

Note d'observations¹

Première décision *Creative Commons* : contrats de licence et modèles économiques du libre accès

Depuis quelques mois, le groupe néo-Louvainiste Lichôdmapwa jouit d'un surcroît de notoriété, qui cette fois n'est pas due à sa musique mêlant ska et folk des Balkans. Ceux qui sont davantage juristes que mélomanes s'intéresseront surtout à leur implication dans une décision marquante au sujet des licences *Creative Commons* en droit belge: dans son jugement du 26 octobre 2010, le tribunal de première instance de Nivelles a reconnu une pleine force juridique aux clauses de la licence CC by-nc-nd, mettant fin aux doutes que certains ont longtemps entretenus sur la validité de ces licences dans notre ordre juridique, notamment en ce qui concerne la fameuse clause « non commercial ».

Après une brève introduction aux licences *Creative Commons* suivie d'un résumé des faits de la décision commentée, nous envisagerons la question de l'applicabilité de ces licences en droit belge et de la portée reconnue à certaines de ses conditions.

Outre son caractère pionnier, cette décision est également intéressante en raison de ses faiblesses: celles-ci nous donneront l'occasion de nous intéresser à la question de l'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité pour atteinte au droit d'auteur, mais également de réfléchir au rôle de la clause

« non commercial » dans le modèle économique des œuvres sous *Creative Commons*.

INTRODUCTION : *CREATIVE COMMONS* ET SÉCURITÉ JURIDIQUE

Est-il encore besoin de présenter les licences *Creative Commons*? Pour faire court, il s'agit d'une famille de licences permissives destinées principalement à la création littéraire et artistique, apparentées aux licences libres² dans le monde des logiciels. Dans la décision commentée, le juge note que leur adoption participe d'une démarche différente de l'approche classique, « plus ouverte, permettant la diffusion de leur œuvre de manière plus accessible à un large public ».

Les licences libres ou *open source* n'emportent pourtant nullement un abandon des droits d'auteurs au profit du domaine public. Au contraire, si elles ont un caractère subversif, c'est parce qu'elles reposent en fait sur le droit d'auteur, afin d'en retourner la logique. Entre la renonciation complète aux droits exclusifs et leur réservation totale par l'auteur, les *Creative Commons* représentent un modèle alternatif, symbolisé par la mention « certains droits réservés ». Cela signifie que l'auteur, tout en se réservant l'exercice de certains droits exclusifs (au minimum les droits moraux sur l'œuvre),

¹ Maxime Lambrecht. Chercheur en droit à la Chaire Hoover (Université catholique de Louvain). Cette recherche s'inscrit dans le cadre du projet Social Responsibility in Economic Life, financé par la Fondation Emile Bernheim et mené à l'Université catholique de Louvain (www.uclouvain.be/329335.html).

² La plus fameuse représentante de ces licences libres est la licence GNU GPL. Pour une présentation des licences libres dans le domaine des logiciels, voy. E. MONTERO e.a. (eds), *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2005; S. VAN CAMP, « Open Source Software: de ondraaglijke lichtheid van een concept », *R.D.C.*, 2006/5.

autorise de manière générale les utilisateurs à poser les actes d'exploitations qu'il détermine (au minimum le droit de distribution, communication et mise à disposition au public), à certaines conditions.

Il n'y a donc pas une seule mais plusieurs licences CC, en fonction des clauses que choisit l'auteur :

- la clause « Attribution » (« by »), obligatoire, impose la mention du nom de l'auteur ;
- la clause « Non commercial » (« nc ») interdit d'exploiter l'œuvre dans un but commercial ;
- la clause « Pas d'œuvres dérivées » (« nd ») interdit de réaliser des œuvres dérivées ;
- la clause « Partage à l'identique » (« sa ») impose que la redistribution d'une œuvre dérivée se fasse sous la même licence. On dit souvent que les licences qui présentent une telle clause de « *share-alike* » (aussi appelée « *copyleft* ») ont un caractère viral : elles sont susceptibles de « contaminer » d'autres contenus que celui de l'œuvre initiale, en imposant des conditions aussi permissives.

Ces différentes clauses standardisées visent à concilier la possibilité pour l'auteur de moduler les conditions de sa licence avec un certain niveau de lisibilité et de prévisibilité pour les utilisateurs. En plus de ses initiales, chaque clause est identifiée par un logo reconnaissable. Un clic sur le logo ou sur le titre de la licence donne accès à un récapitulatif des principales conditions ainsi qu'au texte complet du contrat de licence. Les licences CC sont traduites dans de nombreuses langues et transposées dans différents droits nationaux³.

Ce n'est qu'assez récemment que les juges ont eu l'occasion d'examiner les conditions des licences CC. Seules deux décisions euro-

péennes ont précédé le jugement commenté. Il s'agit de deux jugements datant de 2006 émanant de tribunaux espagnols (Badajoz)⁴ et néerlandais (Amsterdam)⁵. Par ailleurs, entre la décision du tribunal de Nivelles et la publication de cet article, une nouvelle décision confirmant l'applicabilité des licences CC a été prise par un tribunal israélien⁶.

Comment expliquer que, depuis leur création en 2002 sous l'impulsion du juriste américain Lawrence Lessig, les licences CC n'avaient pas encore été considérées par la jurisprudence belge ? Sans doute en raison du temps qui aura été nécessaire à leur adoption par les créateurs et les utilisateurs. Mais aujourd'hui, on ne peut nier l'importance des *Creative Commons*, qui régissent le contenu de la plus grande encyclopédie au monde, Wikipedia⁷, sont proposées aux contributeurs d'un des plus populaires sites collaboratifs de partage d'images photographiques, Flickr⁸, et sont au cœur de nombreux sites communautaires de diffusion d'œuvres dites de « musique libre », comme Jamendo⁹ ou Dogmazic¹⁰. Une autre explication de ce silence jurisprudentiel peut être trouvée dans une des vocations de ces licences : offrir un cadre relativement clair et compréhensible des prérogatives concédées

⁴ Décision du tribunal de première instance (n° 6) de Badajoz, 17 février 2006, disponible sur <http://www.derecho-internet.org/node/363>.

⁵ Civ. Amsterdam (réf.), 9 mars 2006, *A&M*, 3/2006, p. 273.

⁶ Décision de la District Court de Jerusalem, *Avi Re'uveni v. Mapa inc*, 6 janvier 2011, http://wiki.creativecommons.org/File:Reuveni_rivlin.pdf (en Hébreu).

⁷ Depuis 2009, les articles de Wikipedia sont mis à la disposition du public sous licence CC by-sa 3.0.

⁸ <http://www.flickr.com/creativecommons/>, où étaient accessibles les images photographiques faisant l'objet du litige tranché par le juge néerlandais dans la décision du 9 mars 2006 précitée.

⁹ <http://www.jamendo.com>.

¹⁰ <http://www.dogmazic.net>, plateforme sur laquelle avait été mise à disposition l'œuvre en cause dans la décision commentée.

³ Les licences *Creative Commons* ont été transposées en droit belge par le Centre for Intellectual Property Rights (C.I.R.) de la K.U.Leuven, et le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des FUNDP.

JURISPRUDENCE

aux utilisateurs, afin de diminuer les coûts de transaction, d'améliorer la sécurité juridique et d'éviter la survenance de litiges¹¹. Ainsi, sur le blog de *Creative Commons*, la décision néerlandaise du 9 mars 2006 est accueillie par ces propos ironiques : « *Many people have asked us over the years whether any court had held that CC licenses were enforceable. I have always found this question to be amusing. In my many years as a lawyer in private practice, if the licenses I had drafted were not litigated, then I was considered to have done my job well* »¹².

Ainsi, selon cette lecture, l'absence de litiges relatifs aux licences CC serait précisément le signe qu'elles satisfont à leur objectif. Pourtant, pour que ces licences puissent remplir leur rôle, pour qu'elles participent vraiment à la sécurité juridique dans l'utilisation et la modification des œuvres intellectuelles, il fallait pouvoir compter sur l'assurance de leur applicabilité devant le juge. Les utilisateurs doivent pouvoir compter sur une protection de leurs prérogatives contre un ayant droit inconstant, et les créateurs doivent pouvoir compter sur une protection des *limites* de ces prérogatives contre un utilisateur peu scrupuleux. C'est le cas, depuis la décision du tribunal de Nivelles du 26 octobre

2010. En cela, cette décision est une excellente nouvelle pour tous ceux qui partagent l'objectif d'un environnement culturel plus ouvert¹³.

Sans vouloir jouer les trouble-fêtes, il nous faut toutefois noter qu'en ce qui concerne les questions de sécurité juridique, l'initiative *Creative Commons* n'est pas sans ambiguïtés. Ainsi, selon certains, la diversité des conditions des licences CC et la multiplicité des combinaisons possibles suscitent précisément de nouveaux problèmes de lisibilité et d'insécurité juridique¹⁴. Par ailleurs, la notion d'usage « non commercial » est susceptible d'engendrer certaines difficultés d'interprétation¹⁵. Enfin, la compatibilité avec les autres types de licences reste un sérieux problème pour l'ensemble des licences libres¹⁶.

Sans doute s'agit-il d'écueils inévitables (mais pas forcément irrésolubles) sur la voie visant à infléchir le paysage juridique¹⁷ en matière intellectuelle par des mécanismes contractuels, une approche qu'une partie de la doctrine qualifie de « *private ordering* »¹⁸. Si la question

¹¹ « Simple – wich means without a middleman, or without a lawyer. By developping a free set of licences that people can attach to their content, Creative Commons aims to mark a range of content that can easily, and reliably be built upon », L. LESSIG, *Free Culture*, London, Penguin Books, p. 282 ; « L'existence de différents contrats "prêt-à-porter" illustrés de symboles très explicites permet aux auteurs de choisir facilement et rapidement entre plusieurs options, en allégeant le formalisme inhérent aux autorisations de droit d'auteur. Simplifier le droit sans le dénaturer peut inciter à un comportement correct juridiquement ou même simplement le faciliter », D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, « La création comme bien commun universel. Réflexions sur un modèle émergent », in *iCommons at the Digital Age*, Paris, Romillat, 2004, p. 91, http://fr.creativecommons.org/iCommons_book.htm.

¹² M. GARLICK, « Creative Commons Licenses Enforced in Dutch Court », *Creative Commons Blog*, <http://creativecommons.org/weblog/entry/5823>.

¹³ Sur la problématique de l'ouverture de l'environnement culturel, voy. : Y. BENKLER, *La richesse des réseaux : marchés et libertés à l'heure du partage social*, Lyon, PUL, 2009 ; J. BOYLE, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale, Yale University Press, 2008.

¹⁴ Cfr M. DULONG DE ROSNAY, « Creative Commons Licenses Legal Pitfalls: Incompatibilities and Solutions », Institute for Information Law, University of Amsterdam, http://www.ivir.nl/creativecommons/CC_Licenses_Legal_Pitfalls_2010.pdf.

¹⁵ M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁶ S. DUSOLLIER, « Sharing access to Intellectual Property Through Private Ordering », *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82, n° 3, 2007, pp. 1425 et s. ; N. ELKIN-KOREN, « Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit », in B. HUGENHOLTZ et L. GUIBAULT (éds.), *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, 2006. <http://ssrn.com/abstract=885466> ; M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 81 et s.

¹⁷ L. LESSIG, « [Creative Commons] aim is to build a layer of reasonable copyright on top of the extremes that now reign », *op. cit.*, p. 282.

¹⁸ N. ELKIN-KOREN, « What contracts can't do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons », *Fordham Law Review*, 2005, vol. 74 ; S. DUSOLLIER,

de la suffisance d'une telle approche et de sa compatibilité (juridique mais aussi politique) avec celle qui consiste à plaider pour un changement législatif reste ouverte, reconnaissons au moins aux *Creative Commons* l'élégance de sa solution pratique, et, on peut le dire à présent, sa soutenabilité juridique.

LES FAITS DE LA DÉCISION COMMENTÉE

Les faits sont assez simples : les six membres du groupe Lichôdmapwa, demandeurs, mettent à disposition du public leur premier album, judiciairement intitulé *Démo*, sur le site dogmazic.net. Au bas de chacune des pages du site, on peut lire la mention «Sauf mention de licence spécifique (...) ce site & son contenu sont placés sous licence Creative Commons by-sa 2.0.».

Or, en dessous des liens permettant de télécharger les morceaux de Lichôdmapwa, on trouve un lien portant la mention «CC by-nc-nd 2.5.», qui renvoie vers les conditions de la licence, à savoir que les œuvres peuvent être redistribuées ou communiquées au public à condition de mentionner le nom de l'auteur (by), de ne pas en faire un usage commercial (nc) et de ne pas réaliser d'œuvres dérivées (nd).

La défenderesse, l'a.s.b.l. Festival de théâtre de Spa, souhaite organiser une campagne promotionnelle d'envergure pour son festival de théâtre éponyme. Elle réalise une publicité radiophonique, en utilisant comme musique de fond un morceau réalisé par les demandeurs, intitulé *Abatchouk*. Cette publicité est diffusée à 415 reprises sur Vivacité, La Première et Antipode.

Découvrant le spot publicitaire sur l'une des stations précitées, les membres du groupe concluent que les trois conditions de la licence CC by-nc-nd ont été violées par la défenderesse. Suite à l'échec de leur tentative d'accord

à l'amiable avec la défenderesse, ils décident de porter l'affaire devant le juge.

APPLICABILITÉ ET PORTÉE DE LA LICENCE CREATIVE COMMONS

Sur la question de l'applicabilité, le juge est plutôt laconique : «Le tribunal se réfère notamment au commentaire de doctrine de Ph. Laurent¹⁹ et confirme que la licence *Creative Commons* est valide et applicable au cas d'espèce». Nous allons tenter de creuser davantage la question, en considérant dans un premier temps les conditions pour l'applicabilité de la licence, et dans un second temps la portée donnée par le juge aux clauses de la licence.

Qu'est-ce qu'une licence de droits d'auteur du point de vue du droit des contrats ? La licence s'apparente à un contrat d'adhésion, qui résulte d'un rapport de force inégalitaire entre les parties puisque l'une d'entre elles est en mesure de rédiger des conditions standardisées, alors que l'autre ne peut que choisir d'y adhérer ou non²⁰. Normalement, ce genre de contrats devrait s'interpréter *contra proferentem*, soit en faveur de celui qui a contracté l'obligation²¹, mais la loi sur le droit d'auteur précise que les contrats portant sur les droits exclusifs de l'auteur doivent s'interpréter restrictivement²², donc en faveur du titulaire du droit.

Pour que la licence CC soit applicable, il faut le consentement du licencié. Dans la décision commentée, cela ne pose pas problème

«Sharing access to Intellectual Property Through Private Ordering», *op. cit.*, pp. 1391 et s.

¹⁹ Le juge renvoie ici au commentaire par Philippe Laurent de la décision néerlandaise de 2006 : Ph. LAURENT, «Premières réactions des juges face aux licences *Creative Commons*», *R.D.T.I.*, n° 26/2006, pp. 329 et s.

²⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations. 1, Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 96.

²¹ Article 1162 du Code civil : «Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation».

²² Article 3, § 3, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

JURISPRUDENCE

puisque la défenderesse ne conteste pas avoir voulu accepter la licence, et affirme «avoir commis une erreur en se trompant de licence». Toutefois, l'applicabilité des licences CC pourrait-elle être mise à mal si une partie adoptait une autre ligne de défense, en contestant par exemple avoir consenti aux conditions de la licence?

Comme dans le cas des conditions générales en droit des contrats, deux conditions doivent être remplies pour l'opposabilité d'une licence libre: la possibilité d'en prendre connaissance et le caractère certain de l'acceptation²³. Nous sommes confrontés à une licence dite «*browserwrap*», soit une licence dont les conditions sont accessibles en «navigant» (ce qui en anglais devient «*to browse*») vers la cible d'un lien annonçant la licence²⁴. Selon Y. Cool, ce procédé n'est pas problématique, pour autant que l'accès à la licence soit possible «en ne déployant que des efforts raisonnables»²⁵. En l'espèce, nous l'avons évoqué, en dessous du lien permettant de télécharger chaque morceau se trouve un autre lien mentionnant «CC by-nc-nd» et renvoyant vers le texte du contrat de licence. Le type de licence est en outre indiqué dans le nom de chaque fichier, ainsi que dans ses métatags ID3.

Quid du caractère certain de l'acceptation? Toujours selon Y. Cool, on peut déduire un silence circonstancié valant acceptation du

fait de la modification ou de la distribution de l'œuvre, étant donné que chacun sait que de tels actes sont soumis à l'autorisation de l'ayant droit: ne pas présumer l'adhésion tacite du licencié reviendrait en effet à présumer une intention contrefaisante²⁶. Par contre, il nous semble difficile de soutenir, comme semble le faire Y. Cool, que l'acceptation de la licence pourrait découler d'un acte non soumis au droit exclusif, comme la simple utilisation de l'œuvre²⁷. Dans le même sens, on ne saurait présumer un tel consentement tacite du fait de l'exercice d'une exception au droit d'auteur, d'autant que l'article 2 des licences CC précise que «Rien dans cette licence n'a pour effet de réduire, limiter ou restreindre l'application des exceptions aux droits exclusifs».

Quoi qu'il en soit, il semble qu'en ce qui concerne les licences permissives, l'intérêt des considérations qui précèdent soit surtout théorique: on voit mal quelle raison pourrait pousser une partie à arguer qu'elle n'a pas consenti à la licence, car cela reviendrait à reconnaître avoir commis une contrefaçon, puisque sans licence, aucun acte d'exploitation n'est *a priori* autorisé²⁸. Toutefois, la question pourrait se poser pour d'autres clauses de la licence ne reposant pas sur le droit d'auteur, comme l'exonération de garantie prévue à l'article 5 des licences CC. Le problème du consentement pourrait également être particulièrement sensible face à des licences restrictives telles les «*Terms of Service*» («ToS») ou «Contrat de Licence Utilisateur Final» («CLUF»)²⁹, qui au contraire des licences libres, visent à limiter les prérogatives de l'utilisateur au-delà de ce que la loi prévoit.

²³ Q. VAN ENIS, «L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?», in *Les conditions générales: questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 11.

²⁴ Les licences «*browserwrap*» sont à distinguer des licences «*clickwrap*», très fréquentes dans le domaine des logiciels, qui requièrent le défilement du texte du contrat de licence, ainsi qu'un clic sur un bouton pour signifier son consentement, avant de pouvoir installer le programme. Y. COOL, «Aspects contractuels des licences de logiciels libres: les obligations de la liberté», in *Les logiciels libres face au droit*, *op. cit.*, p. 171.

²⁵ Y. COOL, *op. cit.*, p. 171.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Y. COOL, *op. cit.*, p. 173.

²⁸ J.-P. TRIAILLE, «Licences "open source" et contrats avec les auteurs et les distributeurs», *R.D.T.I.*, 2005, p. 58; Y. COOL, *op. cit.*, p. 173, note 429.

²⁹ Ou «End-User Licence Agreement» («EULA»).

On le voit, la question de l'applicabilité de la licence n'est en soi pas particulièrement complexe. Il s'agit simplement d'un contrat « en ligne » qui oblige les parties dès le moment où l'on peut considérer que le licencié a consenti aux conditions de la licence.

Il reste encore à voir quelle portée le juge a reconnue aux trois principales conditions de la licence CC by-nc-nd 2.5. Dans sa décision, le juge confirme que les trois conditions de la licence ont été violées par la défenderesse. Si l'accueil fait par le juge à la clause d'attribution et à celle interdisant de réaliser des œuvres dérivées ne faisait guère de doute, il est remarquable que la validité de la clause « non commercial » ne pose pas davantage de problème au juge. En effet, en accordant aux demandeurs une indemnisation de 1 500 EUR par condition non respectée, le juge leur reconnaît la même force à toutes les trois.

Pourtant, la clause « non commercial » est affectée par diverses difficultés d'interprétation, notamment dans la délimitation de son périmètre, difficultés que la jurisprudence devra trancher lorsqu'elle sera confrontée à des cas limites (par exemple une télévision de service public, ou un site internet financé par la publicité³⁰). Néanmoins, les travaux de Ph. Laurent montrent que la tâche n'a rien d'insurmontable, et qu'on pourrait utilement mettre en regard l'interprétation du texte de la licence CC by-nc-nd avec le droit européen afin d'élaborer des critères d'analyses précis³¹. Ainsi, si l'on suit le considérant 42 de la directive 2001/29/CE³², il semble que ce soit l'activité, et non la structure organisationnelle ou

les moyens de financement, qui soit pertinente pour déterminer le caractère commercial de l'usage de l'œuvre. Si l'on suit cette ligne interprétative, c'est en vain que la défenderesse aurait pu arguer d'un éventuel financement public ou de son statut d'a.s.b.l. pour tenter de faire échapper son utilisation de l'œuvre à la qualification d'usage commercial.

Toutefois, la question n'est pas encore vraiment tranchée. Ainsi, un juge pourrait considérer que la portée du considérant 42 de la directive³³ est un peu limitée pour soutenir une interprétation par analogie aux contrats de licences. Par ailleurs, ce critère de l'activité est en contradiction avec les usages parmi les utilisateurs, d'après une étude empirique réalisée par l'organisation *Creative Commons* sur la façon dont est interprétée la clause « nc » en pratique: « *uses by a not-forprofit organization are generally thought less commercial than uses by a for-profit organization, and even less so by creators than users* ».

Par ailleurs, un autre enseignement de cette étude conduit sans doute à relativiser le caractère problématique de cette clause: les ayants droit soutiennent généralement une interprétation plus généreuse de la notion de « non commercial » que leurs licenciés, plus prudents³⁴. Cette différence d'interprétation entre ces deux groupes d'utilisateurs laisse

³⁰ Ph. LAURENT, *op. cit.*, p. 333.

³¹ *Ibidem*.

³² 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, *J.O.C.E.*, L 167 du 22 juin 2001, pp. 10 et s.

³³ Le considérant 42 traite de « l'exception ou de la limitation prévue pour les utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales », directive 2001/29/CE, *op. cit.*

³⁴ *Cfr* Creative Commons, « Defining "Noncommercial": A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use" », septembre 2009, http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial: « Uses that are more difficult to classify as either commercial or noncommercial also show greater (and often statistically significant) differences between creators and users. As a general rule, creators consider the uses studied to be more noncommercial (less commercial) than users ».

penser que les cas limites ne donneront la plupart du temps pas lieu à des litiges.

OPTION DES RESPONSABILITÉS ET BASE LÉGALE DE LA RÉPARATION

La décision du 26 octobre 2010 donne l'occasion de clarifier une possible confusion autour de la réparation du dommage en cas de violation d'une licence libre. En effet, vu la motivation de la décision, il nous semble que l'on pourrait l'interpréter, à tort, comme une application du régime de responsabilité objective pour atteinte aux droits d'auteur à la violation de la licence *Creative Commons*, comme nous allons le voir.

Il est intéressant de constater qu'en cas de violation d'une licence CC, nous sommes confrontés à une situation d'option de responsabilités³⁵. En effet, le manquement reproché à la défenderesse constitue une faute mixte: il s'agit d'une faute à la fois en raison de l'inexécution des obligations contractuelles, ainsi qu'en raison de l'atteinte au droit d'auteur. La licence CC semble organiser cette situation, en disposant dans son article 7.a. que «Tout manquement aux termes de cette licence, dont vous seriez responsable, entraîne sa résolution de plein droit et la fin des droits qui en découlent». Dès lors qu'il y a résolution de plein droit, le titulaire des droits peut soit opter pour une indemnisation de son préjudice du fait de la faute contractuelle du licencié, soit demander une réparation pour l'atteinte à ses droits d'auteur, puisque sans licence il y a forcément contrefaçon.

Même sans le truchement de la résolution de plein droit, il semble que la question de l'option des responsabilités se poserait de toute façon, vu l'arrêt récent de la Cour de cassation qui décide que «Celui qui méconnaît les limites de l'autorisation d'exploitation délivrée par le titulaire des droits d'auteur ou des droits

voisins commet un acte de contrefaçon, indépendamment de toute faute contractuelle»³⁶.

Le juge peut donc décider de la réparation du dommage en se fondant sur deux régimes juridiques distincts. Dans un cas, on appliquera le droit commun de la responsabilité contractuelle, dans l'autre on appliquera le régime particulier prévu à l'article 86*bis* de la loi sur le droit d'auteur³⁷: celle-ci reconnaît à la partie lésée un «droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin»³⁸. Il n'est nullement besoin de prouver la faute, l'atteinte au droit d'auteur induit mécaniquement le droit à réparation, de sorte que ce régime a été qualifié de «responsabilité objective»³⁹ pour atteinte au droit d'auteur. L'opportunité de ce régime particulier introduit par la loi du 9 mai 2007 est très discutée: à l'instar de Th. Léonard, on remarquera que les régimes qui objectivent la responsabilité⁴⁰ ne sont normalement introduits que dans des cas très particuliers, «à l'égard de dommages ou de risques de dommages particulièrement graves, soit par leur ampleur (par exemple en matière d'accidents nucléaires) ou par leur nature (dommages corporels en matière de produits défectueux)»⁴¹. Or on ne voit pas très bien quel statut privilégié justifie

³⁶ Cass., 7 octobre 2010, R.G. n° F-20101007-1.

³⁷ Article 86*bis* de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

³⁸ Loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle.

³⁹ M. BUYDENS, «Les nouvelles législations dans le domaine de la propriété intellectuelle en 2007: un bref aperçu», *Cah. jur.*, 2008, n° 1, pp. 2 à 7; Th. LÉONARD, «Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile: réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle», in P. WÉRY (éd.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007.

⁴⁰ Il s'agit ici non pas d'un régime de responsabilité sans faute, mais d'un régime de responsabilité sur base de faute consistant en la violation de la loi. Cfr Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 202.

⁴¹ Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 201.

³⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 545 et s.

que les droits intellectuels bénéficient du même mécanisme. Cette approche objective paraît « peu compatible avec l'équité et le but de moralisation de la sanction de réparation en droit commun »⁴².

Examinons ce que cette option des responsabilités implique pour la décision commentée. La demande porte, à titre principal, sur une indemnisation pour inexécution des obligations de la licence CC sur la base des articles 1147 et 1149 du Code civil. La réparation en raison de l'atteinte aux droits d'auteur n'est demandée qu'à titre subsidiaire.

Quelle sera la voie retenue par le juge ? Un passage laisse croire qu'il examine la réparation de l'atteinte au droit d'auteur : « La bonne foi de la défenderesse n'est pas évasive de la faute et la réparation est due ». En effet, cette formule très courante indique généralement que le juge applique le principe de la responsabilité objective pour atteinte aux droits intellectuels⁴³. De plus, dans sa décision, le juge ne procède pas à l'examen systématique de l'existence d'une faute dans le chef de la défenderesse.

Or dans sa décision, c'est en fait la demande principale que le juge reçoit, en reconnaissant l'applicabilité de la licence CC by-nc-nd 2.5, ce qui le conduit à discuter les conséquences de sa violation, en calculant le montant de l'indemnité allouée en fonction des clauses de la licence qui ont fait l'objet d'une violation. Ce faisant, il ne met pas en œuvre le droit à réparation visé à l'article 86bis de la loi de 1994, mais le droit commun de la responsabilité contractuelle. Dès lors, le juge n'a pas à faire l'économie de l'examen de la faute du licencié, comme

dans le régime de la responsabilité objective de l'article 86bis. Comme dans n'importe quel contentieux de droit commun de la responsabilité contractuelle, il faut examiner non seulement en quoi il y a eu inexécution, mais si cette inexécution peut être qualifiée de fautive.

En l'espèce, il est fort probable que la conclusion du juge n'aurait pas été fondamentalement différente dans les deux cas, eu égard aux éléments mentionnés par le juge⁴⁴ : « l'attribut qui oblige le licencié à respecter la mention du nom de l'auteur paraît élémentaire », et « En sa qualité de professionnel de l'organisation de festivals, la défenderesse devait à tout le moins s'informer sur les conditions particulières de la licence ».

Il reste toutefois que cette différence dans la réparation du dommage en cas de responsabilité contractuelle et en cas d'atteinte au droit d'auteur semble offrir aux parties l'opportunité d'un choix tactique. Du point de vue du défendeur, il sera toujours préférable d'invoquer son acceptation de la licence, non seulement pour se défendre d'avoir commis une contrefaçon mais afin de se voir appliquer le régime général de la responsabilité contractuelle, qui nécessite la preuve de l'existence d'une faute dans son chef. Du point de vue du demandeur au contraire, il sera plus avantageux de faire appliquer les règles du « droit à la réparation » en vertu de la responsabilité objective prévue par la loi sur le droit d'auteur. En raison de cette option des responsabilités, il semble donc que la sanction judiciaire du respect des licences en droit d'auteur soit potentiellement moins sévère que celle de la violation pure et simple des droits d'auteur. En cas d'atteinte au droit d'auteur par un non-licencié, il n'est pas possible à celui-ci d'arguer de sa bonne foi pour exciper de sa faute.

⁴² Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 204. Ainsi, il n'est plus possible pour l'auteur de l'acte de prouver que la contrefaçon serait due à un tiers, ou qu'il a commis une erreur invincible en obtenant des garanties contractuelles suffisantes, par exemple. *Cfr* Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 208.

⁴³ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 90, n° 76, et p. 521, n° 655.

⁴⁴ Et qui, si l'on devait lire la décision comme appliquant le principe de la responsabilité objective, devraient être considérés comme des *obiter dicta*.

MONTANT DE L'INDEMNISATION ET ÉTHIQUE NON COMMERCIALE

La section portant sur l'évaluation du dommage est sans doute la partie la plus intrigante de ce jugement. Dans un premier temps, le juge reconnaît que « les demandeurs ont droit à une réparation de leur préjudice indépendamment d'une atteinte réelle et objective à leur marché et ce n'est pas parce que leur œuvre est sous licence libre que le préjudice n'existe pas ». Il semble donc que les œuvres sous licences libres doivent recevoir la même protection que n'importe quel contenu protégé par le droit d'auteur. Mais une fois ce principe posé, il semble que les choses soient différentes en ce qui concerne le dommage. En effet, alors que les demandeurs chiffrent leur dommage à 10 380 EUR, le juge de Nivelles leur accorde moins de la moitié de cette somme à titre d'indemnisation, pour le motif suivant :

« Le tribunal considère qu'il existe un paradoxe dans l'attitude des demandeurs, à savoir prôner une éthique non commerciale et réclamer une indemnisation pécuniaire à un tarif commercial, tarif nettement supérieur à celui pratiqué par la Sabam et nettement supérieur à l'indemnisation de 1 500 euros proposée par la défenderesse ».

Avant d'examiner si l'attitude des demandeurs est réellement paradoxale, penchons-nous brièvement sur la référence faite par le juge aux tarifs de la Sabam. Si les tarifs de la société de gestion collective sont souvent utilisés dans la jurisprudence pour évaluer le préjudice, c'est la plupart du temps parce qu'ils portent sur des œuvres faisant partie du répertoire de la Sabam⁴⁵. Il est donc normal que le juge évalue le montant du dommage évalué par le deman-

deur (la Sabam) en le comparant aux tarifs publics pratiqués par cette même Sabam.

Or, quand les demandeurs ne sont pas affiliés à la Sabam, comme c'est le cas dans l'affaire qui nous intéresse, il paraît *a priori* délicat d'évaluer le montant de leur préjudice en se référant aux tarifs de la Sabam, puisque ceux-ci sont susceptibles de faire partie des considérations ayant présidé à leur non-affiliation. On peut concevoir que certains auteurs choisissent de gérer eux-mêmes leurs droits exclusifs afin de pratiquer des tarifs supérieurs à ceux de la société de gestion. Or, si le juge se basait systématiquement sur les tarifs Sabam, il serait impossible pour des auteurs non affiliés de pratiquer des prix plus élevés, en raison de l'incitant pour les contrefacteurs potentiels à spéculer sur une condamnation à des dommages et intérêts plus faibles que le prix demandé pour l'exploitation licite de l'œuvre. Ce risque est encore plus grand si l'on suit la tendance en jurisprudence qui écarte l'application de dommages « punitifs »⁴⁶, à raison selon nous⁴⁷.

⁴⁶ Pour des exemples de décisions appliquant des majorations d'indemnités « punitives » ou « dissuasives » : Bruxelles (9^e ch.), 1^{er} février 2007, *J.L.M.B.*, 2007/42, p. 1762 ; Civ. Courtrai (3^e ch.), 20 avril 2004, 2007/42, p. 1762 ; Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2001, *A&M*, 2/2001, p. 375 ; Bruxelles, 25 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 93. *Contra*, concernant la tendance à rejeter les indemnités « punitives » : Bruxelles (8^e ch.), 3 mai 2005, *A&M*, 5/2005, p. 419 : « In het algemeen kan dan ook niet aanvaard worden dat de schadevergoeding overeenstemt met een veelvoud van de reproductierechten » ; Civ. Bruxelles (71^e ch.), 20 avril 2006, *A&M*, 4/2007, p. 356 : Le tribunal considère, comme certains auteurs, qu'une application aveugle des tarifs et majorations préconisés par les sociétés de gestion collective des droits est contraire au principe fondamental d'une réparation du seul dommage réellement subi et démontré ; Civ. Bruxelles, 9 juin 1995, R.G. n° 13.736/92 ; Gand, 22 avril 1998, *I.R.D.I.*, 1998, pp. 232 et s. ; Civ. Bruxelles, 21 novembre 1988, R.G. n° 21.996.

⁴⁷ En effet, à l'instar de E. Derclaye et A. Cruquenaire, nous pensons qu'il ne faut pas confondre la fonction de l'action civile et de l'action pénale. Le « droit à réparation » prévu par la loi sur le droit d'auteur, comme

⁴⁵ Voy. par exemple : Liège (14^e ch.), 10 avril 2004, *Ing.-Cons.*, 4/2008, p. 631 ; Liège, 17 octobre 2007 ; Bruxelles (9^e ch.), 4 février 2005, *A&M*, 2/2006, p. 185. Notez cependant que ces tarifs ne sont utilisés par le juge qu'à titre indicatif.

Il ne s'agit cependant pas de laisser le juge sans critère de comparaison pour évaluer le caractère raisonnable de la demande en réparation. Il semble néanmoins que pour respecter le choix d'un demandeur qui n'est pas affilié à la Sabam, le juge devrait se fonder sur les tarifs exigés habituellement par le demandeur lui-même, ou ceux pratiqués par d'autres professionnels non affiliés à la société de gestion. Bien sûr, c'est au demandeur de faire la preuve de ces tarifs « alternatifs », faute de quoi le juge ne peut que se reporter, à titre indicatif⁴⁸, sur ceux de la Sabam.

Toutefois, en l'espèce, on voit mal comment le juge a pu s'inspirer des tarifs de la Sabam puisque celle-ci ne donne précisément aucun tarif général pour la prestation en cause. En effet, contrairement à l'usage pour les droits de reproduction mécaniques, la Sabam précise pour le droit de synchronisation⁴⁹ que le « Tarif Musique préexistante » est convenu au cas par cas :

« Ces tarifs sont convenus avec les compositeurs et les auteurs ou leurs éditeurs. Il n'existe pas de tarif maximum.

le droit de la responsabilité civile, ne vise qu'à réparer le dommage subi, et non pas punir son auteur. Il revient au droit pénal, en l'occurrence les dispositions pénales des articles 80 à 86 de la loi sur le droit d'auteur, de réprimer et de dissuader les comportements contraires à l'ordre social. Cfr E. DERCLAYE et A. CRUQUENAIRE, « Quelques considérations sur les modalités d'intervention en justice des sociétés de gestion collective, sur la portée de certaines exceptions au droit d'auteur, et sur l'évaluation du préjudice résultant d'une atteinte au droit d'auteur », *A&M*, 3/2001, p. 378 ; cfr également S. MALENGREAU, « Atteinte aux droits d'auteur : dommages et intérêts », *I.R.D.I.*, 2003, pp. 190 à 204.

⁴⁸ Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2001, *A&M*, 2/2001, p. 375 ; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 23 avril 2004, *Ing.-Cons.*, 2005, p. 69.

⁴⁹ Selon la terminologie de la Sabam, le droit de synchronisation est le « droit de l'auteur d'accorder ou de refuser l'autorisation d'utiliser une œuvre musicale ou une partie de celle-ci dans une production audiovisuelle », <http://www.sabam.be/fr/getpage.php?i=142>.

La Sabam doit (au cas par cas et à la fois en Belgique et à l'étranger) consulter les compositeurs ou leurs éditeurs. Chez certains éditeurs, la négociation doit se faire directement»⁵⁰.

Les seuls tarifs prédéterminés concernent la « Musique d'illustration ». Il s'agit de musique « créée spécialement pour être utilisée dans des productions audiovisuelles », et qualifiée par la Sabam « d'un point de vue artistique » de « très suggestive, imagée, relativement 'vide', sécable selon la longueur et surtout subdivisée par concept et donc facilement recherchable »⁵¹. Cette qualification ne paraît pas pouvoir s'appliquer aux œuvres d'un groupe comme Lichôdmapwa dont la création est à vocation purement artistique et non utilitaire.

Mais revenons sur la raison principale qui conduit le juge à modérer la demande des parties. Il y aurait, dans l'attitude des demandeurs, un « paradoxe » consistant à « prôner une éthique non commerciale » tout en réclamant « une indemnisation pécuniaire à un tarif commercial ».

Pour analyser si l'attitude des demandeurs est vraiment paradoxale, il nous faut distinguer deux hypothèses que les faits rapportés dans la décision ne nous permettent pas entièrement de trancher.

La première hypothèse, la plus évidente, est celle où les demandeurs revendiquent une « éthique non commerciale » en ce qu'ils s'opposent catégoriquement à tout usage commercial de leurs œuvres. Quelles seraient les raisons d'un tel refus ? On peut concevoir que, même si des créateurs sont disposés à accorder à leur public l'avantage somme toute minime consistant à mettre gratuitement leurs œuvres à disposition pour usage privé, ils ne sont pas prêts à accorder l'avantage bien plus grand qui consiste à autoriser n'importe

⁵⁰ <http://www.sabam.be/fr/getpage.php?i=142>.

⁵¹ *Ibidem*.

qui à en faire un usage commercial. On peut imaginer également que certains voient une objection à ce que leurs œuvres soient exploitées dans une démarche capitaliste, autrement dit à des fins d'accumulation de richesse, et non pour leur valeur intrinsèque.

Ainsi, alors qu'en dépit de l'interdiction expresse, l'œuvre est exploitée à des fins commerciales, est-il paradoxal de demander une réparation à un «tarif commercial» (en admettant que cette qualification par le juge du montant de la demande soit correcte)? N'y a-t-il pas, semble dire le juge, une duplicité à adopter une attitude «non commerciale», alors qu'on cherche à réaliser soi-même un bénéfice aux dépens du premier contrevenant venu?

L'idéal aurait sans doute été d'exercer l'action en cessation pour mettre fin à l'atteinte. Mais lorsque celle-ci est déjà consommée (souvent dans un délai très court dans le cas d'une campagne promotionnelle), les demandeurs doivent-ils souffrir l'atteinte sans réagir? Ou se résoudre à ne recevoir qu'une indemnité modeste, sous prétexte qu'ils ont fait le choix d'interdire l'utilisation commerciale de leur œuvre? Au contraire, on pourrait même affirmer qu'étant donné leur éthique non commerciale, ils ont subi un dommage sans doute plus important que le simple manque à gagner d'un ayant droit n'ayant pas cette démarche: l'atteinte à leur réputation. Or, précisément, le juge refuse de faire droit à leur demande de publication du jugement dans une revue de musique libre aux frais de la défenderesse, ce qui semblait être un moyen pertinent pour réparer le dommage subi par les demandeurs. Surtout si, comme semble le penser le juge, il ne s'agit pas principalement d'une question d'argent. Dès lors, si l'on fait l'hypothèse que les parties s'opposent catégoriquement à tout usage commercial de leurs œuvres, ce n'est pas tellement l'attitude des demandeurs mais bien plutôt la décision du juge qui nous paraît paradoxale.

Mais il y a une seconde hypothèse, plus subtile. Et si cette clause «non commercial» n'avait pas une signification morale, mais davantage économique? En effet, placer leurs œuvres sous licence «nc» peut signifier que les auteurs se réservent le droit de négocier l'autorisation d'en faire un usage commercial⁵². Pour un groupe dont la musique est disponible sous licence *Creative Commons*, négocier des licences commerciales peut participer à un modèle économique tout à fait viable. On pourrait en résumer la logique comme suit: si l'usage privé des œuvres par le public est devenu difficilement excluible⁵³, de sorte qu'il vaut mieux les distribuer gratuitement, il existe toujours des prestations dont l'excluabilité ne fait pas de doute, et donc susceptibles de générer une rémunération, comme les représentations en concert ou la faculté d'accorder des licences commerciales.

Les juges semblent peu familiers avec les modèles économiques du libre accès. Dans la décision du tribunal de première instance d'Amsterdam, le juge avait considéré, pour rejeter les demandes visant au paiement de provisions sur dommages et intérêts, que la valeur commerciale des photos était faible parce qu'elles étaient disponibles librement sur Flickr⁵⁴. Au contraire, il nous semble que le fait qu'elles aient fait l'objet d'une publication (non autorisée) dans une revue à scandale prouve que ces photos ont une réelle valeur commerciale: le prix que la compagnie Audax Publishing aurait été prête à payer pour obtenir l'autorisation de publier ces photos de manière licite. Ainsi, comme le note Philippe

⁵² P. HANAPPE, «Building Open ecosystems for Collaborative Creativity», in *How Open in Our Future*, Bruxelles, VUB University Press, 2005, p. 212; Ph. LAURENT, *op. cit.*, p. 335.

⁵³ L'excluabilité, au sens de la théorie économique, est la caractéristique d'un bien dont il est possible d'interdire ou d'autoriser la jouissance.

⁵⁴ Civ. Amsterdam (réf.), 9 mars 2006, *op. cit.*

Laurent, la valeur commerciale de l'œuvre doit s'apprécier «du point de vue du contrefacteur qui prit conscience de l'intérêt lucratif de l'œuvre et s'adonna à son utilisation commerciale sans autorisation»⁵⁵. Cette conclusion est sans doute de nature à s'appliquer dans les deux hypothèses que nous évoquions, que les demandeurs s'inscrivent dans une démarche commerciale ou non.

CONCLUSION

La décision du 26 octobre 2010, en levant les derniers doutes sur l'applicabilité des licences *Creative Commons* en droit belge, contribue grandement à la sécurité juridique dans le domaine des licences libres. Les auteurs comme les utilisateurs savent à présent qu'ils peuvent compter sur le contrôle judiciaire pour trancher les litiges portant sur l'étendue des prérogatives et obligations reconnues par ces licences. Le modèle «tous droits réservés» n'apparaît plus comme le seul moyen sûr pour les titulaires en vue de protéger leurs droits. Dès lors, au vu de cette efficacité juridique, et comme tous les créateurs n'ont pas forcément intérêt à exercer l'étendue complète des droits exclusifs que leur reconnaît la loi, un plus grand nombre d'entre eux pourraient choisir de diffuser leurs œuvres sous licence CC.

Certes, le chemin est encore long pour que la doctrine et la jurisprudence s'approprient les particularités des licences libres. Sans doute Philippe Laurent a-t-il raison de dire que, par leur caractère subversif, elles suscitent parfois des problèmes d'interprétation, voire une certaine méfiance. Ainsi en va-t-il des modèles économiques alternatifs sous-tendus par la clause «non commercial», qui n'ont pour l'instant reçu qu'un accueil prudent de la part des juges belges et néerlandais. Par ailleurs, concernant l'interprétation à donner à la notion d'usage commercial, il faudra attendre que la jurisprudence ait l'occasion de se prononcer plus en détail que dans la décision commentée. De même, il serait intéressant d'observer comment le juge recevra les demandes tendant à faire appliquer l'effet viral du *copyleft*⁵⁶, et les complexités qui en découlent du point de vue de la relativité des effets internes du contrat⁵⁷.

⁵⁵ Ph. LAURENT, *op. cit.*, p. 335.

⁵⁶ Principe sous-tendant la condition de «*share-alike*» évoquée *supra*.

⁵⁷ Pour une tentative de réponse à ces questions, nous renvoyons encore une fois à l'excellente contribution de Y. COOL, «Aspects contractuels des licences de logiciels libres: les obligations de la liberté», in *Les logiciels libres face au droit, op. cit.*, p. 137.