandates*) ; celles du deuxième type — « *mesures d'encouragement* » (*encouragement policies*)²¹⁷⁷. Les « *mandats* », contrairement à ce qu'un juriste francophone peut s'imaginer, ne sont pas des mandats au sens des articles 1984 et suivants du Code civil. L'emploi de ce terme vient — comme pratiquement toute la terminologie des communs du savoir — de la littérature anglophone ; or même dans son sens original le mot « *mandate* » (qui signifie « *ordre* » ou « *mandat* » au sens d'autorisation, comme dans l'expression « *mandat démocratique* ») n'est pas parfaitement adapté pour

²¹⁷⁴ Traduction proposée par S. DUSOLLIER, Contrats de licence - Le jeu du copyleft entre contrat et propriété..., *précité*.

²¹⁷⁵ Le mot « *politique* » est ici employé dans le sens large, comme « *Manière concertée d'agir, de conduire une affaire* » ; cf. Dictionnaire Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>, consulté le 13 décembre 2017 (sens 4).

²¹⁷⁶ V. un répertoire des politiques institutionnelles sur : <http://roarmap.eprints.org>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁷⁷ P. SUBER, *Open access, précité*, p. 78 ; v. aussi European Universities Association, *EUA's Open Access Checklist for Universities : a Practical Guide on Implementation*, 2015, disponible sur : http://www.eua.be/Libraries/publications-homepage-list/Open_access_report_v3.pdf?sfvrsn=4, consulté le 13 décembre 2017.

désigner ces politiques. Il ne s'agit ni d'un ordre, ni d'un mandat, mais plutôt d'un contrat, qui peut être un contrat d'auteur ou un simple contrat de droit commun²¹⁷⁸. L'appellation « *mandat* » peut avoir un effet dissuasif, ou même laisser penser qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté académique²¹⁷⁹. En revanche, selon M. Suber, le mot « *contrat* » est trop faible et il ne met pas suffisamment l'accent sur l'importance de l'*Open Access*²¹⁸⁰. Même si nous ne sommes pas d'accord avec cet argument, nous allons, comme le veut l'usage, utiliser le mot « *mandat* » pour désigner une « *politique forte* » en matière d'*Open Access*.

981. Les politiques institutionnelles et la liberté académique. Il a été soulevé que de telles politiques risquent de porter atteinte à la liberté académique²¹⁸¹. En effet, l'enjeu est de taille, car il s'agit d'un principe de rang constitutionnel tant en France²¹⁸² qu'en Allemagne²¹⁸³. En effet, les chercheurs sont libres dans leur travail, ce qui comprend aussi le choix de la publication des résultats, de l'éditeur, de la revue etc. Une politique universitaire trop contraignante pourrait en effet porter atteinte à cette liberté. C'est pour cela, comme nous allons le voir, que tous les « *mandats* » universitaires prévoient la possibilité d'*opt-out*.

982. La typologie de MM. Shieber et Suber. Auteurs du guide pratique pour les politiques universitaires en matière d'*Open Access*, MM. Shieber et Suber de l'Université Harvard, ont distingué six types de telles politiques²¹⁸⁴, dont les quatre premières sont des « *mandats* » (A), et les deux autres des « *politiques d'encouragement* » (B). Nous allons suivre cette typologie dans la suite de notre analyse, en y apportant des précisions.

²¹⁷⁸ Il s'agit d'un contrat d'auteur quand le « *mandat* » prévoit que le chercheur accorde une licence à l'université.

²¹⁷⁹ V. *infra* no. 981.

²¹⁸⁰ P. SUBER, *Open access, précité*, p. 88.

²¹⁸¹ V. *supra* no. 804 sur l'appel de Heidelberg.

²¹⁸² V. l'art. L. 952-2 du Code de l'éducation : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité* » ; l'art. 1 du Décret n°84-431 du 6 juin 1984 ; Cons. const., 20 janv. 1984, no. 83-165 DC qui voit dans ce principe d'indépendance un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

²¹⁸³ L'art. 5(3) de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*) ; BVerfG 29 mai 1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176 (*Hochschul-Urteil*).

²¹⁸⁴ S. SHIEBER, P. SUBER, *Good Practices for University Open-Access Policies*, oct. 2015, disponible sur : <https://cyber.harvard.edu/hoap/sites/hoap/images/Goodpracticesguide-2015.pdf>, consulté le 13 décembre 2017, p. 7 et ss.

A. Les « mandats »

983. Deux types. Les « mandats » peuvent affecter le droit d’auteur sur les contributions²¹⁸⁵ (1) ou l’ignorer (2).

1. Les « mandats » affectant le droit d’auteur sur les contributions (*right—retention mandates*²¹⁸⁶)

984. L’université ou l’éditeur? Dans ce type de « mandats », il s’agit soit d’obliger le chercheur à accorder à l’université une licence permettant de déposer l’oeuvre dans l’archive institutionnelle (type 1°), soit de l’obliger de retenir les droits nécessaires lors de la signature du contrat avec l’éditeur (type 2°).

Type 1° : Une licence accordée à l’université

985. Modèle d’Harvard. Ce premier type de « mandat », recommandé par les auteurs du guide²¹⁸⁷, oblige les enseignants-chercheurs à accorder à l’université une licence non-exclusive et irrévocable d’exploiter le droit d’auteur de leurs futurs articles. Il s’agit donc d’une « licence *a priori* » : même si par la suite le chercheur cède ses droits à l’éditeur, ce dernier va devoir respecter la licence accordée à l’université²¹⁸⁸. Ce type de mandat doit toujours prévoir l’option « *opt-out* » (une clause de non-participation). Il s’agit donc de la mise en place d’un

²¹⁸⁵ Il convient de distinguer cette subdivision de la division adoptée par C. BERNAULT, *Open Access...*, précité, qui distingue « les mesures minorant le rôle du droit d’auteur » (no. 67 et ss.) et « les mesures reposant sur le droit d’auteur » (no. 98 et ss.). Suivant l’approche de l’auteure, seule la première (1°) politique « repose sur le droit d’auteur », les autres « minorent son rôle ».

²¹⁸⁶ P. SUBER, *Open Access*, précité, p. 80 — l’appellation est peu fortunée, car seule la deuxième politique est fondée sur la « rétention des droits » par l’auteur ; dans la première, une licence est accordée à l’université.

²¹⁸⁷ S. SHIEBER, P. SUBER, précités, p. 7.

²¹⁸⁸ Cf. sur cela en droit français : A. BOISSON, précité, no. 748, pp. 666 et ss. ; en droit commun français cf. l’art. 1743 du Code civil (« Si le bailleur vend la chose louée, l’acquéreur ne peut expulser (...) le locataire qui a un bail authentique ») ; en droit d’auteur allemand : l’art. 33 de la UrhG concernant les droits d’exploitation (*Weiterwirkung von Nutzungsrechten*) ; en droit étasunien : la section 205 du *Copyright Act* (17 U.S.C.) (*Priority between Conflicting Transfer of Ownership and Nonexclusive License*), qui consacre la priorité d’une licence non-exclusive constatée par écrit (l’écrit est exigé uniquement pour les actes de cession — la section 204) sur une cession ultérieure.

véritable mécanisme « *Open Access par défaut* ». La plus célèbre politique de ce type a été adoptée en 2008²¹⁸⁹ par l'Université Harvard²¹⁹⁰ ; ses chercheurs, dont Peter Suber, préconisent l'adoption de telles politiques dans d'autres établissements²¹⁹¹. Le modèle du « *mandat* » est d'ailleurs disponible en ligne sous la licence CC BY 4.0, accompagné de notices explicatives et d'une invitation à y soumettre des commentaires²¹⁹². Des politiques similaires ont été adoptées par d'autres établissements étasuniens, et notamment le MIT, où la solution a été approuvée d'une voix unanime en mars 2009²¹⁹³. Elles sont aussi recommandées par des sources indépendantes d'Harvard, et notamment par le document publié sur le site de la *Budapest Open Access Initiative* à l'occasion du dixième anniversaire de la signature de ce document²¹⁹⁴.

986. La large étendue de l'autorisation accordée. Dans le modèle proposé par l'université Harvard, la licence accordée à l'université est très large²¹⁹⁵, car elle n'est pas limitée ni quant à la durée (elle est irrévocable), ni quant à son étendue (le licencié est autorisé « *d'exercer le droit d'auteur dans les articles* »), ni quant au support (tous les supports sont autorisés, les numériques comme les analogues) ni quant au lieu (la licence est mondiale). De surcroît, l'université se réserve le droit d'accorder des sous-licences. Les seules limites concernent la destination — la vente à profit n'est pas autorisée (mais d'autres formes d'exploitation commerciale sont permises) — et l'objet, car seuls sont concernés les articles²¹⁹⁶ (le mandat n'affecte donc pas les autres écrits : les chapitres, les monographies, les

²¹⁸⁹ <https://osc.hul.harvard.edu/policies/fas/>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁹⁰ V. sur l'ensemble du dispositif : C. BERNAULT, *Open Access...*, *précité*, no. 106 et ss., pp. 107 et ss.

²¹⁹¹ S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*.

²¹⁹² S. SHIEBER, *A Model Open-access Policy*, https://osc.hul.harvard.edu/assets/files/model-policy-annotated_12_2015.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁹³ MIT Faculty Open Access Policy, <https://libraries.mit.edu/scholarly/mit-open-access/open-access-policy/>, consulté le 13 décembre 2017 ; v. aussi C. BERNAULT, *Open access...*, *précité*, no. 50, p. 55-56.

²¹⁹⁴ *Ten years on from the Budapest Open Access Initiative : setting the default to open (BOAI10)*, publié le 12 septembre 2012 sur : <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-recommendations>, consulté le 13 décembre 2017.

²¹⁹⁵ Selon le Model : « *Each Faculty member grants to [the university] permission to make available his or her scholarly articles and to exercise the copyright in those articles. More specifically, each Faculty member grants to [the university] a nonexclusive, irrevocable, worldwide license to exercise any and all rights under copyright relating to each of his or her scholarly articles, in any medium, provided that the articles are not sold for a profit, and to authorize others to do the same.* ».

²¹⁹⁶ Sauf les articles publiés avant l'adoption du « mandat » : « *The policy applies to all scholarly articles authored or co authored while the person is a member of the Faculty except for any articles completed before the adoption of this policy* ».

manuels...²¹⁹⁷). Il semble donc que l'université ait même le droit de diffuser les articles sous une licence publique de type CC BY-NC (ainsi, c'est la seule politique qui peut réellement permettre le « *libre OA* », et pas seulement « *gratis OA* »)! Les principes de l'éthique académique et le prestige de l'Université Harvard sont donc les seuls garants de l'intégrité des articles de ses chercheurs. Une licence aussi large peut toutefois présenter des avantages non seulement pour l'université (car quand une nouvelle méthode pour explorer les articles apparaît il n'est pas nécessaire de chercher des autorisations supplémentaires), mais aussi pour le chercheur, qui après avoir cédé ses droits à l'éditeur peut obtenir une sous-licence de l'université²¹⁹⁸. En ce sens, le « *mandat* » rééquilibre le rapport de force entre les chercheurs et les éditeurs²¹⁹⁹.

987. « *Dark deposit* » dans le cas d'un *opt-out*. La politique basée sur le modèle d'Harvard donne aux chercheurs le droit de demander une dérogation (ou un délai d'embargo) pour un article particulier (mais pas pour l'ensemble des articles futurs). Une telle dérogation est accordée par le Doyen (*Provost*)²²⁰⁰. Dans de tels cas, l'article est placé en « *dark deposit* »²²⁰¹ : il est déposé dans l'archive, mais sans être disponible au public. Ce « *dark deposit* » présente un double intérêt. Premièrement, les méta-données (les informations bibliographiques) de l'article (non-protégeables par le droit d'auteur) sont tout de même visibles et elles peuvent toujours être « *moissonnées* » (*harvested*) par les moteurs de recherche, ce qui donne à l'article une certaine visibilité et publicité (qui intéresse non seulement l'auteur et l'université, mais aussi l'éditeur). Deuxièmement, il est envisageable que par un jeu d'exceptions au droit d'auteur, tant « *internes* » (par exemple l'exception d'enseignement et de recherche ou à des fins de *data mining*) qu'« *externes* » (par exemple la notion de public²²⁰²), l'article sera tout de même réutilisable dans certains cas spéciaux. L'archive d'Harvard prévoit aussi la possibilité d'envoyer en un clic directement à l'auteur une demande de con-

²¹⁹⁷ S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, le mandat ne doit pas affecter les écrits susceptibles de générer des revenus pour l'auteur (p. 15). C'est une solution que nous saluons — l'Open Access à cette catégorie d'écrits doit à notre sens être laissé à la discrétion de l'auteur.

²¹⁹⁸ S. SHIEBER, *Model...*, *précité*, p. 3 ; S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 16.

²¹⁹⁹ C. BERNAULT, *Open access...*, *précité*, no. 108, p. 110.

²²⁰⁰ Selon le *Model* : « *The Provost or Provost's designate will waive application of the license for a particular article or delay access for a specified period of time upon express direction by a Faculty member* ».

²²⁰¹ S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 22.

²²⁰² V. *supra* no. 189, 195.

sulter l'article en « *dark deposit* ». Selon les informations présentées par M. Suber²²⁰³, le taux d'« *opt-out* » est très bas — environ 5% à Harvard et seulement 2% au MIT.

988. Mesure controversée. Bien qu'un « *mandat* » de ce type semble être compatible avec le *copyright* étasunien²²⁰⁴, la possibilité de son application en France est pour le moins douteuse. Même si l'on met de côté la question de l'atteinte qu'elle peut porter à la liberté académique, et même si l'on tente d'adapter la convention au formalisme imposé par le CPI²²⁰⁵, force est de constater que l'article L. 131-1 du CPI dispose très clairement que « *[l]a cession globale des oeuvres futures est nulle* ». Il est vrai que cela concerne uniquement la cession, et non pas la licence (même si la licence accordée à l'université est très large, elle reste non-exclusive, ce qui la distingue clairement d'une cession), mais nous doutons que cet argument soit accueilli par le juge français²²⁰⁶. En revanche, en droit allemand des contrats concernant l'exploitation d'un ensemble d'oeuvres futures peuvent être conclus (à condition de respecter la forme écrite), mais après une période de cinq ans ils peuvent être unilatéralement résiliés par les parties (article 40 de la UrhG) — le « *mandat* » ne pourrait donc pas garantir la sécurité juridique à long terme. Les difficultés ne s'arrêtent pas là — il est en effet possible que les éditeurs, ayant appris l'existence d'une telle politique au sein d'une université, puissent par la suite discriminer (voire boycotter) les articles soumis par les chercheurs affiliés à cet établissement. Certes, quand il s'agit de l'Université Harvard ou du MIT, ce risque est plutôt théorique²²⁰⁷, mais il ne peut pas être exclu s'agissant d'établissements moins prestigieux.

²²⁰³ P. SUBER, Open Access, *précité*, p. 82 (il faut se souvenir que l'auteur est lui-même personnellement engagé dans la mise en place de ce « *mandat* »).

²²⁰⁴ V. notamment E. PRIEST, Copyright and the Harvard Open Access Mandate, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 10, no. 7 (2012) ; v. aussi : S. SHIEBER, Is the Harvard open-access policy legally sound?, publié le 17 septembre 2012 sur : <https://blogs.harvard.edu/pamphlet/2012/09/17/is-the-harvard-open-access-policy-legally-sound/>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁰⁵ V. *supra* no. 899 et ss.

²²⁰⁶ En ce sens : C. BERNAULT, Open Access..., *précité*, no. 109, pp. 111-112.

²²⁰⁷ Néanmoins, la mise en place d'une telle politique à l'Université d'Harvard a aussi entraîné la signature des conventions avec les éditeurs : v. S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 25 et ss.

Type 2° : Le chercheur obligé de retenir le droit de déposer l'article dans l'archive institutionnelle

989. Ce deuxième type de « *mandat* » oblige le chercheur, quand il signe un contrat avec l'éditeur, de retenir les droits nécessaires pour déposer son oeuvre dans l'archive institutionnelle. La possibilité d'un *opt-out* est également prévue, mais malgré cela l'approche est critiquable, car elle place une charge trop lourde sur les épaules des chercheurs, qui sont rarement en mesure de comprendre tous les enjeux juridiques de leur relation avec l'éditeur, sans mentionner la possibilité de s'engager dans de réelles négociations²²⁰⁸. Ainsi, un tel « *mandat* » dans une université a un sens seulement si l'établissement offre au chercheur un soutien juridique et l'assiste dans les négociations avec l'éditeur²²⁰⁹, ce qui dépasse largement les moyens financiers et humains de la plupart des universités, pas seulement en dehors du monde anglo-saxon. À part d'être une vraie menace pour la liberté des chercheurs (car ils ne pourront plus librement choisir la revue dans laquelle publier), une telle approche ne peut pas être efficace, car une partie des chercheurs ne parviendra forcément pas à atteindre son objectif²²¹⁰ (et cela même si certains éditeurs autorisent ouvertement le dépôt des articles dans une archive, surtout après une période d'embargo). De surcroît, le risque de boycott par les éditeurs d'un chercheur qui invoquerait une telle politique de son université est d'autant plus grand. En revanche, cette approche présente un certain intérêt pour les institutions qui financent la recherche²²¹¹.

2. Les « mandats » n'affectant pas le droit d'auteur

990. L'éditeur toujours au centre du système. Les « *mandats* » qui n'affectent pas le droit d'auteur consistent essentiellement à rechercher l'autorisation de dépôt auprès du titulaire des droits (donc, selon l'hypothèse classique, l'éditeur). En ce sens, ces politiques sont conservatrices en ce qu'elles ne cherchent pas à rééquilibrer les relations entre les chercheurs (ou, si l'on veut, perturber l'équilibre existant). C'est donc l'éditeur qui se trouve toujours au

²²⁰⁸ V. en ce sens par ex. S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 7.

²²⁰⁹ C. BERNAULT, *Open Access...*, *précité*, no. 76, pp. 77-78.

²²¹⁰ V. *ibidem*, v. aussi *idem* no. 92, pp. 93-94.

²²¹¹ V. *infra* no. 998 et ss.

centre du système. Ces « *mandats* » peuvent être divisés en deux catégories, selon s'ils prévoient ou non le « *dark deposit* ».

Type 3° : « *Dark deposit* » indépendant de l'autorisation du titulaire des droits

991. Mandat du dépôt obligatoire. Les « *mandats* » du troisième type exigent le dépôt dans l'archive institutionnelle, mais les oeuvres ainsi déposées sont seulement rendues disponibles au grand public si l'éditeur (ou l'auteur, s'il conserve ses droits d'auteur) l'autorise. À défaut d'une telle autorisation, l'oeuvre restera en « *dark deposit* »²²¹². Il convient toutefois de se demander si un tel « *dark deposit* » peut aussi être interdit par le titulaire des droits. Il semble évident que celui-ci ne peut pas s'opposer à la réutilisation des seules données bibliographiques qui sont des informations brutes (d'ailleurs, dans la plupart de cas, il n'a aucun intérêt à le faire, car elles augmentent sa visibilité sur le réseau). S'agissant de la reproduction de l'intégralité de l'article, la question est beaucoup plus délicate. Le *fair use* étasunien l'autorisera probablement²²¹³, tout comme la théorie des utilisations orthogonales²²¹⁴, mais les exceptions existantes en France et en Allemagne ne semblent pas suffisantes à notre sens²²¹⁵. Tout de même, un « *dark deposit à l'européenne* », même s'il ne concerne que les données biographiques et autres métadonnées, vaut mieux qu'une absence totale de dépôt. Ainsi, ce type de politique appelée *deposit mandate*²²¹⁶ (ce que l'on peut traduire comme « *un mandat de dépôt obligatoire* ») est recommandée pour les universités où le type 1° n'est pas atteignable²²¹⁷ (ce qui, selon nous, est le cas des universités françaises et allemandes). Cette recommandation est aussi la nôtre.

992. Future politique de l'Université de Bordeaux? L'Université de Bordeaux, l'un des pionniers français en la matière, a déclaré son engagement pour l'*Open Access* en 2016.

²²¹² V. *supra* no. 987.

²²¹³ V. *supra* no. 598, spécialement no. 599 sur l'affaire *A. V. v. iParadigms*, 562 F.3d 630 (2009).

²²¹⁴ V. *supra* no. 616 et ss.

²²¹⁵ L'on peut songer peut-être à une politique qui obligerait l'auteur (tout en lui offrant, bien évidemment, la possibilité de opt-out) à déposer l'oeuvre dans l'archive avant de céder les droits à l'éditeur, qui serait une hybride du type 1° et 3°, tout en gardant les inconvénients qui caractérise le premier type de « *mandats* »...

²²¹⁶ P. SUBER, *Open Access, précité*, p. 79 — cette appellation, un peu maladroite, peut se traduire comme un « *mandat d'échappatoire* », car le dépôt est effectué uniquement si l'on trouve une échappatoire au monopole du titulaire des droits.

²²¹⁷ Ten years on... (BOAI10), *précité* ; S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 8.

L'Université a annoncé la création d'une archive institutionnelle ouverte (dont le lancement est prévu fin 2017²²¹⁸), ainsi que « *la mise en place d'un mandat de dépôt, qui est une obligation d'archivage des publications des chercheurs dans l'entrepôt de l'établissement* »²²¹⁹. Il s'agit donc probablement (nous l'espérons) d'un mandat de type 3°. Nous saluons cette belle initiative, qui reste encore assez isolée dans les universités françaises.

993. Une politique complétée par le droit d'exploitation secondaire : le chercheur replacé au centre du dispositif? Nous remarquons qu'un droit d'exploitation secondaire que les droits français et allemand accordent aux auteurs de certains écrits scientifiques pourrait compléter ce type de « *mandat* » de manière très intéressante²²²⁰. En effet, si le législateur donne à l'auteur le droit de décider de manière indépendante, même après avoir cédé ses droits à l'éditeur, du dépôt de ses oeuvres dans l'archive, l'auteur est replacé à nouveau au centre du système. Dans cette hypothèse, un « *mandat* » de ce type devient à notre sens la solution idéale pour promouvoir l'*Open Access*, tout en préservant la liberté du chercheur de décider du sort de son oeuvre.

Type 4° : Dépôt dépendant entièrement de l'autorisation du titulaire des droits

994. Apport limité. Le dernier type de « *mandat* » ne prévoit pas de « *dark deposit* ». Ainsi, force est de constater que son apport est très limité — dans une situation typique, le dernier mot appartient toujours à l'éditeur. En ce sens, ce type de politique (appelée « *loop-hole mandate* »²²²¹) s'apparente quant à son efficacité à une simple mesure d'encouragement²²²². Certaines universités, sans doute par peur de commettre une contrefaçon en effectuant un « *dark deposit* », optent cependant pour cette solution²²²³.

²²¹⁸ La recherche bordelaise s'ouvre au libre accès, publié sur : <http://www.u-bordeaux-montaigne.fr/fr/actualites/bibliotheques/la-recherche-bordelaise-s-ouvre-au-libre-acces.html>, consulté le 13 décembre 2017.

²²¹⁹ *Promotion du libre accès*, publié le 18 janvier 2016 sur : <https://bibliotheques.u-bordeaux.fr/Vos-services/Valorisation-des-publications-scientifiques/Promotion-du-libre-acces>, consulté le 13 décembre 2017.

²²²⁰ V. *infra* no. 1047 et ss.

²²²¹ P. SUBER, *Open access, précité*, p. 79.

²²²² V. *infra* no. 995.

²²²³ S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 8.

B. Les mesures d'encouragement

995. « Gold OA » et « Green OA ». Les politiques d'encouragement semblent *a priori* moins efficaces que les « mandats », mais elles ont le mérite de ne pas privilégier le « green OA » au détriment du « gold OA »²²²⁴. En effet, il est en pratique impossible d'imposer (« mandater », pour employer un anglicisme impardonnable) le « gold OA » — une politique qui le ferait serait sans doute une atteinte grave à la liberté académique, puisqu'elle limiterait indûment le droit du chercheur de choisir la revue dans laquelle il souhaite publier (surtout au vu du fait qu'en règle générale les revues traditionnelles sont plus prestigieuses que les revues OA)²²²⁵. Pour ceux qui choisissent de ne pas favoriser l'une de ces deux voies de l'*Open Access*, ou pour ceux qui veulent privilégier « la voie dorée », une politique d'encouragement est un choix judicieux, surtout si elle s'accompagne d'une aide réelle à payer les frais de publication en *Open Access* (les APC²²²⁶)²²²⁷. Elle peut prendre deux formes : un simple encouragement à mettre les écrits en OA (type 5°) ou encore un encouragement à adhérer à un « mandat optionnel » (type 6°).

Type 5° : Simple encouragement

996. Mesure répandue. Ce type de politique est probablement la plus répandue dans les universités européennes. Une telle mesure d'encouragement a été par exemple adoptée par la WWU Münster en 2012 dans un document intitulé « *Open Access-Resolution* »²²²⁸. On peut y lire qu'« en tant que signataire de la Déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance, la WWU encourage et soutient la libre diffusion des résultats des recherches menées par ses chercheurs, au sens de la Déclaration susvisée. L'Université encourage aussi ses chercheurs à conserver le droit d'exploitation numérique de leurs articles en contractant avec

²²²⁴ V. *supra* no. 793 et ss. 792 et ss. sur la distinction.

²²²⁵ P. SUBER, *Open access*, précité, p. 78.

²²²⁶ V. *supra* no. 799

²²²⁷ V. C. BERNAULT, *Open access...*, précité, no. 77, p. 78.

²²²⁸ *Open Access-Resolution der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster*, 9 février 2012, disponible sur : http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/publizieren/2012-02-09_oa-resolution-wwu.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

les éditeurs »²²²⁹. Le texte fait donc écho à la politique de type 2°, sans pour autant être un véritable « *mandat* ». Il est remarquable qu'il vise, comme la Déclaration de Berlin²²³⁰ non seulement les articles, mais plus largement tous les résultats de recherche. Il ne s'agit donc pas seulement de promouvoir l'*Open Access*, mais aussi l'*Open (Research) Data*.

Type 6° : « Encouragement à s'obliger »

997. Approche hybride. La dernier type de politique relève d'une approche hybride. Pour préserver la liberté des chercheurs, l'université se borne à les inviter à adhérer à un « *mandat* » de type 1° ou 2°. La solution n'est pas recommandée, car elle n'apporte en réalité rien de nouveau par rapport à un encouragement simple (type 5°)²²³¹. Elle reste un geste symbolique qui risque d'induire en erreur quant à son caractère coercitif et être perçue comme une atteinte à la liberté qu'elle se soucie tant de préserver.

§ 2. Les politiques des organismes finançant la recherche

998. La spécificité des politiques des organismes de financement. Les organismes de financement de recherche ont une plus grande liberté quant au contenu de leurs politiques. En effet, comme le remarque à juste titre Mme Bernault, « *les relations contractuelles entre le chercheur et un établissement [de financement] concernent une recherche déterminée, menée sur une période généralement limitée, qui peut certes donner lieu à plusieurs publications mais qui ne s'étend pas à l'ensemble des activités scientifiques du chercheur, contrairement aux politiques adoptées par les universités* »²²³². De surcroît, les politiques des organismes de financement, même très exigeants, ne portent pas atteinte à la liberté académique, car le chercheur reste libre de ne pas demander le financement pour sa recherche, ou de le chercher au-

²²²⁹ Traduction PK ; version originale : « *Als Unterzeichnerin der Berliner Erklärung ermutigt und unterstützt die WWU ihre Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die Ergebnisse ihrer Forschungsarbeit im Sinne der „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“¹ vom 22. Oktober 2003 frei zugänglich zu machen. Den Autorinnen und Autoren empfiehlt die Universität zudem, sich bei Verlagsverträgen das Recht zur weiteren elektronischen Nutzung ihrer eigenen Werke zu sichern* ».

²²³⁰ V. *supra* no. 787.

²²³¹ S. SHIEBER, P. SUBER, *précités*, p. 8.

²²³² C. BERNAULT, *Open access...*, *précité*, no. 108, p. 111.

près d'une autre institution²²³³. C'est pour cela que les organismes de financement peuvent poser des exigences strictes en matière de modes de diffusion des résultats de recherche, même si elles n'offrent pas de possibilité d'« *opt-out* ».

999. Controverses. L'argument présenté ci-dessus s'applique pleinement aux politiques des organismes qui redistribuent des fonds privés (comme le *Wellcome Trust*) et qui peuvent imposer les conditions de leur choix. Toutefois, cette approche suscite des controverses au regard des agences redistribuant des fonds publics. En effet, dans cette dernière hypothèse on peut y voir une « *nationalisation* » des travaux des chercheurs²²³⁴. Nous ne partageons pas ce point de vue, au contraire — si tous les contribuables financent un projet de recherche, il n'y a rien de plus judicieux que de leur donner un libre accès à ses résultats.

1000. Plan. Dans ce paragraphe, nous allons nous pencher d'abord sur les politiques de certains organismes finançant la recherche à l'échelle nationale (A), pour voir ensuite la solution adoptée à l'international (B).

A. Les politiques des organismes de financement de la recherche à l'échelle nationale

1001. Introduction. Si les universités étasuniennes sont des pionniers en matière de politiques visant à promouvoir les communs du savoir, quand il s'agit des organismes de financement ce sont les institutions britanniques qui ont jeté les bases (1). Elles ont été suivies, à des degrés différents, par des institutions françaises et allemandes (2).

1. La politique forte des institutions britanniques

1002. Le cas du *Wellcome Trust*. Le *Wellcome Trust*²²³⁵ est une fondation caritative (*charity foundation*) établie en 1936 pour gérer la fortune du pharmacien Sir Henry Wellcome. Historiquement un acteur majeur de l'industrie pharmaceutique, le *Trust* a aussi

²²³³ V. en ce sens P. SUBER, Open Access, *précité*, p. 83.

²²³⁴ C. BERNAULT, Open Access..., *précité*, no. 91, pp. 92-93.

²²³⁵ <https://wellcome.ac.uk>

développé des activités philanthropiques, investissant des sommes très importantes (à l'heure actuelle approximativement un milliard de livres sterling par an) dans la recherche biomédicale²²³⁶. En 2005, le *Wellcome Trust* était le premier financeur de la recherche au monde à adopter une politique en faveur de l'*Open Access*²²³⁷. En effet, le *Trust* exige que tous les articles publiés dans des revues à comité de lecture, les monographies et les chapitres issus des projets financés intégralement ou en partie par l'organisation, soient déposés dans l'archive *PubMed Central* aussi tôt que possible, et au plus tard dans les six mois suivant leur publication²²³⁸. Or la politique ne se limite pas au « *green OA* » : le *Trust* encourage aussi la diffusion des articles sous la licence CC BY ; si le *Trust* prend en charge les APCs, une telle voie de diffusion devient une obligation²²³⁹. Des guides de conformité détaillés sont fournis aux auteurs bénéficiant du financement²²⁴⁰, mais aussi aux éditeurs publiant les travaux²²⁴¹.

1003. 2011 : l'engagement du gouvernement ; le rapport *Finch*. Dans un document présenté en décembre 2011 et intitulé « *Innovation and Research Strategy for Growth* », le gouvernement britannique s'est engagé à assurer que les résultats des recherches financées par le secteur public seront disponibles gratuitement²²⁴². Dans un rapport publié par le groupe de travail présidé par Mme Finch, plusieurs mesures ont été envisagées pour atteindre cet objectif, avec une attention particulière pour le « *gold OA* » et le modèle auteur-payeur²²⁴³. À la

²²³⁶ <https://wellcome.ac.uk/about-us>, consulté le 13 décembre 2017.

²²³⁷ <https://wellcome.ac.uk/what-we-do/our-work/our-policy-work-open-access>, consulté le 13 décembre 2017.

²²³⁸ <https://wellcome.ac.uk/funding/managing-grant/open-access-policy>, consulté le 13 décembre 2017 : « *Specifically, we (...) require electronic copies of any research papers that have been accepted for publication in a peer-reviewed journal, and are supported in whole or in part by Wellcome Trust funding, to be made available through PubMed Central (PMC) and Europe PMC as soon as possible and in any event within six months of the journal publisher's official date of final publication (similarly, monographs and book chapters must be made available through PMC Bookshelf and Europe PMC with a maximum embargo of six months)* ».

²²³⁹ *Ibidem* : « *Specifically, we (...) encourage – and where it pays an open access fee, require – authors and publishers to licence research papers using the Creative Commons Attribution licence (CC-BY) so they may be freely copied and re-used (for example, for text- and data-mining purposes or creating a translation), provided that such uses are fully attributed (CC-BY is also the preferred licence for monographs and book chapters)* ».

²²⁴⁰ <https://wellcome.ac.uk/funding/managing-grant/complying-our-open-access-policy>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁴¹ *Open Access at the Wellcome Trust : a guide for publishers*, août 2015, disponible sur : <https://wellcome.ac.uk/sites/default/files/wtx031743.pdf>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁴² Department for Business Innovation and Skills, *Innovation and Research Strategy for Growth*, décembre 2011, p. 76 et ss.

²²⁴³ FINCH, J. et al., *Report of the Working Group on Expanding Access to Published Research Findings : Accessibility, sustainability, excellence : how to expand access to research publications*, disponible sur : <https://www.acu.ac.uk/research-information-network/finch-report-final>, consulté le 13 décembre 2017, spéc. p. 92 et ss.

suite de ce rapport, les politiques des organismes finançant la recherche ont pris de l'envergure.

1004. Le cas de la RCUK. La RCUK (*Research Councils United Kingdom*), une coalition de sept conseils de recherche britanniques établie en 2002, avait déjà déclaré sa position en matière d'accès aux résultats de la recherche en 2005²²⁴⁴. Suite au rapport *Finch*, sa politique a été renforcée²²⁴⁵. Désormais, les chercheurs bénéficiant du financement d'un des Conseils sont obligés de publier leurs articles (les monographies et les chapitres ne sont pas concernés) dans des revues conformes, c'est-à-dire des revues OA diffusées sous la licence CC BY ou des revues traditionnelles dont les éditeurs acceptent le dépôt des articles dans les archives ouvertes²²⁴⁶. La RCUK encourage aussi la publication de données de recherche, mais ne l'exige pas²²⁴⁷. Les Conseils ont aussi mis en place les « *block grants* » pour aider les institutions bénéficiant de leur financement à payer les frais de publication (APC) dans les revues conformes²²⁴⁸. Selon les objectifs annoncés en 2013, durant l'année académique 2017/2018 75% des articles publiés grâce au financement des Conseils seront en « *gold OA* », et les 25% restants en « *green OA* »²²⁴⁹.

1005. Le cas du HEFCE. Le *Higher Education Funding Council of England* (HEFCE²²⁵⁰), un organisme chargé de la redistribution des fonds gouvernementaux dans les universités anglaises, s'est aussi engagé pour l'*Open Access* suite au rapport *Finch*. En 2014 l'organisation a annoncé que depuis le 1er avril 2016, pour être éligible à recevoir des fonds dans le cadre du programme « *Research Excellence Framework* », les chercheurs doivent dé-

²²⁴⁴ RCUK *Position Statement on Access to Research Outputs*, disponible sur : <http://www.rcuk.ac.uk/documents/documents/2005statement-pdf/>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁴⁵ RCUK *Policy on Open Access and Supporting Guidance*, 2013, disponible sur : <http://www.rcuk.ac.uk/documents/documents/rcukopenaccesspolicy-pdf/>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁴⁶ *Idem*, sections 3.3 et 3.5-3.10.

²²⁴⁷ *Idem*, section 3.4.

²²⁴⁸ *Idem*, section 3.5 ; v. aussi : RCUK announces block grants for universities to aid drives to open access to research outputs, disponible sur : <http://www.rcuk.ac.uk/media/news/121108/>, consulté le 13 décembre 2017 ; C. BERNAULT, *Open access...*, précité, no. 77, p. 78.

²²⁴⁹ *Ibid.*

²²⁵⁰ <http://www.hefce.ac.uk>

poser leurs articles dans une archive ouverte (institutionnelle ou disciplinaire)²²⁵¹. Des périodes d'embargo sont tolérées (de 12 à 24 mois en fonction des disciplines), pendant lesquelles l'article doit être déposé en « *dark deposit* »²²⁵². Les monographies, les chapitres d'ouvrages et les données ne sont pas concernés²²⁵³.

1006. Et les données de recherche? Les principales institutions finançant la recherche au Royaume-Uni mentionnées ci-dessus ont aussi adopté le 28 juin 2016 un *Concordat on Open Research Data*²²⁵⁴. Le document n'est pas un « *mandat* », mais plutôt une liste de principes visant à faciliter l'accès aux données²²⁵⁵ dont la mise en oeuvre (comme le reconnaissent expressément les auteurs) exige du temps et des moyens financiers et humains dont tous les chercheurs britanniques ne disposent pas encore²²⁵⁶. Le texte reconnaît que l'*openness* des données de recherche n'est pas toujours possible, mais chaque restriction imposée doit être justifiée²²⁵⁷. On peut s'attendre à ce que des politiques plus précises et plus contraignantes en matière d'accès aux données de recherche soient bientôt adoptées par les financeurs de recherche, et cela non seulement au Royaume-Uni²²⁵⁸. Par ailleurs, le *Wellcome Trust*, un des signataires du *Concordat*, a dernièrement mis à jour sa politique en la matière²²⁵⁹. Le *Trust* s'attend à ce que les bénéficiaires de son financement mettent leurs don-

²²⁵¹ *Policy for open access in Research Excellence Framework 2021*, HEFCE Guidance 2016/35, disponible sur : http://www.hefce.ac.uk/media/HEFCE,2014/Content/Pubs/2016/201635/HEFCE2016_35.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁵² *Idem*, V. notamment « *Access requirements* », p. 6.

²²⁵³ Il semblerait que l'extension de cette politique aux monographies est envisagée dans l'avenir, v. G. CROSSLICK, *Monographs and Open Access. A report to HEFCE*, janvier 2015, disponible sur : http://www.hefce.ac.uk/media/hefce/content/pubs/indirreports/2015/Monographs,and,open,access/2014_monographs.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁵⁴ *Concordat on Open Research Data*, 28 juin 2016, disponible sur : <http://www.rcuk.ac.uk/documents/documents/concordatonopenresearchdata-pdf/>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁵⁵ *Idem* : « *It is not the intention to mandate, codify or require specific activities, but to establish a set of expectations of good practice with the intention of increasing access to research data as the desired position for research for the public benefit.* ».

²²⁵⁶ *Idem* : « *It is recognised this Concordat describes processes and principles that may take time to establish within institutions, given there is currently a deficit of knowledge and skills in the area of research data management across the research sector in the UK* ».

²²⁵⁷ *Idem*, Principle #2 : « *There are sound reasons why the openness of research data may need to be restricted but any restrictions must be justified and justifiable.* » (*idem*)

²²⁵⁸ V. *infra* no. 1016 sur le programme *Open Data Pilot*.

²²⁵⁹ Wellcome Trust, *Policy on data, software and materials management and sharing*, disponible sur : <https://wellcome.ac.uk/funding/managing-grant/policy-data-software-materials-management-and-sharing>, mise à jour le 10 juillet 2017, consulté le 13 décembre 2017.

nées à disposition avec aussi peu de restrictions que possible²²⁶⁰. Au minimum, toutes les données associées à des publications dans le cadre des projets financés par le *Trust* doivent être mises à disposition d'autres chercheurs²²⁶¹. Dans le cadre de projets présentant un intérêt particulier, un plan de gestion et de partage de résultats (données, logiciels et autres) doit être adopté et soumis à l'examen du *Trust*²²⁶².

1007. Financement de la recherche comme levier pour imposer l'*Open Access*. Ainsi, nous constatons que les institutions britanniques se sont engagées pour imposer l'*Open Access* en utilisant le levier financier²²⁶³. L'approche adoptée par les institutions mentionnées ci-dessus est donc similaire à la politique universitaire du type 2° — en fin de compte la responsabilité pour la diffusion des résultats repose sur le chercheur. Or contrairement aux politiques universitaires, les politiques des organismes financeurs peuvent aller jusqu'à exiger le « *gold OA* », et cela sans offrir la possibilité d'*opt-out*. Cette approche se distingue par son efficacité, mais place une lourde charge sur les épaules du chercheur. La solution diffère, comme nous allons le voir, de celle adoptée en France et en Allemagne.

2. Des politiques réservées en France et en Allemagne

1008. Mesures d'encouragement. Nous allons voir que tant en France (a) qu'en Allemagne (b) les politiques des organismes finançant la recherche se limitent à des mesures d'encouragement qui s'apparentent aux politiques universitaires du type 5°²²⁶⁴.

a. En France

1009. La politique de l'ANR. Depuis sa création en 2005, l'Agence Nationale de la Recherche (ANR) finance des projets de recherche sélectionnés selon des critères internationaux d'excellence. L'Agence s'est aussi engagée en faveur de l'*Open Access*, mais cet en-

²²⁶⁰ *Idem*, no. 1.

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² *Idem*, no. 2.

²²⁶³ Selon la formulation de C. BERNAULT, Articles scientifiques et données de la recherche : l'open access et au-delà dans la loi pour une République numérique, *Légipresse* no. 344 (déc. 2016), pp. 654 et ss.

²²⁶⁴ V. *supra* no. 996.

gagement reste relativement faible. Certes, on a pu lire dans les appels à projets que « *l'ANR recommand[ait] que, dans le respect des règles relatives à la propriété intellectuelle et des durées d'embargo éventuelles, toutes les publications consécutives aux projets qu'elle finance, soient déposées en texte intégral dans une archive ouverte, soit directement dans HAL soit par l'intermédiaire d'une archive institutionnelle locale* »²²⁶⁵, mais cette déclaration ne s'est pas transformé en une réelle politique en la matière.

1010. La politique nouvelle de l'INRA. En octobre 2016, l'INRA (l'Institut national de la recherche agronomique) a publié une Charte pour le libre accès aux publications et aux données. Le document énonce entre autres que « *[l]es scientifiques sont fortement encouragés à déposer leurs publications dans [une archive ouverte] et à choisir des supports de publication ouverts, c'est-à-dire sans cession de droit exclusive [sic!] aux éditeurs et garantissant un accès gratuit aux textes* »²²⁶⁶. En même temps, le texte (ce qui est plutôt atypique) met l'accent sur le respect du droit dans la mise en oeuvre de l'*Open Access*. La Charte prévoit aussi le financement des APC²²⁶⁷.

b. En Allemagne

1011. La politique de la DFG. Depuis 2006, la Fondation allemande pour la recherche (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*, DFG) encourage l'*Open Access*. Les conditions générales de ses conventions de subvention stipulent que : « *les résultats des projets financés par la DFG doivent être publiés et, si possible, mis à disposition sur Internet en libre accès (Open Access). Pour cela, ils sont soit déposés dans une archive (disciplinaire ou institutionnelle) après la publication, soit publiés directement dans une revue OA à comité de lec-*

²²⁶⁵ Par ex. dans l'*Appel à projets générique 2015*, disponible sur : <http://www.agence-nationale-recherche.fr/fileadmin/aap/2015/pa-anr-2015-guide-deposants.pdf>, consulté le 13 décembre 2017 ; le dernier *Appel à projets générique 2017* (disponible sur : <http://www.agence-nationale-recherche.fr/fileadmin/aap/2017/ANR-plan-action-2017.pdf>, consulté le 13 décembre 2017) ne contient plus cette formulation, même s'il appelle aux projets portant sur l'*Open Access* (dans le cadre du Défi 7 : Société de l'information et de la communication).

²²⁶⁶ *Charte pour le libre accès aux publications et aux données*, DOI : 10.15454/1.485854076583696E12, consulté le 13 décembre 2017, principe 4.

²²⁶⁷ *Idem*, principe 7.

ture »²²⁶⁸. On remarque que cet encouragement concerne non seulement les articles, mais aussi les autres résultats de recherche, y compris les données (conformément à la Déclaration de Berlin²²⁶⁹). Le DFG prévoit aussi un programme de financement des APC « *Open Access Publizieren* »²²⁷⁰, dans le cadre duquel les universités peuvent obtenir jusqu'à 2000 EUR par article²²⁷¹ publié dans une revue OA. Seules les revues entièrement disponibles en *Open Access* (« *pure gold OA* ») et assurant la qualité de leurs publications sont concernées. Il faut aussi noter qu'il est fort possible que la politique de la DFG en matière d'*Open Access* change suite au lancement par le Ministère de l'éducation et de la recherche de la stratégie nationale « *Open Access in Deutschland* »²²⁷².

B. Les politiques des organismes et projets de financement de la recherche à l'échelle internationale

1012. Plan. Des actions visant à promouvoir l'*openness* ont été menées par des financeurs de la recherche à l'échelle européenne (2) et même mondiale (1).

1. À l'échelle mondiale : le *Global Research Council*

1013. Plan d'action pour l'*Open Access* aux publications. Pendant son deuxième sommet mondial organisé à Berlin en mai 2013, le *Global Research Council* a adopté un

²²⁶⁸ *Verwendungsrichtlinien Allgemeine Bedingungen für Förderverträge mit der Deutschen Forschungsgemeinschaft e.V. (DFG)* (DFG-Vordruck 2.00 – 03/17), disponible sur : http://www.dfg.de/formulare/2_00/v/dfg_2_00_de_v0317.pdf, consulté le 13 décembre 2017 ; traduction (approximative) PK ; version originale : « *Projektergebnisse, die aus mit DFG Mitteln finanzierten Projekten resultieren, sollen publiziert und dabei möglichst auch digital veröffentlicht und für den entgeltfreien Zugriff im Internet (Open Access) verfügbar gemacht werden. Die entsprechenden Beiträge sollten dazu entweder zusätzlich zur Verlagspublikation in disziplinspezifische oder institutionelle elektronische Archive (Repositorien) eingestellt oder direkt in referierten bzw. renommierten Open Access Zeitschriften publiziert werden.* ».

²²⁶⁹ V. *supra* no. 787.

²²⁷⁰ *Merkblatt Open Access Publizieren* (DFG-Vordruck 12.20 - 02/17), disponible sur : http://www.dfg.de/formulare/12_20/12_20_de.pdf, consulté le 13 décembre 2017

²²⁷¹ Or rappelons que les APC peuvent être beaucoup plus élevés, même si le prix moyen est en effet autour de 2000 EUR, cf. B. SOCHA, *How Much Do Top Publishers Charge for Open Access?*, publié le 20 avril 2017 sur <http://openscience.com/how-much-do-top-publishers-charge-for-open-access/>, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁷² *Open Access in Deutschland : Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung*, septembre 2016, disponible sur : https://www.bmbf.de/pub/Open_Access_in_Deutschland.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

« *Action Plan towards Open Access to Publications* »²²⁷³, dont les objectifs principaux étaient (dans cet ordre) d'encourager et soutenir la publication dans des revues OA, d'encourager et soutenir le dépôt dans des archives ouvertes et de créer des interconnexions entre les archives²²⁷⁴. Son intitulé vise toutes les publications scientifiques, mais en réalité le plan se concentre sur les articles²²⁷⁵. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une véritable politique comme celles présentées ci-dessus, mais compte tenu de la diversité de cultures et d'intérêts des organismes finançant la recherche venant du monde entier, le texte a une grande force symbolique. En 2014, pendant le sommet de l'organisation à Pékin, les résultats de l'examen de la mise en œuvre du Plan d'action ont été présentés²²⁷⁶. Le rapport a révélé que les plus grands obstacles à la mise en œuvre du Plan étaient la diversité des approches à l'*Open Access* (entre le « *gold OA* » et le « *green OA* ») et les montants élevés des APC (difficiles à mettre en équilibre avec les abonnements traditionnels)²²⁷⁷. Le rapport encourage aussi une plus large discussion sur les stratégies d'incitation des chercheurs à publier leurs articles en *Open Access*²²⁷⁸.

2. À l'échelle de l'Union Européenne : le programme Horizon 2020

1014. Présentation du cadre du programme. Horizon 2020 (H2020) est le programme de financement de la recherche et de l'innovation dans l'Union européenne pour les années 2014-2020, disposant d'un budget d'environ 80 milliards d'euros. Il a été établi par le Règlement 1291/2013 du 11 décembre 2013, dont l'article 18 disposait que « [l]'accès ouvert aux publications scientifiques résultant de la recherche financée par des fonds publics au titre [du programme] est assuré (...) » et que « [l]'accès ouvert aux données résultant de [cette]

²²⁷³ Global Research Council, *Action Plan towards Open Access to Publications*, 2013, disponible sur : https://www.globalresearchcouncil.org/fileadmin/documents/GRC_Publications/grc_action_plan_open_access_FINAL.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁷⁴ *Idem*, spéc. p. 3.

²²⁷⁵ *Idem*, p. 1.

²²⁷⁶ Global Research Council, *Review of Implementation of the Global Research Council Action Plan towards Open Access to Publications*, 2014, disponible sur : https://www.globalresearchcouncil.org/fileadmin/documents/GRC_Publications/Review_of_Implementation_of_GRC_Action_Plan.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁷⁷ *Idem*, p. 7.

²²⁷⁸ *Idem*, p. 8.

recherche (...) est encouragé ». L'article 43(2) du Règlement 1290/2013, définissant les règles de participation dans le programme, précise :

« [E]n ce qui concerne [les] publications scientifiques, l'accès ouvert s'applique selon les modalités et conditions établies dans la convention de subvention. Les coûts liés à l'accès ouvert aux publications (...) sont éligibles au remboursement aux conditions prévues par la convention de subvention. (...) »

En ce qui concerne la diffusion des données de la recherche, la convention de subvention peut, dans le cadre d'un accès ouvert et dans un souci de préservation de ces données, fixer les modalités et conditions de l'ouverture de l'accès (...), en particulier pour les travaux (...) dans [des] domaines qui s'y prêtent, et en tenant compte des intérêts légitimes des participants et de toute contrainte liée aux règles de protection des données, aux règles de sécurité ou aux droits de propriété intellectuelle ».

1015. Open Access dans la Convention de subvention. En effet, l'article 29.2 du modèle de la Convention de subvention²²⁷⁹ prévoit que « *chaque bénéficiaire doit assurer l'accès libre (gratuit, en ligne, pour toutes les publications scientifiques relues par des pairs en relation avec ses résultats)* »²²⁸⁰. Ainsi, le « mandat » vise seulement les articles, même si le guide sur l'Open Access dans le cadre du H2020²²⁸¹ encourage aussi l'application de ses principes aux monographies, actes de conférences et à la littérature grise (par exemple les rapports). L'article 29.2 de la Convention distingue deux étapes : le dépôt et l'ouverture d'accès. D'abord, les articles doivent être déposés dans une archive ; ceci doit avoir lieu au plus tard au moment de la publication. Il est intéressant de remarquer que cette obligation s'applique aussi aux articles publiés dans les revues OA (« *gold OA* »²²⁸²) ; dans cette hypothèse, l'article doit également être déposé dans une archive (« *green OA* ») afin de garantir sa préservation à long terme²²⁸³. La version déposée devrait être identique à la version publiée

²²⁷⁹ H2020 Programme, *Annotated Model Grant Agreement (AGA)*, Version 4.1, 26 octobre 2017, disponible sur : http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/amga/h2020-amga_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²²⁸⁰ *Idem* ; traduction française d'après la version officielle de septembre 2014 ; version originale : « *Each beneficiary must ensure open access (free of charge, online access for any user) to all peer-reviewed scientific publications relating to its results* ».

²²⁸¹ H2020 Programme, *Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020*, Version 3.2, 21 mars 2017, disponible sur : http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017, p. 6.

²²⁸² À ce titre nous remarquerons aussi que le modèle de la Convention prévoit la prise en charge des APC — art. 6.2.D.3.

²²⁸³ *Ibid.*

dans la revue, mais les *postprints* (les manuscrits finaux acceptés par l'éditeur, mais sans sa mise en page etc.) sont également acceptées²²⁸⁴. Par la suite, le bénéficiaire doit assurer l'accès ouvert à l'article²²⁸⁵ et à ses données biographiques²²⁸⁶ ; ceci peut avoir lieu au plus tard six mois après la date de sa publication, à l'exception des articles en sciences humaines et sociales, pour lesquels ce délai est de douze mois. On note alors que le mandat prévoit la possibilité de périodes d'embargo, pendant lesquelles l'article est en « *dark deposit* ». Selon le Guide, l'utilisation des licences *Creative Commons* est encouragée²²⁸⁷, mais l'ouverture d'accès signifie au minimum que l'article doit être lisible, téléchargeable et imprimable pour tout le monde²²⁸⁸. L'idée était certainement de se contenter du « *gratis OA* », même s'il n'est pas évident si en l'absence d'autorisation spécifique tous les utilisateurs peuvent en effet accomplir des actes de reproduction tels que le téléchargement ou l'impression. En tout cas, notre analyse²²⁸⁹ a démontré que dans l'état actuel des droits d'auteur français et allemand, les exceptions légales ne le permettent pas toujours, en tout cas pas pour toutes les finalités.

1016. *Open Data Pilot*. L'article 29.2 du modèle de la Convention de subvention ne vise que les publications, mais le financeur ne s'est pas contenté de cela. Le programme *Open Research Data Pilot* (développé en collaboration avec le projet *OpenAIRE*), oblige les bénéficiaires à ouvrir l'accès à leurs données de recherche. Initialement, le programme ne visait que certains projets financés dans le cadre du H2020, mais à partir de l'année 2017 sa portée a été généralisée²²⁹⁰. Ainsi, l'article 29.3 du modèle de la Convention s'applique maintenant à tous les bénéficiaires par défaut. Il les oblige à déposer leurs données de recherche dans une archive (*research data repository*) de manière à ce qu'elles puissent être non seulement consultées, mais aussi exploitées, reproduites et diffusées gratuitement par chaque usager²²⁹¹. À

²²⁸⁴ L'art. 29.2 (a) du AGA ; Guidelines to the Rules of Open Access..., *précité*, p. 6.

²²⁸⁵ L'art. 29.2 (b) du AGA.

²²⁸⁶ L'art. 29.2 (c) du AGA.

²²⁸⁷ Guidelines to the Rules of Open Access..., *précité*, p. 8.

²²⁸⁸ *Idem*, p. 5.

²²⁸⁹ V. *supra* no. 519 et ss.

²²⁹⁰ H2020 Programme, *Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020*, Version 3.0, 26 juillet 2016, disponible sur : http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-data-mgt_en.pdf, consulté le 13 décembre 2017, p. 3.

²²⁹¹ L'art. 29.3 du AGA.

ces fins, l'utilisation des licences CC0 et CC BY est conseillée²²⁹². L'obligation concerne les données nécessaires à la validation des résultats, mais aussi d'autres données, selon les spécifications du plan de gestion des données (*Data Management Plan*). Des dérogations sont prévues, mais elle doivent être justifiées, notamment par des raisons de sécurité, de protection des résultats ou de protection des données personnelles. Par ailleurs, tous les projets concernés doivent adopter un *Data Management Plan* dans les six mois suivant leur établissement²²⁹³. L'initiative d'adopter un véritable « *mandat* » non seulement en matière de publications, mais aussi en matière des données, est très courageuse, voire révolutionnaire. On ne peut que s'en réjouir, même s'il reste encore à voir son réel impact.

1017. Transition. Le *private ordering* peut être très efficace, comme nous l'a montré la section précédente, mais il a ses limites. Conscients de cela, certains législateurs nationaux ont décidé d'agir pour promouvoir, voire imposer, l'*openness* du savoir. Certains jugeront sans doute les interventions comme excessives, mais selon nous elles se justifient par le fait que des communs du savoir riches et variés sont dans l'intérêt de l'ensemble du grand public, et pas seulement dans celui de la communauté scientifique.

Section 2 : Les politiques législatives promouvant les communs du savoir

1018. Encouragement de la Commission Européenne. Dans sa Recommandation du 17 juillet 2012²²⁹⁴, la Commission Européenne encourage les États membres à « *définir des politiques claires en matière de diffusion des publications scientifiques issues de la recherche financée par des fonds publics et du libre accès à ces dernières* » et de veiller « *à ce que les publications issues de [ces activités de] recherche (...) soient librement accessibles dans les meilleurs délais, de préférence immédiatement et, dans tous les cas, au plus tard six mois après leur date de publication, et au plus tard douze mois pour les publications dans les domaines des sciences sociales et humaines* ». La Recommandation touche aussi aux données de

²²⁹² Guidelines to the Rules of Open Access..., *précité*, p. 10.

²²⁹³ Sur le *Data Management Plan*, v. Guidelines on FAIR Data Management..., *précité*, Annex I, p. 6 et ss.

²²⁹⁴ Recommandation de la Commission du 17 juillet 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation, C(2012) 4890 final.

la recherche financée par des fonds publics et elle appelle les États membres à veiller à ce qu'elles « *deviennent accessibles, utilisables et réutilisables par le public au moyen d'infrastructures électroniques* », tout cela dans le respect de la loi.

1019. Deux approches. On peut distinguer deux types de politiques législatives en la matière. Le premier consiste à imposer (ou « *mandater* ») l'*openness* dans certaines circonstances (§1) ; le deuxième, beaucoup plus intéressant, à investir les auteurs des écrits scientifiques d'un droit inaliénable à y ouvrir l'accès pour tout le monde (§2).

§1. Le « *mandat* » légal — l'*openness* imposée par la loi

1020. Introduction. Parmi les législateurs qui ont adopté un mandat légal d'*Open Access* on compte notamment le législateur étasunien (A), mais aussi certains législateurs européens (B). Le législateur français semble aussi avoir récemment consacré cette approche (C).

A. Le « *mandat* » *Open Access* imposé par le législateur étasunien

1021. La politique imposée par le législateur aux NIH. La loi sur les finances publiques (*Consolidated Appropriations Act*) de 2008²²⁹⁵ a obligé le directeur des *National Institutes of Health* (NIH) à s'assurer que tous les chercheurs financés par les NIH déposent leurs articles dans l'archive *PubMed Central* pour qu'ils soient mis à la disposition du public au plus tard douze mois après leur date de publication²²⁹⁶. Il s'agit donc en quelque sorte d'une politique de l'organisme finançant la recherche²²⁹⁷, mais imposée par le législateur.

²²⁹⁵ Public Law 110–161, 26 décembre 2007.

²²⁹⁶ « *The Director of the National Institutes of Health shall require that all investigators funded by the NIH submit or have submitted for them to the National Library of Medicine's PubMed Central an electronic version of their final, peer-reviewed manuscripts upon acceptance for publication, to be made publicly available no later than 12 months after the official date of publication : Provided, That the NIH shall implement the public access policy in a manner consistent with copyright law.* » (Division G, Title II, Section 218).

²²⁹⁷ Sur la politique des NIH en matière de l'Open Access, v. : <https://publicaccess.nih.gov/index.htm>.

L'adoption de cette mesure a provoqué une vive critique de la part de l'association étasunienne des éditeurs²²⁹⁸.

1022. La généralisation du dispositif. Après de longs débats²²⁹⁹, la loi sur les finances publiques de 2014 a étendu le dispositif aux autres agences de recherche qui reçoivent plus de cent millions de dollars par an de fonds publics. Elles sont désormais obligées d'adopter les politiques en matière d'accès aux articles (*final peer-reviewed manuscripts*) écrits dans le cadre des projets qu'elles financent. Ces politiques, tout en respectant les lois sur le *copyright*, doivent prévoir l'obligation pour les auteurs de déposer les articles auprès de l'agence ou d'un organisme qu'elle désigne, et de les rendre accessibles au public dans les douze mois suivant leur publication²³⁰⁰.

B. Les « mandats » *Open Access* imposés par certains législateurs européens

1023. Introduction. Les « mandats » *Open Access* ont aussi été imposés par les législateurs en Italie (1) et en Espagne (2).

²²⁹⁸ Sur cela, v. C. BERNAULT, Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques, Propriété intellectuelle, no. 41 (octobre 2011), p. 374, qui démontre que cette critique était mal fondée.

²²⁹⁹ V. notamment : Interagency Public Access Coordination, *A Report to Congress on the Coordination of Policies Related to the Dissemination and Long-Term Stewardship of the Results of Federally Funded Scientific Research*, mars 2012, disponible sur : https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/public_access-final.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

²³⁰⁰ Consolidated Appropriations Act 2014 (Public Law No : 113-76), Division H, Section 527 :
« Each Federal agency, or in the case of an agency with multiple bureaus, each bureau (or operating division) funded under this Act that has research and development expenditures in excess of \$100,000,000 per year shall develop a Federal research public access policy that provides for—
(1) the submission to the agency, agency bureau, or designated entity acting on behalf of the agency, a machine-readable version of the author's final peer-reviewed manuscripts that have been accepted for publication in peer-reviewed journals describing research supported, in whole or in part, from funding by the Federal Government ;
(2) free online public access to such final peer-reviewed manuscripts or published versions not later than 12 months after the official date of publication ; and
(3) compliance with all relevant copyright laws ».

1. Le cas de l'Italie²³⁰¹

1024. Description du dispositif. Le décret-loi du 8 août 2013, modifié par la loi du 7 octobre de la même année, oblige les agences finançant la recherche à s'assurer que les articles publiés dans le cadre des projets financés au moins à 50% sur des fonds publics sont disponibles en *Open Access*. Seuls les articles publiés dans les revues paraissant au moins deux fois par an sont visés. Le texte précise que l'*Open Access* peut être atteint soit par la « voie dorée », soit par la « voie verte ». Dans ce deuxième cas, des délais d'embargo sont prévus : 18 mois pour les articles en sciences techniques et en médecine et 24 mois pour les articles en sciences humaines et sociales. Le texte prévoit aussi que le dispositif ne s'applique pas aux résultats protégeables par le droit de la propriété industrielle²³⁰².

2. Le cas de l'Espagne²³⁰³

1025. Dispositifs méconnaissant le droit d'auteur et dépourvus d'effet. En Espagne, l'article 37.2 de la loi 2 juin 2011 oblige les chercheurs financés majoritairement par l'État à rendre leurs articles accessibles en *Open Access* au plus tard douze mois après la publication²³⁰⁴. En 2011, un dispositif exigeant le dépôt des thèses dans une archive ouverte (à

²³⁰¹ Sur l'ensemble du dispositif v. C. BERNAULT, *Open access...*, précité, no. 87, pp. 88-89. Pour une analyse approfondie, v. R. CASO, *La legge italiana sull'accesso aperto agli articoli scientifici : una prima panoramica*, *Aedon : Rivista di arti e dritto on line* 2013, no. 3.

²³⁰² Legge 112/2013, l'art. 4 : « 2. *I soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica adottano, nella loro autonomia, le misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue. I predetti articoli devono includere una scheda di progetto in cui siano menzionati tutti i soggetti che hanno concorso alla realizzazione degli stessi. L'accesso aperto si realizza :*

a) *tramite la pubblicazione da parte dell'editore, al momento della prima pubblicazione, in modo tale che l'articolo sia accessibile a titolo gratuito dal luogo e nel momento scelti individualmente ;*

b) *tramite la ripubblicazione senza fini di lucro in archivi elettronici istituzionali o disciplinari, secondo le stesse modalità, entro diciotto mesi dalla prima pubblicazione per le pubblicazioni delle aree disciplinari scientifico-tecnico-mediche e ventiquattro mesi per le aree disciplinari umanistiche e delle scienze sociali.*

2-bis. *Le previsioni del comma 2 non si applicano quando i diritti sui risultati delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione godono di protezione ai sensi del codice di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 »*

²³⁰³ Sur l'ensemble du dispositif, v. C. BERNAULT, *Open access...*, précité, no. 88, pp. 89-90.

²³⁰⁴ Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, l'art. 37.2 : « *El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación ».*

l'exclusion des cas d'exception) a également été adopté²³⁰⁵. Contrairement aux solutions étasunienne et italienne, les textes espagnols s'adressent directement aux chercheurs. Il a été souligné que les deux règles portent atteinte au monopole des auteurs, en leur imposant directement la décision sur la diffusion de leurs oeuvres ; elles sont donc privées d'effet²³⁰⁶.

C. Le « mandat » *Open Source, Open Research Data et Open Educational Resources* imposé aux universités par le législateur français?

1026. Une politique initialement limitée à des « mesures d'encouragement ». Durant ces dernières années, le législateur français s'est aussi engagé à promouvoir les communs du savoir. Force est de constater que sa politique se limitait initialement à de simples « mesures d'encouragement », qu'on retrouve dans différents textes. Ainsi, depuis la réforme effectuée par la loi relative à l'enseignement supérieur et à la recherche du 22 juillet 2013, l'article L. 112-1 du Code de la recherche dispose que la recherche publique²³⁰⁷ a pour objectif « l'organisation de l'accès libre aux données scientifiques »²³⁰⁸, et que « les formats libres d'accès »²³⁰⁹ doivent être privilégiés dans l'exercice de la mission de partage et de diffusion des connaissances scientifiques. L'article L. 123-4-1 du Code de l'éducation, modifié par la même loi, dispose qu'en mettant à la disposition des usagers des services et des ressources pédagogiques numériques, le service public de l'enseignement supérieur doit accorder la priorité aux logiciels libres.

1027. Deux dispositifs récents. Dans les années 2015 et 2016, la politique du législateur français en matière des communs du savoir a pris de l'envergure. Ceci a été marqué no-

²³⁰⁵ Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, les art. 14(5) et 14(6).

²³⁰⁶ C. BERNAULT, *Open access...*, précité, no. 88, pp. 89-90.

²³⁰⁷ La recherche publique est, selon l'art. L. 112-2 du Code de la recherche, « organisée dans les services publics, notamment les établissements publics d'enseignement supérieur, les établissements publics de recherche et les établissements de santé, et dans les entreprises publiques » ; l'art. L. 112-3 réaffirme le rôle des universités dans la recherche publique : « La recherche constitue une des missions du service public de l'enseignement supérieur conformément aux dispositions des articles L. 123-3 à L. 123-9 du code de l'éducation, et notamment aux dispositions de l'article L. 123-5 ».

²³⁰⁸ La lettre (e) de l'art. L. 112-1 du Code de la recherche, modifié par l'art. 16 de la loi n°2013-660 du 22 juillet 2013.

²³⁰⁹ *Idem*, la lettre (c)

tamment par deux dispositifs : l'extension des règles sur l'*Open Public Sector Information* aux universités (1) et la consécration d'un régime particulier des données de recherche (2).

1. L'extension du régime de la *Public Sector Information* aux universités

1028. La loi *Valter* : vers l'*Open Research Data* dans les universités? Rappelons que depuis la réforme de 2005, l'article 11 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 prévoyait que les établissements d'enseignement et de recherche peuvent seuls définir les conditions de réutilisation des informations figurant dans les documents qu'ils élaboraient ou qu'ils détenaient²³¹⁰. Ainsi, les universités étaient seules à pouvoir décider par exemple de l'ouverture des données de recherche détenues dans leurs laboratoires. Cette dérogation au principe général d'ouverture de l'information du secteur public a été supprimée par l'article 3 de la loi du 28 décembre 2015 (dite loi *Valter*), transposant (tardivement) la Directive PSI2²³¹¹. Ainsi, malgré le fait que la Directive PSI2 prévoyait aussi une dérogation pour les établissements d'enseignement et de recherche, et malgré des inquiétudes exprimées lors du processus de l'adoption de la loi *Valter*²³¹², les documents et les informations détenus et élaborés par les universités ont été soumis au régime général. Ce régime a d'ailleurs été lourdement modifié par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique²³¹³. Il comporte maintenant deux volets distincts : l'accès aux documents administratifs (b) et la réutilisation de l'information publique (c). Il oblige aussi les administrations à tenir un Répertoire des Informations Publiques (a).

²³¹⁰ L'art. 11 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, créé par l'art. 10 de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 :
« Par dérogation au présent chapitre, les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées, le cas échéant, par les administrations mentionnées aux a et b du présent article lorsqu'elles figurent dans des documents élaborés ou détenus par :
a) Des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ;
b) Des établissements, organismes ou services culturels ».

²³¹¹ V. *supra* no. 810.

²³¹² V. C. CASTETS-RENARD, N. GANDON, Open data des données de la recherche publique : entre réformes législatives et retour d'expérience sur un guide pratique à destination des chercheurs, *Légicom* no. 56 (janvier 2016), pp. 67-75.

²³¹³ Loi n° 2016-1321.

a. Obligation de tenir un Répertoire des Informations Publiques dans les universités

1029. RIP. L'art. L. 322-6 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) oblige les administrations, donc aussi les universités, à tenir un Répertoire des Informations Publiques (RIP) dans lequel doivent figurer les principaux documents contenant les informations publiques produites ou détenues par l'administration. Une version mise à jour du RIP doit être publiée chaque année sur le site de l'université. Le RIP précise, pour chacun des documents recensés, son titre exact, son objet, la date de sa création, les conditions de sa réutilisation et, le cas échéant, la date et l'objet de ses mises à jour²³¹⁴.

b. Les e-Universités face aux règles relatives à l'accès aux documents administratifs

1030. La notion de document administratif. Les documents administratifs sont définis par l'article L. 300-2 du CRPA comme « *les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission* ». À titre d'exemple, l'article énumère « *les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, (...) correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions* ». La notion semble donc englober les données de la recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques.

1031. La communication et la publication. De tels documents doivent être communiqués aux personnes qui en font la demande²³¹⁵, mais ils peuvent aussi faire l'objet d'une publication en ligne²³¹⁶. Par ailleurs, tant la communication que la publication doivent se faire dans un standard ouvert²³¹⁷, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement

²³¹⁴ L'art. R. 322-7 du CRPA.

²³¹⁵ L'art. L. 311-1 du CRPA.

²³¹⁶ L'art. L. 312-1 du CRPA.

²³¹⁷ Pour la définition du « standard ouvert », v. l'art. 4 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « *On entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre.* »

automatisé²³¹⁸. Pour les personnes morales dont le nombre d'agents et salariés dépasse cinquante²³¹⁹ (catégorie à laquelle appartiennent sans doute toutes les universités), la publication de certains documents disponibles sous forme numérique devient obligatoire. Tel est le cas, selon l'article L. 312-1-1 du CRPA, des documents figurant dans le RIP, des « *bases de données, mises à jour de façon régulière (...) qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs* » et des « *données, mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental* ». Il semble alors que les universités peuvent librement apprécier l'intérêt des données qu'elles détiennent²³²⁰, sauf si celles-ci sont organisées dans des bases de données, dont la communication est obligatoire.

1032. Nombreuses exclusions. Bien évidemment, nombreux sont des documents exclus du champ d'application de ces règles. Premièrement, l'obligation de communication (et *a fortiori* de publication) ne s'applique pas aux documents inachevés²³²¹. Deuxièmement, ne sont pas communicables les documents dont la communication porterait atteinte à la sécurité publique, au secret de la défense nationale et aux autres secrets protégés par la loi²³²². Sont communicables uniquement à l'intéressé (donc non-publiables) : les documents dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable et les documents faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice²³²³. De surcroît, les documents sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique²³²⁴. Cette dernière réserve mérite d'être clarifiée.

²³¹⁸ L'art. L. 300-4 du CRPA.

²³¹⁹ L'art. D. 312-1-1-1 du CRPA.

²³²⁰ Dans ces conditions il ne serait pas étonnant qu'elles estiment que la publication des données de recherche produites et reçues par leurs laboratoires ne présente aucun intérêt...

²³²¹ L'art. L. 311-2 du CRPA.

²³²² L'art. L. 311-4 du CRPA ; on pense ici notamment au « *potentiel scientifique et technique de la nation* », protégé par l'art. 410-1 du Code pénal ; en ce sens v. C. CASTETS-RENARD, N. GANDON, *précités*.

²³²³ L'art. L. 311-5 du CRPA.

²³²⁴ L'art. L. 311-4 du CRPA.

1033. Le respect de la propriété littéraire et artistique. Selon la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), l'exclusion de l'article L. 311-4 du CRPA « se borne (...) à limiter l'usage ultérieur que le demandeur, après communication, voudrait faire des documents » et n'a pas pour objet ni pour effet de restreindre la communicabilité des documents²³²⁵. Or cette interprétation va manifestement à l'encontre des principes du droit d'auteur (et d'autres droits de propriété littéraire et artistique), selon lesquels la communication de l'oeuvre au public relève du monopole des titulaires des droits²³²⁶. Certes, on peut argumenter que la communication d'un document au demandeur individuel ne constitue pas une communication au public²³²⁷, mais la publication en ligne (qui nous intéresse davantage dans notre étude) l'est certainement.

1034. Conclusion. Le constat qui s'impose est que même si les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques peuvent entrer dans le champ de la définition des documents administratifs, en règle générale ils ne sont pas communicables (ni publiables), car ils sont protégés par des droits de propriété littéraire et artistique appartenant aux enseignants-chercheurs²³²⁸ ou aux éditeurs, à l'exception peut-être des oeuvres collectives dont les universités sont les éditeurs. S'agissant des données de recherche, ici aussi les exclusions sont nombreuses, que ce soit par rapport à la protection des données personnelles, de la vie privée ou des secrets protégés par la loi. De surcroît, il n'est pas évident si l'obligation de publier des bases de données s'applique uniquement aux bases achevées, auquel cas il sera facile d'écarter l'obligation de publication d'une grande partie des bases de données de recherche dont la production n'est jamais vraiment achevée. Néanmoins, on constate que les bases achevées (par exemple produites dans le cadre des projets arrivés à leur terme), sous réserve des éléments contenant des données personnelles, secrets ou protégés par le droit de propriété littéraire et artistique (ce qui, dans certains domaines comme la linguistique, exclura la *quasi*-totalité des données...) doivent effectivement être publiées par les universités.

²³²⁵ V. déjà CADA, l'avis du 14 janvier 1982 (*Foyer Langrois des jeunes travailleurs*) et l'avis du 6 décembre 1990 (*Ministre de la culture*) ; l'interprétation a été rappelée maintes fois, par ex. dans l'avis du 5 décembre 2013, n° 20133914.

²³²⁶ V. en ce sens T. AZZI, *Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique*, D. 2017, p. 583.

²³²⁷ Cf. *supra* no. 188, 189.

²³²⁸ V. *supra* no. 225.

c. Les e-Universités face aux règles relatives à la réutilisation de l'information publique

1035. Principe. L'article L. 321-1 du CRPA dispose que « [l]es informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations (...) peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus ».

1036. Exclusion : propriété intellectuelle d'un tiers. Tout d'abord, il convient de remarquer que la réutilisation concerne uniquement les informations contenues dans des documents communicables²³²⁹. Comme nous l'avons vu, une grande partie des documents détenus par les universités doit être écartée du champ d'application de ce dispositif. Sont également écartés les documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle²³³⁰. Puisque les documents protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique devraient déjà être écartés en tant que non-communicables, il convient de penser que cette exclusion permet de « *filtrer* » les informations protégées par la propriété industrielle (dessins et modèles, brevets, marques...). Toutefois, les choses ne sont pas si simples. En effet, selon la position de la CADA citée *supra*²³³¹, les droits de propriété littéraire et artistique ne limitent pas la communicabilité du document, mais seulement sa réutilisabilité. Or si l'on s'incline devant cette interprétation (erronée, nous le soulignons) il faut constater qu'à la lumière de l'article L. 321-2 du CRPA seule la propriété intellectuelle d'un tiers (et pas de l'administration elle-même) est susceptible d'empêcher la réutilisation des informations publiques²³³². Toutefois, au final ce constat importe peu pour notre étude, car les universités ne détiennent pas (en règle générale) le droit d'auteur sur les créations des enseignants-chercheurs. En revanche, elles peuvent être investies d'un droit *sui generis* de producteurs de bases de données. Ce monopole est d'ailleurs largement neutralisé par une disposition expresse.

²³²⁹ V. *supra* no. 1030 et ss.

²³³⁰ L'art. L. 321-2 du CRPA.

²³³¹ No. 1033.

²³³² V. en ce sens T. AZZI, *Open data...*, *précité* ; v. aussi CADA, par ex. l'avis du 19 nov. 2015, n° 20155079 et l'art. 1.2, b) de la Directive 2003/98/CE modifiée.

1037. Neutralisation partielle du monopole sur les bases de données produites par les universités. L'article L. 321-3 du CRPA précise que les droits des producteurs de bases de données appartenant à des administrations « *ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient (...)* ». Il convient donc d'estimer que si ce droit ne fait pas obstacle à la réutilisation, il ne fait pas, *a maiore ad minus*, obstacle à la communication et à la publication en ligne. Ainsi, le monopole des universités sur les bases de données produites grâce à leurs investissements se trouve largement neutralisé²³³³. Toutefois, la disposition n'est pas applicable aux « *bases de données produites ou reçues (...) dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence* ». L'exclusion peut intéresser les universités, car elle permet de garder l'exclusivité sur les bases de données produites ou reçues dans le cadre de la mission de valorisation de la recherche²³³⁴, donc par exemple en vue de l'obtention d'un brevet. De surcroît, cette neutralisation vaut uniquement pour les bases de données sur lesquelles les universités détiennent l'intégralité des droits *sui generis* ; les bases produites dans le cadre des partenariats public-privé étant des co-propriétés des universités et d'autres institutions publiques où privées ne sont pas concernées.

1038. L'obligation de procéder à l'anonymisation des données personnelles. Les documents contenant des données personnelles ne sont pas publiables²³³⁵, donc ils ne sont pas non plus réutilisables. Or selon l'article R. 322-3 du CRPA les administrations sont obligées de procéder à l'anonymisation de ces données afin de les rendre réutilisables, « *sous réserve que cette opération n'entraîne pas des efforts disproportionnés* ». Nous avons déjà mentionné *supra*²³³⁶ que le standard d'anonymisation étant très élevé, une telle opération est difficile et coûteuse. Il semble donc que l'anonymisation des données de recherche entraînera toujours des efforts disproportionnés pour les universités.

1039. Possibilité d'utilisation de licences publiques. Selon l'article L. 323-1 du CRPA la réutilisation d'informations publiques peut donner lieu à l'établissement d'une licence

²³³³ *Idem.*

²³³⁴ V. *supra* no. 739 et ss.

²³³⁵ V. *supra* no. 1032.

²³³⁶ No. 833.

(publique). L'article D. 323-2-1 créé par le décret du 27 avril 2017²³³⁷ contient une liste des licences publiques pouvant être utilisées. Pour les licences de contenu le choix est limité à la Licence Ouverte et à la *Open Database License* (ODbL). Pour les logiciels le choix est plus large, on y retrouve des licences permissives (BSD, MIT, *Apache*, CeCill-B) et *copyleft* (GNU GPL, *Mozilla Public License* et CeCill). L'absence des licences *Creative Commons* (surtout CC BY) est une grande déception, sans doute liée à l'absence de traduction française de la version 4.0 au moment de l'adoption du décret²³³⁸ (les versions précédentes n'étant pas adaptées aux jeux de données²³³⁹). Il est aussi envisageable d'utiliser des licences non-prévues par l'article D. 323-2-1 ; pour le faire, l'université doit adresser à la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'État une demande d'homologation de la licence. La décision concernant l'homologation est prononcée par le Premier ministre, et elle ne vaut que pour les données qui constituent l'objet de la demande.

1040. Redevance. En principe, la réutilisation d'informations publiques est gratuite. Toutefois, l'article L. 324-1 du CRPA autorise les administrations à établir une redevance de réutilisation « *lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public* ». Les universités se trouvent normalement en dehors de cette catégorie²³⁴⁰ ; il semble donc qu'elles n'ont *a priori* pas droit d'établir une telle redevance. Pour les administrations concernées, le montant de la redevance est fixé selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires²³⁴¹ et ne peut pas dépasser les coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion des informations publiques²³⁴². Les conditions relatives aux redevances sont fixées par décret²³⁴³.

²³³⁷ Décret n° 2017-638.

²³³⁸ V. *supra* no. 924.

²³³⁹ V. *supra* no. 933.

²³⁴⁰ Selon une étude réalisée par le centre d'analyse FutuRIS (animé par l'ANRT) en 2012, plus de 80% des budgets des universités françaises proviennent des subventions de l'État : N. BOUQIN, Financement et budget des universités : où en est-on ? [in :] J. LESOURNE et D. RANDET [dir.], *La recherche et l'innovation en France. Futuris 2012*, Odile Jacob 2012, pp. 143 et ss., spéc. p. 155.

²³⁴¹ L'art. L. 324-3 du CRPA.

²³⁴² L'art. L. 324-1 al. 2 du CRPA.

²³⁴³ Le décret n°2016-1036 du 28 juillet 2016 et le décret n°2016-1617 du 29 novembre 2016.

1041. La portée du « mandat » toujours difficile à délimiter. On constate que la situation des données de recherche produites et reçues par les universités manque de clarté. Il convient tout d'abord d'écarter du champ du « mandat » toutes les données dont la communication peut porter atteinte aux secrets protégés par la loi ; puis, les données de recherche comportant des données personnelles. Deuxièmement, il faudra s'interroger si des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle sur les données, c'est-à-dire si les données sont intégrées dans une base de données protégée par un droit *sui generis*, mais aussi si elles sont organisées dans un recueil original et donc protégées (seulement dans la structure, certes, mais protégées tout de même) par le droit d'auteur²³⁴⁴. Celles qui ne sont concernées par aucun droit (ce qui sera, à notre sens, assez rare), tomberont dans le champ d'application des règles sur l'*Open Public Sector Information*. Pour celles qui sont protégées par un droit exclusif, il faudra établir la titularité de ce droit. Ainsi, les données contenues dans une base de données protégée seront concernées par le dispositif uniquement si l'université est son seul producteur ; on écartera alors les bases de données produites dans le cadre des partenariats public-privé. On écartera aussi, s'il reste encore quelque chose, les recueils de données protégés par le seul droit d'auteur, qui appartiendra aussi normalement au chercheur, l'auteur du recueil. Finalement, il semble que l'on pourra également écarter du champ d'application les données contenues dans des « *documents inachevés* ». Au final on constate qu'en pratique le dispositif ne s'appliquera, à notre sens, qu'aux bases de données achevées dont les universités sont les seuls producteurs. On note aussi que, pour être en conformité avec le dispositif, les universités doivent se lancer dans une analyse juridique complexe et fastidieuse, qui dépassera sans doute les moyens financiers et humains de certaines d'entre elles...²³⁴⁵

2. La consécration du régime spécifique applicable aux données de recherche

1042. Présentation du dispositif. Outre d'avoir modifié le régime général applicable aux informations publiques, la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 a également inséré dans le Code de la recherche une disposition spécifique concernant les

²³⁴⁴ V. *supra* no. 161 et ss.

²³⁴⁵ V. en ce sens, C. CASTETS-RENARD, N. GANDON, *précitées*.

données de recherche, dont le champ d'application est légèrement différent. Il s'agit du II de l'article L. 533-4, qui dispose : « [d]ès lors que les données issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des [fonds publics] ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre ». La disposition, déclarée d'ordre public²³⁴⁶, fait écho aux règles sur le « domaine commun informationnel » qui ne sont pas entrées dans le texte final de la loi²³⁴⁷.

1043. Champ d'application différent de celui du CRPA. Tout d'abord, nous remarquerons que le II de l'article L. 533-4 du Code de la recherche ne s'applique pas uniquement aux données de recherche produites ou reçues par les universités (qui demeurent, il semble, régies par le troisième livre du CRPA²³⁴⁸), mais à toutes les données issues de la recherche financée « au moins pour moitié » par des fonds publics.

1044. Champ d'application difficile à délimiter. Le constat s'impose qu'il peut être en pratique très difficile de calculer le montant exact du financement (ce qui est nécessaire pour appliquer la règle), d'autant plus qu'il ne s'agit pas du financement de l'ensemble du projet, mais uniquement de l'activité particulière dont les données sont issues. Il se peut par exemple que les données soient issues d'un projet financé majoritairement par une entreprise, mais en même temps d'une activité pour laquelle l'université a fourni des moyens. Les difficultés ne s'arrêtent pas là.

1045. Dispositif sans signification? Le texte consacre l'accès libre aux données qui ne sont protégées par aucun droit de propriété intellectuelle ni concernées par aucune réglementation spécifique (dans cette catégorie on retrouve sans doute les règles relatives à la protection des données personnelles, mais aussi aux divers secrets). Ainsi, même si l'on met de côté le fait que peu de données seront effectivement concernées²³⁴⁹, on constate que le texte se borne à consacrer le libre accès aux données qui sont... libres de droit! On pourrait peut-être y voir une tentative d'encourager la publication de ces données, voire de l'imposer, mais... le

²³⁴⁶ L'art. L. 533-4, IV du Code de la recherche.

²³⁴⁷ V. *supra* no. 715 et ss.

²³⁴⁸ Nous écartons l'hypothèse selon laquelle l'art. L. 533-4, II est une exception qui permet à toutes les données de recherche d'échapper au régime du CRPA.

²³⁴⁹ V. *supra* notamment no. 161 et ss., 294 et ss.

texte ne vise que les données déjà publiées par le chercheur ou par l'établissement de recherche. En effet, le CRPA, nous l'avons vu, oblige certains établissements (y compris les universités) à publier leurs documents administratifs et bases de données et neutralise leur monopole sur ces bases, mais cela ne veut pas dire qu'elles « *ne sont pas protégés par un droit spécifique* ». L'intention du législateur était peut-être d'interdire la publication de ces données sous des licences, même publiques, mais n'est-ce pas déjà juridiquement impossible?²³⁵⁰ En conséquence, nous sommes amenés à constater que le texte est une tautologie et que son effet pour l'*Open Research Data* ne dépasse pas celui des simples « *mesures d'encouragement* »...

1046. Critique des dispositifs adoptés. Il nous semble que l'adoption de ces deux dispositifs était prématurée, et ce malgré leurs intentions louables. Au lieu de faciliter les activités de recherche dans les universités, ils risquent d'avoir un effet pervers par leur manque de clarté qui prive ces activités de sécurité juridique. À ce stade il est encore trop tôt pour évaluer leur impact, mais l'on constate que jusqu'à présent, les universités et les autres établissements de recherche ont investi plus de temps et de l'énergie à essayer de déchiffrer les nouvelles règles²³⁵¹ qu'à partager leurs données de recherche, ce qui ne contribue pas aux communs du savoir. De surcroît, les deux dispositifs, s'ils ne sont pas accompagnés d'une réforme du droit d'auteur, risquent de partager le sort de la solution espagnole, dépourvue de sens pratique. Selon nous, la voie vers l'*Open Science* passe plutôt par le rééquilibrage du système des droits exclusifs que par une intervention qui se situe d'avantage sur le terrain du droit public que du droit privé.

²³⁵⁰ Rappelons que, dans le cas des licences publiques, si l'utilisateur n'accomplit pas des actes qui nécessitent l'autorisation du titulaire de droit, le contrat n'est pas conclu et donc les obligations contractuelles (de type ND, NC, SA), qui sont des restrictions (pas à l'accès, mais à la réutilisation) ne s'appliquent pas...

²³⁵¹ V. spécialement : CNRS, *Le travail de la science et le numérique. Données, plateformes, publications. Une analyse systémique de la loi numérique*, 24 janv. 2017, disponible sur : http://www.cnrs.fr/dist/z-outils/documents/20170203_analyse%20systémique_vf.pdf, consulté le 13 décembre 2017 ; CNRS, *L'application de la loi « pour une République numérique »*. *Guide partagé pour le travail de la science. Éléments de périmètre*, 31 mars 2017, disponible sur : http://www.cnrs.fr/dist/z-outils/documents/analyse-systemique_5points-alerte.pdf, consulté le 13 décembre 2017.

§ 2. La création d'un droit d'exploitation secondaire

1047. Introduction. En 2013, le législateur allemand (A) a adopté une solution fort originale en investissant les chercheurs d'un droit d'exploitation secondaire sur certains de leurs écrits. La loi pour une République numérique a repris ce mécanisme en droit français, tout en élargissant, il nous semble, son champ d'application aux données de recherche (B).

A. Le droit d'exploitation secondaire (ZVR) en droit d'auteur allemand

1048. Le siège du dispositif : l'article 38(4) de la UrhG. L'article 38(4) de la UrhG, introduit par la loi du 27 juin 2013²³⁵² (entrée en vigueur le 1 janvier 2014) dispose :

*« L'auteur d'une contribution scientifique résultant d'une activité de recherche financée au moins pour cinquante pour-cent par des fonds publics et publiée dans un recueil d'oeuvres paraissant périodiquement au moins deux fois par an dispose, même après avoir accordé à l'éditeur une licence exclusive, du droit de mettre à disposition du public la version finale de son manuscrit accepté pour publication à l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la première publication, à l'exclusion de toute finalité commerciale. La source de la première publication doit être indiquée. Toute stipulation au détriment de l'auteur est sans effet ».*²³⁵³

1049. Plan. Le texte investit certains auteurs d'un nouveau droit d'exploitation secondaire (*Zweitveröffentlichungsrecht*, ci-après ZVR, littéralement : un droit de mise à disposition secondaire). Il convient de présenter ce nouveau droit (1) avant de s'interroger sur sa nature (2).

²³⁵² Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtssetzes, BGBl. I, p. 3728.

²³⁵³ Traduction (PK) inspirée par le vocabulaire de l'art. L. 533-4 du Code de la recherche (v. *infra* no. 1064). Version originale : « *Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam* ».

1. La présentation du ZVR

1050. Plan. Nous allons présenter l'objet du ZVR (a) et son contenu (b), ainsi que ses limites (c).

a. L'objet du ZVR

1051. Contribution scientifique dans un recueil d'oeuvres paraissant au moins deux fois par an. Le ZVR a pour objet une contribution dans une revue scientifique paraissant au moins deux fois par an. Sont principalement visés les écrits, mais il semble que peuvent aussi être concernées d'autres contributions comme par exemple des images, à condition toutefois de présenter un caractère scientifique²³⁵⁴. Ainsi, sont exclus notamment des écrits didactiques²³⁵⁵. Il est vrai que la loi exige que la contribution ait un caractère scientifique et que peu importe le caractère de la revue, mais en pratique le caractère de la revue va être un fort indicateur du caractère de la contribution²³⁵⁶. Toutefois, on peut douter que toutes les contributions dans des revues scientifiques soient vraiment concernées — *quid* d'une simple note de jurisprudence ou d'un point d'actualité? Quoi qu'il en soit, ne sont pas concernés les écrits scientifiques qui ne paraissent pas dans des périodiques, comme les thèses, les monographies, les manuels, les actes de colloques, mais aussi les périodiques paraissant une fois par an.

1052. Activité de recherche financée au moins pour cinquante pour-cent sur fonds publics. La condition du financement provenant au moins à cinquante pour-cent des fonds publics semble puiser son origine dans la loi italienne²³⁵⁷. Elle est néanmoins difficile à appliquer en pratique. En effet, estimer la valeur de l'ensemble des moyens (financiers, mais aussi matériels et humains²³⁵⁸) investis dans une activité de recherche peut s'avérer compliqué, d'autant plus que de telles activités peuvent dépasser les limites temporaires des projets et des

²³⁵⁴ G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 38, no. 28.

²³⁵⁵ V. en ce sens C. BRUCH, T. PFLÜGER, *Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis*, ZUM 2014, p. 389.

²³⁵⁶ Mais cf. C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités*, pour lesquelles c'est le caractère de l'activité dont est issue la contribution qui est décisif — les contributions scientifiques sont celles issues des activités scientifiques (p. 390).

²³⁵⁷ V. *supra* no. 1024.

²³⁵⁸ C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités*.

périodes de financement²³⁵⁹. Il serait peut être préférable d'exiger que l'activité soit financée « *en tout ou en partie* » par des fonds publics, par analogie avec les politiques de certains organismes financeurs. Or il est vrai que cela risquerait de décourager les investissements privés dans la recherche publique (les partenariats public-privé). Il est tout de même important de prendre en compte que les sources de financement doivent être considérées non pas par rapport à l'ensemble d'un projet de recherche, mais pour chaque activité de recherche au cas par cas ; ainsi, il nous semble que dans un partenariat public-privé il peut y avoir des activités concernées par le ZVR et d'autres qui ne le sont pas.

1053. L'exclusion de la recherche universitaire « *de base* »? Il est important de savoir que le *Bundestag* a clairement annoncé son intention de ne pas inclure la recherche universitaire « *de base* » dans les activités concernées par le ZVR²³⁶⁰. En effet, on peut lire dans son bulletin (*Bundestagsdrucksache*) que le ZVR concerne les activités de recherche qui présentent un intérêt particulier pour les contribuables, ce qui se traduit dans des programmes de financement public dont les objectifs sont définis²³⁶¹. En revanche, le financement « *de base* » pour la recherche au sein des universités est dépensé librement par celles-ci, sans prendre en compte l'intérêt des contribuables. Ainsi, le ZVR ne vise que des projets « *spéciaux* » de financement de recherche (dont les universités peuvent aussi bénéficier), et pas la recherche financée entièrement par les fonds « *de base* ». Avant son adoption, la solution a rencontré une opposition du *Bundesrat*²³⁶². Elle a également été critiquée par la doctrine²³⁶³, qui a même exprimé des doutes quant à sa constitutionnalité²³⁶⁴.

²³⁵⁹ En ce sens C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités*, v. aussi pour la disposition française : C. BERNAULT, Articles scientifiques et données de la recherche : l'open access et au-delà dans la loi pour une République numérique, *Légipresse* no. 344 (déc. 2016), pp. 654 et ss.

²³⁶⁰ BT-Druck 17/13423, p. 14.

²³⁶¹ *Idem*, p. 9 et p. 24.

²³⁶² BT-Druck 17/13423, p. 21.

²³⁶³ Notamment G. SANDBERGER, Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2013, pp. 466 et ss. ; aussi C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités*.

²³⁶⁴ A. WANDTKE, E. W. GRUNERT [in :] A. WANDTKE, W. BULLINGER, *précités*, art. 38, no. 17.

b. Le contenu du ZVR

1054. Seule mise à disposition. Le droit de mise à la disposition du public (*öffentliche Zugänglichmachung*) est défini dans l'article 19a de la UrhG comme « le droit de rendre l'oeuvre disponible au public de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »²³⁶⁵. Nous rappelons²³⁶⁶ que la Directive 2001/29/CE reconnaît formellement le droit de la mise à disposition du public seulement au regard des droits voisins²³⁶⁷. Or le législateur allemand a transposé les trois droits des auteurs prévus par la Directive (la reproduction, la communication au public et la distribution) de manière analytique, et le droit de mise à disposition est devenu en droit allemand l'un des volets de ce que la Directive appelle « le droit de communication au public », mais qui englobe également des actes de reproduction nécessaires. Il s'agit tout simplement de la mise en ligne. Il convient de remarquer que le texte n'impose pas que cette mise à disposition se fasse par le biais d'une archive ouverte — il peut s'agir aussi d'un site personnel du chercheur ou d'une autre plateforme en ligne (dans la mesure où l'interdiction d'activités commerciales est respectée). En revanche, il est évident que les articles mis en ligne dans le cadre du ZVR ne peuvent pas l'être sous une licence publique, car une telle licence affecterait nécessairement d'autres droits pour lesquels l'éditeur détient normalement une licence exclusive²³⁶⁸. Ainsi, le ZVR n'autorise aucunement le « libre OA », mais uniquement le « *gratis OA* ». En même temps, le ZVR ne retire pas à l'éditeur la possibilité de publier l'article en « *gold OA* » sous une licence publique adaptée.

1055. Postprint. La version de la contribution qui peut faire l'objet de la mise en ligne est le *postprint*, c'est à dire la version finale acceptée pour publication, après la *peer review*. Le contenu du *postprint* est identique de celui de la version publiée par l'éditeur (*reprint*), la seule différence étant la mise en page (numérotation des pages, choix de police, couleurs etc.). Nous remarquons d'ailleurs que cette mise en page peut en elle-même constituer une oeuvre

²³⁶⁵ Traduction PK inspirée de l'art. 3(1) de la Directive 2001/29/CE ; version originale : « *Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist* ».

²³⁶⁶ Cf. *supra* no. 181.

²³⁶⁷ L'art. 3(2) de la Directive 2001/29/CE.

²³⁶⁸ *Contra* C. BERNAULT, Articles scientifiques..., *précité*, qui semble envisager l'hypothèse de diffusion des articles ainsi mis en ligne sous une licence de type CC BY-NC.

de l'esprit protégée par le droit d'auteur. L'interdiction de mettre le *reprint* en ligne dans le cadre du ZVR permet donc de distinguer entre les versions mises en ligne par le chercheur et par l'éditeur.

c. Les limites du ZVR

1056. Embargo de douze mois. La mise à disposition dans le cadre du ZVR ne peut être effectuée qu'après une période d'embargo fixée à douze mois à compter de la première publication. La restriction vise à préserver les intérêts des éditeurs dont le monopole sur l'article ne sera pas affecté par le ZVR pendant le temps de l'embargo. Nous remarquons que ce délai est unique, le même pour les sciences « *dures* » et pour les sciences humaines et sociales. S'agissant de ces dernières, il est donc deux fois plus long que recommandé par la Commission Européenne²³⁶⁹, mais toujours plus court que celui imposé par certains organismes finançant la recherche. Le délai adopté par le législateur allemand a été critiqué par la doctrine comme trop long²³⁷⁰. On remarque également que si la contribution est publiée dans une revue en « *gold OA* », l'embargo s'applique toujours en théorie, mais cela n'a pas de signification pratique, car la contribution est déjà mise en *Open Access* par l'éditeur. Dans une telle hypothèse l'auteur peut toujours la mettre en ligne de son propre chef, non pas grâce au ZVR, mais tout simplement parce que l'éditeur l'autorise (par le biais par exemple d'une licence publique).

1057. Exclusion de toute activité commerciale. Le ZVR ne peut donner lieu à aucune exploitation commerciale des contributions concernées ; cette exploitation commerciale relève du monopole de l'éditeur. Comme chaque exigence de ce type²³⁷¹, son interprétation est particulièrement délicate. Il est clair que le chercheur ne peut pas percevoir de rémunération pour l'accès aux articles ainsi mis en ligne. Toutefois il semble que le dépôt sur des plate-

²³⁶⁹ V. *supra* no. 1018.

²³⁷⁰ G. SANDBERGER, *précité* ; cf. BT-Druck 17/13423, p. 22.

²³⁷¹ Cf. *supra* no. 377 et no. 943.

formes dont l'accès est gratuit, mais qui contiennent des publicités ou offres des services payants, est également interdit²³⁷².

1058. Obligation d'indiquer la source. En exerçant le ZVR, l'auteur est aussi obligé de mentionner la source de la première publication. Nous saluons cette solution à la fois peu contraignante pour l'auteur et qui peut d'un côté légitimer l'article aux yeux des lecteurs et de l'autre augmenter la visibilité de la revue et servir de publicité pour l'éditeur.

2. La nature du ZVR

1059. Exception légale au monopole conféré par le droit d'auteur? (Non). Il convient de remarquer que le ZVR n'est pas une exception au droit d'auteur²³⁷³, mais un nouveau droit. Une exception dans ce sens ne serait pas envisageable, car elle n'est pas prévue par l'article 5 de la Directive 2001/29/CE²³⁷⁴. Ainsi, en théorie le monopole du titulaire d'une licence exclusive reste entier²³⁷⁵, mais un nouveau droit naît dans le patrimoine de l'auteur, ce qui ne va pas à l'encontre de la Directive. On constate toutefois que l'effet pratique de ce dispositif est similaire à celui d'une exception légale²³⁷⁶.

1060. Nouveau droit distinct de la mise à disposition « primaire ». Le ZVR est un droit « secondaire », car son exercice n'interfère pas avec le droit de mise à disposition « primaire », qui peut être transféré à l'éditeur même à titre exclusif et « épuisé » quand celui-ci effectue une mise en ligne²³⁷⁷. De surcroît, on note que l'exercice du ZVR est subordonné à la publication de la contribution par l'éditeur.

²³⁷² L'exemple d'une telle plateforme est academia.edu, où les utilisateurs peuvent ouvrir un compte « premium » moyennant une somme d'argent ; en ce sens C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités* ; v. aussi à propos du dispositif français C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, *précité*.

²³⁷³ *Contra* à propos de la solution française : C. CARON, *République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur*, CCE no. 11 (novembre 2016), comm. 89 ; selon l'auteur, il s'agit d'une limitation.

²³⁷⁴ V. *supra* no. 355.

²³⁷⁵ V. notamment G. HANSEN, *Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder : Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips*, GRUR Int. 2009, pp. 799 et ss.

²³⁷⁶ En ce sens v. M. HIRSCHFELDER, *Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?*, MMR no. 7/2009, pp. 444 et ss.

²³⁷⁷ En ce sens G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 38, no. 25.

1061. Inefficacité des stipulations contractuelles visant à limiter le ZVR. L'article 38(4) de la UrhG dispose clairement que toute stipulation au détriment de l'auteur est sans effet. Il en résulte que les contrats visant à restreindre le ZVR ou son exercice (par exemple en prévoyant un délai d'embargo plus long) sont inopposables à l'auteur. Ainsi, il est impossible de lui interdire d'exercer ce droit, mais aussi, selon nous, de l'obliger à le faire²³⁷⁸. Or cette restriction mise à part, le ZVR reste un droit d'exploitation (*Nutzungsrecht*)²³⁷⁹ qui en vertu de l'article 29(2) de la UrhG peut faire l'objet d'un contrat. Les stipulations contractuelles qui élargissent le champ du ZVR (par exemple en prévoyant un délai d'embargo plus court) restent donc valables²³⁸⁰. De même, l'auteur peut autoriser un tiers (par exemple une université ou une autre institution) à effectuer la mise en ligne pour lui.

1062. ZVR et les « mandats » universitaires : le cas de l'Université de Constance. Il n'est pas évident de savoir à quel degré le ZVR peut être « intégré » dans des politiques universitaires visant à promouvoir l'*Open Access*. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, il semble très discutable si l'université peut obliger les enseignants-chercheurs à exercer le ZVR. Or le législateur de Bade-Wurtemberg a inséré dans la loi sur les établissements d'enseignement supérieur une disposition encourageant les universités à agir en ce sens²³⁸¹. Un tel « mandat » a en effet été adopté par l'Université de Constance (*Universität Konstanz*) en décembre 2015²³⁸². Les exceptions avaient été prévues uniquement dans des cas assez

²³⁷⁸ En ce sens notamment *idem*, no. 27.

²³⁷⁹ Ce dont témoigne la place de l'art. 38 de la UrhG qui se trouve dans la sous-section intitulée « *Nutzungsrechte* ».

²³⁸⁰ En ce sens aussi BT-Drucks 17/13423, p. 14.

²³⁸¹ L'art. 44 al. 6 de la *Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg* : *Die Hochschulen sollen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Die Satzung regelt die Fälle, in denen von der Erfüllung der Pflicht nach Satz 1 ausnahmsweise abgesehen werden kann. Sie kann regeln, dass die Zweitveröffentlichung auf einem Repositorium nach § 28 Absatz 3 zu erfolgen hat.*

²³⁸² *Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG*, disponible sur : <http://www.iuwis.de/publikation/satzung-zur-ausubung-des-wissenschaftlichen-zweitveroeffentlichungsrechts-gemaess-§-38-abs->, consulté le 13 décembre 2017.

étroitement circonscrits²³⁸³, on peut donc dire que le « *mandat* » n’offrait pas la possibilité de libre *opt-out*. L’Université a par la suite été poursuivie en justice par un groupe de dix-sept chercheurs pour atteinte à la liberté académique²³⁸⁴. En septembre 2017, le Tribunal constitutionnel de Bade-Wurtemberg a soumis au Tribunal constitutionnel fédéral (*BVerfG*) une question préjudicielle concernant la compétence du législateur local d’adopter une telle disposition dans la loi du *Land*²³⁸⁵. La procédure est donc suspendu, mais il y a selon nous de fortes chances que l’Université soit condamnée. Néanmoins, il nous paraît envisageable d’intégrer le ZVR dans un « *mandat* » (de type 2°)²³⁸⁶, à condition de garantir la possibilité d’*opt-out* libre. Même si cela ne s’avère pas possible (la future décision concernant l’Université de Constance risque d’avoir un effet dissuasif), l’existence du ZVR rend sans doute plus efficaces les simples politiques d’encouragement.

1063. Le ZVR dans des situations transfrontalières. Il n’est pas plus clair comment l’article 38(4) de la *UrhG* s’applique dans des situations transfrontalières. Il est possible que le fait que la contribution soit financée au moins à moitié par des fonds publics allemands puisse suffire au juge allemand pour écarter une loi étrangère applicable au contrat si la mise à disposition autorisée par le ZVR s’effectue sur le territoire national allemand²³⁸⁷. En effet, l’article 32b de la *UrhG* prévoit que certaines règles régissant les contrats d’auteur sont d’application obligatoire dans des situations transfrontalières (mais uniquement les articles 32 et

²³⁸³ V. *idem*, par. 4 :

§ 4 *Ausnahmen von der Zweitveröffentlichung*

(1) *Von einer Zweitveröffentlichung kann abgesehen werden, wenn diese berechnigte Interessen der gemäß § 1 Verpflichteten verletzt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn*

a) *die erstveröffentlichten Erkenntnisse zwischenzeitlich überholt sind oder sich als falsch erwiesen haben,*

b) *die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist,*

c) *die Publikation Rechte Dritter verletzt oder*

d) *die erstveröffentlichten Erkenntnisse bereits auf einem von einer Universität oder von einer Forschungseinrichtung betriebenen Repositorium zweitveröffentlicht worden sind und eine entsprechende Mitteilung gemäß § 3 Abs. 1 erfolgt ist und ein entsprechender Verweis im Repositorium KOPS eingetragen ist.*

(2) *Ausnahmen von einer Zweitveröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen, in denen der Autor oder die Autorin ein Zweitveröffentlichungsrecht gemäß § 38 Abs. 4 UrhG hat, sind beim Ausschuss für Kommunikation und Information (AKI) mit der Meldung gemäß § 3 zu beantragen und zu begründen.*

²³⁸⁴ *Open Access-Satzung auf juristischem Prüfstand*, publié le 21 novembre 2016 sur <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/>, consulté le 13 décembre 2017.

²³⁸⁵ VGH Mannheim, 26 sept. 2017, 9 S 2056/16 : *Pressemitteilung des VGH Mannheim Nr. 42/2017*, 6 novembre 2017.

²³⁸⁶ V. *infra* no. 989.

²³⁸⁷ En ce sens notamment C. BRUCH, T. PFLÜGER, *précités* ; plus prudemment : G. SCHULZE [in :] T. DREIER, G. SCHULZE, *précités*, art. 38, no. 38.

32a sont expressément mentionnés). En revanche, l'hypothèse d'une telle application obligatoire a été expressément écartée par la BGH au regard d'une autre règle de la UrhG régissant les contrats d'auteur²³⁸⁸.

B. Le droit d'exploitation secondaire en droit français

1064. Le siège du dispositif. Le premier alinéa de l'article L. 533-4 du Code de la recherche²³⁸⁹, créé par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dispose :

« Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales. »

« La version mise à disposition en application du premier alinéa ne peut faire l'objet d'une exploitation dans le cadre d'une activité d'édition à caractère commercial. »

1065. Plan. Il est évident que le mécanisme a été fortement inspiré du ZVR allemand dont il est très similaire. Ayant déjà analysé le ZVR allemand, nous allons nous borner à présenter les spécificités de la disposition française récente (1). Par la suite, nous nous interrogerons également sur sa nature (2) et sur ce qui est selon nous une tentative d'étendre le mécanisme aux données de recherche (3).

²³⁸⁸ BGH 24 sept. 2014, I ZR 35/11, GRUR 2015, 264 (*Hi Hotel II*) — il s'agissait de l'article 31(5) de la UrhG

²³⁸⁹ Le fait que cette disposition se trouve dans le Code de la recherche est plutôt étonnant, car sa place est dans le Code de la propriété intellectuelle — en ce sens v. C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, *précité*.

1. Présentation des différences entre le droit d'exploitation secondaire en droits français et le ZVR allemand

1066. Introduction. Nous analyserons maintenant les différences entre les droits conférés par l'article 38(4) de la UrhG et par l'article L. 533-4, I du Code de la recherche. Ces différences concernent l'objet (a), le contenu (b) et les limites (c) du droit.

a. Les différences quant à l'objet

1067. Écrit scientifique. Contrairement au ZVR allemand qui vise les contributions scientifiques, le droit d'exploitation secondaire en droit français a pour objet un écrit scientifique. Ainsi, le droit ne s'applique pas aux images, photographies et autres contributions scientifiques publiées dans des revues.

1068. Périodique paraissant au moins une fois par an. Pour que le droit d'exploitation secondaire s'applique, il suffit que le périodique paraisse une fois par an (contrairement à deux fois en droit allemand). Ceci élargit considérablement le champ d'application du dispositif, car il semble que sont aussi concernés les actes de colloques annuels²³⁹⁰. Bien évidemment, le droit ne concerne toujours pas les monographies, les thèses, les manuels etc.

1069. Application à la recherche universitaire. L'application du dispositif aux écrits scientifiques issus des activités de recherche universitaire ne suscite pas de doutes selon nous. Toutefois, M. Azzi a exprimé une opinion contraire. Selon cet auteur, dès lors que l'éditeur verse des redevances à l'auteur de l'article (ce qui est le cas notamment dans le domaine juridique), il s'agit d'un financement privé et l'article L. 533-4 du Code de la recherche ne s'applique pas²³⁹¹. Nous ne sommes pas d'accord avec ce point de vue, tout simplement parce qu'il est difficile d'estimer que la redevance versée par l'éditeur suffise à financer (au moins pour moitié) l'activité dont est issu l'article, sachant que sa rédaction est nécessairement en lien avec le travail d'enseignant-chercheur pour lequel il perçoit des traitements et des

²³⁹⁰ À titre d'exemple, la Conférence sur le Traitement Automatique des Langues Naturelles est organisée chaque année et (depuis un certain temps au moins) les actes de chaque conférence sont publiés. Il s'agit donc d'un périodique paraissant au moins une fois par an ; *contra* T. AZZI, Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique, D. 2017, p. 583 pour lequel les actes de colloques ne sont pas concernés.

²³⁹¹ T. AZZI, Open data..., *précité*.

primes²³⁹². En revanche, si l'article est effectivement commandé par l'éditeur qui définit son sujet, la situation s'avère plus délicate. Dans une telle hypothèse il faudrait, à notre sens, se lancer dans une analyse de chaque cas spécifique, surtout pour voir si le sujet de l'article est en lien avec les travaux effectués par l'enseignant-chercheur au titre de son poste à l'université, et si les moyens fournis par l'université (comme par exemple la bibliothèque, les bases de données) ont été utilisés pendant sa rédaction.

b. Les différences quant au contenu

1070. Mise à disposition par voie numérique. Le texte évoque une « *mise à disposition* », ce qui est peut-être une conséquence malheureuse de la traduction du dispositif allemand en droit français. En effet, le droit français reconnaît deux prérogatives essentielles des auteurs : la reproduction et la représentation (article L. 122-1 du CPI) ; la « *mise à disposition* » est donc une « *transplantation juridique* » tantôt du droit allemand²³⁹³, tantôt de l'article 3 de la Directive 2001/29/CE²³⁹⁴. Fort heureusement, l'interprétation de ce nouveau droit suscite peu de doutes, d'autant plus que le texte précise qu'il s'agit d'une « *mise à disposition par voie numérique* » : c'est simplement la mise en ligne.

1071. Gratuité et format ouvert. Cette mise à disposition est autorisée seulement si elle permet d'accéder à l'oeuvre gratuitement, et si elle a lieu dans un format ouvert. Les deux exigences doivent être approuvées. Il est vrai que la gratuité est exigée également par le texte allemand (qui interdit toute exploitation commerciale), mais l'exigence d'un format ouvert est un ajout original et intéressant. Le format ouvert est d'ailleurs défini dans l'article 4 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)²³⁹⁵ comme un format « *interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre* ». Dans le contexte d'articles, nous songeons notamment au format .pdf, privatif à l'origine, mais ouvert depuis 2008²³⁹⁶. Les exigences de gratuité et de format ouvert

²³⁹² Sauf si, effectivement, l'éditeur double au moins le traitement de l'universitaire pendant la période de rédaction de l'article...

²³⁹³ V. *supra* no. 1054.

²³⁹⁴ En ce sens aussi C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, précité.

²³⁹⁵ Loi n° 2004-575.

²³⁹⁶ Décrit par le standard ISO 32000-1 :2008 (*Portable Document Format*) publié le 1 juillet 2008.

garantissent que le droit d'exploitation secondaire contribue effectivement au développement de l'*Open Access* et non pas à la réalisation d'un intérêt privé.

c. Les différences quant aux limites

1072. Accord des co-auteurs. Le texte français mentionne expressément l'obligation d'obtenir l'accord de tous les co-auteurs. Cette mention est redondante, car une telle obligation résulte des règles régissant les oeuvres de collaboration²³⁹⁷.

1073. Délai d'embargo. Le délai d'embargo prévu en droit français est de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales. Il est donc identique à celui recommandé par la Commission européenne²³⁹⁸, ce qui nous réjouit. Toutefois, selon M. Azzi, il « *peut paraître assez bref* »²³⁹⁹.

1074. Hypothèse du « *gold OA* » expressément envisagée. Le délai d'embargo ne s'applique pas « *dès lors que l'éditeur met lui-même [l'article] gratuitement à disposition par voie numérique* ». Il s'agit clairement d'une publication dans une revue OA. Ainsi, même s'il choisit la voie dorée, le chercheur pourra toujours déposer son article dans une archive (par exemple pour assurer sa préservation à long terme). L'hypothèse n'est pas complètement anodine, mais la mention dans le texte nous paraît assez inutile, car les articles dans les revues OA sont généralement disponibles sous une licence publique qui permet le dépôt dans une archive...

1075. Absence d'obligation d'indiquer la source de la première publication. Contrairement au droit allemand, le droit français n'exige pas que la source de la première publication soit indiquée. L'exigence nous paraissait peu contraignante et assez utile pour l'utilisateur et pour l'éditeur et sa suppression par le législateur français nous semble plutôt difficile à comprendre. Or il est vrai que les règles de l'*Open Access* n'exigent pas une telle mention — seule la préservation de la paternité de l'oeuvre est exigée²⁴⁰⁰.

²³⁹⁷ Art. L. 113-3 du CPI, v. *supra* no. 229 et ss.

²³⁹⁸ V. *supra* no. 1018.

²³⁹⁹ T. AZZI, *Open data...*, *précité*.

²⁴⁰⁰ V. *supra* no. 781 et ss., no. 788.

1076. Interdiction d'exploitation dans le cadre d'une activité d'édition commerciale. Le texte allemand interdit toute exploitation commerciale ; le texte français se borne à interdire l'exploitation dans le cadre d'une activité d'édition commerciale. À notre sens, ceci permet de lever les doutes quant à la possibilité de déposer l'article sur une plateforme qui génère des revenus²⁴⁰¹, car il ne s'agit pas d'une activité d'édition. Selon Mme Bernault il peut s'agir aussi de l'autorisation de mettre l'article à disposition sous une licence de type CC BY-NC²⁴⁰². Or une telle hypothèse nous paraît controversée pour des raisons exposés *supra*²⁴⁰³ : l'auteur d'un écrit scientifique visé par l'article L. 533-4, I du Code de la recherche qui cède ses droits à l'éditeur ne dispose que d'un droit secondaire de mise en ligne — il ne peut donc pas donner une licence autorisant aussi des actes de reproduction ou de représentation. Ainsi, force est de constater que l'interdiction d'exploitation dans le cadre de l'édition commerciale reste assez énigmatique. L'étude d'impact de la loi l'explique de la manière suivante (en confondant manifestement la forme d'expression de l'article et l'information qu'il contient) : « [s]eule est interdite une réutilisation qui concurrence l'activité commerciale de l'éditeur. L'exploitation de la connaissance est libre »²⁴⁰⁴...

2. La nature du droit d'exploitation secondaire en droit français

1077. Règle d'ordre public. Selon le IV de l'article L. 533-4 du Code de la recherche « [l]es dispositions [de cet] article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite ». La rédaction de l'article L. 533-4, I²⁴⁰⁵ nous laisse penser que sont autorisées les clauses prévoyant un délai d'embargo plus court, mais il semble que c'est la seule stipulation contractuelle efficace concernant le droit d'exploitation secondaire. Ainsi, ce droit d'exploitation secondaire est selon nous inaliénable (car le texte dit clairement que « [l']auteur dispose d'un droit... ») et son exercice ne peut faire l'objet d'aucun autre aménagement

²⁴⁰¹ Cf. *supra* no. 1057 à propos du droit allemand; *contra* v. C. BERNAULT, Articles scientifiques..., *précité*, pour laquelle un tel dépôt suscite des doutes.

²⁴⁰² C. BERNAULT, Articles scientifiques..., *précité*.

²⁴⁰³ Spéc. no. 1054.

²⁴⁰⁴ Projet de loi pour une République numérique, étude d'impact, 9 décembre 2015, disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3318-ei.asp#P1032_124894, consulté le 13 décembre 2017.

²⁴⁰⁵ « Ce délai est **au maximum** de six mois... ».

contractuel. Il n'est donc pas envisageable de l'intégrer dans un « *mandat* » universitaire comme l'a fait l'Université de Constance en Allemagne.

1078. L'application à des contrats en cours. L'application de l'article L. 533-4, I aux contrats en cours semble susciter des controverses²⁴⁰⁶. Néanmoins, la disposition étant expressément d'ordre public, elle doit s'appliquer aussi aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Or la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé récemment à propos d'un contrat de bail commercial qu'une loi nouvelle s'applique aux contrats en cours si elle est d'ordre public²⁴⁰⁷. Ceci indiquerait donc que le droit d'exploitation secondaire s'applique aux contrats en cours. Une telle solution sera sans doute un vrai choc pour l'industrie de l'édition scientifique en France...

1079. Dans une situation transfrontalière? La doctrine française semble pourtant s'accorder sur le fait que l'article L. 533-4, I ne joue que dans des situations internes et qu'il ne permet pas d'évincer une loi étrangère applicable²⁴⁰⁸. Ainsi, si un chercheur financé au moins pour moitié par des fonds publics français publie auprès d'un éditeur étranger (qui lui imposera sans doute un contrat avec une clause *electio iuris*), il ne pourra pas bénéficier du droit d'exploitation secondaire. Il est intéressant de voir que la position de la doctrine allemande au regard du ZVR va dans le sens contraire²⁴⁰⁹.

3. Extension incertaine du droit d'exploitation secondaire aux données de recherche

1080. Siège du dispositif. Le III de l'article L. 533-4 du Code de la recherche dispose de manière assez énigmatique que : « [l]'éditeur d'un écrit scientifique mentionné au I ne peut

²⁴⁰⁶ V. par ex. T. AZZI, *Open data...*, précité qui constate (après une analyse des travaux préparatoires sur le texte) que « *la plus grande incertitude* » règne sur la question.

²⁴⁰⁷ Cass. 3ème civ., 9 février 2017, no. 16-10.350 (« *Attendu que l'article L. 145-7-I précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur* ») ; **mais** cf. notamment Cass. 1re civ. 4 décembre 2001, 98-18.411 : « *attendu qu'en l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion* ».

²⁴⁰⁸ En ce sens v. C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, précité ; T. AZZI, *Open data...*, précité ; cf. cependant l'étude d'impact, précité : « *la disposition sera d'un effet immédiat sur les contrats relevant en cas de litige de la compétence des tribunaux français* ».

²⁴⁰⁹ Cf. *supra* no. 1063.

limiter la réutilisation des données de la recherche rendues publiques dans le cadre de sa publication ». La disposition a donné lieu à plusieurs interprétations dans la doctrine.

1081. Interprétations proposées. Selon Mme Bernault, le II²⁴¹⁰ et le III de l'article L. 533-4 du Code de la recherche doivent être interprétés ensemble et au détriment de l'éditeur. Il en résulte, selon l'auteure, une règle selon laquelle « *les données [de recherche] qui font l'objet d'un droit spécifique ne peuvent pas être librement réutilisées sauf si l'éditeur détient ce droit suite à la publication de l'écrit scientifique* »²⁴¹¹. Ainsi, pour Mme Bernault le III (liberté de réutilisation) prévaut sur le II (respect des droits de propriété intellectuelle et d'autres régimes spécifiques). M. Azzi postule également d'interpréter le II et le III ensemble, mais dans un ordre inverse, en faveur de l'éditeur — pour lui, le II prévaut sur le III. Il en résulte que « *si l'éditeur ne peut pas restreindre la réutilisation des données qu'il publie dès lors que ces données sont des données brutes, il en va différemment lorsqu'il s'agit de données protégées par des droits de propriété intellectuelle dont il est titulaire* »²⁴¹². Nous voudrions proposer encore une autre interprétation.

1082. Réutilisation? D'abord, il convient de déterminer ce que le législateur comprend par la « *réutilisation* », car ce mot relève d'un double sens. Premièrement, la réutilisation est l'un des droits exclusifs relevant du monopole du producteur d'une base de données, qui s'apparente à la représentation en droit d'auteur²⁴¹³. Selon Mme Bernault, c'est cette « *réutilisation* » qui est visée²⁴¹⁴. Or dans le contexte des règles sur l'ouverture des données publiques, la réutilisation a un sens bien plus large, qui peut englober, si nécessaire, l'ensemble des actes relevant des monopoles accordés par la propriété littéraire et artistique²⁴¹⁵. Nous

²⁴¹⁰ V. *supra* no. 576. Pour rappel, le texte dispose que : « [d]ès lors que les données issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre ».

²⁴¹¹ C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, précité.

²⁴¹² T. AZZI, *Open data...*, précité.

²⁴¹³ V. *supra* no. 316.

²⁴¹⁴ C. BERNAULT, *Articles scientifiques...*, précité. : « *On peut (...) regretter que cet article L. 533-4, III vise les seules limites à la « réutilisation » alors que le producteur de bases de données est également investi par l'article L. 342-1 CPI d'un droit d'interdire « l'extraction (...) d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu » de la base* ».

²⁴¹⁵ Cf. l'art. L. 321-1 du CRPA définissant le droit de réutilisation : « *Les informations publiques (...) peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus* ».

sommes persuadés que c'est dans ce deuxième sens que le mot « *réutilisation* » a été employé. Ainsi, la réutilisation ainsi comprise couvre à la fois la reproduction et la représentation de jeux de données (et de données individuelles) protégés par le droit d'auteur, et la reproduction et la réutilisation d'une partie substantielle d'une base de données protégée par le droit *sui generis*.

1083. Lecture proposée : III-I-II. Nous proposons de lire le III de l'article L. 533-4 du Code de la recherche d'abord avec le I du même article. Il en résulte que même si les droits exclusifs sur un jeu de données accompagnant un écrit scientifique visé par le I ont été transférés à l'éditeur, l'auteur dispose d'un droit de mettre ces données en ligne (gratuitement, dans un format ouvert) avec l'écrit qu'elles accompagnent. L'éditeur ne peut pas restreindre ce droit (en vertu du IV de l'article L. 533-4). Si l'auteur décide de l'exercer en publiant les données en ligne, on se retrouve dans l'hypothèse du II, et ces données deviennent libres, sous réserve de respecter les droits spécifiques (notamment concernant les données personnelles et la propriété intellectuelle des tiers). Autrement dit, une fois le délai d'embargo écoulé, l'éditeur ne bénéficie plus d'un droit exclusif sur les données, car un nouveau droit parallèle (secondaire) de réutilisation de ces données naît dans le patrimoine de l'auteur. La solution est compliquée, mais c'est la seule qui à nos yeux permette de concilier les intérêts en jeu (ceux du chercheur, de l'éditeur et du public), tout en maintenant la fiction du « *législateur rationnel* ». Ainsi, selon cette interprétation, le droit d'exploitation secondaire est étendu aux données de recherche qui accompagnent les écrits.

1084. Remarque finale sur le droit d'exploitation secondaire. Le mécanisme du droit d'exploitation secondaire nous paraît très intéressant en ce qu'il permet de rééquilibrer le rapport de forces entre les chercheurs et les éditeurs scientifiques. Toutefois, les dispositifs adoptés nécessitent toujours d'être clarifiés par la pratique, si ce n'est par la jurisprudence. Il s'agit notamment de mieux cerner leur champ d'application. On peut y ajouter qu'étant une tentative de compromis, le droit d'exploitation secondaire sera sans doute critiqué tant par les éditeurs que par les partisans de l'*Open Access*. Les premiers lui reprocheront de porter atteinte à leur monopole et de forcer des changements dans leur *business model*. Il se peut en effet que la situation dans laquelle le chercheur est rémunéré par l'éditeur deviendra encore plus rare qu'elle ne l'est maintenant, ce que craignent sans doute les juristes français. S'agis-

sant des partisans de l'*Open Access* (le groupe auquel appartiennent selon nous la plupart des enseignants-chercheurs), ils se plaindront des délais d'embargo trop longs et de l'impossibilité de diffuser les articles sous une licence publique. Quant à nous, nous garderons une position modérée, tout en espérant que les précisions que le temps apportera à ce dispositif seront en faveur de l'*openness*.

Conclusion du chapitre II

1085. Pour garantir leur développement durable, la culture des communs du savoir réclame le soutien des institutions. Ce soutien se manifeste dans des politiques en faveur de l'*openness* adoptées par des universités d'une part, et par des organismes finançant la recherche d'autre part.

1086. Les universités, notamment étasuniennes, se sont engagées pour promouvoir l'*Open Access* à travers des mesures allant de simples encouragements jusqu'aux « *mandats* » visant à rendre une telle forme de diffusion obligatoire. Les politiques de ce deuxième type prévoient normalement une possibilité d'*opt-out* pour les chercheurs ; néanmoins, elles suscitent des doutes quant à leur conformité avec le droit d'auteur européen et sont accusées de limiter la liberté académique. Selon nous, une politique optimale pour les universités françaises et allemandes en matière d'*Open Access* consiste à encourager les chercheurs à déposer leurs articles dans l'archive institutionnelle, tout en les obligeant à déposer les métadonnées de ces articles dans cette archive. Pour être plus efficace, cette politique doit être accompagnée d'un soutien financier pour couvrir les frais de publication (APC) dans les revues *Open Access*.

1087. Les financeurs de recherche, quant à eux, semblent avoir une plus grande liberté pour imposer des modes de diffusion des résultats des projets qu'ils financent. En effet, notamment au Royaume-Uni, certains organismes (tant publics que privés) finançant la recherche se sont fortement engagés en faveur de l'*openness* en exigeant la diffusion des articles selon les règles de l'*Open Access* (en privilégiant « *la voie dorée* »). Horizon 2020, le programme européen de financement de la recherche, exige en principe non seulement l'*Open*

Access, mais aussi — depuis peu — la diffusion des données de recherche selon les règles de l'*Open Data*.

1088. Au cours des dernières années, les États se sont aussi engagés dans la promotion de l'*openness* dans la recherche. Encouragés par la Commission Européenne, plusieurs États membres ont adopté des lois visant à imposer l'*openness* dans la diffusion des écrits scientifiques et des données de recherche. En France cette tendance s'est manifestée par l'extension récente aux universités des règles sur la réutilisation des informations publiques. Nous jugeons cette initiative prématurée et peu efficace, surtout au regard de son manque de clarté. En revanche, le législateur allemand a créé un mécanisme intéressant en accordant aux auteurs des contributions scientifiques un droit d'exploitation secondaire (ZVR) leur permettant de mettre leurs travaux en ligne (en « *gratis OA* ») même après avoir conclu un contrat d'édition. Plusieurs conditions doivent cependant être réunies : les travaux doivent être issus d'une activité financée au moins à moitié par des fonds publics (le financement « *de base* » de la recherche universitaire semble exclu, ce qui est très regrettable) et un délai d'embargo long (de douze mois) doit être respecté. Le dispositif a néanmoins inspiré le législateur français, qui a récemment inséré une règle similaire (d'une portée qui nous paraît plus large) dans le Code de la recherche, tout en étendant, il nous semble, son champ d'application aux données de recherche.

1089. Ce nouveau droit d'exploitation secondaire, ne pouvant pas être retiré au chercheur par des stipulations contractuelles, complète de manière très intéressante les politiques universitaires en matière d'*Open Access* et rééquilibre les relations entre les chercheurs et les éditeurs. En revanche, son application dans le contexte transfrontalier suscite des doutes. Il serait donc souhaitable d'harmoniser ce dispositif en droit européen.

Conclusion du titre second

1090. Les règles sociales régissant la culture des communs du savoir peuvent être rendues obligatoires par des contrats de licences publiques, comme notamment les licences *Creative Commons*. Ces licences permettent d'accorder à tout un chacun le droit d'accomplir des actes relevant du monopole des titulaires des droits, tout en garantissant le respect des règles imposées par ces titulaires. Elles sont donc un outil bien adapté pour la diffusion des écrits scientifiques, des ressources pédagogiques numériques et même des données de recherche selon les principes de l'*Open Science*.

1091. La culture des communs du savoir est aussi soutenue par de nombreux acteurs, notamment par les universités et par les financeurs de la recherche. Ce soutien se manifeste par des politiques plus ou moins contraignantes.

1092. Ces dernières années, les législateurs de certains États membres, notamment en France et en Allemagne, se sont également engagés dans la promotion des communs du savoir, en adoptant des règles qui imposent ou favorisent l'*openness* dans la recherche.

Conclusion de la deuxième partie

1093. La révolution numérique, dont les e-Universités sont le produit, a considérablement baissé les coûts de transmission de l'information. La diffusion large et libre (*open*) du savoir étant l'un des piliers de l'éthique de la science moderne, les e-Universités se tournent naturellement vers le modèle de l'*Open Science*. Ce modèle, à part d'être compatible avec les valeurs de la communauté scientifique, présente un avantage pour l'économie, notamment en favorisant l'innovation et en évitant « *la tragédie des anti-communs* »²⁴¹⁶.

1094. Or l'information (et par conséquent le savoir) est largement privatisée par les droits de propriété intellectuelle, ce qui entrave le développement de l'*Open Science*. Deux stratégies ont été identifiées pour lutter contre cette privatisation excessive du savoir : la défense du domaine public et la culture des communs du savoir.

1095. Le domaine public peut être défendu notamment par la redéfinition des droits exclusifs, mais aussi par l'enrichissement du domaine public volontaire (en y dédiant des contenus, et notamment les données de recherche, grâce à la déclaration CC0). La numérisation des collections des bibliothèques universitaires contribue également à la défense du domaine public.

1096. La deuxième stratégie consiste à cultiver les communs du savoir, qui peuvent être définis comme des biens informationnels qui, bien qu'ils fassent l'objet d'un droit privatif, peuvent être exploités par tout un chacun, sans qu'il ait à demander l'autorisation de quiconque. Le développement durable des communs nécessite le respect de certaines règles sociales qui ont émergé organiquement dans les communautés des usagers. Il convient de souligner que les communs du savoir ont un caractère global et que chaque contribution à ces communs faite par les chercheurs d'un pays contribuent au rayonnement de la pensée et de la culture de ce pays dans le monde entier.

1097. Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques peuvent être transformés en communs suivant les standards d'*openness*, tels que l'*Open Access*, l'*Open Data* et l'*Open Educational Resources*. Ces standards développés par la communauté scientifique peuvent être contractualisés grâce à l'emploi des licences

²⁴¹⁶ V. *supra* no. 726.

publiques, qui permettent de donner à tout un chacun une autorisation *a priori* d'accomplir certains actes relevant du monopole, tout en lui imposant certaines obligations. La validité des telles licences au regard du droit d'auteur et du droit des contrats en France et en Allemagne peut susciter quelques doutes ; or la jurisprudence se montre plutôt favorable envers de tels outils. De surcroît, en Allemagne le législateur a allégé certaines règles concernant les licences du droit d'auteur pour favoriser l'utilisation des licences publiques. La clarification du droit français en ce sens serait aussi souhaitable, notamment au regard de la loi *Toubon*.

1098. Certaines universités, notamment étasuniennes, se sont engagés pour promouvoir l'*openness* en adoptant des politiques exigeant que les chercheurs déposent leurs articles dans une archive institutionnelle ouverte. Nous sommes conscients que l'adoption de telles politiques est problématique au regard du principe de la liberté académique telle qu'elle est comprise en France ou en Allemagne. Ainsi, nous postulons que les e-Universités de ces pays exigent seulement le dépôt des métadonnées, et que la décision quant au dépôt de l'article soit laissée au chercheur. Pour que cette décision puisse être prise librement (sans être imposée ni par l'université, ni par un éditeur), il est important d'accorder aux auteurs des écrits scientifiques un droit d'exploitation secondaire leur permettant de mettre les écrits en ligne même après la conclusion d'un contrat d'édition. Nous saluons les efforts des législateurs allemand et français en ce sens, tout en soulignant que les dispositifs adoptés dans ces deux pays nécessitent encore d'être perfectionnés.

Conclusion générale

1099. Les e-Universités remplissent les missions des universités traditionnelles en utilisant des NTIC. Leurs activités comprennent donc la collecte, l'analyse et le partage des données de recherche, la diffusion des écrits scientifiques et l'élaboration et la diffusion des ressources pédagogiques numériques. Producteurs et transmetteurs des connaissances nouvelles, les e-Universités sont des acteurs essentiels de l'économie de la connaissance.

1100. Nous avons démontré dans la première partie que les activités des e-Universités se heurtent aux droits de propriété littéraire et artistique, dont l'emprise sur les biens informationnels (tels que les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques) est excessive. Trop souvent les enseignants-chercheurs dans les e-Universités, au lieu de se concentrer sur leurs missions, doivent chercher à obtenir l'autorisation des titulaires des monopoles, la tâche étant d'autant plus difficile que ces derniers sont parfois difficiles voire impossibles à identifier et à contacter.

1101. En toute logique on peut s'attendre à ce que le législateur introduise des exceptions au monopole des titulaires des droits de propriété littéraire et artistique. Tel est en effet le cas, mais les exceptions aux profit des activités d'enseignement et de recherche en droit français et allemand sont loin d'être satisfaisantes. Ainsi, des réformes ont dernièrement été annoncées et mises en place afin d'accorder plus de liberté aux e-Universités, notamment en matière de *data mining* à des fins de recherche.

1102. En dépit de ces réformes (dont le résultat demeure incertain et ne saura certainement pas répondre à toutes les exigences des enseignants-chercheurs), l'éthique de la science moderne (dont la diffusion libre des connaissances et l'un des piliers) pousse les e-Universités à s'engager sur la voie de l'*Open Science*. Ce modèle présente des avantages considérables : pour les enseignants-chercheurs, il assure une plus large diffusion et reconnaissance de leurs travaux et facilite l'accès aux travaux de leurs pairs ; pour les universités, il baisse les coûts liés à l'accomplissement de leurs missions ; pour les usagers, il facilite l'accès à la connaissance ; pour l'État, il promeut l'innovation et permet le rayonnement de la science et de la culture du pays.

1103. Toutefois, pour pouvoir se développer, l'*Open Science* nécessite l'existence de communs du savoir (biens informationnels disponibles et réutilisables par tout un chacun) larges et durables. Le développement de ceux-ci passe par le respect des règles sociales développées par la communauté scientifique au cours des dernières décennies, qui s'expriment dans des standards d'*openness* : l'*Open Access* (concernant la diffusion des écrits scientifiques), l'*Open Data* (concernant la diffusion des données de recherche), les *Open Educational Resources* (concernant la diffusion des ressources pédagogiques) et accessoirement les *Free/Open Source Software* (concernant la diffusion des logiciels et de leur code source). La mise en place de ces règles est possible grâce aux contrats spéciaux que sont les licences publiques. Ces licences permettent aux titulaires des droits exclusifs d'accorder des autorisations *a priori* à tout un chacun, tout en leur imposant le respect de certaines règles.

1104. Depuis un certain temps, le mouvement *Open Science* bénéficie d'un soutien de la part des universités (notamment étasuniennes) et des financeurs de recherche (notamment britanniques, mais aussi du programme européen Horizon 2020). Les législateurs aussi s'engagent depuis peu en ce sens, en imposant ou en favorisant la diffusion des articles scientifiques (et même des données de recherche) selon les principes d'*openness*.

1105. Nos recommandations pour les législateurs pour maximiser les bienfaits de l'*Open Science* (et plus généralement de la révolution numérique) pour l'économie moderne fondée sur l'innovation sont les suivants :

1) redéfinir le monopole conféré par le droit de propriété littéraire et artistique pour en exclure les utilisations orthogonales des contenus. Les utilisations orthogonales peuvent être définies comme toutes les utilisations qui n'exploitent pas directement les valeurs créatives et expressives de l'oeuvre utilisée, et dont la finalité est transformatrice de la finalité originale de cette oeuvre ;

2) abroger la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données et privilégier les mécanismes fondés sur la responsabilité civile pour protéger l'investissement dans la création des bases de données ;

3) introduire un mécanisme de licence collective étendue (en autorisant la société de gestion collective la plus représentative dans un secteur de création de représenter tous les auteurs de ce secteur) pour les utilisations à des fins d'enseignement ;

4) réformer les règles concernant les bibliothèques de manière à ce que celles-ci puissent bénéficier pleinement de l'interprétation du droit européen donnée récemment par la CJUE, notamment dans les arrêts *Ulmer* (qui autorise les bibliothèques à mettre à disposition des usagers les oeuvres se trouvant dans leurs collections sous forme numérisée, y compris de manière à ce que ceux-ci puissent en faire des copies privées) et *Stichting* (qui met le prêt électronique et le prêt traditionnel sur un pied d'égalité) ;

5) accorder à l'université un droit de préférence pour la mise en ligne des jeux de données de recherche et des ressources pédagogiques numériques élaborées par les enseignants-chercheurs, en leur garantissant une rémunération équitable et en respectant la propriété intellectuelle des tiers et d'autres règles spécifiques, notamment concernant le traitement des données personnelles ;

6) garantir aux auteurs des écrits scientifiques (non seulement des articles, mais aussi des ouvrages, des monographies, des thèses...) le droit d'exploitation secondaire permettant de les mettre en ligne selon les règles de « *gratis Open Access* », même après avoir conclu un contrat d'édition, après un délai d'embargo recommandée par la Commission Européenne (six mois pour les sciences dures, douze mois pour les sciences humaines) ;

7) lever les doutes concernant l'emploi des licences publiques mondialement reconnues par les universités en abrogeant les règles exigeant l'emploi des langues nationales pour ce genre de contrats, et en allégeant le formalisme au regard des licences en droit d'auteur (comme l'a fait le législateur allemand en introduisant les *clauses Linux*) ;

8) insérer dans la loi une définition du domaine public par énumération (qui doit inclure notamment le savoir et l'information) afin de s'assurer que son caractère de chose commune (non-appropriable) est préservé ;

9) redéfinir la politique de valorisation de la recherche (axée sur le brevet universitaire) afin de privilégier la diffusion libre des connaissances (une contribution aux communs du savoir).

1106. Les e-Universités de leur côté devraient selon nous respecter la charte suivante :

1) soutenir les efforts de numérisation des collections des bibliothèques universitaires en coopération avec de larges projets en la matière (*Gallica, Europeana*) ;

2) s'engager pour l'*Open Science* en diffusant les données de recherche selon les principes d'*Open Data* et les ressources pédagogiques numériques selon les principes des *Open Educational Resources*, et notamment sous les licences adaptées et mondialement connues ;

3) développer des archives ouvertes institutionnelles pour y accueillir non seulement les articles, mais aussi les données de recherche ;

4) reconnaître et récompenser les contributions de leurs enseignants-chercheurs aux communs du savoir, et au contrôle de leur qualité (*open peer review*) ;

5) obliger les enseignants-chercheurs à déposer les métadonnées de leurs écrits scientifiques dans une archive institutionnelle et encourager le dépôt de ces écrits (rendu possible grâce au droit d'exploitation secondaire) ;

6) contribuer à la création et au fonctionnement des revues en *Open Access*, et notamment aider les enseignants-chercheurs à couvrir les frais liés à la publication (APC) dans de telles revues ;

7) de manière générale, privilégier les logiciels *Free/Open Source Software* dans l'exercice de leurs missions (comme l'exige déjà dans une certaine mesure l'article L. 123-4-1 du Code de l'éducation français).

Bibliographie

I. Ouvrages juridiques généraux (traités, manuels, précis)

- BERTRAND, A.**, *Droit d'auteur*, Dalloz 2010
- BINCTIN, N.**, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4 éd., L. G. D. J. 2016
- CARON, C.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4 éd., LexisNexis 2015
- DESBOIS, H.**, *Droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz 1978
- DREIER, T. et SCHULZE, G.**, *Urheberrechtsgesetz*, 5 éd., C.H. Beck 2015
- FROMM, F. K., NORDEMANN, A., NORDEMANN, J. B. et NORDEMANN, W.**, *Urheberrecht*, 11 éd., C.H. Beck 2014
- GAMM, O. F. von**, *Urheberrechtsgesetze. Kommentar*, München, Beck 1968
- GAUTIER, P.-Y.**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10ème éd. 2017
- GINSBURG, J. et GORMAN, R.**, *Copyright Law*, Thomson Reuters/Foundation Press, 2012
- LARROUMET, Ch. et BROS, S.**, *Traité de droit civil, Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Economica 2016
- LOEWENHEIM, U.**, *Handbuch des Urheberrechts*, 2 éd., C.H. Beck 2010
- LUCAS, A., LUCAS, H.-J., LUCAS-SCHLOETTER, A.**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd. Lexis Nexis 2012
- POUILLET, E.**,
- *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd. Paris 1908
 - *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, 5e éd., Paris 1911
- RENOUARD, A.-Ch.**, *Traité des droits d'auteur*, Paris, Renouard éd., 1838
- SCHACK, H.**, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2e ed., C.H. Beck 2010

SPINDLER, G. et **SCHUSTER, F.**, *Recht der elektronischen Medien*, 3ème éd., Beck 2015

ULMER E.,

- *Urheber- und Verlagsrecht*, 1ère éd., Springer 1951
- *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, 3ème éd. 1980

VIVANT, M. et **BRUGUIÈRE, J.-M.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Dalloz 2016

WALTER, M. et **LEWINSKI, S. von**, *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010

WANDTKE, A.-A. et **BULLINGER, W.**, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4e éd, C.H. Beck 2014

II. Ouvrages juridiques spéciaux (monographies, thèses, mémoires)

ALTENPOHL, M., *Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen*, Stämpfli, Bern 1987

AZZI, T., *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005

BERKING, C., *Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2002

BERNAULT, C., *Open access et droit d'auteur*, Larcier 2016

BEUNEN, A. Ch., *Protection for databases – The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007

BOISSON, A., *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis 2013

BOYLE, J., *The Public Domain : Enclosing of the Commons of the Mind*, Yale University Press 2008

BRONZO, N., *Propriété intellectuelle et valorisation des résultats de la recherche publique*, PUAM, 2015

BUYDENS, M., *La protection de la quasi-crédation*, Larcier 1993

CARON, C., *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec 1998

- CARREAU, C.**, *Mérite et droit d'auteur*, L. G. D. J. 1981
- CHARDEAUX, M.-A.**, *Choses communes*, Bibliothèque de droit privé tome 464, LGDJ 2006
- CHERPILLOD, I.**, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC 1985
- CHOISY, S.**, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec 2002
- CLÉMENT-FONTAINE, M.**, *L'Oeuvre libre*, Larcier 2012
- COULIBALY, I.**, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, thèse Grenoble, 2011
- DELMOTTE, A.**, *Les aspects juridiques de la valorisation de la recherche*, Bibliothèque des thèses Mare & Martin Droit public 2015
- DERCLAYE, E.**, *The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis*, Edward Elgar 2008
- DIENG, M.**, *Exceptions du droit d'auteur et mesures techniques de protection*, thèse Paris II, 2012 (dir. J. Passa)
- DRUEZ, C.**, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse Paris II, 1984 (dir. A. Françon)
- DUSOLLIER, S.**, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2ème éd. 2007
- EFRONI, Z.** *Access-right : The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press 2011
- GAUBIAC, Y.**, *La théorie de l'unité de l'art*, thèse Paris II, 1980 (dir. A. Françon)
- GEIGER, C.**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec 2004
- GUIBAULT, L.**, *Copyright Limitations and Contracts*, Kluwer Law International, 2002
- JÄGER, T.** et **METZGER, A.**, *Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, 4ème éd., C.H. Beck 2016

JEAN, B.,

- *Option Libre : compatibilité entre contrats*, mémoire Montpellier 2006 (dir. M. Vivant)
- *Option Libre. Du bon usage des licences libres*, Framabook 2012

KOHLER, J., *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Mannheim 1892

KRUJATZ, S., *Open Access. Der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung*, Mohr Siebeck 2012

KUMMER, M., *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Stämpfli, 1968

LALIGANT, O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999

LUCAS, A., DEVÈZE, J. et FRAYSSINET, J., *Le droit de l'informatique et de l'Internet*, 2e éd., PUF, 2001

MAFFRE-BAUGÉ, A., *L'oeuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité?*, thèse Montpellier 1997 (dir. M. Vivant)

MALLET-PUJOL, N., *La création multimédia et le droit*, Litec, 2000

MICHAELIDES-NOUAROS, G., *Le droit moral de l'auteur, étude de droit français, de droit comparé et de droit international*, Arthur Rousseau 1935

MOLTKE, B. von, *Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft*, Nomos 1992

PEUKERT, A., *Die Gemeinfreiheit : Begriff, Funktion, Dogmatik*, Mohr Siebeck 2012

PLETT, K., *Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk*, Luchterhand Verlag, 1984

POIGNON, F., *Comment le droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique*, Arthur Rousseau 1929

POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit de destination*, LGDJ 1989

ROSATI, E., *Originality in EU Copyright*, Edward Elgar, 2013

ROSEN, L. E., *Open Source Licensing : Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall 2004

SABATHIE, E., *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004

SIRINELLI, P., *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985 (dir. A. Françon)

SPINDLER, G., *Rechtsfragen bei Open Source*, Otto Schmidt 2004

STRUBEL, X., *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS 1997

SUNDARA RAJAN, M. T., *Moral Rights : Principles, Practices and New Technology*, Oxford University Press 2011

VASUDEVA, V. N., *Open Source Software and Intellectual Property Rights*, Wolters Kluwer 2014

III. Contributions à des ouvrages collectifs

AZZI, T., Contrefaçon en ligne et droit international privé [in :] M. VIVANT [dir.], *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., Dalloz, 2015, p. 196

BEURSKENS, M., Law : Friend or Foe in Scientific Internet Use [in :] A. TOKAR et al. [dir.], *Science and the Internet*, Düsseldorf University Press 2012, p. 115

BINCTIN, N., The French Copyright Law Opens Its Arms to the FOSS, [in :] METZGER, A. [dir.], *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models. A Comparative Analysis*, Springer 2016, p. 185

CLARK, Ch., The Answer to the Machine is in the Machine [in :] HUGENHOLTZ, P. B., *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kulwer Law International 1996, p. 139

CLÉMENT-FONTAINE, M., Les communs numériques [in :] *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 163

COLOMBET, C., La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, [in :] *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 65

DEAZLEY, R., Copyright's public domain [in :] WAELDE, Ch. et MACQUEEN, H. [dir.] *The Many Faces of the Public Domain*, Edward Elgar 2007, p. 21

DESSEMONTET, F., Les droits d'auteur à l'Université [in :] *Mélanges de la Faculté de droit de Lausanne*, 1991, p. 73

DOUTRELEPONT, C., Le nouveau droit exclusif du producteur de bases de données consacré par la directive européenne 96/9/CE du 11 mars 1996 : un droit sur l'information?, [in :] *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, p. 903

DREIER, T., Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts [in :] *Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München 2005, p. 283

DUSOLLIER, S., (Re)introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain [in :] GUIBAULT, L. et ANGELOPOULOS, Ch., [dir.] *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, p. 75

DUSSOLIER, S., Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen [in :] STROWEL A. et DUSSOLIER, S., *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux oeuvres?*, Bruylant 2000, p. 25

ELKIN-KOREN, N., Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit [in :] GUIBAULT, L., et HUGENHOLTZ, P. B. [dir.], *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 325

FRANÇON, A., La notion de public selon le droit d'auteur français, [in :] *Mélanges Alain Sayag*, Litec 1997, p. 23

GAUTIER, P.-Y., Le mandat en droit d'auteur, [in :] *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 223

GRASSMUCK, V., Towards a New Social Contract : Free-Licensing into the Knowledge Commons [in :] GUIBAULT, L. et ANGELOPOULOS, Ch. [dir.], *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, p. 7

GRIGNON, Ph., L'obligation de ne pas agir en justice [in :] *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec 1998, p. 115

HUET, J., La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du code de la propriété intellectuelle) [in :] *Droit et Technique - Études à la mémoire du Pr. Xavier Linant de Bellefonds*, Litec 2007, p. 225

PEUKERT, A. et **KÖNIG, D.**, License Contracts, Free Software and Creative Commons in Germany [in :] **METZGER, A.**, [dir.] *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models. A Comparative Analysis*, Springer 2016, p. 201

PIÉDELIÈVRE, A., Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien [in :] *Les aspects du droit privé en fin du XXe siècle (Etudes M. de Juglart)*, LGDJ 1986, p. 55

PLAISANT, R., La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, [in :] *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 35

SALZBERGER, E. M., The Economic Analysis of the Public Domain, [in :] GUIBAULT, L. et P. B. HUGENHOLTZ, *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 27

SPINDLER, G. et **Ph. ZIMBEHL**, Is Open Content a Victim of its Own Success? Some Economic Thoughts on the Standardization of Licenses [in :] L. GUIBAULT, Ch. ANGELOPOULOS [dir.], *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, p. 51

VAN GOMPEL, S., Formalities in the digital era : an obstacle or opportunity? [in :] BENTLY, L., STUTHERSANEN, U., et TORREMANS, P. [dir.], *Global Copyright, Three hundred years since the Statute of Anne from 1709 to cyberspace*, Edward Elgar, 2010, p. 395

VIVANT, M., « Savoir et avoir », [in :] *La Mondialisation : entre illusion et utopie*, Archives de Philosophie du droit, t. 47, Dalloz, 2003, p. 333

IV. Rapports, avis, études, lignes directrices

Académie des sciences, *Les nouveaux enjeux de l'édition scientifique*, 24 juin 2014

ADNOT, Ph., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la valorisation de la recherche dans les universités*, 2006

ANTHONY, D., **SMITH, S. W.** et **WILLIAMNSON, T.**, *The Quality of Open Source Production : Zealots and Good Samaritans in the Case of Wikipedia*, Dartmouth Computer Science Technical Report TR2007-606, septembre 2007

Arbeitsgemeinschaft der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten und Fachhochschulen in NRW, *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrhWissG)*, 1er février 2017

Assemblée Nationale, *Projet de loi pour une République numérique, Étude d'impact*, 9 décembre 2015

Australian Law Reform Commission, *Copyright and the Digital Economy*, Discussion Paper 79, 2013

AXHAMM, J. et **GUIBAULT, L.**, *Cross-border extended collective licensing : a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?* Université d'Amsterdam, 2011

Budapest Open Access Initiative, *Ten years on from the Budapest Open Access Initiative : setting the default to open*, 12 septembre 2012

CATALA, P., *Rapport de synthèse du Colloque IRPI*, Litec, 1987

CNNum (Conseil national du numérique), *Université numérique : du temps des explorateurs à celui de la transformation*, mai 2016

CNRS (Centre national de la recherche scientifique),

- *Une Science ouverte dans une République numérique*, mars 2016
- *Une science ouverte dans une République numérique. Etude et propositions en vue de l'application de la loi*, octobre 2016
- *Le travail de la science et le numérique. Données, publications, plateformes. Une analyse systémique de la loi pour une République numérique*, 24 janvier 2017
- *L'application de la loi « pour une République numérique ». Guide partagé pour le travail de la science. Éléments de périmètre*, 31 mars 2017

Commission Européenne

- *Green Paper on copyright and the challenge of technology — Copyright issues requiring immediate action*, 7 juin 1988, COM(88)172 final
- *Livre vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information*, 27 juillet 1995, COM(95) 382 final
- Communication au Conseil et au Parlement Européen, *Plan d'action eLearning — Penser l'éducation de demain*, 28 mars 2001, COM(2001)0172 final
- First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 12 décembre 2005
- Communication « *Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle* », 20 novembre 2007, COM(2007) 724 final
- Recommandation de la Commission concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonnes pratiques destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, 10 avril 2008, C(2008)1329
- *Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 16 juillet 2008, COM(2008) 466/3
- Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2009) 532 final
- Communication sur le contenu dans le marché unique numérique, 18 décembre 2012, COM(2012) 789 final
- Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, juin 2014
- Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 24 juin 2015, 2014/2256(INI)
- Recommandation de la Commission du 17 juillet 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation, C(2012) 4890 final

- Communication « *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d’auteur* », 9 décembre 2015, COM(2015) 626 final
- Proposition de Directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique, 14 septembre 2016, COM/2016/0593 final
- *Open Innovation. Open Science. Open to the World — a vision for Europe*, 2016
- Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions « *Créer une économie européenne fondée sur les données* », 10 janvier 2017, SWD(2017) 2 final

Copyright Review Committee (Irlande), *Modernising Copyright*, 2013

Creative Commons, *Defining “Noncommercial”, A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”*, septembre 2009

CROSSICK, G., *Monographs and Open Access. A report to HEFCE*, janvier 2015

CSPLA (Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique),

- *La mise à disposition ouverte des œuvres de l’esprit*, juin 2007
- *Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines*, 19 mars 2008
- *Rapport de la mission sur l’exploration de données*, juillet 2014
- *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d’un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, 30 octobre 2015

DASGUPTA, P. et **SERAGELDIN, I.** [dir.], *Social capital : a multifaceted perspective*, The World Bank 1999

Department for Business Innovation and Skills (Royaume-Uni), *Innovation and Research Strategy for Growth*, décembre 2011

DULONG DE ROSNAY, M., *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions*, Institute for Information Law, University of Amsterdam 2010

EUA (European Universities Association),

- *Response to the European Commission proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market*, 18 novembre 2016
- *Open Access Checklist for Universities : a Practical Guide on Implementation*, 2015

Food and Agriculture Organization (FAO), *E-learning methodologies. A guide for designing and developing e-learning courses*, 2011

FINCH, J. et al., *Report of the Working Group on Expanding Access to Published Research Findings : Accessibility, sustainability, excellence : how to expand access to research publications*, juin 2012

Future-proofing European Research Excellence. A Statement from European Research Organisations on Copyright in the Digital Single Market, 10 janvier 2017

Global Research Council,

- *Action Plan towards Open Access to Publications*, 2013
- *Review of Implementation of the Global Research Council Action Plan towards Open Access to Publications*, 2014

Group on Earth Observations, Data Sharing Working Group, *Mechanisms to Share Data as Part of the GEOSS Data-CORE*, White Paper, Group on Earth Observations, 2014

Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données,

- *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel* (WP136)
- *Avis 15/2011 sur la définition du consentement* (WP187)
- *Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation* (WP216)
- *Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE* (WP217)

GUADAMUZ, A., CABELL, D., Data Mining in UK Higher Education Institutions: Law and Policy, *Queen Mary Intellectual Property Review* vol. 4 (2014), no. 1 p. 3

GUIBAULT, L. et WIEBE, A. [dir.], *Safe to be open : Study on the protection of research data and recommendations for access and usage*, Universitätsverlag Göttingen 2013

H2020 Programme,

- *Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020*, Version 3.0, 26 juillet 2016
- *Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020*, Version 3.2, 21 mars 2017

HARGREAVES, I., *Digital Opportunity : A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011

HARGREAVES, I., et al., *Standardisation in the Area of Innovation and Technological Development, notably in the Field of Text and Data Mining*, Commission Européenne 2014

i2010 : Digital Libraries High Level Expert Group, Copyright Subgroup, *Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues*, avril 2007

Intellectual Property Office (Royaume-Uni), *Copyright, and the Regulation of Orphan Works : A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation*, 2013

Interagency Public Access Coordination (États-Unis), *A Report to Congress on the Coordination of Policies Related to the Dissemination and Long-Term Stewardship of the Results of Federally Funded Scientific Research*, mars 2012

JOCKERS, M. L. et al., *Brief of Digital Humanities and Law Scholars as Amici Curiae in Authors Guild v. Hathitrust*, 4 juin 2013

KREUTZER, T., *Validity of the Creative Commons Zero 1.0 Universal Public Domain Dedication and its usability for bibliographic metadata from the perspective of German Copyright Law*, Büro für informationsrechtliche Expertise, 2011

LAPERCHE, B., et **UZUNIDIS, D.**, *La valorisation de la recherche publique en France et la question de l'université*, Réseau de Recherche sur l'Innovation, Document de travail no. 16/2010

LAPSI 2.0 Thematic Network, *D5.2. Licensing Guidelines*, 25 février 2014

LEPELTIER, S., *Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification sur la mondialisation et l'environnement*, mars 2004

LÉVY, M. et **JOUYET, J.-P.**, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport présenté au Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 16 mars 2006

LUCAS-SCHLOETTER, A., *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, Cahiers IRPI, no. 5/2004

OCDE

- *Giving Knowledge for Free : the Emergence of Open Educational Resources*, 2007
- *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*, 2007
- *Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information*, 30 avril 2008, C(2008)36
- *Commercialising Public Research : New Trends and Strategies*, 2013
- *Regards sur l'éducation 2014*
- *Making Open Science a Reality*, Technology and Industry Policy Papers no. 25, 2015

OMPI, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, 2003

Open Access in Deutschland : Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, septembre 2016

Parlement Européen, Rapport vers un acte sur le marché unique numérique, 21 décembre 2015, 2015/2147(INI)

RDA-CODATA Legal Interoperability Interest Group, *Legal Interoperability of Research Data : Principles and Implementation Guidelines*, 8 septembre 2016

Register of Copyrights (États-Unis), *Orphan Works and Mass Digitization*, juin 2015

Schlussbericht zum Verbundvorhaben Analyse und Konzeption zur systematischen Verwertung geistes- und sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse - Verwertung Geist : Teilvohaben Institut für Deutsche Sprache (IDS), Technische Informationsbibliothek u. Universitätsbibliothek, Mannheim, Hannover ; 2013

SHAVELL, S., Should Copyright of Academic Works be Abolished?, *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 655*, décembre 2009.

SHIEBER, S. et SUBER, P., *Good Practices for University Open-Access Policies*, octobre 2015

SWEENEY, L., Simple Demographics Often Identify People Uniquely, *Data Privacy Working Paper 3*, Carnegie Mellon University 2000

TRIAILLE, J.-P.

- [dir.], *Study On The Application Of Directive 2001/29/EC On Copyright And Related Rights In The Information Society (The "Infosoc Directive")*, European Union, octobre 2013
- *Study on the legal framework of text and data mining*, European Commission 2014

TUBIANA, L. et SEVERINO, J. M., *Biens publics mondiaux, gouvernance mondiale et aide publique au développement*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, 2001, La Documentation française

U. S. Departement of Education, *Evaluation of Evidence-Based Practices in Online Learning. A Meta-Analysis and Review of Online Learning Studies*, septembre 2010

UNESCO,

- Forum on the Impact of Open Courseware for Higher Education in Developing Countries, Paris 1-3 juillet 2002, Final report (CI-2002/CONF.803/CLD.1)
- *Lignes directrices pour les ressources éducatives libres (REL) dans l'enseignement supérieur*, 2015

United States Copyright Office, *Report on Orphan Works*, janvier 2006

URBAN, J. M., *Updating Fair Use for Innovators and Creators in the Digital Age : Two Targeted Reforms*. Report prepared on behalf of Public Knowledge, 13 février 2010

VANNESTE, Ch., *Rapport relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : Assemblée Nationale, rapport no. 2349, 2005

Wellcome Trust, *Open Access at the Wellcome Trust : a guide for publishers*, août 2015

Whitford Committee on Copyright Designs and Performers Protection, *Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs*, Cmnd 6732 HMSO, 1977

XALABANDER, R., Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur à des fins pédagogiques en Amérique du Nord, en Europe, dans le Caucase, en Asie Centrale et en Israël, OMPI 2009

V. Notes, commentaires, observations

ALLEAUME, Ch.,

- note sous CA Versailles, ch. réunies, 24 mars 2004, *Légipresse* 2004, no. 212, p. 103
- obs. sur Cass 1re civ., 2 avril 2009, *Légipresse* 2009, no. 267, p. 170

ANTIPPAS, J., note sous CJUE, 1er déc. 2011, *Légipresse* 2012, no. 292, p. 161

ATTAL, M., note sous CJUE 22 janv. 2015, JCP G 2015, 421, p. 680

AZEMA, J. et **GALLOUX, J.-C.**, obs. sur Cass. com. 19 oct. 1999, RTD Com. 2000, p. 85

AZZI, T., note sous Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, JDI 2013, p. 147

BADINTER, R., chron. Cass. 1re civ. 4 janv. 1964, JCP 1964, II, 13712 et I, 1844

BELLOIR, Ph., note sous Cass 1re civ., 13 déc. 2005, RLDI 2006, art. 396

BENABOU, V. L.,

- note sous CJUE, 5 mars 2009, *Propri. intell.* 2009, p. 383
- note sous CJUE 16 juillet 2009, *Propri. intell.* 2009, p. 379
- note sous CJUE 4 oct. 2011, *Propri. intell.* 2012, p. 51
- obs. sur CJUE 29 oct. 2015, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 89

BENSAMOUN, A., obs. sur TGI Laval, 16 février 2009, CCE 2010, étude 4

BENSAMOUN, A. et **SIRINELLI, P.** obs. sur Cass. 1re civ., 15 mai 2015, D. 2015, p. 1672

BERNAULT, C.,

- obs. sur CA Paris, 14 déc. 2011, *L'essentiel de la propriété intellectuelle (LEPI)*, mars 2012, p. 40
- obs. sur CJUE 29 oct. 2015, *Propr. intell.*, 2016, p. 68

BONET, G., obs. sur CJCE 20 oct. 1993, RTD eur. 1995, p. 845

BRUGUIÈRE, J.-M.,

- note sous CE, 29 juill. 2002, JCP E 2003, 149, p. 179
- obs. sur TGI Paris, ord. réf., 6 août 2008, *Propr. intell.* 2008, p. 427
- obs. sur CA Paris, 24 sept. 2008, *Propr. intell.* 2009, p. 49
- note sous TGI Laval, 16 février 2009, *Propr. intell.* 2009, p. 260
- obs. sur Cass. com. 23 mars 2010, *Propr. intell.* 2010, p. 856
- note sous Cass. com., 15 juin 2010, *Propr. intell.* 2011, p. 82
- obs. sur Cass. 1re civ., 22 mars 2012, *Propr. intell.* 2012, p. 329
- note sous Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, JCP E 2012, 1007, p. 34
- obs. sur CA Paris, 22 mai 2015, *Propr. intell.* 2015, p. 273

BOUCHE, N.,

- comm. Cass. com. 23 mars 2010, *Propr. ind.* 2010, comm. 43
- comm. CJUE, 2 mai 2012, *Propr. ind.* 2012, comm. 61

BRUST, J.-J., obs. sur CA Paris, 15 mai 1990, D. 1992, 311

CASTETS-RENARD, C.,

- obs. sous Cass. com. 23 mars 2010, RLDI 2010, art. 2030
- note sous Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, D. 2012, 2075

CARON, C.,

- note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 1995, *Légicom* 1995, no. 8, p. 159
- note sous TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996, RIDA 1997, no. 171, p. 361
- obs. sur T. com. Paris, 3 mars 1997, *Légipresse* 1997, no. 142, p. 85
- comm. TGI Paris, 23 févr. 1999, CCE 1999, comm. 1
- comm. CA Paris, 22 juin 1999, CCE 1999, comm. 36
- comm. Cass. com. 19 oct. 1999, CCE 2000, comm. 3
- comm. CA Paris, 13 oct. 2000, CCE 2003, comm. 127
- comm. TGI Paris, 1e ch., 1re sect., 5 juill. 2000, CCE 2001, comm. 23
- comm. CA Grenoble, 18 janv. 2001, CCE 2001, comm. 59

- comm. CA Paris, 21 févr. 2001, CCE 2001, comm. 75
- comm. TGI Paris, 3e ch., 5 sept. 2001, CCE 2002, comm. 16
- comm. CA Paris, 12 sept. 2001, CCE 2001, comm. 12
- comm. Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, CCE 2002, comm. 34
- comm. Cass. 1re civ., 6 nov. 2002, CCE 2003, comm. 2
- comm. CA Paris, 11 janv. 2002, CCE 2002, comm. 97
- comm. TGI Paris, 15 mars 2002, CCE 2002, comm. 114
- note sous Cass soc., 10 juillet 2002, JCP G 2003, II, 10000, p. 21
- comm. CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, CCE 2003, comm. 117
- comm. CA Paris, 10 oct. 2003, CCE 2004, comm. 14
- comm. CA Versailles, ch. réunies, 24 mars 2004, CCE 2004, comm. 55
- comm. Cass 1re civ., 27 avr. 2004, CCE 2004, comm. 84
- comm. CA Paris, 16 févr. 2005, CCE 2005, comm. 169
- comm. CJUE, 9 nov. 2004, CCE 2005, comm. 2
- comm. Cass, 1re civ, 13 déc. 2005, CCE 2006, comm. 18
- comm. Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, CCE 2006, comm. 56
- comm. Cass 1re civ., 13 juin 2006, CCE 2006, comm. 119
- note sous Cass 1re civ., 13 juin 2006, JCP E 2006, p. 2407
- comm. Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, CCE 2007, comm. 3
- comm. CA Versailles, 2e ch., 15 mars 2007, CCE 2007, comm. 69
- comm. CA Versailles, 16 mars 2007, CCE 2007, comm. 91
- comm. CA Paris, 14 ch., 12 oct. 2007, CCE 2007, comm. 145
- comm. CE, 11 juill. 2008, CCE 2008, comm. 112
- obs. sur CE, 11 juill. 2008, JCP G 2009, I, 30, no. 8
- comm. Cass 1re civ. 13 nov. 2008, CCE 2009, comm. 2
- comm. Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, CCE 2009, comm. 33
- comm. CJUE, 5 mars 2009, CCE 2009, comm. 44
- comm. Cass 1re civ., 2 avril 2009, CCE 2009, comm. 52
- comm. CJUE 16 juillet 2009, CCE 2009, comm. 97
- comm. Cass. com. 23 mars 2010, CCE 2010, comm. 84
- comm. CA Paris, 26 mars 2010, CCE 2010, comm. 107
- comm. Cass. com., 15 juin 2010, CCE 2010, comm. 120
- comm. Cass. crim., 15 juin 2010, CCE 2010, comm. 95
- comm. CJUE 4 oct. 2011, CCE 2011, comm. 110
- obs. sur CJUE 4 oct. 2011, JCP G 2012, 978, p. 1649
- comm. CJUE, 1er déc. 2011, CCE 2012, comm. 26
- obs. sur CJUE, 1er déc. 2011, JCP G 2012, 978, p. 1649
- comm. Cass. 1re civ., 22 mars 2012, CCE 2012, comm. 61

- obs. sur CJUE, 2 mai 2012, JCP G 2012, 978, p. 1649
- comm. CJUE, 2 mai 2012, CCE 2012, comm. 105
- comm. CA Douai, 3 juillet 2012, CCE 2012, comm. 121
- comm. Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, CCE 2012, comm. 91
- comm. Cass. 1re civ., 15 mai 2015, CCE 2015, comm. 55
- comm. CJUE, 10 nov. 2016, CCE 2017, comm. 10
- comm. Cass. 1re civ., 22 juin 2017, CCE 2017, comm. 69

CHAVANNE, A. et ROUBIER, P., obs. sur Cass. crim. 2 mai 1961, RTD com. 1961, p. 834

CLARO, C., note sous CA Paris, 12 mai 1909 : DP 1910, 2, 81

COLOMBET, C.,

- note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 1973, D. 1974, 533
- obs. sur TGI Paris, 1re ch., 20 févr. 1980, D. 1982, 44
- obs. sur CA Paris, 6 mars 1981, D. 1982, 46
- obs. sur CA Paris, 4e ch., 2 juin 1981, D. 1983, 96
- obs. sur TGI Paris, 30 sept. 1983, D. 1984. 290
- obs. sur Cass. 1re civ., 9 nov. 1983, D. 1984, 290
- obs. sur TGI Paris, 7 mars 1990 : D. 1991, 87
- obs. sur Cass 1re civ., 16 avril 1991, D. 1993, 13
- obs. sur CA Paris, 7 janvier 1991, D. 1992, 13
- obs. sur Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, D. 1995, 110

COSTES, L.,

- obs. sur TGI Laval, 16 févr. 2009, RLDI 2009, art. 1539
- obs. sur TGI Paris, 27 mars 2014, RLDI 2014, art. 3452
- obs. sur CJUE 10 avr. 2014, RLDI 2014, art. 3451

CROZE, H., note sous Cass. 1re civ., 16 avr. 1991, JCP G 1991, II, 21770

DAHAN, V. et BOUFFIER, Ch., comm. CJUE, 1er déc. 2011, RLDI 2012, art. 2663

D'AVOUT, L., obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, D. 2012, 2339

DESBOIS, H.,

- note sous CA Paris, 1er ch., 18 avr. 1956 : D. 1957, 108
- note sous Cass. 1er civ., 22 juin 1959, D. 1960, 129

- obs. sur Cass. com. 29 nov. 1960, RTD com. 1961, p. 607
- note sous CA Paris, 4 avril 1960, D. 1969, 535
- obs. sur Cass. 1re civ. 4 janv. 1964, RTD com. 1964, p. 320
- obs. sur Cass. 1re civ., 1er juill. 1970, RTD com. 1971, p. 336
- note sous Cass. 1re civ., 12 avr. 1976 ; RTD com. 1978, p. 103
- obs. sur Cass. 1re civ. 19 mai 1976, RTD com. 1977, p. 326

DEFAUX, A., note sous Cass. 1re civ., 6 nov. 2002, *Légipresse* 2003, no. 201, III, p. 66

DERIEUX, E., obs. sur CA Paris, 1re ch., 10 mai 2000, JCP G 2000, II, 10430, p. 2190

DAVERAT, X.,

- note sous Cass. 1re civ. 11 févr. 1997, JCP G 1997, II, 22973,
- obs. sur CA Bordeaux, 31 janv. 2005, CCE 2006, chron. 3

DRAI, L., note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, JCP S 2007, no. 13, p. 18

EDELMAN, B.,

- note sous Cass. 1re civ., 1er juill. 1970, D. 1970, 769
- note sous Cass. ass. plén., 7 mars 1986, D. 1986, 405
- note sous CA Versailles, 13 févr. 1992, D. 1993, 402
- note sous CJCE 20 oct. 1993, D. 1995, 133
- note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 1995, D. 1996, 4
- note sous TGI Paris, ord. réf. 10 juin 1997, D. 1998, 621
- note sous TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1999, D. 2000, 455.
- note sous Cass 1re civ., 13 juin 2006, D. 2006, 2470

FONTAINE, F., obs. sur TGI Laval, 16 févr. 2009, RLDI 2009, art. 1630

FOYARD, Th., note sous Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, D. 1994, 481

FRANÇON, A.,

- note sous CA Paris, 11 mai 1965, D. 1967, 555
- obs. sur Cass. 1re civ, 6 mars 1979, RTD Com. 1979, p. 462.
- obs. sur CA Paris 6 oct. 1979, RTD com. 1980, p. 746
- note sous Cass. 1re civ., 9 nov. 1983, JCP G 1984, II, 20189
- note sous CA Paris, 18 déc. 1985, JCP G 1986, II, 20615
- obs. sur Cass. ass. plén., 7 mars 1986, RTD com. 1986, p. 399

- obs. sur CJCE, 9 avr. 1987, RTD com. 1987, p. 391
- note sous Cass. 1re civ., 1er mars 1988, JCP G 1988, II, 21120
- note sous Cass., 1re civ., 13 oct. 1993, RTD Com. 1994, p. 272
- note sous Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, JCP G 1994, II, 22201
- obs. sur Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, RTD com. 1994, p. 50
- obs. sur Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, RTD Com. 1994, p. 272
- obs. sur TGI Paris, ord. réf, 14 août 1996, RTD com. 1997, p. 97
- obs. sur Cass. 1re civ. 11 févr. 1997, RTD com. 1999, p. 391
- note sous TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1999, RTD com. 2000, p. 96

GALLOUX, J.-Ch.,

- note sous Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, JCP G 1994, II, 22273
- note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 1995, JCP G 1995, II, 22486
- note sous OEB, 8 déc. 1994, D. 1996, 44

GATEAU, Ch. et COSLIN, Ch., note sous Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, RLDI 2012, art. 2866

GAUDRAT P. et LALLEMAND, A., note sous CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, JCP E 2004, no. 49, 1770, p. 1920

GAUTIER, P.-Y.,

- note sous Cass., 1re civ., 13 oct. 1993, D. 1993, 166
- note sous Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, D. 1994, 179
- note sous TGI Paris, ord. réf, 14 août 1996, D. 1996, 49

GEIGER, Ch., note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015, JCP G 2015, 967

GRANCHET, A., note sous Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, *Légipresse* 2005, no. 224, p. 172

GREFFE, F.,

- note sous Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, D. 1998, 290
- note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Propr. industr.* 2007, no. 4, p. 37

GRIDEL, J.-P., note sous Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, D. 2002, 1128

HASSLER, T., note sous Cass., 1re civ., 13 oct. 1993, LPA 1994, n° 42, p. 15

HUET, J.,

- note sous CA Paris, 18 déc. 1985 : D. 1986, 273
- note sous Cass. ass. plén., 30 oct. 1987 : JCP G 1988, II, 20932

JOLY, S., obs. sur Cass. 1re civ., 28 mai 1991 [in :] M. VIVANT [dir.], *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2ème éd., Dalloz 2015, p. 165

KAMINA, P.,

- note sous TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1999, D. 1999, p. 580
- comm. Cass 1re civ., 27 avr. 2004, *Propr. ind.* 2004, comm. 74
- comm. CJUE, 9 nov. 2004, *Propr. ind.* 2005, comm. 7

KÉRÉVER, A.,

- note sous Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, RIDA 1994, no. 161, p. 367
- obs. sur CA Paris, 10 avr. 1995, RIDA 1995, no. 165, p. 241
- obs. sur T. com. Paris, 17e ch., 16 déc. 1997, RIDA 1998, no. 176, p. 317
- obs. sous TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1999, RIDA 2/2000, p. 374
- note sous TGI Paris, 1re ch., 31 mars 1999 : RIDA 2000, no. 183, p. 333
- obs. sur CA Paris, 1re ch., 10 mai 2000, RIDA 2001, no. 187, p. 321
- obs. sur Cass. 1re civ., 12 déc. 2000 : RIDA 2001, no. 188, p. 337
- obs. sur Cass 1re civ., 8 janv. 2002, RIDA 2002, no. 193, p. 321
- obs. sur TGI Paris, 3e ch., 5 sept. 2001, RIDA 2002, no. 192, p. 385
- obs. sur Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, RIDA 2005, no. 204, p. 237

KUPERFILS, G., obs. sur CE 21 nov. 1972, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2ème éd. 2002, no. 8, p. 106

LAFFAILLE, F., obs. sur TGI Paris, 9 mars 2017, D. 2017, 759

LARRIEU, J., comm. TGI Paris, 3e ch., 30 mars 2010, *Propr. ind.* 2010, comm. 75

LE STANC, C., obs. sur CA Versailles, 16 mars 2007, D. 2007, 1991

LUCAS, A.,

- note sous Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : RIDA 1986, no. 129, p. 136
- note sous Cass 1re civ., 2 mai 1989, JCP G 1990, II, 21392
- obs. sur CA Paris, 6 juin 2000, *Propr. intell.* 2001, p. 61
- obs. sur CA Paris, 11 janv. 2002, *Propr. intell.* 2002, p. 42
- obs. sur Cass. 1re civ., 19 févr. 2002, *Propr. intell.* 2002, p. 53

- obs. sur CA Paris, 22 mai 2002, *Propr. intell.* 2003, p. 44
- obs. sur CE, 29 juill. 2002, *Propr. intell.*, no. 6, p. 57
- obs. sur CA Paris, 25 févr. 2004, *Propr. intell.* 2004, p. 766
- obs. sur CA Paris, 10 mars 2004 : *Propr. intell.* 2004, p. 778
- obs. sur Cass 1re civ., 13 juin 2006, *Propr. intell.* 2006, p. 442
- obs. sur Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, *Propr. intell.* 2006, p. 179
- obs. sur CA Paris, 14 ch., 12 oct. 2007, *Propr. intell.* 2008, p. 219
- obs. sur CE, 11 juill. 2008, *Propr. intell.* 2008, p. 29 et p. 428
- obs. sur Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, *Propr. intell.* 2009, p. 167
- obs. sur Cass 1re civ., 2 avril 2009, *Propr. intell.* 2009, p. 264
- obs. sur CA Paris, pôle 6, 11 ch., 11 juin 2009, *Propr. intell.* 2010, p. 708
- obs. sur CA Paris, pôle 5, 1ère ch., 18 déc. 2009, *Propr. intell.* 2010, p. 709
- obs. sur CJUE, 1er déc. 2011, *Propr. intell.* 2012, p. 30
- obs. sur Cass 1re civ., 16 mai 2012, *Propr. intell.* 2012, p. 328
- obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, *Propr. intell.* 2012, p. 416
- obs. sur CA Paris, 17 oct. 2012, *Propr. intell.* 2013, p. 48
- obs. sur CA Paris, pôle 5, 1ère ch., 27 févr. 2013, *Propr. intell.* 2013, p. 181
- obs. sur CA Paris, pôle 5, 2e ch., 7 juin 2013, *Propr. intell.* 2013, p. 402
- obs. sur CJUE 20 avr. 2014, *Propr. intell.* 2014, p. 276
- obs. sur TGI Paris, 27 mars 2014, *Propr. intell.* 2014, p. 256
- obs. sur CJUE 22 janv. 2015, *Propr. intell.* 2015, p. 300
- obs. sur CA Paris, 25 sept. 2015, *Propr. intell.* 2016, p. 51

LYON-CAEN, Ch., note sous Cass. civ. 25 juill. 1887, S. 1888, 1, 17

MAFFRE-BAUGÉ, A.,

- obs. sur CA Paris, 1re ch., 10 mai 2000, JCP E 2000. p. 1903
- obs. sur CA Paris, 4e ch., 10 oct. 2003, JCP E 2005, chron. 81, par. 4
- obs. sur Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, RLDI 2005, art. 78

MALAURIE-VIGNAL, M., comm. CE, 29 juill. 2002, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 39

MALLET-POUJOL, N., note sous T. com. Compiègne, 2 juin 1989, RDIT1989/4, p. 60

MANARA, C., obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, D. 2012, 1879

MANIGNE, M.-C., note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 1973, JCP 1975, II, 18029

MARINO, L., note sous CJUE 16 juillet 2009, JCP G 2009, no. 39, 272

MOURON, P., obs. sur TGI Paris, 9 mars 2017, Dalloz IP/IT 2017, p. 277

MOUSSERON, J. M., TEYSSIÉ, B. et VIVANT, M., note sous Cass. ass. plén., 7 mars 1986, JCP E 1986, II, 20631

PACTET, P., note sous TGI Paris, 6 juill. 1972, D. 1972, 628

PARLÉANI, G., note sous CJCE 7 mars 1995, D. 1996, 61

PASSA, J., obs. sur Cass. 1re civ., 20 mars 2007, *Propri. intell.* 2007, p. 361

PLAISANT, R.,

- note sous CA Paris 6 oct. 1979, D. 1981, 190
- note sous CA Paris, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, p. 22
- obs. sur Cass. 1re civ., 9 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 177

PLUVETTE, Ph., note sous Cass. 1re civ. 4 janv. 1964, D. 1964, 321

POLLAUD-DULIAN, F.,

- note sous CA Paris, 12 sept. 2001, JCP 2002, II, 10000
- obs. sur Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, RTD com. 2005, 81
- obs. sur Cass 1re civ., 13 déc. 2005, RTD com. 2006, p. 79
- obs. sur Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, RTD com. 2006, p. 370
- note sous Cass 1re civ., 13 juin 2006, JCP G 2006, II, 10138
- obs. sur CA Paris, 14 ch., 12 oct. 2007, RTD com. 2008, p. 79
- note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, RTD Com. 2007, p. 363
- obs. sur CE, 11 juill. 2008, RTD com. 2008, p. 747
- obs. sur TGI Paris, 25 nov. 2008, RTD com. 2009, p. 312
- obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, RTD com. 2012, 780
- obs. sur CJUE 10 avril 2014, RTD com. 2014, no. 3, p. 603
- obs. sur CJUE 29 oct. 2015, RTD com. 2016, p. 125
- obs. sur Cass. 1re civ., 15 mai 2015, RTD com. 2015, p. 515
- obs. sur TGI Paris, 9 mars 2017, RTD Com. 2017, p. 353

RAMBAUD, S., obs. sur CA Paris, 16 sept. 2009, RLDI 2009, art. 1781

RAYMOND, G., note sous Cass. crim. 2 mai 1961, JCP G 1961, II, 12242

SARDAIN, F.,

- obs. sur Cass 1re civ., 13 déc. 2005, JCP E 2006, 2178, no. 2
- note sous Cass 1re civ., 27 avr. 2004, *Légipresse* 2005, no. 220, p. 62

SCAFNER, M., ABELLO, A. et SROUSSI, G., obs. sur Cass 1re civ., 13 nov. 2008, RLDI 2009, art. 1501

SCHMIDT-SZALEWSKI, J.,

- comm. Cass 1re civ., 13 déc. 2005, *Propr. ind.* 2006, comm. 27
- comm. Cass 1re civ., 13 juin 2006, *Propr. ind.* 2006, comm. 82

SIRINELLI, P.,

- obs. sur Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, *Propr. intell.* 2002, p. 50
- note sous CA Riom, ch. com., 14 mai 2003, D. 2003, 2754
- obs. sur Cass soc., 10 juillet 2002, *Propr. intell.* 2003, p. 50
- obs. sur CA Paris, 4 juin 2004, *Propr. intell.* 2004, p. 923
- note sous Cass 1re civ., 27 avr. 2004, *Propr. intell.* 2004, p. 770
- obs. sur CA Versailles, 16 mars 2007, RIDA 2007, no. 213, p. 263
- obs. sur CE, 11 juill. 2008, RIDA 2008, no. 217, p. 279 et p. 223
- obs. sur TGI Paris, ord. réf., 6 août 2008, RIDA 2008, no. 217, p. 343
- obs. sur TGI Paris, 25 nov. 2008, RIDA 2009, no. 219, p. 388 et p. 219
- note sous CJUE, 5 mars 2009, RIDA 2009, no. 221, p. 339
- obs. sur Cass. 1re civ., 2 avril 2009, RIDA 2009, no. 220, p. 361
- note sous CJUE, 1er déc. 2011, RIDA 2012, no. 232, p. 479
- obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, D. 2012, 2850

TAUBNER, H., note critique sous LG München I, 19 juin 2005, I ZUM 2005, 407

TELLIER-LONIEWSKI, L.,

- note sous CA Paris, 12 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1997, I, p. 201
- note sous TGI Paris, 5 sept. 2001, *Légipresse* 2001, no. 187, p. 219

TREPPOZ, E., obs. sur CJUE 16 juillet 2009, RTD eur. 2010, p. 944

VIVANT, M. et LE STANC, Ch., obs. sur T. com. Paris, 3 mars 1997, JCP E 1997, I, 657

VIVANT, M. et LUCAS, A.,

- obs. sur Cass. ass. plén. 7 mars 1986, JCP E 1986, I, 15791, no. 1
- obs. sur CA Paris, 18 déc. 1985, JCP E 1986, I, 15791, no. 6

- obs. sur Cass. Ass. Plén., 30 oct. 1987 : JCP E 1988, II, 15093, no. 4
- obs. sur Cass., 1re civ., 16 avril 1991, JCP E 1991, I, 141, no. 2

VIVANT, M., MALLET-POUJOL, N. et BRUGUIÈRE, J.-M., obs. sur CA Paris, 12 sept. 2001, JCP E 2002, 888, n° 4

VARET, V.,

- note sous Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, *Légipresse* 2009, no. 261, p. 103
- note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015, *Légipresse* 2015, no. 330, p. 474

VERCKEN, G., note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, RIDA 2009, no. 219, p. 5

VI. Jurisprudence

A. Française :

1) Conseil constitutionnel

- Cons. const. 20 janv. 1984, no. 83-165 DC

2) Cour de cassation

a) Chambres civiles

- Cass. 1re civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759 (*Dialogue des Carmélites*)
- Cass. 1re civ., 15 mai 2015, no. 13-27.391 (*Klasen*)
- Cass. 1re civ., 10 déc. 2014, no. 10-19.923
- Cass. 1re civ., 10 déc. 2014, no. 13-23.076
- Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, no. 13-20.209
- Cass. 1re civ., 17 oct. 2012, no. 11-21641
- Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, no. 11-15.188 (*Google c/ aufeminin.com*)
- Cass. 1re civ., 16 mai 2012, no. 10-25.630
- Cass. 1re civ., 22 mars 2012, no. 11-10.132
- Cass. 1re civ., 2 avr. 2009, no. 08-10194 (*Motagné*)
- Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, no. 07-21.063
- Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, no. 06-16.278
- Cass. 1re civ., 20 mars 2007 : RIDA 2007, no. 213, p. 355
- Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, no. 04-15.543
- Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, no. 05-19.294
- Cass. 1re civ., 13 juin 2006, no. 02-44.718
- Cass. 1re civ., 7 mars 2006, no. 04-13971

- Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, no. 05-15824 (*Mulholland Drive*)
- Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, no. 04-10.143
- Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, no. 02-17.683
- Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, no. 99-18.464
- Cass. 1re civ., 6 nov. 2002, no. 00-21.868
- Cass. 1re civ., 19 févr. 2002, no. 99-21.220
- Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, no. 00-11.588
- Cass. 1re civ., 8 janv. 2002 : RIDA 2002, no. 193, p. 321
- Cass. 1re civ., 12 juin 2001, no. 98-22591 (*Le Petit Prince*)
- Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, RIDA 2001, no. 188, p. 337
- Cass. 1re civ., 17 nov. 1998, no. 96-15126
- Cass. 1re civ., 3 juin 1998 : RIDA 1998, no. 178, p. 155
- Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, no. 95-11.605
- Cass. 1re civ., 4 juill. 1995 : D. 1996, 4
- Cass. 1re civ., 26 janv. 1994 : RIDA 1994, no. 162, p. 433
- Cass. 1re civ., 6 avr. 1994 : D. 1994, 179
- Cass. 1re civ., 13 oct. 1993, no. 91-11.241
- Cass. 1re civ., 3 déc. 1991, no. 89-20856
- Cass. 1re civ., 28 mai 1991, no. 89-19522 (*Huston*)
- Cass. 1re civ., 16 avr. 1991, no. 89-21071 (*Isermatic*)
- Cass. 1re civ., 2 mai 1989 : RIDA 1990, no. 143, p. 309
- Cass. 1re civ., 1er mars 1988 : JCP G 1988, II, 21120
- Cass. 1re civ., 9 nov. 1983 : D. 1984, 290
- Cass. 1re civ., 8 nov. 1983, no. 82-13547
- Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, no. 80-12.546
- Cass. 1re civ., 6 mars 1979, no. 76-15.367
- Cass. 1re civ., 12 avr. 1976, no. 74-12.149
- Cass. 1re civ., 19 mai 1976, no. 75-10558
- Cass. 1re civ., 14 nov. 1973 : Bull. civ. I, p. 390
- Cass. 1re civ., 13 nov. 1973 : D. 1974, 533
- Cass. 1re civ., 1er juill. 1970 : D. 1970, 769
- Cass. 1re civ., 20 janv. 1969 : Gaz. Pal. 1969, 1, 217
- Cass. 1re civ., 4 janv. 1964 : D. 1964, 321
- Cass. 1re civ., 22 juin 1959 : D. 1960, 129 (*La Tosca*)
- Cass. 2ème civ., 30 janv. 2014, no. 12-24.145
- Cass. 3ème civ., 9 févr. 2017, no. 16-10.350
- Cass. civ., 25 juill. 1887 : S. 1888, 1, 17

b) Chambre sociale

- Cass. soc., 10 juill. 2002, no. 99-44224

c) Chambre commerciale

- Cass. com., 10 déc. 2013, no. 11-19872
- Cass. com., 9 juill. 2013, no. 12-23.389
- Cass. com., 15 juin 2010, no. 08-20.999
- Cass. com., 23 mars 2010, no. 08-20.427 et no. 08-21.768
- Cass. com., 8 déc. 2009, no. 08-20.032
- Cass. com., 19 oct. 1999, no. 97-14.711
- Cass. com., 3 mai 1994 : RIDA 1995, no. 164, p. 293
- Cass. com., 28 avr. 1987 : D. 1987, 122
- Cass. com., 29 nov. 1960 : RIDA 1961, no. 31, p. 78

d) Chambre criminelle

- Cass. crim., 15 juin 2010, no. 09-84.034
- Cass. crim., 9 oct. 1974 : RIDA 1975, no. 85, p. 176
- Cass. crim., 2 mai 1961 : D. 1962, 163
- Cass. crim., 4 mai 1854, DP 1855, 1, 127
- Cass. crim., 16 juill. 1853 : DP 1853, 1, 309

e) Assemblée plénière

- Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, no. 92-10673
- Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, no. 86-11918 (*Microfor*)
- Cass. ass. plén., 7 mars 1986, no. 83-10477

3) Conseil d'État

- CE, 11 juill. 2008, no. 298779
- CE, 29 juill. 2002, no. 200886 (*CEGEDIM*)
- CE, 30 sept. 2011, no. 350431
- CE, 21 nov. 1972, no. 309.721 (*OFRATEME*)

4) Cours d'appel

- CA Aix, 6 nov. 2008, JurisData no. 2008-006036

- CA Bordeaux, 31 janv. 2005, Juris-Data n° 2005-262987, (Ste M. Saunier c/ ATEVI)
- CA Bordeaux, 24 août 1864 : S. 1864, 2, 94

- CA Chambéry, 22 févr. 2007, JurisData no. 2007-338398

- CA Douai, 3 juill. 2012, no. 11/03647

- CA Grenoble, 18 janv. 2001 : CCE 2001, comm. 59, note C. Caron (*Pascal D.*)

- CA Lyon, 27 juin 1984 : PIBD 1985, III, 39

- CA Paris, 25 sept. 2015, no. 14/01364 (*Prokofiev*)
- CA Paris, 22 mai 2015, no. 11/19595 (*DR Ing H C F Porsche contre PGO Automobiles*)
- CA Paris, 7 juin 2013, n° 12/05061 (*SAS Les Editions Neressis contre SA Gloobot et Selafa MJA*)
- CA Paris, 27 févr. 2013, no. 11/11785 (*Djian c/ Moquet et Filipovicz*)
- CA Paris, 17 oct. 2012 : no. 10/19937 (*Deraedt et Etori c/ Editions de Tournon*)
- CA Paris, 14 déc. 2011 : L'essentiel de la propriété intellectuelle (LEPI), mars 2012, 40
- CA Paris, 26 sept. 2011 : legalis.net, (*Nintendo c/ Absolute Games, Divineo et autres*)
- CA Paris, 29 oct. 2010, n° 09/07198 (*SAS K. TEA et autres c. SARL DONOVAN et autres*)
- CA Paris, 26 mars 2010 : CCE 2010, comm. 107 (*Mondadori Magazines France c/ Art and Commerce*)
- CA Paris, 18 déc. 2009 : *Propr. intell.* 2010, p. 709 (*Sarl Yotta et Meziane c/ Policarpo et autres*)
- CA Paris, 16 sept. 2009, no. 04/24298
- CA Paris, 11 juin 2009 : *Propr. intell.* 2010, p. 708 (*Causse c/ Sarl Tung Design*)
- CA Paris, 14 oct. 2008, no. 07/08043 (*Educaffix c/ CNRS et autres*)
- CA Paris, 24 sept. 2008 : *Propr. intell.* 2009, 49 (*venteprivée.com c/ Kalypso*)
- CA Paris, 12 oct. 2007 : CCE 2007, comm. 145 (*SCPE c/ 1633*)
- CA Paris, 4 avr. 2007 : CCE 2007, comm. 68 (*Mulholland Drive*)
- CA Paris, 22 févr. 2006 : PIBD 2006, n° 831, III, p. 390
- CA Paris, 16 févr. 2005, n° 04/03327
- CA Paris, 10 mars 2004 : *Propr. intell.* 2004, p. 778 (*Editions du Rocher c/ Edition Trajectory*)
- CA Paris, 4 juin 2004 : *Propr. intell.* 2004, p. 923 (*Monsieur Souissi c/ N Le Kateb Ben Romdhane*)
- CA Paris, 25 févr. 2004 : *Propr. intell.* 2004, p. 766 (*Boniface c/ Bacchetta et autres*)
- CA Paris, 10 oct. 2003 : CCE 2004, comm. 14 (*SARL Belleville et al. c/ SARL Cart'com*)

- CA Paris, 13 janv. 2003, n° 2002/11398 : JurisData n° 2003-206140
- CA Paris, 22 mai 2002 : *Propr. intell.* 2003, p. 44
- CA Paris, 11 janv. 2002, CCE 2002, comm. 97
- CA Paris, 12 sept. 2001 : CCE 2001, comm. 12 (*Sté Tigest SARL c/ Groupe Miller Freeman*)
- CA Paris, 21 févr. 2001 : CCE 2001, comm. 75 (*Société Plon c/ Decugis et Zemouri*)
- CA Paris, 13 oct. 2000 : CCE 2003, comm. 127 (*SARL Substantifique moelle contre Société Polygram*)
- CA Paris, 11 oct. 2000 : RIDA 2001, no. 188, p. 367
- CA Paris, 29 sept. 2000 : JCP G 2001, IV, 1400
- CA Paris, 6 juin 2000 : *Propr. intell.* 2001, p. 61
- CA Paris, 10 mai 2000, RIDA 2001, no. 187, p. 321
- CA Paris, 22 juin 1999 : no. 1997/16996
- CA Paris, 12 nov. 1997 : Gaz. Pal. 1997, I, p. 201
- CA Paris, 25 oct. 1995 : *Légipresse* 1995, III, p. 149 (*Charlie Hebdo*)
- CA Paris, 10 avr. 1995 : RIDA 1995, no. 165, p. 241
- CA Paris, 20 sept. 1994 : RIDA 1994, no. 160, p. 367
- CA Paris, 14 févr. 1994, JurisData : 1994-020595
- CA Paris, 14 janv. 1992 : RIDA 1992, no. 152, p. 198
- CA Paris, 7 juin 1990 : JurisData no. 1990-023045
- CA Paris, 15 mai 1990 : D. 1992, 311
- CA Paris, 7 janv. 1991 : D. 1992, 13
- CA Paris, 25 sept. 1989, RIDA 1990, no. 144, p. 207 (*Le chardon*)
- CA Paris, 18 déc. 1985 : D. 1986, 273
- CA Paris, 15 janv. 1985 : Juris-Data n° 85-20711
- CA Paris, 2 juin 1981 : D. 1983, 96
- CA Paris, 6 mars 1981 : D. 1982, 46
- CA Paris, 6 oct. 1979 : D. 1981, 190
- CA Paris, 17 mai 1975 : *Gaz. Pal.* 1977, 1, p. 15
- CA Paris, 17 mars 1970 : RIDA 1971, no. 67, p. 179
- CA Paris, 26 janv. 1970, : D. 1970, 294
- CA Paris, 11 mai 1965 : D. 1967, 555
- CA Paris, 4 avr. 1960 : D. 1969, 535 (*Les liaisons dangereuses*)
- CA Paris, 18 avr. 1956 : D. 1957, 108
- CA Paris, 12 mars 1936, Gaz. Pal. 1936, 1, p. 941
- CA Paris, 20 nov. 1935 : S. 1936, 2, 170
- CA Paris, 27 févr. 1918 : *Gaz. Pal.* 1918, 1 p. 125
- CA Paris, 12 mai 1909 : DP 1910, 2, 81
- CA Paris, 3 déc. 1867 : *Ann. propr. ind.* 1868, p. 404

- CA Riom, 14 mai 2003 : D. 2003, 2754
- CA Versailles, 16 mars 2007 : D. 2007, 1991
- CA Versailles, 15 mars 2007, no. 04VE00338 (*Alary*)
- CA Versailles, 27 avr. 2006, no. 04/05412
- CA Versailles, 24 mars 2004 : CCE 2004, comm. 55 (*J-M Rillon c/ Capital Media*)
- CA Versailles, 19 juin 1997 : Gaz. Pal. 1997, 1, p. 25
- CA Versailles, 19 déc. 1994 : RIDA 1995, no. 164, p. 389 (*Huston*)
- CA Versailles, 13 févr. 1992 : D. 1993, 402

5) Tribunaux

- T. Seine, 10 févr. 1875
- TA Lille, 29 déc. 2010, n° 1007450
- T. civ. Seine, 21 juin 1955 : RIDA 1955, no. 10, p. 78
- T. com. Compiègne, 2 juin 1989 : RDIT, 1989/4, p. 60
- T. com., Paris, 3 mars 1997 : JCP E 1997, I, 657
- T. com., Paris, 16 déc. 1997 : RIDA 1998, no. 176, p. 317
- T. com., Seine, 26 juin 1934 : Gaz. Pal. 1934, 2, p. 594
- TGI Laval, 16 févr. 2009 : RLDI 2009, art. 1539
- TGI Nanterre, 6 mars 1991 : *Cah. dr. auteur*, avr. 1991, p. 19
- TGI Nîmes, 28 juin 2013 : legalis.net (*Blogmusik, Sacem et autres / Jérôme G.*)
- TGI Paris, 9 mars 2017, n° 15/01086 (*Bauret contre Koons*)
- TGI Paris, 27 mars 2014, no. 11/01444 (*La Librairie Droz contre Classiques et autres*)
- TGI Paris, 30 mars 2010 : *Propr. ind.* 2010, comm. 75 (*Artcurial Briest Poulain F Tajan c/ Artprice.com*)
- TGI Paris, 25 nov. 2008 : RIDA 2009, no. 219, p. 388
- TGI Paris, ord. réf., 6 août 2008 : RIDA 2008, no. 217, p. 343
- TGI Paris, 15 mars 2002 : CCE 2002, comm. 114

- TGI Paris, 5 sept. 2001 : RIDA 2002, no. 192, p. 385
- TGI Paris, 5 juill. 2000 : Juris-Data n° 130310
- TGI Paris, 31 mars 1999 : RIDA 2000, no. 183, p. 333
- TGI Paris, 23 févr. 1999 : RIDA 2/2000, p. 374 (*Utrillo*)
- TGI Paris, 27 juin 1997 : PIBD 1997, III, 661 (*Arrari c/ Givenchy*)
- TGI Paris, ord. réf. 10 juin 1997 : D. 1998, 621
- TGI Paris, 7 mars 1990 : D. 1991, 87
- TGI Paris, 24 sept. 1976 : RIDA 1997, no. 173, p. 155
- TGI Paris, ord. réf, 14 août 1996 : RIDA 1997, no. 171, p. 361
- TGI Paris, 10 mai 1996 : RIDA 1996, no. 170, p. 315
- TGI Paris, 14 sept. 1994 : RIDA 1995, no. 163, p. 407
- TGI Paris, 30 sept. 1983 : D. 1984, 290
- TGI Paris, 20 févr. 1980 : D. 1982, 44
- TGI Paris, 6 juill. 1972 : D. 1972, 628 (*Passeron c/ De Gaulle*)

- TGI Strasbourg, 3 févr. 1998 : RIDA 1998, no. 176, p. 466

B. Allemande :

1) Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13 : GRUR 2016, 690
- BVerfG, 29 juin 2000, 1 BvR 825/98 : GRUR 2001, 149 (*Germania 3*)
- BVerfG, 29 mai 1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72 : NJW 1973, 1176 (*Hochschul-Urteil*)

2) Bundesgerichtshof

- BGH, 28 juill. 2016, I ZR 9/15 : GRUR 2016, 1157 (*Auf fett getrimmt*)
- BGH, 16 avril 2015, I ZR 69/11 : GRUR 2015, 1101 (*Elektronische Leseplätze II*)
- BGH, 24 sept. 2014, I ZR 35/11 : GRUR 2015, 264 (*Hi Hotel II*)
- BGH, 28 nov. 2013, I ZR 76/12 : GRUR 2014, 549 (*Meilensteine der Psychologie*)
- BGH, 13 nov. 2013, I ZR 143/12 : GRUR 2014, 175 (*Geburtstagszug*)
- BGH, 20 mars 2013, I ZR 84/11 : GRUR 2013, 1220 (*Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*)
- BGH, 13 déc. 2012, I ZR 182/11 : GRUR 2013, 614 (*Metall auf Metall II*)
- BGH, 23 févr. 2012, I ZR 6/11 : GRUR 2012, 1022
- BGH, 20 déc. 2011, X ZR 53/11 : GRUR 2012, 373 (*Glasfasern*)
- BGH, 30 nov. 2011, I ZR 212/10 : GRUR 2012, 819 (*Blühende Landschaften*)
- BGH, 19 oct. 2011, I ZR 140/10 : GRUR 2012, 602 (*Vorschaubilder II*)
- BGH, 1 déc. 2010, I ZR 196/08 : GRUR 2011, 724

- BGH, 14 oct. 2010, I ZR 191/08 : GRUR 2011, 513 (*AnyDVD*)
- BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08 : GRUR 2010, 628 (*Vorschaubilder*)
- BGH, 29 avr. 2010, I ZR 39/08 : GRUR 2011, 56 (*Session-ID*)
- BGH, 19 nov. 2009, I ZR 128/07 : GRUR 2010, 620 (*Film-Einzelbilder*)
- BGH, 20 mai 2009, I ZR 239/06 : GRUR 2009, 864 Tz 16 (*CAD-Software*)
- BGH, 16 déc. 2008, X ZR 89/07 : GRUR 2009, 382 (*Olanzapin*)
- BGH, 20 nov. 2008, I ZR 112/06 : GRUR 2009, 403 (*Metall auf Metall I*)
- BGH, 17 juill. 2008, I ZR 219/05 : GRUR 2008, 996 Tz 19 (*Clone-CD*)
- BGH, 29 avr. 2008, KZR 2/07 : NJW 2008, 2172
- BGH, 20 mars 2003, I ZR 117/00 : ZUM 2003, 777 (*Gies-Adler*)
- BGH, 7 déc. 2000, I ZR 146/98 : GRUR 2001, 755-757 (*Telefonkarte*)
- BGH, 13 avr. 2000, I ZR 282/97 : GRUR 2000, 703 (*Mattscheibe*)
- BGH, 3 nov. 1999, I ZR 55/97 : MMR 2000, 218 (*Werbefotos*)
- BGH, 6 mai 1999, I ZR 199/96 : GRUR 1999, 923 (*Tele-Info-CD*)
- BGH, 23 févr. 1995, I ZR 68/93 : GRUR 1995, 673 (*Mauer-Bilder*)
- BGH, 19 oct. 1994, I ZR 156/92 : GRUR 1995, 47 (*Rosaroter Elefant*)
- BGH, 14 juill. 1993, I ZR 47/91 : GRUR 1994, 39-40 (*Buchhaltungsprogramm*)
- BGH, 11 mars 1993 I ZR 264/91 : GRUR 1995, 191 (*Asterix-Persiflagen*)
- BGH, 11 mars 1993, I ZR 263/91 : GRUR 1994, 206 (*Alcolix*)
- BGH, 10 oct. 1991, I ZR 147/89 : GRUR 1993, 34 (*Bedienungsanweisung*)
- BGH, 27 sept. 1990, I ZR 244/88 : GRUR 1991, 523 (*Grabungsmaterialien*)
- BGH, 8 nov. 1989, I ZR 14/88 : GRUR 1990, 669-673 (*Bibelreproduktion*)
- BGH, 23 mai 1985, I ZR 28/83 : GRUR 1986, 59 (*Geistchristentum*)
- BGH, 7 mars 1985, I ZR 70/82 : GRUR 1987, 34 (*Liedtextwiedergabe I*)
- BGH, 6 févr. 1985, I ZR 179/82 : GRUR 1985, 529
- BGH, 9 juin 1982, I ZR 5/80 : GRUR 1982, 743
- BGH, 21 nov. 1980, I ZR 106/78 : GRUR 1981, 352-353 (*Staatsexamensarbeit*)
- BGH, 14 avr. 1978, I ZR 111/76 : GRUR 1978, 474 (*Vervielfältigungsstücke*)
- BGH, 23 mai 1975, I ZR 22/74 : GRUR 1975, 667-669 (*Reichswehrprozess*)
- BGH, 22 sept. 1972, I ZR 6/71 : GRUR 1973, 216 (*Handbuch moderner Zitate*)
- BGH, 26 mars 1971, I ZR 77/69 : GRUR 1971, 588 (*Disney-Parodie*)
- BGH, 27 mars 1969, X ZB 15/67 : GRUR 1969, 672 (*Rote Taube*)
- BGH, 3 avr. 1968, I ZR 83/66 : GRUR 1968, 607 (*Kandinsky I*)
- BGH, 27 mars 1963, Ib ZR 129/61 : BGHZ 39, 306-311 (*Rechenschieber*)
- BGH, 27 févr. 1962, I ZR 118/60 : GRUR 1962, 470-472 (AKI)
- BGH, 3 mars 1959, I ZR 17/58 : GRUR 1959, 335-337 (*Wenn wir alle Engel wären*)
- BGH, 12 nov. 1957, VI ZR 314/55 : BGHZ 26, 52

3) Oberlandesgerichte

- Kammergericht, 9 juin 2000, 5 U 2172/00 : MMR 2001, 171 (*Ticketverkaufssystem*)
- Kammergericht, 22 févr. 1994, 5 U 7798/93 : ZUM-RD 1997, 135
- Kammergericht, 13 janv. 1970, 5 U 1457/69 : GRUR 1970, 616 (*Eintänzer*)

- OLG Hamburg 22 mai 2003, 3 U 192/00 : ZUM-RD 2004, 75
- OLG Hamburg, 4 avr. 2003, 308 O 515/02 : ZUM 2004, 675
- OLG Hamburg, 4 févr. 2002, 5 U 106/01 : GRUR-RR 2002, 251
- OLG Hamburg, 25 févr. 1993, 3 U 183/92 : GRUR 1993, 666 (*Altersphoto*)
- OLG Hamburg, 27 juill. 1989, 3 U 29/89 : GRUR 1990, 36 (*Foto-Entnahme*)

- OLG Frankfurt a. M., 27 mars 2012, 11 U 66/11 : ZUM 2012, 574-577

- OLG Frankfurt, 22 mars 2005, 11 U 64/04 : GRUR-RR 2005, 299 (*Online-Stellenmarkt*)

- OLG Düsseldorf, 28 oct. 2014, I-20 U 168/13
- OLG Düsseldorf, 13 févr. 1996, 20 U 115/95 : GRUR 1997, 49-51

- OLG Stuttgart, 4 avr. 2012, 4 U 171/11 : GRUR 2012, 718 (*Moodle*)

- OLG Köln, 31 oct. 2014, 6 U 60/14 : GRUR 2015, 167
- OLG Köln, 21 déc. 2011, I-6 U 118/11 : GRUR-RR 2012, 325 (*Newton-Bilder*)
- OLG Köln, 15 déc. 2006, 6 U 229/05 : MMR 2007, 443 (*Deutscher Wetterdienst*)
- OLG Köln, 7 févr. 1962, 11 W 1/62 : GRUR 1962, 534 (*Der Mensch lebt nicht vom Lohn allein*)

- OLG Braunschweig, 30 mars 1973, 2 U 62/72 : GRUR 1974, 411 (*Zinn-Stadtmarken*)

- OLG München, 14 juin 2012, 29 U 1204/12 : ZUM-RD 2012, 479 (*Das unlesbare Buch*)
- OLG München, 24 mars 2011, 6 WG 12/09 : GRUR-Prax 2011, 498
- OLG München, 26 mars 1998, 29 U 5758/97 : ZUM 1998, 417

4) Landesgerichte

- LG Berlin, 21 févr. 2006, 16 O 134/06
- LG Berlin, 16 mars 2000, 16 S 12/99 : GRUR 2000, 797 (*Screenshots*)
- LG Berlin, 30 mai 1989, 16 O 33/89 : GRUR 1990, 270 (*Satellitenfoto*)

- LG Bochum, 20 janv. 2011, 8 O 293/09
- LG Düsseldorf, 7 février 2001, 12 O 492/00 : ZUM 2002, 65
- LG Frankfurt a.M., 6 sept. 2006, 2-6 O 224/06 : ZUM-RD 2006, 525
- LG Hamburg, 18 nov. 2016, 310 O 402/16 : MMR 2017, 355
- LG Hamburg, 14 juin 2013, 308 O 10/13
- LG Hamburg, 28 avr. 2009, 308 O 200/09 : ZUM 2009, 581
- LG Hamburg, 12 déc. 2003, 308 O 57/03 : GRUR-RR 2004, 65 (*Harry Potter*)
- LG Köln, 5 mars 2014, 28 O 232/13 : MMR 2014, 478
- LG Köln, 9 août 2006, 28 O 63/06 : ZUM-RD 2007, 201
- LG Köln, 8 mai 2002, 28 O 180/02 : MMR 2002, 689 (*Online-Fahrplanauskunft*)
- LG Köln, 25 août 1999, 28 O 527/98 : ZUM-RD 2000, 304 (babynet.de)
- LG Köln, 1 sept. 1999, 28 O 161/99
- LG München I, 14 oct. 2009, 21 O 22196/08 : I ZUM-RD 2010, 159
- LG München I, 23 janv. 2009, 21 O 13662/07 : GRUR-RR 2009, 218 (*Die Wilden Kerle*)
- LG München I, 9 nov. 2005, 21 O 7402/02 : GRUR 2006, 225 (*Topografische Kartenblätter*)
- LG München I, 19 juin 2005, 21 O 312/05 : ZUM 2005, 407
- LG München I, 19 mai 2004, 21 O 6123/04 : ZUM 2004, 861
- LG München, 21 mars 1967 : I UFITA 54 (1969), 320 (*Tierdressur*)
- LG Stuttgart, 27 sept. 2011, 17 O 671/10 : GRUR-RR 2011, 419 (*Elektronische Leseplätze*)
- VGH Mannheim, 26 sept. 2017, 9 S 2056/16 : Pressemitteilung Nr. 42/2017

C. Européenne :

1) Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 23 janv. 2008, No. 19247/03 (*Balan v. Moldova*)

2) Cour de justice de l'Union européenne / des Communautés européennes

- CJUE 26 avril 2017, C-527/15 (*Filmspieler*)
- CJUE, 16 nov. 2016, C-301/15 (*Soulier*)

- CJUE, 10 nov. 2016, C-174/15 (*Stichting*)
- CJUE, 29 oct. 2015, C-490/14, (*Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer*)
- CJUE, 22 janv. 2015, C-441/13, (*PezHejduk*)
- CJUE, 15 janv. 2015, C-30/14 (*Ryanair*)
- CJUE, 21 oct. 2014, C-348/13 (*Bestwater*)
- CJUE, 11 sept. 2014, C-117/13 (*Ulmer*)
- CJUE, 3 sept. 2014, C- 201/13 (*Deckmyn*)
- CJUE, 5 juin 2014, C-360/13 (*Meltwater*)
- CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12 (*Adam*)
- CJUE 13 févr. 2014, C-466/12 (*Svensson*)
- CJUE, 23 janv. 2014, C-355/12 (*Nintendo Co.*)
- CJUE, 19 déc. 2013, C-202/12 (*Innoweb*)
- CJUE, 2 mai 2012, C-406/10 (*SAS*)
- CJUE, 15 mars 2012, C-135/10 (*SCF*)
- CJUE, 1 mars 2012, C-604/10 (*Football dataco*)
- CJUE, 27 janv. 2012, C-302/10 (*Infopaq II*)
- CJUE, 1 déc. 2011, C-145/10 (*Painer*)
- CJUE, 4 oct. 2011, C-403/08 et C-429/08 (*Premier League*)
- CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace*)
- CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08 (*Infopaq*)
- CJUE, 5 mars 2009, C-545/07 (*Apris-Hristovich*)
- CJUE, 9 oct. 2008, C-304/07 (*Directmedia*)
- CJUE, 9 nov. 2004, C-444/02 (*Fixtures Marketing c/ OPAP*)
- CJUE, 9 nov. 2004, C-203/02 (*British Horseracing Board*)
- CJCE, 9 oct. 2001, C-377/98 (*Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*)
- CJCE, 7 mars 1995, C-68/93 (*Fiona Shevill*)
- CJCE, 20 oct. 1993, C-92/92 (*Phil Collins*)
- CJCE, 9 avr. 1987, 402/85 (*SACEM*)

3) Office européen de brevets

- OEB, 12 juin 2012, T 1817/08
- OEB, 8 déc. 1994, EPO 6/1995 388 (*Howard Florey c/ Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament ; Lannoye*)

D. Britannique :

- *Erlam & Ors v. Rahman & Anor* [2015] EWHC 1215 (QB)
- *Forensic Telecommunications Services Ltd v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2011] EWHC 2892 (Ch), [2012] F.S.R. 15

- *Newspaper Licensing Agency, Ltd. v. Marks & Spencer, plc.* [2001] UKHL 38 ; [2002] R.P.C
- *Creation Records Ltd. et al. v. News Group Newspapers Ltd.* [1997] EWHC Ch 370
- *Express Newspapers Plc v. News (U.K.) Ltd.* [1990] F.S.R. 359 (Ch. D.)
- *Express Newspapers PLC v. Liverpool Daily Post and Echo PLC* [1985] 1 WLR 1089 (Ch)
- *Cummins v. Bond* [1927] 1 Ch. 167
- *Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd.,* [1916] 2 Ch. 601
- *Tate v. Fullbrook* [1908] 1 K.B. 821 (C.A. 1908)
- *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539
- *Morris v. Ashbee,* [1868] 7 Eq. 34
- *Kelly v. Morris,* [1866] 1 Eq. 697
- *Gyles v. Wilcox* [1740] 3 Atk 143 ; 26 ER 489

E. Étasunienne :

- *Cambridge University Press et al. v. Patton et al.* [2016] no. 1 :2008cv01425
- *Authors Guild v. Google Books* [2015] docket no. 13-4829-cv (2d Cir.)
- *Drauglis v. Kappa Map Grou LLC* [2015] No. 1 :2014cv01043
- *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.* [2013] 133 S.Ct. 2107
- *Authors Guild et al. v. Google, Inc.* [2011] No. 05-CV-8136-DC
- *A. V. v. iParadigms* [2009] 562 F.3d 630
- *Kelly v. Arriba Soft* [2003] 336 F.3d 811 (9th Cir.)
- *NBA v. Motorola* [1997] 105 F.3d 841 (2d Cir.)
- *Urantia Foundation v. Maaherra* [1997] 144 F.3d 955 (9th Cir.)
- *Wainwright Securities v. Wall Street Transcript Corp* [1997] 558 F.2d pt. 94
- *Campbell v. Acuff-Rose Music* [1994] 510 U.S. 569
- *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.* [1991] 499 U.S. 340
- *Apple v. Franklin* [1983] 714 F.2d 1240 (3d Cir.)
- *National Comics v. Fawcett* [1951] 191 F.2d 594 (2d Cir.)
- *Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co.* [1911] 189 F. 95 (C.C.S.D.N.Y.)
- *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises* [1985] 471 U.S. 539
- *International News Service v. Associated Press* [1918] 248 (US) 215
- *Moore v. Regents of University of California,* [1990] 51 Cal. 3d 120 ; 271 Cal. Rptr. 146 ; 793 P.2d 479
- *Weissman v. Freeman* [1989] 868 F.2d 1313
- *Baker v. Selden* [1879] 101 U.S. 99
- *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* [1884] 111 U.S. 53, 60

F. Néerlandaise :

- Raat van State, 29 avril 2009, Uitspraak 200801985/1
- Hoge Raad, 30 mai 2008, C07/131HR (*Endstra Tapes*)

VII. Articles juridiques

ALLEAUME, C.,

- La contractualisation des exceptions, *Propri. intell.* 2007, p. 436
- Les exceptions de pédagogie et de recherche, CCE 2006, étude 27

ANCELIN, Th., De la protection d'une thèse : propositions de pistes de réflexion, RLDI 2006, étude 61

AZZI, T., Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique, D. 2017, p. 583

BENABOU, V.-L.,

- La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 531
- Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée?, *Légipresse* 2011, no. 287, p. 537

BENKLER, Y.,

- Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm, *Yale Law Journal*, vol. 112, no. 3 (hiver 2002/2003), p. 369
- Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, *New York University Law Review*, vol. 74, no. 2 (mai 1999), p. 354

BERNAULT, C.,

- Articles scientifiques et données de la recherche : l'open access et au-delà dans la loi pour une République numérique, *Légipresse* 2016, no. 344, p. 654
- Le droit d'auteur des enseignants. L'enseignant est-il un fonctionnaire « comme les autres »?, CCE, no. 3, mars 2010, étude 6
- Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques, *Propri. intell.* 2011, p. 374
- La protection des formes fonctionnelles par le droit d'auteur de la propriété intellectuelle : le critère de la forme séparable de la fonction, D. 2003, 957

BEURSKENS, M. et al., Les autorisations tacites — une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasunienne, allemande et française, RIDA 2013, no. 238, p. 2

BORGHI, M. et **KARAPAPA, S.**, Non-display uses of copyright works : Google Books and beyond, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* vol. 1 (2011), no. 1, p. 21

BORIES, A., Le formalisme dans les contrats d'auteur, CCE 2008, étude 18

BOYLE, J., The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1 (hiver/printemps 2003), p. 33

BRUCH, C. et **PFLÜGER, T.**, Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis, ZUM 2014, p. 389

BUTLER, L. L., The Commons Concept : A Historical Concept with Modern Relevance, *William & Mary Law Review* vol. 24 (1982), no. 4, p. 835

BUYDENS, M., et **DUSOLLIER, S.**, Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses, CCE 2009, chron. 22

CACHARD, O., Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de focalisation, RLDI 2010, art. 2098

CARMAN, W. B., The Function of the Judge and Jury in the Literary Property Lawsuit, *California Law Review* vol. 42, no. 1 (mars 1954), p. 52

CARON, C.,

- République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur, CCE 2016, comm. 89
- Menaces sur le droit des universitaires, CCE 2005, étude 28
- Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, p. 1556

CARREAU, C., Droit d'auteur et l'esprit de l'oeuvre, RIDA 2004, no. 201, p. 3

CASO, R., La legge italiana sull'accesso aperto agli articoli scientifici : una prima panoramica, *Aedon : Rivista di arti e diritto on line* 2013, no. 3

CASTETS-RENARD, C. et **GANDON, N.**, Open data des données de la recherche publique : entre réformes législatives et retour d'expérience sur un guide pratique à destination des chercheurs, *Légicom* 2016, no. 56, p. 67

CATALA, P., Ébauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984, p. 98

CLÉMENT-FONATINE, M.,

- La régulation de l'Open Data, *Légicom* 2016, no. 56, p. 113

- La clause non commerciale des licences ouvertes : sécurité juridique, libre concurrence et valorisation, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015, p.164
- Faut-il consacrer un statut de l'oeuvre libre? *Propr. intell.*, 2008, p. 69
- Les licences Creative Commons chez les Gaulois, *RLDI* 2005, art. 20

COLIN, C., Devoir d'auteur, *RIDA* 2010, no. 224, p. 161

COLOMBET, C., L'enigme de l'article 21 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957 modifiée par la loi du 3 juillet 1985, *D.* 1987, p. 145

CORNU, M. et **MALLET-POUJOL, N.**, Droit d'auteur des universitaires et des chercheurs, L'expropriation sans cause d'utilité publique, *D.* 2005. p. 3025

CORNU, M.,

A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques, *Propr. intell.* 2006, p. 270

Création scientifique et statut d'auteur, *Hermès* 2010, no. 57, p. 85

DAVIS, C. R., An evolutionary step in intellectual property rights — Artificial Intelligence and intellectual property, *Computer Law and Security Review* 2011, no. 27, p. 602

DEMSETZ, H., Towards a Theory of Property Rights, *Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association*, vol. 57, no. 2 (mai 1967), p. 347

DESURMONT, T., Qualification juridique de la transmission numérique, *RIDA* 1996, no. 170, p. 55

DETERMANN, L., Softwarekombinationen unter der GPL, *GRUR Int.* 2006, p. 645

DUPUIS, M., Le droit de citation des oeuvres et le régime de l'exception pédagogique, *RLDI* 2008, art. 519

DURRANDE, S., L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur, *RIDA* 1995, no. 164, p. 3

DUSOLLIER, S.,

- Le jeu du *copyleft* entre contrat et propriété, *Cahiers de droit de l'entreprise* 2015, no. 6, p. 49
- Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître, *Propr. intell.* 2006, p. 10

- Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : un délicat compromis, *Légicom* 2001, no. 25, p. 75

EDELMAN, B., L'oeuvre collective : une définition introuvable, *D.* 1998, p. 141

EGRET, B., et **KAPLUN, Y.**, La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres, *RLDI* 2006, art. 365

FRANÇON, A., La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, *D.* 1976, p. 55

FUNK, A. et **ZEIFANG, G.**, Die GNU General Public License, Version 3.0, *Computer und Recht*, vol. 22, no. 10 (octobre 2007), p. 617

GAUBIAC Y. et **PIATTI, M-C.**, La création artistique assistée par ordinateur, *RIDA* 1983, no. 118, p. 109

GAUBIAC, Y., Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur, *RIDA* 1984, no. 122, p. 23 et *RIDA* 1985, no. 123, p. 107

GAUDRAT, Ph., Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit *sui generis*, *RTD com.* 1999, p. 86

GEIGER, Ch. et al., Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information, *Propri. intell.* 2009, p. 231

GEIGER, Ch., La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique?, *Revue internationale de droit économique* 2006/4 (t. XX, 4.), p. 389

GELLER, P. E., A German Approach to Fair Use : Test Cases for TRIPS Criteria for Copyright Limitations?, *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 57 (2010), p. 553

GENDREAU, Y., Le critère de fixation en droit d'auteur, *RIDA* 1994, no. 159, p. 111

GERVAIS, D. J., *Feist* Goes Global : A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 49 (2002), p. 949

GINSBURG, J. C., No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After *Feist v. Rural Telephone*, *Columbia Law Review*, vol. 92 (1992), p. 338

GIROT, C., La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé, *RIDT* 1998, no. 1, p. 7

GOLDSTEIN, P., Fair Use in Context, *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 31 (2008), no. 4, p. 433

GRANCHET, A., Non à l'exception pédagogique, *CCE* 2005, focus 255

GUADAMUZ-GONZALEZ, A., The License/Contract Dichotomy in Open Licenses : a Comparative Analysis, *University of La Verne Law Review*, vol. 30 (2009), no. 2, p. 296

GUILLEMAIN, M. et **LALLEMENT, A.**, La réforme du droit d'auteur des agents publics, Difficultés d'application aux enseignants chercheurs, *D.* 2005, p. 1418

HANSEN, G., Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder : Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, *GRUR Int.* 2009, p. 799

HELLER, M. A. et **EISENBERG, R. S.**, Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, *Science*, vol. 280, no. 5364 (mai 1998), p. 698

HELLER, M. A., The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets, *Harvard Law Review*, vol. 111, no. 3 (janvier 1998), p. 621

HIRSCHFELDER, M., Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?, *MMR* no. 7/2009, p. 444

HOEREN, T.,

- Kleine Werke? — Zur Reichweite von § 52a UrhG, *ZUM* 2011, p. 369
- Zur Wirksamkeit einer GPL-Lizenz, *Computer und Recht* 2004, p. 774

HUGENHOLTZ, P. B. et **SENFLEBEN, M.**, Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities (2011), disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1959554>, consulté le 13 décembre 2017

JANI, O., Entscheidung im Musterverfahren zu § 52a UrhG : Plädoyer für eine enge Auslegung der Norm, *GRUR-Prax* 2012, p. 223

JOHNSON, D. E., Statute of Anne-imals : Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators? *Animal Law Review* 2008, no. 15, p. 15

KAMOCKI, P., « Laissez-fouiller! » L'argument pour les « utilisations orthogonales » des oeuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données, *RIDA* 2016, no. 247, pp. 5-85

KÉRÉVER, A., Le droit d'auteur français et l'État, *RIDA* 1981, no. 110, p. 3

KUHLEN, R. et **BRÜNING, J.**, Creative Commons (CC) – für informationelle Selbstbestimmung, gegen den Trend des Urheberrechts/Copyright als Handelsrecht ; oder : Chancen für einen innovativen Drei-Stufen-Test?, *IWP* 2004, p. 449

LALIGANT, O., Des oeuvres aux marches du droit d'auteur : les oeuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher, *RRJ* 1992, p. 99

LANGE, D., Recognising the Public Domain, *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, no. 4 (automne 1981), p. 147

LATREILLE, A. et **MAILLARD, Th.**, Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information, *D.* 2006, p. 2171

LATREILLE, A., La notion d'oeuvre collective ou l'entonnoir sur la tête, *CCE* 2000, chron. no. 10

LE GOFFIC, C.,

- Activités numériques et propriété intellectuelle, *RLDI* 2014, art. 3406
- Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur, *RLDI* 2011, art. 2576

LE TORNEAU, Ph., Folles idées sur les idées, *CCE* 2001, chron. 4

LESSIG, L., Re-creating a Public Domain, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 18 (2006), no. 3, art. 4

LEUZE, D., Die Urheberrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter, *GRUR* 2006, p. 552

LITMAN, J., The Public Domain, *Emory Law Journal*, vol. 39, no. 4 (automne 1990), pp. 965 et ss.

LOHMANN, F. von, Fair Use as Innovation Policy, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 23 (2008), no. 2, p. 829

- LOWE, Ch.**, Considerations for Creative Commons Licensing of Open Educational Resources : The Value of Copyleft, *Computers and Composition Online Journal*, septembre 2010
- MAAB, T.**, Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, p. 338
- MARGONI, T. et PERRY, M.**, Scientific and Critical Editions of Public Domain Works : An Example of European Law (Dis)Harmonisation, *Canadian Intellectual Property Review*, vol. 27 (2011), p. 157
- MARINO, L.**, L'Open data, une mine d'or pour les juristes, JCP G 2014, no. 14, p. 438
- MATULIONYTE, R.**, Enforcing Copyright Infringements Online : In Search of Balanced Private International Law Rules, JIPITEC, vol. 6 (2015), no. 2, p. 132
- MILDE, K. F. Jr.**, Can a Computer be an « Author » or an « Inventor »? *Journal of the Patent Office Society*, vol. 51 (1969), p. 378
- OBERMAN, M.-S.**, Copyright Protection for Computer-Produced Directories. *Fordham Law Review*, vol. 41 (1973), p. 767
- PASSA, J.**, Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur internet, RLDI 2010, art. 2099
- PFLÜGER, T. et ERTMANN, D.**, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, p. 436
- POLLAUD-DULIAN, F.**, Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *D. affaires* 1997, p. 539
- POLLAUD-DULIAN, F.**, Les droits exclusifs consacrés par la directive, *Prop. intell.* 2002, p. 7
- POSNER, R. A. et LANDES, W. M.**, Indefinitely Renewable Copyright, *University of Chicago Law Review*, vol. 70, no. 2 (printemps 2003), p. 471
- PRIEST, E.**, Copyright and the Harvard Open Access Mandate, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 10, no. 7 (2012)
- REICHMANN, J. J. et SAMUELSON, P.**, Intellectual Property Rights in Data?, *Vanderbilt Law Review*, vol. 50 (1997), p. 52

REICHMANN, J. H. et **UHLIR, P. F.**, A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1/2 (hiver/printemps 2003), p. 315

REIMER, D., Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, GRUR 1980, p. 572

ROBIN, A.,

- Recherche collaborative : techniques, évolution et perspectives, RLDI 2014, art. 3570
- Créations immatérielles et technologies numériques : la recherche en mode *open science*, *Propr. Intell.* no. 2013, p. 260

ROJINSKY, C. et **GRYNBAUM, V.**, Les licences libres et le droit français, *Propr. intell.*, no. 4 (juillet 2002), p. 28

ROSE, C., Comedy of the Commons. Commerce, Custom and Inherently Public Property, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, no. 3 (l'été 1986), p. 711

SAMUELSON, P.,

- DRM {and, or, vs.} the Law, *Communications of the ACM*, vol. 46, no. 4 (avril 2003), p. 41
- Intellectual Property and the Digital Economy : Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised?, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14 (1999), p. 519
- Mapping the Digital Public Domain : Threats and Opportunities, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no. 1/2 (hiver/printemps 2003), p. 147
- The Google Book Settlement as Copyright Reform, *Wisconsin Law Review* 2011, p. 479
- Unbundling Fair Uses, *Fordham Law Review*, vol. 77 (2009), no. 5, p. 2537
- Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 47 (1985), p. 1185

SANDBERGER, G., Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2013, p. 466

SCHÖPFEL, J. et **LIPINSKI, T. A.**, Legal Aspects of Grey Literature, *The Grey Journal*, vol. 8 (2012), no. 3, p. 137

SCHWARCZ, S. L., Private Ordering, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 1 (automne 2002), p. 319

SPINDLER, G., Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works-Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, p. 349

STODDEN, V., The Legal Framework for Reproducible Scientific Research. Licensing and Copyright, *Computing in Science and Engineering*, vol. 11, no. 1 (janvier/février 2009), p. 35

THIELE, M., Die Erstautorenschaft bei wissenschaftlichen Publikationen, GRUR 2004, p. 392

TOWNSED, E., Legal and Policy Responses to the Disappearing "Teacher Exception," or Copyright Ownership in the 21st Century University, *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 4 (2003), no. 2, p. 209

ULMER, E., Problèmes de droit d'auteur découlant de la mémorisation dans un ordinateur et de la récupération d'œuvres protégées, RIDA 1972, no. 72, p. 103

VIVANT, M.,

- L'investissement, rien que l'investissement, RLDI 2005, art. 104
- Logiciel 94 : Tout un programme?, JCP G 1994, I, 3792
- Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion?, D. 1995, p. 197
- Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur, JCP G 1989, I, 3372
- Le contrat dit de « shrink-wrap license », *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, supplément au no. 8 (novembre 1989), p. 3
- La balance des intérêts... enfin, CCE 2015, étude 17

WAGNER, R. P., Information Wants to be Free : Intellectual Property and the Mythologies of Control, *Columbia Law Review*, vol. 103, no. 4 (mai 2003), p. 995

WANDTKE, A.-A., Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts, GRUR 2015, p. 221

WILLIS, H. E., Consideration in the Anglo-American Law of Contracts. A Historical Summary, *Indiana Law Journal*, vol. 8 (1932), no. 2, p. 93

ZOLLINGER, A., Droit d'auteur et liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto*?, CCE 2017, étude 7

ZOLYNSKI, C., La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520

VIII. Ouvrages non-juridiques (économiques, philosophiques, historiques)

AIGRAIN, Ph., *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Librairie Arthème Fayard, 2005

ANDERSON, R. D., *European Universities from the Enlightenment to 1914*, Oxford University Press 2004

AVOTTE, K. et SMITH, H. E. [dir.], *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Edward Elgar, 2009

BEAGLE, D. R., *The Information Commons Handbook*, Neal-Schuman Publishers 2006

BENKLER, Y.,

- *The Penguin and the Leviathan, The Triumph of Cooperation over Self-Interest*, Crown Business 2011
- *Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press 2006

BERGH, A. E. [dir.], *The Writings of Thomas Jefferson*, Washington, D.C., The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States, 1907

BÖDEKER, S., MOLDENHAUER, O. et RUBBEL, B., *Wissensallmende – Gegen die Privatisierung des Wissens der Welt*, VSA-Verlag 2005

BOURCIER, D. et DE FILIPPI, P. [dir.], *Open Data & Big Data, Nouveaux défis pour la vie privée*, Mare & Martin 2016

CHARLE, C. et VERGER, J., *Histoire des universités XIIe - XXIe siècle*, PUF 2012

CHIGNARD, S., *Comprendre l'ouverture des données publiques*, FYP éditions 2012

COLLIER, D., *Brand Name Bullies : The Quest to Own and Control Culture*, Wiley 2005

DARITY, W. A. [dir.], *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 2ème éd., Macmillan, 2008

DRAHOS, P., et BRAITHWAITE, J., *Information Feudalism*, Earthscan Publications Ltd., 2002

FITZPATRICK, K., *Planned Obsolescence*, NYU Press 2011

FORAY, D., *Économie de la connaissance*, La Découverte 2009

FOWLER, D. H., *The mathematics of Plato's Academy : a new reconstruction*, 2ème éd., Clarendon Press 1999

FRISCHMANN, B. M., MADISON, M. J. et STRANDBURG, K. J., *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press 2014

GAY, J., [dir.] *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, GNU Press, 2002

GLENNIE, J., HARLEY, K., BUTCHER, N. et WYK, T. van [dir.], *Open Educational Resources and Change in Higher Education: Reflections from Practice*, Commonwealth of Learning 2012

HAND, D. J., MANNILA, H. et SMYTH, P., *Principles of Data Mining*, A Bradford Book, 2001

HAYEK, F. A., *The Pure Theory of Capital*, University of Chicago Press, 1941

HEY, T., TANSLEY, S. et TOLLE, K. [dir.], *The Fourth Paradigm. Data Intensive Scientific Discovery*, Microsoft Research, Redmond, Washington, 2009

HIPPEL, E. von, *Free Innovation*, MIT Press 2017

KERR, C., *The Uses of the University*, 5ème édition, Cambridge : Harvard University Press 2001

KEYENS, J. A., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Palgrave Macmillan, 1936

KUHN, T. S. *The Structure of Scientific Revolutions*, 4ème éd., The University of Chicago Press, 2012

LESOURNE, J. et RANDET, D. [dir.], *La recherche et l'innovation en France. Futuris 2012*, Odile Jacob 2012

LESSIG, L.,

- *Code version 2.0*, Basic Books 2006
- *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House 2001

MERTON, R. K. et STORER, N. W., [dir.] *The Sociology of Science : Theoretical and Empirical Investigations*, University of Chicago Press, 1979

NIELSEN, M., *Reinventing Discovery : The New Era of Networked Science*, Princeton University Press 2011

OLSON, M., *The Logic of Collective Action : Public Goods and the Theory of Groups*, 2ème éd., Harvard University Press , 1971

- OSTROM, E. et HESS Ch. [dir.], *Understanding Knowledge as a Commons*, MIT Press 2007
- OSTROM, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press 1990
- OTLET, P., *Traité de documentation*, Mundaneum 1934
- PHILLIPSON, R., *Linguistic Imperialism*, Oxford University Press 1992
- PONTES, E., SILVA, A., GUELFY, A. et KOFUJI S. T. [dir.], *Methodologies, Tools and New Developments for E-Learning*, Intech 2012
- PYLE, D., *Data Preparation for Data Mining*, Morgan Kaufmann, 1999
- RAYMOND, E. S., *The Cathedral and the Bazaar. Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*, O'Reilly Media 1999
- RÉAUMUR, R.-A. Ferchault, *L'art de convertir le fer forgé en acier et l'art d'adoucir le fer fondu, ou de fer des ouvrages de fer fondu aussi finis que de fer forgé*, Michel Brunet, 1722
- SAVAS, E. S., [dir.], *Alternatives for Delivering Public Services : Toward Improved Performance*, Westview Press 1977
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations : Selected Edition*, Oxford University Press 2008
- STALLMAN, R. M., *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, 2ème éd., Free Software Foundation 2010
- SUBER, P., *Open Access*, MIT Press 2012
- VERLEY, P., *La Révolution industrielle*, Folio 1985
- WEINER, P. P., *Charles S. Peirce : Selected Writings (Values in a Universe of Chance)*, Dover Publications 1958
- WELLS, H. G., *World Brain*, Methuen & Co. 1938
- WILLIAMSON, J. [dir.] *Latin American Readjustment : How Much has Happened*, Institute for International Economics, 1989
- WRAY, A., *Formulaic language and the lexicon*, Cambridge University Press, 2002

IX. Articles et contributions non-juridiques

AMAN, V., The potential of preprints to accelerate scholarly communication — A bibliometric analysis based on selected journals, arXiv :1306.4856 (déposé le 20 juin 2013)

BARBARO, A. et al., The presence of High-impact factor Open Access Journals in Science, Technology, Engineering and Medicine (STEM) disciplines, *JLIS.it*, vol. 6, no. 3

BARTHES, R., La mort de l'auteur (1968), [in :] *Le bruissement de la langue*, Paris : Seuil, 1984, p. 61-67

BEALL, J., Bentham Open, *The Charleston Advisor*, vol. 11 no. 1 (septembre 2009), p. 29

BENTON, T. H., Online Learning : Reaching Out to the Skeptics, *The Chronicle of Higher Education*, publié le 18 septembre 2009 sur : <http://chronicle.com/article/Online-Learning-Reaching-Out/48375/>, consulté le 13 décembre 2015

BIED-CHARRETON, M. et al., La gouvernance des ressources en eau dans les pays en développement : enjeux nationaux et globaux, *Mondes en développement* 3/2006 (no. 135), p. 39

BISSIRIOU, G., et KERN, F., L'éducation comme bien public mondial est-elle compatible avec l'Accord général sur le commerce des services ?, *Mondes en développement*, 4/2005 (no. 132), p. 39

BOETTINGER, A. et BENNETT, A. B., Bayh-Dole : if we knew then what we know now, *Nature Biotechnology*, vol. 24, no. 3 (mars 2006), p. 320

BORNMANN, L., et al., In public peer review of submitted manuscripts, how do reviewer comments differ from comments written by interested members of the scientific community? A content analysis of comments written for Atmospheric Chemistry and Physics, *Scientometrics*, vol. 93, no. 3 (25 avril 2012), doi :10.1007/s11192-012-0731-8

BOUGUINAT, H., Quand les « biens publics » deviennent « globaux », *Sociétal*, no. 39, 1er trimestre 2003, p. 47

CHARNAY, D. et MICHAU, Ch., L'archive ouverte HAL, JRES 2007, nov. 2007, Strasbourg, France <hal-01101888>

CHILD, M. L., Professors Split on Wiki Debate, publié le 26 février 2007 sur *The Harvard Crimson* (<http://www.thecrimson.com/article/2007/2/26/professors-split-on-wiki-debate-despite/>), consulté le 13 décembre 2017

CIRIACY-WANTRUP, S. von et BISHOP, R. C., Common Property as a Concept in Natural Resources Policy, *Natural Resources Journal*, no. 15 (octobre 1975), p. 713

COASE, R., The Nature of the Firm, *Economica*, vol. 4, no. 16 (novembre 1937), p. 386

FORD, E., Defining and Characterizing Open Peer Review, *A Review of the Literature, Journal of Scholarly Publishing*, vol. 44, no. 4 (juillet 2013), p. 311

FUCHS, C. et SANDOVAL, M., The Diamond Model of Open Access Publishing : Why Policy Makers, Scholars, Universities, Libraries, Labour Unions and the Publishing World Need to Take Non-Commercial, Non-Profit Open Access Serious, *Triple C*, vol. 13, no. 2 (2013), p. 428

GAULÉ, P. et MAYSTRE, N., Getting cited : Does open access help?, *Research Policy*, vol. 40, no. 10 (décembre 2011), p. 1332

GILES, J., Internet encyclopaedias go head to head, *Nature*, vol. 438, no. 7070 (décembre 2005), p. 900

GILLOT, J.-M., Différents types de MOOCs, Techniques innovantes pour l'enseignement supérieur, publié le 12 juillet 2012 sur : <https://tipes.wordpress.com/2012/06/12/differents-types-de-moocs/>, consulté le 13 décembre 2017

GRAD, B., A Personal Recollection : IBM's Unbundling of Software and Services, *IEEE Annals of the History of Computing*, vol. 24, no. 1 (janvier–mars 2002), p. 64

GROSSMAN, S. J. et STIGLITZ, J. E., On the Impossibility of Informationally Efficient Markets, *American Economic Review*, vol. 70, no. 3 (juin 1980), pp. 393

GUÉDON, J.-C., A l'ombre d'Oldenburg : Bibliothécaires, chercheurs scientifiques, maisons d'édition et le contrôle des publications scientifiques, HAL SHS 00395366

HARDIN, G., The Tragedy of the Commons, *Science*, vol. 162, no. 3859 (décembre 1968), p. 1243

HARNAD, S. et BRODY, T., Comparing the Impact of Open Access (OA) vs. Non-OA Articles in the Same Journals, *D-Lib Magazine*, vol. 10, no. 6 (juin 2004)

HARNAD, S., The invisible hand of peer review, *Exploit Interactive*, no. 5 (avril 2000)

HERRON, D. M., Is expert peer review obsolete? A model suggests that post-publication reader review may exceed the accuracy of traditional peer review, *Surgical Endoscopy*, vol. 26, no. 8 (août 2012), p. 2275

HUMBOLDT, W. von, Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin, 1809/1810

JIROTKA, R. P., RODDEN, T. et BOWKER, G. C., Special Issue : Collaboration in e-Research, *Computer Supported Cooperative Work*, vol. 15, no. 4 (août 2006), p. 251

KINDLEBERGER, Ch., International Public Goods without International Government, *American Economic Review*, no. 76 (1989), no. 1, p. 1

KNOTH, P. et PONTIKA, N., Open Science Taxonomy, publié le 2 septembre 2015 sur : https://figshare.com/articles/Open_Science_Taxonomy/1508606, consulté le 13 décembre 2017

KORSMO, F. L., The Origins and Principles of the World Data Center System, *Data Science Journal*, vol. 8 (2010), p. 55

LAGES, J., PATT, A., et SHEPELYANSKY, D. L., Wikipedia Ranking of World Universities, arXiv :1511.09021v2

LAMBLE, S., Freedom of Information, a Finnish clergyman's gift to democracy, *Freedom of Information Review*, vol. 97 (2002), p. 2-8

LAWRENCE, S., Free online availability substantially increases a paper's impact, *Nature*, vol. 411, no. 6837 (31 mai 2001), p. 521

LEAC, J.-P., Supprimons les brevets à l'université !, publié le 2 juin 2015 sur <https://www.lescahiersdelinnovation.com/2015/06/supprimons-brevets-a-luniversite/>, mis à jour le 25 février 2016, consulté le 13 décembre 2017

LLOYD, W. F., Tragedy of the Commons, 1833 [in :] W. F. Lloyd on the Checks to Population, *Population and Development Review* Vol. 6, No. 3 (septembre 1980), p. 473

LOCHER, F., Les Pâturages de la Guerre froide : Garrett Hardin et la « Tragédie des communs », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, no. 60-1, janvier-mars 2014, p. 7

MILLER, P., Getting it right with data attribution, publié le 10 mai 2013 sur <http://cloudofdata.com/2013/05/getting-it-right-with-data-attribution/>, consulté le 13 décembre 2017

MOWERY, D. C., The Effects of the Bayh-Dole Act on U.S. University Research and Technology Transfer : An Analysis of Data from Columbia University, the University of California, and Stanford University, *Research Policy* vol. 30, no. 1 (janvier 2001), p. 99

MURRAY-RUST, P., The right to read is the right to mine, *Open knowledge blog*, 1 juin 2012, disponible sur : <http://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>, consulté le 13 décembre 2017

NOVECK, B. S., Wikipedia and the Future of Legal Education, *Journal of Legal Education*, vol. 57, no. 1 (mars 2007), p. 3

PAPPANO, L., The Year of Mooc, *The New York Times*, 2 novembre 2012

PHILIPS, J., LAM, C. et PALAMISANO, L., Analysis of the accuracy and readability of herbal supplement information on Wikipedia, *Journal of the American Pharmacists Association*, vol. 54, no. 4 (juillet-août 2014), p. 406

PÖSCHL, U., Multi-stage open peer review : scientific evaluation integrating the strengths of traditional peer review with the virtues of transparency and self-regulation, *Frontiers in Computational Neuroscience*, vol. 6, no. 33 (5 juillet 2012), doi : 10.3389/fncom.2012.00033

SALADIN, B., Conditionnement à l'anglais!, publié le 17 juin 2016 sur : <http://www.franco-phonie-avenir.com/fr/Info-breves/173-Conditionnement-a-l-anglais>, consulté le 13 décembre 2017

SAMUELSON, P. A., The Pure Theory of Public Expenditure, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, no. 4 (novembre 1954), p. 387

SANDBERG, M. et al., Open Data – What do Research Communities Really Think about it?, *ERCIM News*, no. 100 (janvier 2015), p. 19

SANGER, L., The Early History of Nupedia and Wikipedia : A Memoir, publié le 18 avril 2005 sur <https://features.slashdot.org/story/05/04/18/164213/the-early-history-of-nupedia-and-wikipedia-a-memoir>, consulté le 13 décembre 2017

SCHACHMAN, H. K., From “Publish or Perish” to “Patent and Prosper”, *The Journal of Biological Chemistry*, vol. 281 (février 2006), p. 6889

SCHROEDER R., e-Sciences as research technologies : reconfiguring disciplines, globalizing knowledge, *Social Science Information* 2008, no. 47, p. 131

SEELYE, K. Q., Snared in the Web of a Wikipedia Liar, *New York Times*, 4 décembre 2005

SOCHA, B., How Much Do Top Publishers Charge for Open Access?, publié le 20 avril 2017 sur <http://openscience.com/how-much-do-top-publishers-charge-for-open-access/>, consulté le 13 décembre 2017

STALLMAN, R. M., The Free Universal Encyclopedia and Learning Resource, publié le 18 décembre 2000 sur : <https://www.gnu.org/encyclopedia/anencyc.txt>, consulté le 13 décembre 2017

VON HORST, G. et SCHÖNERT, U., Wikipedia : Wissen für alle, *Stern*, no. 50/2007 (décembre 6, 2007), pp. 30–44

WAGNER, J. W., Multiuniversity or University? Pursuing competing goods simultaneously, disponible sur : http://www.emory.edu/ACAD_EXCHANGE/2007/febmar/wagneressay.html, consulté le 13 décembre 2017

WALKER, R. et ROCHA DA SILVA, P., Emerging trends in peer review – a survey, *Frontiers in Neuroscience*, vol. 9, no. 169 (27 mai 2015), doi :10.3389/fnins.2015.00169.

ZEMSKY, R., With a MOOC MOOC here and a MOOC MOOC there, here a MOOC, there a MOOC, everywhere a MOOC MOOC, *Journal of General Education*, vol. 63 (2014), no. 4, p. 237

X. Dictionnaires, encyclopédies

CORNU, M., ORSI, F. et ROCHFELD, J., *Dictionnaire des biens communs*, PUF 2017

LIBCHABER, R., Biens [in :] *Répertoire de droit civil Dalloz*

BLACK, J., HASHIMZADE, N. et MYLES, G., *Oxford Dictionary of Economics*, 4ème éd. Oxford University Press 2012

ZALTA, E. N. [dir.], *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), disponible sur : <https://plato.stanford.edu/index.html>

GARNER, B. A., *Black's Law Dictionary*, 9ème éd., Thomson Reuters 2009

Encyclopedia of Law & Economics, Edward Elgar 2008

WEBER, Klaus [dir.], *Creifelds, Rechtswörterbuch*, 22 éd., C. H. Beck 2017

Index

A

accès	11, 64, 317, 318, 325, 326, 330, 524, 541, 601, 618, 643, 665, 691, 697, 716, 728, 810, 812, 814, 818, 821, 835, 836, 844, 867, 999, 1006, 1010, 1014, 1016, 1044, 1071, 1102
• accès légitime	541, 549
• accès licite	486, 555, 573, 693
Accès Libre - v. <i>Open Access</i>	
Accord des Bermudes	816
action collective	673
AGB — v. <i>conditions générales</i>	
Agence Nationale de la Recherche (ANR)	1009
anonymisation	830, 833 , 1038
<i>Apache</i> (licence)	969, 1039
APC (<i>Article Processing Charges</i>)	799 , 801, 995, 1002, 1004, 1010, 1011, 1013, 1086, 1106
Appel de Heidelberg	804
approvisionnement	672 et ss., 757
archive	55, 56, 645, 779, 786, 790, 793 et ss., 817, 842, 984, 987, 989, 991, 992, 1002, 1004, 1005, 1009, 1010, 1011, 1013, 1015, 1025, 1054, 1074, 1086, 1098, 1106
<i>attribution stacking</i>	209 , 457, 936
auteur	86, 212, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 226, 233, 235, 243, 254, 310, 600, 804, 886, 889, 900, 901, 902, 936, 941, 943, 1048, 1064, 1105
• co-auteur	228, 229, 240-241, 259, 367, 601, 709, 902, 929, 1064, 1072

B

base (banques) de données	41, 49, 57, 153, 253, 263, 299 , 464, 483, 486, 524, 542, 627, 637, 639, 779, 954, 1031, 1034, 1041, 1046, 1082, 1105
• droit <i>sui generis</i>	294 et ss. , 330, 331, 496 et ss., 523, 529, 570, 572, 582, 627, 639, 642, 660, 680, 716, 859, 933, 1036, 1037, 1041, 1082, 1105
BBB (déclarations)	784 et ss., 801
<i>Bethesda Statement on Open Access Publishing</i>	786 , 787, 789
bibliothèque	45, 71, 126, 245, 251, 255, 260, 418 et ss. , 462, 522, 528, 529, 531, 532, 533, 549, 575, 582, 583, 584, 631, 811, 813, 814, 959, 1095, 1105, 1106
bien (droit)	657 et ss., 723
• bien incorporel (immatériel)	74, 75, 100, 108, 109, 250, 258, 332, 635, 648, 650, 678, 679, 716, 757, 767, 848, 974, 1096, 1100
bien (économie)	661 et ss.
• bien excluable / non-excluable	663, 665, 672, 678, 704
• bien public (économie)	663 et ss., 673, 674, 678, 704
• bien public mondial	667 et ss.
• bien rival / non-rival (soustractible / non-soustractible)	663, 664, 672, 678, 704, 727
bons usages	436 , 439, 446, 447, 456, 508
brevet	492, 380, 686 et ss., 744 et ss., 759, 859, 921, 1036, 1037, 1105
BSD (<i>Berkley Software Development</i>)	768, 771, 968 (licence), 1039
<i>Budapest Open Access Initiative</i> (BOAI)	785 , 788, 789, 792, 793, 795, 797, 985

C

CeCILL (licence)	966, 967, 968, 1039
cession	217, 218, 219, 290, 709, 796, 801, 859, 899 et ss., 988
chose commune	701, 715, 721a, 723, 1105

choix (originalité)	102, 151, 153, 157, 161, 163, 166, 167
citation	347, 353, 434 et ss. , 520, 538, 627, 640, 803
code source	102, 539, 764 , 765, 766, 768, 771, 772, 921, 963
<i>commons</i> — v. communs	
<i>common pool resource</i>	727
communs (en général)	648, 650 , 720 et ss., 848, 1094
<ul style="list-style-type: none"> • anti-communs • comédie • tragédie 	<p>726, 731, 1094</p> <p>726</p> <p>726</p>
communs du savoir (immatériels, intellectuels)	58, 647, 648, 649, 651, 652, 706, 710, 715, 721, 723, 728 et ss., 732, 736, 738, 752, 754, 759, 801, 819, 836, 840, 841, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 865, 879, 889, 920, 944, 946, 948, 976, 977, 978, 980, 1046, 1085, 1090, 1091, 1094, 1096, 1097, 1103, 1105
<ul style="list-style-type: none"> • contractuels 	728 et ss. 732, 758, 920, 972
communication au public	70, 179, 197, 258, 373, 384, 385, 395, 410, 411, 421, 521, 548, 575, 579, 580, 581, 582, 583, 785, 786, 787, 788, 886, 938, 944, 1031, 1033, 1054, 1070
compilation	157, 161-165, 257, 637, 1041
conditions d'utilisation	326, 347, 524, 573, 599
conditions générales	125, 347, 891 , 894 (AGB), 917
consentement (données personnelles)	828
contrat	212, 215, 346, 347, 390, 431, 478, 483, 490, 500, 515, 518, 524, 562, 563, 573, 574, 585, 628, 630, 631, 710, 730, 765, 833, 849, 856 et ss., 881 et ss. , 962, 974, 984, 989, 1061, 1078, 1086, 1089, 1097, 1098, 1103, 1105
<ul style="list-style-type: none"> • acceptation • contrat d'adhésion • contrat d'auteur • formation • obligation essentielle • offre • synallagmatique 	<p>862, 866, 886, 887, 891, 892, 974</p> <p>863, 882, 889 et ss., 974</p> <p>859, 890, 899 et ss.,</p> <p>862, 884 et ss.</p> <p>946</p> <p>862, 885, 886, 892, 974</p> <p>857, 860, 882</p>
Convention de Berne	105, 119, 125, 126, 128, 130, 176, 201, 351, 353, 364-369, 403, 435-437, 682, 701, 714, 873

copie privée	187, 372, 421, 458 et ss. , 502-504 (extraction privée), 520, 558
copyleft	774 , 776, 821, 822, 840, 868, 937, 941, 948, 963, 964 et ss. (fort), 967 (faible)
Creative Commons (organisation)	708, 728, 729, 850, 895, 924 , 947
Creative Commons (licences)	730, 840, 868, 869, 878, 901, 916, 923 et ss. , 954, 957, 959, 973, 974, 1015, 1039, 1090
<ul style="list-style-type: none"> • BY (condition) • CC+ • CC0 • CC BY • CC BY-NC • CC BY-NC-ND • CC BY-NC-SA • CC BY-ND • CC BY-SA • NC (condition) • ND (condition) • SA (condition) 	<p>936</p> <p>947</p> <p>708, 709, 711, 712, 713, 758, 821, 822, 823, 843, 926, 936, 974, 1016, 1095</p> <p>788, 798, 801, 822, 823, 825, 840, 842, 867, 926, 958, 961, 962, 968, 974, 985, 1002, 1004, 1016, 1039</p> <p>788, 798, 953, 962, 986, 1076</p> <p>798,84</p> <p>798, 839, 940</p> <p>788,96</p> <p>736, 798, 822, 823, 839, 840, 844, 867, 868, 926, 940, 951, 965, 974</p> <p>943, 944</p> <p>944</p> <p>937 et ss.</p>
création	83, 84, 91, 95, 97, 99, 109, 149, 155, 213, 215, 256, 929

D

<i>dark deposit</i>	796, 987 , 990, 991, 994, 1005, 1015, 1106
Data Management Plan	1006, 1016
<i>data mining</i>	49 , 79, 197, 488, 519, 520, 530, 531, 533, 614, 617, 627, 637, 939, 1101
<ul style="list-style-type: none"> • exception à des fins de 	536 et ss., 561 et ss., 564 et ss., 582, 629, 630, 631, 632, 641, 694, 820, 987
<i>Datenlizenzen Deutschland</i>	961
Déclaration de Berlin sur le Libre Accès	787 , 805, 962, 996

<i>Deutsche Freie Software Lizenz</i>	966
<i>Digital Peer Publishing License (DPPL)</i>	962, 973, 975
Directive 2001/29/CE	180, 181, 182, 183, 190, 202, 246, 247, 314, 355, 357, 358, 371-378, 384, 403, 416, 418-422, 425, 438-440, 445, 451, 467, 469, 475-479, 507, 508, 509, 510, 519, 535, 555, 560, 562, 569, 582, 609, 614, 631, 632, 693, 1054
domaine commun — v. <i>domaine public</i>	
domaine public	125, 271, 292, 328, 538, 680, 681, 694, 696, 700, 701 et ss., 728, 758, 774, 814, 820, 822, 1094, 1095, 1105
<ul style="list-style-type: none"> • « domaine commun informationnel » • volontaire (consenti) 	715 et ss., 1042 707 et ss., 757, 1095
données de recherche	46, 47, 48 , 71, 73, 90, 98, 114, 165, 169, 197, 225, 226, 234, 237, 242, 244, 255, 257, 259, 325, 327, 331, 334, 473, 488, 495, 538, 572, 576, 582, 636, 637, 639, 642, 645, 660, 661, 679, 735, 739, 747, 757, 787, 790, 807, 808 , 813, 814, 816 et ss. (Open Data), 840, 843, 908, 921, 926, 953, 954, 975, 1004, 1006, 1010, 1011, 1014, 1015, 1016, 1018, 1026, 1028, 1030, 1031, 1034, 1041, 1042 et ss. , 1080 et ss. , 1088, 1090, 1097, 1099, 1100, 1103, 1105
données personnelles	826, 827 et ss., 843, 1016, 1034, 1038, 1041, 1046, 1082, 1105, 1106
données publiques	810 et ss.
DRM - v. <i>mesures techniques de protection</i>	
droit exclusif	49, 75, 176 et ss., 233, 258, 314, 331, 332, 358, 660, 706, 709, 726, 728, 750, 757, 774, 825, 899, 974, 1033, 1034, 1041, 1045, 1059, 1060, 1083, 1095, 1100
<ul style="list-style-type: none"> • accès • adaptation • communication au public • du producteur de données • extraction • représentation 	541, 697 176, 183, 184, 187, 191, 192, 197, 608, 609 181, 182, 183, 188, 194, 314, 373, 1054 325 315, 318, 320, 321 186, 188 , 709, 1054

• reproduction	181, 182, 183, 184 (logiciel), 186, 187 , 191, 193, 197, 314, 315, 599, 628, 679, 709, 729, 1106
• réutilisation	316, 320, 321, 1037, 1082
droit d'exploitation secondaire	993, 1047 et ss. (Allemagne), 1064 et ss. (France), 1088, 1089, 1098, 1105, 1106
droit de préférence	225, 259, 1105
droit moral	145, 198 et ss., 233, 258, 358, 442, 447, 702, 705, 711, 788, 903 et ss., 914, 932
• dualisme	204, 358, 447, 903
• monisme	207, 359, 909
• paternité	205, 208, 258, 442, 785, 786, 787, 788, 821, 822, 867, 937
• respect	205, 206, 208, 258, 442, 785, 788, 908
droit voisin	261, 262, 263, 265, 266, 293, 295, 327, 331, 332, 495, 539, 639, 709, 716, 933
• bases de données (sui generis) - v. <i>base (banque) de données</i>	
• éditeurs (projet)	545
• éditions scientifiques (<i>wissenschaftliche Ausgaben</i>)	267-278, 328, 639
• photographies non-originales (<i>Lichtbilder</i>)	283-291, 329, 639
durabilité	58, 649, 652, 667, 725, 841, 846, 847, 1085, 1096, 1103

E

e-Université	43 , 44, 67 , 71, 90, 114, 197, 209, 225, 226, 230, 234, 237, 242, 244, 255, 258, 266, 281, 292, 327, 330, 332, 334, 337, 416, 420, 424, 445, 457, 460, 464, 472, 502, 518, 525, 540, 546, 547, 582, 588, 597, 598, 601, 629, 630, 631, 634, 636, 638, 639, 640, 643, 649, 651, 718, 754, 757, 758, 778, 779, 802, 814, 841, 845, 846, 847, 931, 943, 944, 946, 953, 975, 1093, 1099, 1100, 1102, 1106
économie de la connaissance	528, 529, 643, 644, 1099, 1105

écrits scientifiques	71, 73, 79, 90, 114, 156, 158, 197, 225, 226, 230, 237, 240, 242, 255, 256, 259, 260, 327, 330, 331, 334, 457, 495, 572, 576, 601, 636, 637, 639, 645, 646, 660, 661, 679, 745, 750, 757, 781 et ss. (Open Access), 842, 908, 921, 926, 953, 962, 975, 978, 986, 1002, 1005, 1010, 1011, 1013, 1014, 1015, 1018, 1022, 1024, 1025, 1030, 1034, 1051, 1064, 1067, 1068, 1076, 1083, 1088, 1090, 1097, 1099, 1100, 1103, 1105, 1106
édition scientifique -- v. <i>droit voisin</i>	
<i>Educational Community Licence</i>	969
effet de réseau (<i>network effect</i>)	750
embargo (<i>Open Access</i>)	796, 987, 989, 1005, 1009, 1015, 1018 (Commission Européenne), 1021, 1024, 1025, 1056 (loi allemande), 1061, 1064, 1073 (loi française), 1083, 1084, 1088, 1105
enclosure	679, 721
enseignement	38, 44, 59-61, 114, 197, 225, 252, 365, 366, 372, 374, 384, 385, 400, 404, 409, 410, 413, 416, 444, 506, 507, 511, 513, 519, 521, 528, 531, 532, 533, 546 et ss., 549, 579, 580, 587, 601, 603, 614, 622, 631, 632, 642, 668, 673, 676, 679, 735, 760, 779, 806, 813, 836, 920, 940
enseignant-chercheur	44, 69, 72, 166, 216, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 237, 259, 333, 385, 518, 601, 603, 634, 638, 642, 645, 664, 707, 752, 804, 849, 916, 947, 981, 985, 986, 989, 993, 998, 1005, 1007, 1013, 1025, 1062, 1069, 1083, 1084, 1089, 1098, 1100, 1102, 1105, 1106
entrepôt de données	55, 197, 627, 779, 817, 843, 1016, 1106
espace numérique de travail	385, 549
États-Unis (remarques sur le droit étasunien)	93, 105, 107, 110, 125, 127, 134, 151-152, 154, 224, 246, 264, 326, 416, 592 et ss., 617 et ss., 626, 681, 685, 690, 698, 700, 703, 713, 714, 741, 856, 924, 985, 988, 1001, 1021, 1022, 1086, 1098
éthique académique	52, 53, 209, 332, 643, 738, 747, 749 , 750, 759, 788, 1093, 1102
EUPL (<i>European Union Public License</i>)	966

exception (droit exclusif)	125, 247, 318, 333, 334, 336, 337, 338, 342, 343, 344, 345, 346 (et contrats), 348, 349, 350 (et droits fondamentaux), 351, 353, 355, 356, 488, 496, 497, 498, 500, 525, 529, 531, 532, 533, 577, 596, 609, 615, 629, 640, 642, 693 (et mesures techniques de protection), 694, 706, 801, 825, 878, 931, 987, 998, 1036, 1059, 1084, 1101
exception d'enseignement et de recherche	363 et ss. , 505 et ss., 519, 523, 524, 577, 579 , 634, 640, 694, 801, 931, 938, 987, 1101
extrait	166, 383, 394, 395, 400, 404, 408, 416, 443, 454, 519, 538, 539, 579, 581, 582, 583, 603, 642

F

<i>fair use</i>	416, 531, 591 et ss., 618, 619, 641, 642, 801, 931
financeur de recherche	849, 936, 977, 978, 998 et ss., 1021, 1022, 1024, 1064, 1084, 1087, 1091, 1104
fonctionnaire	220, 221
fonds commun	702
format (ouvert)	1026, 1031, 1064, 1071
formation — v. <i>enseignement</i>	
forme d'expression (oeuvre de l'esprit)	100, 101, 102, 103, 104, 109, 111, 113, 119, 256, 624, 625, 626, 637, 703
FOSS — v. <i>Open Source</i>	
<i>Free Software Foundation</i> (FSF)	729, 769, 773, 867, 895, 921, 940
<i>freie Benutzung</i>	590, 605 et ss.
FUN (France Universités Numériques)	838

G

gestion collective étendue	416, 521
GFDL (<i>GNU Free Documentation License</i>)	950 et ss., 962
GPL (<i>General Public License</i>)	730, 736, 770, 773, 868, 891, 892, 894, 916, 917, 940, 941, 953, 965 , 966

H

HAL	793, 1009
Horizon 2020	645, 675, 1014 et ss. , 1087, 1104

I

idée	100, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 141, 215, 228, 240, 448, 605, 624, 703
illustration (fins de)	366, 374, 384, 393, 400, 413, 506, 507, 511, 513, 533, 548, 579
indication de la source	58, 209, 371, 378, 388, 415, 437, 439, 440, 441, 447, 456, 506, 508, 517, 549, 1058, 1075
information	48, 114, 156, 237, 300, 301, 317, 318, 320, 326, 330, 444, 525, 546, 601, 618, 622, 625, 626, 627, 635, 637, 638, 639, 643, 653, 664, 665, 679, 716, 734, 827, 891, 991, 1093, 1094
information du secteur public (documents administratifs)	125, 271, 345, 715, 807, 810 et ss. , 843, 1028 et ss. , 1088
innovation von Hippel	644
intelligence artificielle	88
interopérabilité	765, 786, 794, 821, 939, 1071
investissement (base de données)	294, 305-308 , 309, 320, 321, 323, 330, 639, 1037

J

juge compétent	875 et ss.
----------------	------------

L

LGPL (<i>Lesser General Public Licence</i>)	967
liberté académique	8, 69, 221, 223, 259, 350, 645, 676, 797, 804, 981, 988, 989, 995, 997, 998, 1062, 1086, 1098

licence	58, 274, 290, 418, 420, 421, 490, 515, 518, 529, 530, 539, 546, 542, 573, 603, 651, 710, 730, 765, 770, 771, 774, 788, 798, 820, 821, 822, 823, 835, 839, 840, 856, 859, 860 et ss. , 910 et ss., 974, 985, 986, 988, 1045, 1076, 1105
• compatibilité	840, 895, 924, 940, 958, 959, 972 , 973
• double (dual licensing)	973
• « licence académique »	968
• licence collective étendue	416, 642, 1105
• licence légale	461
• licence libre	867, 868, 869
• licence non-exclusive	864,99
• licence publique	125, 712, 730, 773, 775, 788, 801, 842, 849, 850 et ss., 866 et ss. , 974, 986, 1039 (information publique), 1045, 1054, 1056, 1084, 1090, 1097, 1103, 1105, 1106
• licence sous plastique (<i>shrink-wrap</i>)	862
• licence ouverte	63
Licence Art Libre (LAL)	940, 976
Licence Ouverte (<i>Open Licence</i>)	957 et ss., 976, 1039
limitation (droit exclusif)	336, 342 , 343, 344, 345, 497, 524, 987
Linux	736, 770, 772, 965
• clauses Linux	911, 1105
logiciel (programme d'ordinateur)	44, 61, 102, 110, 143, 144, 145, 153, 184, 191, 196, 206, 219, 228, 255, 303, 482, 486, 489-493, 539, 548, 683, 748, 766 et ss. (FOSS), 778 et ss., 780, 840, 892, 907, 920, 921, 940, 953, 963 et ss., 1006, 1026, 1103
loi applicable	551, 871 et ss. , 928, 938, 961, 962, 966, 1079
loi <i>République numérique</i>	565 et ss., 630, 710, 715, 717, 1028, 1042
loi <i>Toubon</i>	851, 916 , 957, 959, 976, 1097, 1105
lois de police	705

M

« mandat »	980 , 981, 982, 983 et ss. (<i>universitaire</i>), 997, 1015, 1016, 1021, 1020 et ss. (<i>légal</i>), 1062, 1086
------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

marchandisation	677, 678, 679, 699, 757, 758, 847
mesures techniques de protection	491, 541, 543, 544, 574, 585, 628, 680, 691 et ss. , 930
métadonnées	442, 457, 708, 709, 794, 814, 926, 991, 1086, 1098, 1106
Microfor	445, 627
Minitel	644, 750
MIT (licence)	968, 1039
<i>MIT OpenCourseWare</i> (MIT OCW)	834, 838, 339
MOOC	61, 65 , 234, 242, 244, 266, 416
mot (individuel)	97, 166, 627
MPL (<i>Mozilla Public License</i>)	967

N

non-commercial	377, 395, 403, 404, 412, 413, 416, 459, 460, 467, 506, 509, 518, 547, 548, 561, 562, 566, 571, 579, 581, 582, 619, 943 (Creative Commons), 1057, 1076
non-endorsement clause	929
non-substituabilité	v. substituabilité
norme ouverte	350a, 588, 589, 590 et ss., 635
nouveauté (propriété intellectuelle)	139, 140, 143, 144, 154, 288, 745
numérisation	56, 102, 193, 245, 252, 255, 260, 288, 420, 424, 427, 529, 583, 600, 617, 621, 718, 758, 1095, 1105, 1106

O

OAI-PMH	794
oeuvre de l'esprit	79, 80, 81 , 83, 109, 115, 116, 117-118, 119, 121, 122, 123, 126, 130, 156, 157, 197, 445, 452, 627, 702, 886, 887, 1055
<ul style="list-style-type: none"> • associées (<i>verbundene Werke</i>) • collective • composite — v. dérivée • de collaboration • dérivée 	<p>243</p> <p>232-233, 238, 239, 240, 241</p> <p>228-230, 238, 1072</p> <p>235-236, 238, 627, 788, 887, 936, 966, 972</p>

esprit de l'oeuvre	905, 908
oeuvre libre	868, 908
oeuvre orpheline	56, 245-247, 248 , 249-255
oeuvres conçues à des fins pédagogiques	382, 394, 409 (en Allemagne), 414, 511, 514, 579
oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit	380, 511, 514
<i>Open Access</i> (OA)	52, 58, 530, 547, 645, 652, 748, 760, 781 et ss. , 824, 841, 842, 847, 926, 953, 975, 978, 980, 985, 996, 1005, 1009, 1010, 1011, 1013, 1015, 1024, 1071, 1084, 1086, 1087, 1097, 1103
• <i>diamond</i> (voie diamant)	800
• <i>gold</i> (voie dorée)	797 et ss., 801, 803, 995, 1003, 1004, 1007, 1015, 1024, 1054, 1056, 1074, 1087
• <i>gratis</i>	788, 789, 796, 798, 801, 1015, 1054, 1086, 1105
• <i>green</i> (voie verte)	793 et ss., 799, 801, 802, 803, 995, 1004, 1015, 1024
• <i>libre</i>	788, 789, 796, 798, 801, 1054
• revue Open Access	788, 797 et ss., 842, 962, 973, 1003, 1004, 1011, 1013, 1015, 1056, 1074, 1086, 1106
<i>open access regime</i>	727
<i>Open Data</i>	52, 58, 197, 652, 748, 760, 807 et ss., 816 et ss. , 841, 843, 847, 926, 936, 975, 996, 1045, 1087, 1097, 1103, 1106
<i>Open Data Commons</i> (ODC)	891, 954 et s. , 1039
<i>Open Data Pilot</i>	645, 1016
<i>Open Definition</i> (Définition du savoir libre)	821 , 822, 840, 867, 868, 921
<i>Open Educational Resources</i> (OER)	62, 580, 652, 748, 760, 834 et ss. , 841, 844, 847, 926, 975, 1097, 1103, 1106
<i>Open Knowledge Foundation</i>	708, 821, 954
<i>Open Peer Review</i>	802, 845, 1106
<i>Open Science</i>	46, 643, 644, 647, 747, 748, 753, 754, 755 , 756, 759, 760, 779, 841, 846, 976, 1046, 1090, 1093, 1094, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106
<i>Open Source</i> (FOSS, <i>Free/Open Source Software</i>)	58, 748, 760, 763 et ss. , 773 et ss., 1103, 1106
<i>Open Source Initiative</i> (OSI)	772 et ss., 773, 775, 776, 867, 921, 963, 966

<i>openness</i>	747, 748 , 749, 750 (communisme mertonien), 751, 754, 788, 808, 821, 825, 837, 840, 841, 849, 921, 926, 947, 975, 977, 979, 1006, 1017, 1084, 1085, 1087, 1088, 1092, 1097, 1098, 1103 — v. aussi <i>partage</i>
<i>opt-out</i>	981, 985, 987, 989, 998, 1007, 1062, 1086, 1088
ordre public	346, 542, 574, 585, 630, 711, 932, 1042, 1061, 1077, 1088
originalité (<i>Individualität</i>)	104, 113, 115, 122, 124, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 149, 153, 154, 155, 156, 157, 158 (présomption), 159, 165, 166, 167, 169, 235, 236, 256, 599, 605, 625, 627
• approche subjective (empreinte de la personnalité de l'auteur)	137-141
• approche objective	142-146

P

<i>pactum de non petendo</i>	711, 932
partage	52, 54, 197, 226, 332, 520, 643, 644, 707, 747, 750, 751 , 753, 807, 816, 818, 821, 823, 941, 944, 1046 — v. aussi <i>openness</i>
partenariat public-privé	222, 225, 259, 377, 416, 540, 943, 1037, 1052
<i>peer production</i> (production participative)	647, 754, 768, 772, 846
<i>peer review</i>	795, 802, 804, 837, 845, 1011, 1055
Perl Artistic Licence	969
plateforme	62, 64, 65, 524, 573, 599, 708, 778, 779 , 802, 835, 838, 839, 840, 921, 959, 965, 1054, 1057, 1076
politique (<i>openness</i>)	795, 977, 978 , 979 et ss., 1085, 1086, 1087, 1091, 1104
• Allemagne	1048 et ss.
• ANR (Agence Nationale de la Recherche)	1009
• Commission Européenne	1018
• DFG (Deutsche Forschungsgemeinschaft)	1011
• Espagne	1025

• France	1026 et ss., 1064 et ss.
• HEFCE (<i>Higher Education Funding Council of England</i>)	1005
• INRA (Institut national de la recherche agronomique)	1010
• Italie	1024
• politique d'encouragement	995 et ss., 1011, 1026, 1045, 1086, 1106
• politique universitaire	224, 801, 981 et ss., 1007, 1062, 1086, 1089, 1104
• politique des organismes de financement	998 et ss., 1021
• RCUK (<i>Research Councils United Kingdom</i>)	1004
• <i>Wellcome Trust</i>	1002, 1006
<i>postprint</i>	795, 796, 1015, 1055
<i>preprint</i>	795, 796
préservation	41, 54, 55, 67, 71, 252, 260, 423, 427, 575, 793, 1014
<i>private ordering</i>	849, 978 , 1017
producteur (base de données)	309-312 , 317, 318, 321, 322, 482, 503, 511, 1041
promoteur (oeuvre de collaboration)	232, 233
public	189, 195, 706, 987
<i>Public Domain Mark</i>	822, 823

R

recherche	16-17, 20, 40, 46 , 47, 51, 197, 209, 225, 252, 304, 317, 325, 326, 328, 368, 372, 374, 375, 376, 377, 384, 400, 403, 404, 409, 410, 412, 416, 444, 457, 488, 489, 506, 507, 511, 513, 515, 516, 520, 523, 525, 528, 531, 532, 533, 538, 540, 561, 562, 571, 576, 581, 588, 617, 622, 623, 631, 633, 637, 638, 641, 642, 668, 673, 675, 676, 679, 735, 739, 746, 752, 780, 806, 813, 818, 822, 824, 830, 920, 940, 998, 1002, 1003, 1004, 1018, 1026, 1034, 1042, 1044, 1046, 1052, 1053, 1064, 1069, 1088, 1092
recueil — v. <i>compilation</i>	

rémunération (compensation, redevance)	386, 396, 401, 407, 411a, 416, 431, 461, 515, 519, 553, 586, 631, 642, 777, 790, 1040, 1057, 1069, 1105
renonciation	709
Répertoire des Informations Publiques (RIP)	1029, 1031
reproduction	49, 70, 197, 252, 258, 353, 364, 373, 384, 385, 410, 412, 413, 421, 426, 538, 548, 549, 566, 570, 579, 580, 581, 582, 583, 633, 716, 774, 785, 786, 787, 788, 822, 886, 1015, 1016, 1054 — v. aussi copie privée
reproductibilité	54, 197, 488, 523, 819
reproduction provisoire	344, 355, 473 et ss. , 520, 620
<i>res communia civitatum</i>	723
<i>res nullius</i>	723
<i>Research Data Alliance</i> (RDA)	818
responsabilité (civile)	112, 262, 346, 446, 705, 890, 894, 908, 946, 1105
Ressources Éducatives Libres — v. <i>Open Educational Resources</i>	
ressources pédagogiques numériques	44, 71, 73, 79, 90, 114, 156, 158, 197, 225, 226, 230, 237, 240, 256, 259, 327, 330, 331, 334, 365, 457, 495, 614, 636, 637, 639, 642, 660, 661, 679, 757, 790, 834 et ss. (Open Educational Resources), 844, 908, 921, 926, 938, 975, 1026, 1030, 1034, 1090, 1097, 1099, 1100, 1103, 1105, 1106
revue <i>Open Access</i> — v. <i>Open Access</i>	
Royaume-Uni (remarques sur le droit britannique)	87, 89, 93, 105, 125, 127, 148-150, 264, 278, 561 et ss., 595, 1001 et ss., 1087

S

savoir	45, 48, 643, 644, 647, 650, 653 , 655 et ss., 738, 746, 757, 1094
science citoyenne	545, 918
société de gestion collective	390, 399, 407, 408, 411a, 431, 586, 631, 716
source licite	395, 462 , 561, 554, 555, 573
Stallman, Richard M.	657, 729, 732, 733, 769 , 771, 772, 773, 774, 775

standard (communs)	731 (capital social), 734 (piliers Wikipédia); 756, 760, 762 et ss., 821, 841, 847, 848, 926, 975, 1016, 1096, 1097, 1103
<i>Stichting</i> (CJUE, 10 nov. 2016, C-174/15)	422 , 432, 1105
substituabilité	416, 446 , 464, 600
<i>sweat of the brow</i>	148, 152, 326

T

test en trois étapes	247, 321, 351 , 368, 394, 430, 497, 498
thèse	159, 231, 255, 256, 394, 443, 790

U

<i>Ulmer</i> (CJUE 11 sept. 2014, C-117/13)	421 , 431, 432, 641, 1105
université	1 , 35, 224, 225, 251, 252, 332, 421, 424, 529, 540, 555, 559, 584, 587, 603, 642, 643, 676, 735, 737 et ss., 770, 771, 811, 813, 837, 838, 849, 916, 936, 976, 977, 979 et ss., 1001, 1028, 1031, 1034, 1036, 1037, 1038, 1041, 1043, 1045, 1046, 1053, 1061, 1062, 1069, 1085, 1086, 1091, 1098, 1102, 1104, 1105
UNIX	768, 769, 771
<i>UrhWissG</i>	429, 406, 577 et ss.
utilisateur légitime	483, 490, 497 , 500, 518, 541, 573
utilisation licite	478, 497
utilisation orthogonale	318, 615, 616 et ss. , 633, 642, 1105

V

valorisation	41, 225, 739 et ss., 759, 1037, 1105
--------------	---------------------------------------------

W

Wellcome Trust	1002
----------------	------

wiki

733

Wikipédia

52, **732 et ss.**, 953

Z

ZVR — v. *droit d'exploitation secondaire*



Annexe I: Aperçu des licences *Creative Commons* 4.0


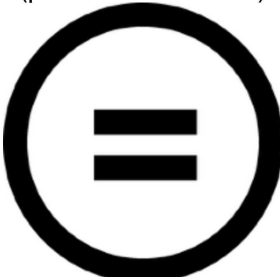
- **L'autorisation accordée à l'utilisateur** — *License Grant*, Section 2, a, 1:

« Subject to the terms and conditions of this Public License, the Licensor hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-sublicensable, non-exclusive, irrevocable license to exercise the Licensed Rights in the Licensed Material to:

- A reproduce and Share the Licensed Material, in whole or in part; and
- B produce, reproduce, and Share Adapted Material. »

- **Les conditions (building blocks):**

condition (icône)	clause correspondante
<p>BY (attribution)</p> 	<p>« If You Share the Licensed Material (including in modified form), You must:</p> <ul style="list-style-type: none"> A retain the following if it is supplied by the Licensor with the Licensed Material: <ul style="list-style-type: none"> i identification of the creator(s) of the Licensed Material and any others designated to receive attribution, in any reasonable manner requested by the Licensor (including by pseudonym if designated); ii a copyright notice; iii a notice that refers to this Public License; iv a notice that refers to the disclaimer of warranties; v a URI or hyperlink to the Licensed Material to the extent reasonably practicable; B indicate if You modified the Licensed Material and retain an indication of any previous modifications; and C indicate the Licensed Material is licensed under this Public License, and include the text of, or the URI or hyperlink to, this Public License. »
<p>SA (partage dans les mêmes conditions)</p> 	<p>« (...), if You Share Adapted Material You produce, the following conditions also apply.</p> <ul style="list-style-type: none"> 1 The Adapter's License You apply must be a Creative Commons license with the same License Elements, this version or later, or a BY-SA Compatible License. 2 You must include the text of, or the URI or hyperlink to, the Adapter's License You apply. You may satisfy this condition in any reasonable manner based on the medium, means, and context in which You Share Adapted Material. 3 You may not offer or impose any additional or different terms or conditions on, or apply any Effective Technological Measures to, Adapted Material that restrict exercise of the rights granted under the Adapter's License You apply. »

<p>NC (pas d'utilisation commerciale)</p> 	<p>Les mots « <i>for NonCommercial purposes only</i> » sont ajoutés dans la section 2, a, 1 (License Grant).</p> <p>La Section 1 contient la définition suivante: « <i>NonCommercial means not primarily intended for or directed towards commercial advantage or monetary compensation.</i> »</p>
<p>ND (pas de modification)</p> 	<p>Le B de la Section 2, a, 1 (License Grant) est remplacé par: « <i>B. produce and reproduce, but not Share, Adapted Material.</i> »</p> <p>La Section 1 contient la définition suivante: « <i>Adapted Material means material subject to Copyright and Similar Rights that is derived from or based upon the Licensed Material and in which the Licensed Material is translated, altered, arranged, transformed, or otherwise modified in a manner requiring permission under the Copyright and Similar Rights held by the Licensor</i> »</p>

• **Les licences:**







licence	commentaire	licences similaires
	recommandée pour les écrits scientifiques (<i>Open Access</i>)	<i>Open Data Commons Attribution License (ODC-BY), Licence Ouverte, Datenlizenz Namensnennung, Freie Digital Peer Publishing License</i>
	recommandée pour les ressources pédagogiques numériques (<i>Open Educational Resources</i>)	Open Database License (ODbL), GFDL
		
		Digital Peer Publishing Licence (DPPL)
		
		

Table des matières

Sommaire.....	4
Principales abréviations utilisées.....	5
Introduction générale.....	9
I. Les universités de la société féodale à la société du savoir.....	9
A. L'université traditionnelle sur le plan socio-historique	10
1. Les universités médiévales	11
2. Les universités modernes : de la crise de l'autonomie à la mondialisation.....	14
a. La crise de l'autonomie des universités.....	15
b. L'émergence du modèle allemand (humboldtien)	15
c. L'émergence du modèle américain	17
d. La naissance du marché international de l'éducation supérieure	18
e. Les réformes européennes récentes	20
B. L'université traditionnelle sur le plan juridique.....	22
1. La mission de formation.....	23
2. La mission de recherche	23
3. La mission de coopération européenne et internationale.....	24
II : e-Université : la technologie au service des missions traditionnelles des universités	24
A. La production du e-Savoir : la e-Recherche	26
1. La recherche axée sur les données.....	27
2. La recherche collaborative.....	29
B. La préservation du e-Savoir.....	31
C. La transmission du e-Savoir : la formation en ligne (e-learning)	33
Première Partie : Les missions des e-Universités face à la propriété littéraire et artistique.....	40
Titre Premier : L'emprise de la propriété littéraire et artistique sur les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques	42
Chapitre I : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets du droit d'auteur	44
Section 1 : L'objet de la protection du droit d'auteur	44
§ 1. Oeuvre de l'esprit (das Werk).....	45
A. L'oeuvre — le résultat d'une activité humaine créative	45
1. L'homme comme auteur de l'oeuvre (persönliche Schöpfung).....	46
2. Caractère conscient de l'acte de création (geistige Schöpfung)	50
3. La modification du réel (Schöpfung).....	52
B. L'oeuvre — une création de forme	54
1. Les exigences concernant la forme.....	54
2. Absence de protection des idées	57
§ 2. Seul critère de protection par le droit d'auteur : l'originalité (Individualität).....	62
A. L'originalité : condition suffisante.....	62
1. L'indifférence du genre.....	62
2. L'indifférence de la forme d'expression	63
3. L'indifférence du mérite	64
4. L'indifférence de la destination	65
5. Absence de formalités.....	67

B. Originalité (Individualität) : condition nécessaire	68
1. L'absence de définition légale	68
2. Tentatives de définition dans la doctrine et la jurisprudence.....	70
3. Influence du droit de l'Union Européenne	76
4. Appréciation critique	77
5. Application de la notion aux écrits scientifiques et aux ressources pédagogiques numériques	78
§ 3. Kleine Münze du droit d'auteur	80
A. Recueils.....	80
B. Extraits d'oeuvres	82
C. Cartes géographiques.....	82
Section 2 : Les droits exclusifs des auteurs	84
§1. Les droits patrimoniaux des auteurs	84
A. En droit international et européen.....	85
1. En droit international	85
2. En droit européen.....	86
B. En droit national.....	87
1. En droit français.....	87
2. En droit allemand.....	90
§ 2. Droits moraux	93
A. En droit international et européen.....	93
1. En droit international	94
2. En droit européen.....	94
B. En droit national.....	94
1. En droit français.....	95
2. En droit allemand.....	96
Section 3 : La titularité des droits d'auteur	97
§ 1. Le principe : l'auteur titulaire des droits	97
A. Le principe du créateur	98
B. Incidence de la situation professionnelle de l'auteur sur la titularité des droits d'auteur ...	99
§ 2. Les oeuvres aux auteurs multiples.....	105
A. La création plurale en droit français	106
1. Les oeuvres de collaboration	106
2. Les oeuvres collectives.....	108
3. Les oeuvres composites (ou dérivées) — un cas de « pluralité successive »	110
B. La création plurale en droit allemand.....	113
1. Copaternité (Miturheberschaft).....	113
2. Oeuvres associées (verbundene Werke).....	115
§ 3. Titulaires introuvables — l'hypothèse d'une oeuvre orpheline.....	116
Conclusion du chapitre I.....	123
Chapitre II : Les données de recherche, les écrits scientifiques et les ressources pédagogiques numériques en tant qu'objets de certains droits voisins	125
Section 1 : Protection des rédacteurs d'éditions critiques et scientifiques	127
§ 1. Protection des rédacteurs d'éditions scientifiques par l'article 70 de la UrhG	127
A. Objet du monopole : une édition scientifique (wissenschaftliche Ausgabe)	127
B. Titularité du monopole portant sur les éditions scientifiques	129

C. Durée du monopole portant sur les éditions scientifiques	129
§ 2. Protection des éditions critiques et scientifiques à l'échelle européenne	130
A. Dans la Directive 93/98/CCE relative à la durée de protection du droit d'auteur	130
B. En droits nationaux des États membres	130
C. Absence de protection des éditions scientifiques en France	131
Section 2 : Protection des photographies non-originales.....	133
§ 1. Objet du monopole : les photographies (et d'autres images produites de manière simi- laire) non-originales.....	133
§ 2. La titularité du monopole	135
§ 3. La durée du monopole	135
Section 3 : Droit sui generis des producteurs de bases de données.....	136
§ 1. Le monopole instauré par le troisième chapitre de la Directive 96/9/CE.....	137
A. Objet du monopole	137
1. Base de données.....	138
2. Seul critère : l'investissement substantiel.....	141
B. Titulaire du monopole	143
C. Le contenu du monopole.....	144
1. Nature des activités pouvant être interdites.....	144
2. Ampleur des activités pouvant être interdites.....	147
D. La durée du monopole	148
§ 2. Perspectives	149
Conclusion du chapitre II	152
Conclusion du titre premier	153
Titre Second : Les exceptions au monopole des titulaires des droits de la propriété littéraire et artistique visant à faciliter l'exercice des missions des e-Universités.....	154
Chapitre I : L'insuffisance des exceptions existantes pour faciliter l'exercice des missions des e-Universités.....	155
Section 1 : Les exceptions au monopole des auteurs.....	155
§ 1. Droit commun des exceptions	156
A. Nature des exceptions	156
1. Exceptions ou limitations?.....	156
2. Exceptions et contrats	157
3. Le principe d'interprétation stricte	158
B. Sources des exceptions	161
1. Textes internationaux.....	161
2. Textes européens.....	162
3. Les textes nationaux	163
§ 2. Le contenu des exceptions au monopole des auteurs	163
A. Les exceptions visant spécifiquement les activités des e-Universités	163
1. Exception d'enseignement et de recherche	164
2. Les exceptions pour les bibliothèques.....	185
B. Les exceptions de portée générale, importantes pour l'exercice des missions des e-Univer- sités	191
1. La citation	191
2. Copie privée.....	202
3. Reproductions provisoires	206

Section 2 : Les exceptions au monopole des titulaires de certains droits voisins	214
§ 1. La nature des exceptions au monopole sui generis des producteurs de bases de données	214
§ 2. Le contenu des exceptions au monopole des producteurs de bases de données.....	216
A. Extraction privée.....	217
B. Exception d'enseignement et de recherche.....	217
1. Dans la Directive 96/9/CE.....	217
2. En droit français	219
3. En droit allemand.....	221
Conclusion du chapitre I.....	222
Chapitre II : Nouvelle exception nécessaire pour faciliter l'exercice des missions des e-Uni- versités	224
Section 1 : Le débat sur la réforme des exceptions existantes.....	224
§ 1. Le débat sur la réforme du droit européen.....	225
A. Les événements précédant la proposition de la Directive DSM.....	225
B. La proposition de la Directive DSM.....	229
1. La nouvelle exception à des fins de data mining.....	229
2. Nouvelle exception proposée à des fins d' « enseignement transfrontalier ».....	233
3. Certains autres changements proposés par la Commission.....	236
§ 2. Les mesures prises par les législateurs de certains États membres	237
A. La réforme britannique de 2014	238
B. La réforme française de 2016	240
C. La réforme allemande de 2017 (UrhWissG).....	247
Section 2 : Vers une approche alternative — une norme ouverte.....	251
§ 1. La norme ouverte.....	251
A. Le fair use	252
1. Présentation du dispositif.....	252
2. La mise en oeuvre intéressante du point de vue des e-Universités	253
B. La freie Benutzung (utilisation libre).....	257
1. Présentation du dispositif.....	257
2. Exemples d'applications jurisprudentielles.....	259
C. La possibilité de l'introduction d'une « norme ouverte » en droit d'auteur européen	261
§ 2. Les utilisations orthogonales	262
A. Origine de la notion dans les travaux de la doctrine étasunienne.....	262
B. La présence cachée de la notion en droit européen.....	266
C. Le postulat de formalisation de la notion d'utilisation orthogonale en droit européen	270
Conclusion du chapitre II	270
Conclusion du titre second	272
Conclusion de la première partie.....	273
Deuxième Partie : Les e-Universités : les cultivateurs des communs du savoir	276
Titre Premier : Les communs du savoir : d'un mouvement de contestation vers un standard international	279
Chapitre I : Les communs du savoir — un concept ancré dans la réalité économique	280
Section 1 : Le savoir — d'un bien public mondial à un commun	280
§1. Le savoir en tant qu'un bien public mondial	280
A. Le savoir en tant que bien.....	281

1. Difficultés de qualification sur le plan juridique	281	
2. Une qualification évidente sur le plan économique	282	
B. Le qualification nécessaire d'un bien public mondial	283	
1. Le caractère public du savoir	283	
2. Le caractère mondial du savoir	285	
§2. L'apparition des communs du savoir face à la marchandisation de l'information	286	
A. La marchandisation comme remède au problème d'approvisionnement du savoir	286	
1. Le défi d'approvisionnement du savoir	287	
2. La marchandisation de l'information et du savoir : « le basculement du savoir vers l'avoir »	289	
B. La résistance contre la marchandisation de l'information et du savoir	301	
1. La défense du domaine public	302	
2. La culture des communs contractuels	315	
Section 2 : La « schizophrénie universitaire » face à la privatisation du savoir	328	
§1. La mission de valorisation de la recherche — la soumission des universités à la logique	privative	328
A. Mission de valorisation inscrite dans la loi	329	
B. La mesure de la valorisation : le brevet universitaire	331	
§2. La tendance naturelle vers l'Open science	334	
A. L'openness comme partie intégrale de l'éthique de la science	336	
B. L'émergence de l'Open Science	338	
Conclusion du chapitre I	341	
Chapitre II : Les règles de culture des communs du savoir : les standards de l'openness	342	
Section 1 : Les standards fondateurs de l'openness	343	
§1. Le premier standard d'openness : Free/Open Source Software (FOSS)	343	
A. L'importance du code source	343	
B. Histoire du FOSS	344	
C. Les règles du FOSS	348	
D. Importance pour les e-Universités	351	
§ 2. L'openness dans le monde de publication scientifique : l'Open Access	352	
A. Open Access comme réponse à la crise de l'édition scientifique traditionnelle	352	
B. Les règles du Open Access	353	
1. La formalisation des règles du Open Access	353	
2. La mise en oeuvre de l'Open Access	360	
Section 2 : Les nouveaux standards d'openness	369	
§1. Open (Research) Data — l'ouverture des données de la recherche	370	
A. Open Public Sector Information	371	
B. Open Research Data	375	
1. Les règles d'Open Research Data	375	
2. Les obstacles à la mise en oeuvre de l'Open Research Data	380	
§ 2. L'openness dans l'enseignement : Open Educational Resources	389	
Conclusion du chapitre II	394	
Conclusion du titre premier	396	
Titre Second : La mise en place des communs du savoir	397	
Chapitre I : Les outils contractuels pour la mise en place des communs du savoir : les licences	publiques	398

Section 1 : L'unité des licences publiques	399
§ 1. La nature des licences publiques	399
A. Les licences publiques en tant que contrats de licence spécifiques	399
1. Les licences publiques en tant que contrats	399
2. La spécificité des licences publiques par rapport aux licences traditionnelles	401
B. Les licences publiques en tant que contrats internationaux	406
1. La loi applicable	406
2. Le juge compétent	408
§ 2. La validité des licences publiques	411
A. Au regard du droit des contrats	411
1. La validité des licences publiques au regard du droit français des contrats	411
2. La validité des licences publiques au regard du droit allemand des contrats	418
B. Au regard du droit d'auteur	421
1. La validité des licences publiques au regard du droit d'auteur français	421
2. La validité des licences publiques au regard du droit d'auteur allemand	427
C. Au regard des règles relatives à l'emploi des langues nationales	429
1. La validité des licences publiques au regard de la loi Toubon	430
2. La validité des licences publiques relatives à l'emploi de la langue allemande	431
Section 2 : La pluralité des licences publiques	432
§ 1. Les licences de contenu essentielles pour les communs du savoir	434
A. Les licences Creative Commons	434
1. La présentation des licences Creative Commons	434
2. Le contenu des licences Creative Commons 4.0	436
3. La possibilité d'assortir la licence d'une autorisation supplémentaire : la CC+	449
B. Autres licences de contenu	450
1. Les licences à vocation internationale	450
2. Licences à vocation nationale	453
§ 2. Licences publiques de logiciel	456
A. Les licences de logiciel contenant une clause copyleft	457
1. Le copyleft fort	457
2. Le copyleft faible	459
B. Les licences de logiciel ne contenant pas de clause copyleft	459
Section 3 : Quelques questions pratiques relatives à l'emploi des licences publiques	460
§ 1. La question de la compatibilité entre des licences publiques	460
§ 2. La possibilité d'une double licence (dual licensing)	461
Conclusion du chapitre I	462
Chapitre II : Le soutien institutionnel et législatif — les politiques promouvant les communs du savoir	463
Section 1 : Les politiques institutionnelles promouvant les communs du savoir	463
§ 1. Les politiques des universités	464
A. Les « mandats »	466
1. Les « mandats » affectant le droit d'auteur sur les contributions (right—retention mandates)	466
2. Les « mandats » n'affectant pas le droit d'auteur	470
B. Les mesures d'encouragement	473
§ 2. Les politiques des organismes finançant la recherche	474

A. Les politiques des organismes de financement de la recherche à l'échelle nationale	475
1. La politique forte des institutions britanniques	475
2. Des politiques réservées en France et en Allemagne.....	479
B. Les politiques des organismes et projets de financement de la recherche à l'échelle internationale	481
1. À l'échelle mondiale : le Global Research Council	481
2. À l'échelle de l'Union Européenne : le programme Horizon 2020.....	482
Section 2 : Les politiques législatives promouvant les communs du savoir	485
§1. Le « mandat » légal — l'openness imposée par la loi.....	486
A. Le « mandat » Open Access imposé par le législateur étasunien	486
B. Les « mandats » Open Access imposés par certains législateurs européens.....	487
1. Le cas de l'Italie	488
2. Le cas de l'Espagne	488
C. Le « mandat » Open Source, Open Research Data et Open Educational Resources imposé aux universités par le législateur français?	489
1. L'extension du régime de la Public Sector Information aux universités	490
2. La consécration du régime spécifique applicable aux données de recherche.....	497
§ 2. La création d'un droit d'exploitation secondaire.....	500
A. Le droit d'exploitation secondaire (ZVR) en droit d'auteur allemand	500
1. La présentation du ZVR	501
2. La nature du ZVR.....	505
B. Le droit d'exploitation secondaire en droit français	508
1. Présentation des différences entre le droit d'exploitation secondaire en droits français et le ZVR allemand.....	509
2. La nature du droit d'exploitation secondaire en droit français.....	512
3. Extension incertaine du droit d'exploitation secondaire aux données de recherche	513
Conclusion du chapitre II	516
Conclusion du titre second	518
Conclusion de la deuxième partie.....	519
Conclusion générale	521
Annexe I: Aperçu des licences Creative Commons 4.0.....	593
Table des matières.....	595

Résumé :

Une e-Universität est une université qui utilise les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) pour remplir ses missions traditionnelles : la production, la préservation et la transmission du savoir. Ses activités consistent donc à collecter et analyser les données de recherche, à diffuser les écrits scientifiques et à fournir des ressources pédagogiques numériques. Or ces biens immatériels font souvent l'objet de droits de propriété littéraire et artistique, notamment le droit d'auteur et le droit sui generis des producteurs de bases de données. Ceci oblige les e-Universités soit à obtenir des autorisations nécessaires des titulaires des monopoles, soit à avoir recours aux exceptions légales. La recherche et l'enseignement font l'objet d'exceptions légales (cf. art. L. 122-5, 3°, e) du Code de la propriété intellectuelle (CPI) et dans les art. 52a et 53 de la Urheberrechtsgesetz (UrhG)). Toutefois, celles-ci s'avèrent manifestement insuffisantes pour accommoder les activités des e-Universités. Ainsi, les législateurs nationaux ont très récemment introduit de nouvelles exceptions visant plus spécifiquement l'utilisation des NTIC dans la recherche et l'enseignement (art. L. 122-5, 10° et art. L. 342-3, 5° du CPI et les futurs art. 60a-60h de la UrhG). Une réforme en ce sens a également été proposée par la Commission Européenne (art. 3 et 4 de la proposition de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique). Dans ce contexte, il est souhaitable de mener le débat sur l'introduction d'une norme ouverte (de type fair use) en droit européen. Malgré cette incertitude juridique qui entoure la matière, les e-Universités n'ont pas cessé de remplir leurs missions. En effet, la communauté académique a depuis un certain temps entrepris des efforts d'autorégulation (*private ordering*). Le concept d'Open Science, inspiré des valeurs traditionnelles de l'éthique scientifique, a donc émergé pour promouvoir le libre partage des données de recherche (Open Research Data), des écrits scientifiques (Open Access) et des ressources pédagogiques (Open Educational Resources). Le savoir est donc perçu comme un commun (commons), dont la préservation et le développement durable sont garantis par des standards acceptés par la communauté académique. Ces standards se traduisent en langage juridique grâce aux licences publiques, telles que les Creative Commons. Ces dernières années les universités, mais aussi les organismes finançant la recherche et même les législateurs nationaux se sont activement engagés dans la promotion des communs du savoir. Ceci s'exprime à travers des "mandats" Open Access et l'instauration d'un nouveau droit de publication secondaire, d'abord en droit allemand (art. 38(4) de la UrhG) et récemment aussi en droit français (art. L. 533-4, I du Code de la recherche).

Zusammenfassung der Dissertation:

Eine E-Universität ist eine Universität, die Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) einsetzt, um ihre traditionellen Aufgaben zu erfüllen: Die Erzeugung, die Erhaltung und die Verbreitung von Wissen. Ihre Tätigkeiten umfassen die Sammlung und die Analyse von Forschungsdaten, die Verbreitung wissenschaftlicher Literatur und die Bereitstellung digitaler Bildungsressourcen. Allerdings unterliegen die dazu erforderlichen immateriellen Güter oftmals dem Schutz des geistigen Eigentums, beispielsweise dem Urheberrecht und dem sui-generis-Recht für Datenbanken. Deswegen sind E-Universitäten auf die Erlaubnis von Rechteinhabern oder gesetzliche Schrankenregelungen angewiesen. Es existieren bereits gesetzliche Schrankenregelungen für Forschung und Lehre (z.B. art. L. 122-5, 3°, e) Code de la propriété intellectuelle (CPI) und §§ 52a, 53 Urheberrechtsgesetz (UrhG)). Allerdings sind sie unzureichend, um E-Universitäten ihre Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Deswegen entschieden die nationalen Gesetzgeber, neue Schrankenregelungen speziell für die Nutzung von IKT im Bereich der Forschung und Lehre einzuführen (art. L. 122-5, 10° und art. L. 342-3, 5° CPI und §§ 60a-60h UrhG). Auch die EU-Kommission schlug eine entsprechende Änderung des Unionsrechts vor (Art. 3 und 4 des Vorschlags für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt). In diesem Zusammenhang erscheint es erstrebenswert, die Einführung einer open Regelung nach dem fair-use-Prinzip in das europäische Recht zu diskutieren. Trotz der Rechtsunsicherheit in dieser Frage haben E-Universitäten niemals aufgehört, ihre Aufgaben zu erfüllen. Vielmehr hat die akademische Gemeinschaft enorme Anstrengungen unternommen, durch eigene Dispositionen den Zugang und die Nachnutzung von Ressourcen zu ermöglichen. Inspiriert durch die traditionellen Werte des Ethos der Wissenschaft, wurde das Open Science Konzept geschaffen, um den Zugang zu Forschungsdaten (Open Research Data), wissenschaftlicher Literatur (Open Access) und Bildungsressourcen (Open Educational Resources) zu fördern. Danach ist Wissen eine Allmende, seine Nachnutzbarkeit wird durch Standards, die von der akademischen Gemeinschaft akzeptiert werden, garantiert. Diese Standards sind in öffentlichen (public) Lizenzen, wie beispielsweise Creative Commons, kodifiziert. In den letzten Jahren haben sich nicht allein Universitäten, sonst auch Agenturen für Forschungsförderung und sogar nationale Gesetzgeber aktiv in der Förderung des öffentlichen Wissensschatzes engagiert. Dieses Engagement wurde deutlich im Rahmen vieler Open-Access-Mandaten und der Einführung eines neuen Zweitveröffentlichungsrecht, das zunächst Eingang in das deutsche (§ 38 Abs. 4 UrhG) und kürzlich auch in das französische Recht (art. L. 533-4, I Code de la recherche) fand.

Mots clés : communs, droit d'auteur, recherche, enseignement, université, base de données, Open Access, Creative Commons