

Où en sont les droits intellectuels positifs ?

Recentrer les droits intellectuels sur la reconnaissance positive des biens communs, et un usage encadré de droits de propriété adéquats pour différentes sortes d'entités

Philippe Aigrain

Chargé de mission, Direction scientifique, UMR 9912
IRCAM/CNRS/Culture

Fondateur, Association pour l'Information Libre et l'Espace
Public / SOPINSPACE (en création)

© Philippe Aigrain, 2003. L'utilisation de ce texte est soumise à la Creative Commons Attribution-By license (<http://creativecommons.org/licenses/by/1.0/>)

Les vues présentées dans ce texte sont celles de l'auteur et n'engagent pas l'IRCAM. Ce texte est celui d'une conférence prononcée en anglais à Metz le 10 juillet 2003 dans le cadre des Rencontres Mondiales du Logiciel Libre (Libre Software Meeting). Des révisions mineures ont été effectuées pour tenir compte des commentaires qui ont suivi cette présentation.

Comme vous le savez, j'ai passé plusieurs années au coeur des tourmentes, au point de rencontre entre, d'une part, la restriction des droits d'usage des entités intellectuelles, et, d'autre part, l'affirmation des nouveaux biens communs informationnels. Cela m'a conduit à mener divers combats :

- contre l'extension du domaine des brevets,
- contre le durcissement des restrictions d'usage des documents sous copyright,
- contre l'introduction de la législation par la technologie, du codage dans les systèmes techniques de la restriction des droits.

Je me suis aussi rendu compte rapidement que ces combats, que je continue à mener à partir d'autres positions, aussi importants soient-ils, sont perdus d'avance si nous ne nous consacrons pas en parallèle à une autre tâche, plus ambitieuse et plus difficile. Il s'agit de construire une nouvelle philosophie concrète des droits intellectuels, adaptée à l'ère des techniques d'information et de communication, et qui puisse servir de soubassement au débat public sur les décisions qui affectent ces droits intellectuels.

Il y a 3 ans, j'ai proposé dans un article intitulé « Droits intellectuels positifs et échanges d'information¹ » une première ébauche de cette philosophie positive

¹ Version anglaise accessible sur le site de la Free / Open Source Research Community,

des droits intellectuels. C'est la re-publication récente² sur l'excellent site Freescape de Florent Latrive qui a conduit les organisateurs des rencontres à m'inviter aujourd'hui à en parler. Mais avant de vous faire partager l'état actuel de ces réflexions, je voudrais vous inviter à un petit retour sur les mutations des 70 dernières années, sur la tragédie en 4 actes qui nous a conduit jusqu'aux extrêmes actuels. Ceci bien sûr en espérant que dans l'histoire, contrairement à la tragédie, le mot final reste à écrire.

Nous en sommes arrivés aujourd'hui à une situation de crise extrême. Cette crise pénètre tout l'espace du droit et des techniques. Sur le versant des poursuites, on peut réclamer quelques milliards à des étudiants fauchés pour avoir laissé d'autres accéder à des contenus dont ils ont acquis légitimement des droits d'usage, ou tenter de mettre en prison un programmeur de 16 ans pour avoir écrit un logiciel dont les buts sont légitimes. Mais au coeur le plus noble de l'espace juridique, on a aussi pu laisser inscrire dans la Charte européenne des droits fondamentaux, l'article 17.2 qui dit « La propriété intellectuelle est protégée », un des seuls articles de la charte qui ne soit pas référé aux droits des personnes. Presque tous les autres articles, même ceux sur les droits collectifs, même l'article 17.1 sur les droits de propriété, commencent par « toute personne a le droit ... ». En introduisant cette seule exception, en faisant de la propriété intellectuelle un être abstrait qui n'aurait plus à se justifier face aux êtres humains que nous sommes, on a tenté de parachever un tour de passe-passe. Au nom des droits des individus, on a transféré à d'immenses intérêts multinationaux des pouvoirs exorbitants de restreindre les droits des individus et des groupes sociaux. Heureusement la Charte contient de nombreux articles, notamment l'article 11 sur la liberté d'expression et le pluralisme des médias, et l'article 17.1 [toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement...] déjà mentionné qui permettront, espérons-le, d'éviter que l'article 17.2 serve de véhicule à la prévarication des droits de tous. Mais revenons au tableau d'ensemble. Il nous faut retracer l'émergence de cette crise, pour comprendre comment il est possible d'en sortir par le haut, par le retour aux droits positifs, aux droits qui servent les capacités individuelles et sociales des êtres humains.

Entre le milieu des années 1930 et le milieu des années 1950, en 20 ans, le monde a connu un ensemble de révolutions scientifiques majeures³ qui ont créé les bases des technologies de l'information, mais aussi des techniques fondées sur l'isolement ou la modélisation de couches informationnelles dans les objets

<http://freesoftware.mit.edu/papers/aigrain.pdf>

2 http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php?id_article=133

3 Bien sûr, ces révolutions ont été préparées par plus d'un siècle d'étapes plus discrètes, de l'organisation du calcul par de Prony aux machines de Babbage ou à la logique de Boole, des servo-mécanismes aux modélisations neuronales.

naturels et les objets techniques. L'école de logique symbolique et celle de la théorie de l'information ont créé les bases de l'informatique et des télécommunications modernes. Mais en parallèle, la cybernétique a jeté les bases d'une modélisation informationnelle des machines et des systèmes nerveux. Enfin l'isolement de couches informationnelles en génétique et en immunologie a jeté les bases des bio-technologies modernes.

Ces immenses révolutions, saluées à leur juste valeur dans le monde scientifique, technique et philosophique, sont restées totalement inaperçues dans leurs conséquences sociales et économiques pendant plus de 20 ans. Ce fut l'époque heureuse de l'accumulation silencieuse d'un précieux domaine public: la plus grande part de l'algorithmique, des techniques de programmation, une grande part des savoirs biologiques fondamentaux, ont pu être produits, partagés et diffusés dans une grande liberté, peu consciente d'elle-même, tant elle semblait aller de soi à ceux qui la mettaient en pratique. Il nous faut la soudaine révolte d'un James Watson démissionnant de son poste de directeur du projet génôme humain⁴ pour protester contre l'appropriation par les brevets de ses résultats pour nous rappeler qu'elle n'était pas pensable pour les scientifiques des années 50. Ils travaillaient encore à l'abri de la paisible ignorance qui faisait dire au principal dirigeant d'IBM⁵ qu'il y a avait un marché pour peut-être cinq ordinateurs dans le monde, la même qui fit dire plus tard à d'autres « mais qui donc veut d'un ordinateur chez soi ? »,

Pourtant, dès 1945, une discussion houleuse opposait von Neumann à Eckert et Mauchly sur le fait de breveter ou non la structure des ordinateurs (dite aujourd'hui de von Neumann). C'est un débat qui n'est pas le même que celui aujourd'hui de la brevetabilité des logiciels, car il s'agissait en partie au moins de structure d'une machine physique. Il est cependant intéressant de revenir aux arguments qui ont permis – outre sa stature, et le détails de diverses arguties juridiques⁶ – à von Neumann d'avoir gain de cause et à cette structure d'être dans le domaine public. Von Neumann estimait que sa structure, présentée dans le « First Draft of a Report on the EDVAC », capturait des propriétés fondamentales de la logique mathématique et de l'esprit humain, et était d'application si générique que de la breveter était aberrant. Peu suspect de générosité naïve, il était cependant profondément convaincu que la naissance des technologies de l'information était une révolution de civilisation. Cette

4 Le 10 avril 1992.

5 Un autre Watson, prénommé Thomas, et sans rapport avec le prix Nobel de biologie. En anglais, le mot “computers” (calculateurs) dut employé avant et après l'invention des ordinateurs, souvent désignés au début comme calculateurs électroniques ou calculateurs numériques.

6 On trouvera dans Mark Williams, The tangled debate over who invented the first computer, Red Herring, octobre 1999, <http://www.redherring.com/mag/issue71/news-print.html> les détails de l'aspect juridique de cette dispute, mais le plus important réside dans ce qui motivait von Neumann à ne pas vouloir breveter.

opposition entre ceux qui voient dans les technologies de l'information une technique comme une autre, et ceux qui l'analysent comme une étape fondamentale de civilisation, comme une invention analogue à celle de l'écriture et de la lecture, est le fil conducteur qui traverse notre sujet. Pour tous ceux qui perçoivent la nouveauté incommensurable, la refonte radicale des activités humaines permises par l'irruption des technologies de l'information, et celle des technologies informationnelles, il devient presque impossible de comprendre l'aveuglement de ceux qui persistent dans la vision étroite. Il nous faut pourtant accepter d'analyser cette cécité, car c'est elle qui explique la profondeur de la crise où nous sommes plongés.

Ce n'est qu'à la fin des années 1960 et dans le cours des années 1970, qu'un certain nombre de commentateurs commencèrent à déceler les transformations profondes dans l'économie et la société qui allaient résulter des techniques informationnelles. Comme souvent, ce furent des critiques assez radicaux qui les décelèrent les premiers : Jacques Ellul, Ivan Illich, Jacques Robin, René Passet. Ce dernier formula à la fin des années 1970 dans son livre *L'économie et le vivant*⁷ une vision lucide des effets radicaux qu'allait avoir la formation d'une économie de l'immatériel, à travers les coûts marginaux tendant à zéro et les effets de réseaux, mais resta à cette époque essentiellement dans une vision critique. A l'opposé, Illich et Robin pressentirent la possibilité de scénarios de développement alternatifs des techniques, du recentrage des technologies sur leurs usagers, de l'apparition de nouveaux biens communs. Jacques Robin est le créateur de l'expression « mutations informationnelles » pour rendre compte des transformations contradictoires qui résultent du rôle central des technologies informationnelles⁸. Au même moment, des techniciens et acteurs institutionnels comme les créateurs d'Arpanet et du futur Internet promeuvent également une vision positive des technologies de l'information et de la communication: celle de communautés créatrices échangeant librement sur des réseaux conçus pour s'adapter à leurs usages sans y introduire les coûts de transaction du contrôle.

Après la révolution silencieuse, le second acte de notre pièce fut celui d'une contre-révolution majeure, qui a propulsé une vision restrictive des droits intellectuels au premier rang des questions politiques mondiales. L'émergence de cette contre-révolution résulte de deux aspects: une transformation économique et un putsch idéologique. La transformation économique est celle qui voit apparaître des industries des titres de propriété intellectuelle en lieu et place des industries « protégées par la propriété intellectuelle ». Lorsqu'au

7 Avant que Manuel Castells ne redéveloppe les mêmes thématiques dans un contexte plus récent.

8 On trouvera une présentation récente de cette notion dans Jacques Robin: « L'écologie politique et le XXI^e siècle », extrait de *Transversales Science Culture*, nouvelle série, n°1, 1er trimestre 2002

19ème siècle, Solvay invente un nouveau procédé de production de la soude, plus rapide et moins coûteux, les brevets lui servent à pouvoir le déployer sans concurrence trop rapide, mais les prix de vente de la soude restent très largement expliqués par les coûts de production. A l'opposé, avec le développement des industries pharmaceutiques modernes, des éditeurs de logiciels propriétaires, des médias numériques centralisés, des grands groupes semenciers et agro-alimentaires biotechnologiques, on voit apparaître des industries dont les prix de vente, les marges, le chiffre d'affaires, et la capitalisation boursière ne s'expliquent plus que par la détention de monopoles de brevets ou de copyright. Cela fait de ces groupes des monstres de puissance, mais des monstres aux abois. Immensément riches, et capables d'influencer la décision politique en proportion de cette puissance, ils savent cependant être des colosses aux pieds d'argile, ne tenant debout que sur la base de la protection que les états accordent à leurs monopoles, et sur l'exclusion des alternatives de domaine public qui continuent, nous le verrons, à se développer. Le danger est évidemment grand, car si vous rencontrez un jour un ours dans quelque montagne, vous saurez rapidement qu'il vaut mieux qu'il ne sente pas menacé.

En parallèle avec cette immense transformation économique, se déroule un putsch idéologique. Le travail de Gareth Hardin dans son article *The Tragedy of the Commons* (1968)⁹ est réinterprété par des idéologues conservateurs qui l'appliquent à des sujets où son analyse n'a pourtant aucune validité. En effet Hardin analysait les difficultés propres au devenir des biens communs physiques comme l'eau, l'air, les terres agricoles, les forêts. Il pointe à juste titre la nécessité de limiter l'accès à ces ressources dont l'usage limite la disponibilité ou la qualité, dès que démographie, recherche du profit ou changement technique accentuent la pression sur elles. Il remarque que ceci peut se faire soit par la réglementation étatique, soit par des mécanismes de propriété garantissant, à son avis, le fait que les usagers aient un intérêt suffisant à limiter leur usage ou investir dans la reconstitution des ressources. L'analyse de Hardin a été sévèrement critiquée pour les ressources physiques, mais tout au moins discute-t-elle dans ce contexte des problèmes réels. Mais dans le domaine informationnel, domaine de biens non-rivaux par excellence, où l'usage loin de limiter la disponibilité ou la valeur des ressources l'augmente, ce n'est pas une tragédie des communs qui nous menace, mais bien la tragédie des enclosures. Cela n'empêchera une génération entière d'entamer une sacralisation des droits de propriété sur les biens informationnels. Au nom de Ronald Coase, lui aussi spécialiste de ressources rares et rivales comme le spectre hertzien dans les années 50, on enseignera la supériorité des marchés de

⁹ Science, 162(1968):1243-1248, <http://dieoff.com/page95.htm>

titres de propriété pour réduire les coûts de transaction par rapport aux mécanismes d'allocations de ressources dans les organisations hiérarchiques comme les entreprises ou les états. Cela sans se rendre compte qu'en comparaison aux mécanismes de contrat et de propriété, la production coopérative de biens communs informationnels offre des coûts de transaction infiniment réduits, et que donc l'analyse Coasienne elle-même¹⁰ conduit aujourd'hui à la préférer dans un vaste champ d'activités.

La conjonction de l'existence d'entreprises sur-puissantes et menacées et d'un cadre idéologique va se traduire par une véritable frénésie de l'extension de l'étendue, la durée, l'intensité et des mécanismes de mise en oeuvre l'appropriation, dont vous connaissez tous les grands traits mais qu'il est impressionnant de réunir en un unique tableau.

Etendue (principalement brevets)	Durée, intensité, mise en oeuvre par la technologie	Procédures pénales et civiles, droits des licences et contrats
--	---	--

10 Pour une présentation journalistique de l'analyse Coasienne voir: <http://www.boston.com/globe/search/stories/nobel/1991/1991f.html>. Pour sa propre présentation voir: Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 1937, aujourd'hui plus accessible à travers: Ronald H. Coase. *The Firm, the Market, and the Law*, university of Chicago Press, 1988. Pour un usage moderne de la théorie Coasienne en faveur des biens communs informationnels voir Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*, Yale Law Journal, 112 Winter 2002-2003, <http://www.benkler.org/CoasesPenguin.html>.

<ul style="list-style-type: none"> • <i>Molécules (débat de 1850 à 2006 ou plus)</i> • <i>Variétés animales et végétales</i> • <i>Séquences et séquences partielles de gènes</i> • <i>Logiciels, algorithmes, structures de données, et à travers les logiciels ... tout le reste (méthodes intellectuelles, d'enseignement, thérapeutiques, d'échanges sociaux, etc.)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Extension successive de la durée du copyright (30, 50, 70 and après la mort du dernier "créateur" pour la plupart des médias)</i> • <i>Mesures techniques "de protection" et mise hors la loi de leur "contournement"</i> • <i>Réinterprétation restrictive des droits d'accès et d'usage ("fair use", citation, présentation de l'information, enseignement, recherche, etc.)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Procédures, sanctions pénales et civiles durcies</i> • <i>Injonctions ou responsabilité pénale ou civile pour les "fournisseurs de moyens" (même légaux), la complicité, et l'incitation (!)</i> • <i>Des termes de licences plus restrictifs deviennent légaux, protection affaiblie des consommateurs et usagers finaux</i>
--	---	--

La frénésie prend 3 formes: l'extension du domaine soumis au droits des brevets, le durcissement des mécanismes d'usage des entités soumises à copyright, et le durcissement universel des mécanismes policiers et des procédures et sanctions pénales et civiles concernant tous les titres de "propriété intellectuelle". En ce qui concerne l'extension de la brevetabilité, il s'agit d'un processus engagé pour ce qui concerne les molécules chimiques et en partie les variétés animales et végétales avant l'irruption des technologies informationnelles. Mais dans le contexte précédent, il n'y avait là que l'usuel bétonnage des positions dominantes acquises (celles de la chimie allemande et des grands groupes semenciers en l'occurrence), avec des effets certes nuisibles, mais sans commune mesure avec ceux de l'appropriation des mécanismes génétiques et des méthodes informationnelles. Le combat pied à pied que nous menons pour empêcher le point final de cette extension, à savoir la légitimation des brevets logiciels en Europe, ne cependant pas nous faire oublier les désastres en cours dans le domaine des droits d'usage d'entités soumises à copyright. Je parle à dessein de copyright, car la croyance qu'il s'agirait ici encore d'un système de droits d'auteur et non de la pure capitalisation des droits patrimoniaux est l'une de ces étranges illusions françaises, qui a beaucoup

contribué à mobiliser les auteurs et créateurs au service des intérêts de grands groupes multinationaux qu'ils vilipendent par ailleurs. Je reviendrai sur ce point. Même dans les domaines comme le livre et la photographie, pour lequel les droits d'auteur (en ce qu'ils ont de distincts des droits patrimoniaux) n'ont pas encore été vidés de toute substance, les éditeurs et sociétés supposées représenter les auteurs, sont le plus fréquemment instrumentalisés par l'industrie des droits de propriété, et travaillent encore impertubablement à les aider à étrangler le domaine public et l'accès libre au profit de Corbis ou des livres électroniques à accès restrictif.

On a donc étendu la durée du copyright suffisamment pour qu'il n'existe toujours à peu près aucun enregistrement de média temporel sonore ou visuel dans le domaine public. On a restreint et rebaptisé exceptions les droits d'usage légitimes et fondamentaux des documents, restreignant des choses aussi précieuses que le droit de citation, et s'efforçant qu'il reste une fiction pour des médias comme la télévision. Nous avons accepté de sacrifier la défense des restrictions à tel point que si l'on ne parvient pas à l'empêcher, la transposition de la directive 2001/29 permettra à des dispositifs techniques de décider en lieu et place des juges du degré auxquels ces droits doivent pouvoir subsister. Nous acceptons d'être ainsi plongés dans l'obscurantisme d'un illettrisme, qui ne nous permet que le rôle de récepteurs des médias de flux, après quoi on se lamentera des ravages de la télévision sur l'esprit public. Enfin on est en train d'"harmoniser" en le durcissant un gigantesque système de traitement judiciaire et policier des infractions supposées¹¹, dont la version initiale était suffisamment attentatoire aux droits de l'homme pour avoir suscité l'horreur chez de nombreux responsables de la Commission européenne, mais dont une version policée, et à mon avis toujours monstrueuse, a été adoptée par la Commission, et est bien sûr jugée très insuffisante par les lobbies des médias centralisés.

Mais rappelons-nous que l'exposé d'aujourd'hui n'est pas consacré à la dénonciation de ces abus. Il porte sur les alternatives positives. Celles-ci se construisent d'abord dans les faits. Pendant même la frénésie que je viens de vous décrire, les révolutions informationnelles se sont poursuivies. L'Internet a pris par surprise les concentrateurs de droits de propriété, et a installé une architecture dont les propriétés sont profondément favorables à la multiplicité des émetteurs et à la diffusion équitable de la diversité de leurs productions. Bien que cette potentialité ne soit que partiellement réalisée, et soit toujours

menacée de rabatement sur des architectures favorables aux grands émetteurs de flux, comment ne pas discerner ce qu'elle a nous a déjà donné, notamment par son extension à travers la Toile et de nouvelles formes d'applications pair-à-pair. Pour ne citer que quelques exemples : une explosion de la coopération mondiale scientifique et artistique, de nouveaux médias coopératifs, une vraie renaissance dans la disponibilité des savoirs et savoirs-faire.

Bien sûr, le chemin n'est pas aisé : l'immaturité de certaines pratiques rend nécessaire la réinvention de nombreuses approches visant la qualité des productions dans un nouveau contexte. Les ruptures introduites par l'introduction d'une nouvelle échelle globale pour les échanges d'information, par exemple en matière d'équilibre des langues rendent nécessaire une mobilisation particulière et l'invention de nouveaux outils. Les conflits entre facilité de capture et de diffusion d'informations et la préservation de la sphère personnelle créent de nombreuses difficultés qui appellent d'autres innovations, des arbitrages politiques, et des traitements juridiques. La multiplicité souhaitable des sources d'information, l'échelle et la rapidité de diffusion de ces informations ne peuvent se concevoir sans un solide appareil critique, capable d'authentification, d'évaluation, de réception critique et de détection et correction des erreurs. Les extraordinaires innovations techniques et sociales sur ce plan¹² prennent cependant progressivement forme et sont constitutives d'une nouvelle éthique. Toutes les difficultés qui viennent d'être mentionnées ne doivent jamais nous faire oublier la perspective générale d'un monde où tous peuvent, dans la mesure de capacités en développement, produire, échanger et accéder aux entités intellectuelles. Lorsque nous choisissons un instrument technique, politique ou juridique pour résoudre ces difficultés, nous devons en permanence nous demander: ne sommes-nous pas en train de détruire cette base ?

Donc les révolutions informationnelles continuent. Mais cette continuation ne conduirait qu'à durcissement plus poussé encore si elle ne s'était pas accompagnée pas d'une révolution intellectuelle : les biens communs sont devenus conscients d'eux-mêmes. Nous sommes ici réunis par cette conscience partagée. Elle va bien au delà du logiciel libre, non seulement dans les communautés d'Internet (de l'ISOC à l'EFF, du CSFSR au W3C), mais dans l'information et les publications scientifiques ouvertes, l'art et les biens communs créatifs. Cette conscience a trouvé ses défenseurs et ses philosophes, promoteurs de la métaphore de la tragédie des enclosures (Boyle, Lessig, par

12 Je pense ici aux remarquables capacités des réseaux de communautés informationnelles ouvertes pour élucider ou rétablir la vérité en présence d'informations erronées. Ces capacités doivent être analysées comme un écosystème d'ensemble. Une communauté particulière peut connaître une dérive inquiétante, mais le système d'ensemble semble vraiment robuste pour échapper à ces dérives.

exemple), pionniers des mouvements de consommateurs modernes (Nader, Love) ou avocats d'une coalition des biens communs (Bollier ou moi-même). Elle a aussi pris forme puissamment à propos des technologies informationnelles biologiques, avec la résistance à la brevetabilité des séquences génétiques et de nombreux projets visant des biens communs coopératifs¹³. Elle a contribué à un renouveau de la pensée des biens communs physiques, de Petrella et l'appel de Lisbonne pour l'eau, aux agriculteurs indiens pour les variétés végétales ou à Oxfam pour l'accès aux médicaments.

La coexistence entre la frénésie de propriété intellectuelle et des biens communs devenus conscients d'eux-mêmes est aujourd'hui le théâtre de l'ouragan dont je vous parlais en introduction. Que faire dans une telle situation. Bien sûr, nous menons des batailles sur divers fronts, comme celle qui font rage aujourd'hui sur la brevetabilité logicielle en Europe, ou celle pour la préservation des droits d'usages et contre les dangers des systèmes de gestion de droits numériques. Mais ne nous illusionnons pas sur ce plan. Pendant le traitement législatif européen de la directive 2001/29, une société comme AOL Time Warner avait 20 juristes à plein temps travaillant et poussant les jeux d'influence sur le sujet. Qui pourra jamais détecter, et stopper à temps des textes aussi obscurs que les directives 1998/34 et 48 sur la notification des règlements techniques et des formes de services qui pourraient pourtant se révéler des armes dévastatrices contre différentes politiques en faveur des biens communs ? Plus encore, comment aurons-nous de nouveaux alliés dans les combats de demain, et en particulier les innovateurs, les auteurs et les artistes qui sont encore aujourd'hui souvent instrumentalisés par les groupes d'intérêt des médias centralisés à leur profit ? Comment deviendra-t-il moins nécessaire de mener ces combats, parce que la part des décideurs et concepteurs qui sont honnêtement préoccupés de bien public aura assimilé de nouvelles formes de l'intérêt général. En parallèle avec quelques batailles essentielles, il faut produire un cadre général de pensée, éduquer une nouvelle génération à ce cadre, le valider dans la pratique sociale et économique.

Je vous invite à lire mon article de 2000 qui représente un premier effort dans cette direction. J'y propose une liste de droits intellectuels positifs, c'est à dire une liste de capacités qui doivent être données aux créateurs et usagers d'entités intellectuelles. J'y défend un traitement différencié de différents types de documents et objets intellectuels, sur la base de critères permettant de choisir les instruments les plus adaptés à chaque cas. Mais surtout, j'y défend l'explicitation de droits positifs pour le domaine public volontaire, et un

principe général de préférence pour les mécanismes qui ne créent pas d'obstacles ou de coûts de transactions insupportables dans l'usage ou pour devenir fournisseur d'entités intellectuelles. Je vais dans le temps qui me reste vous présenter les développements plus récents sur ce plan.

Lorsque j'ai défendu¹⁴ l'explicitation de droits explicites de contribution au domaine public inappropriable, j'avais au départ un certain malaise, puisque ces droits me semblaient aller de soi, il était presque obscène de vouloir les expliciter. Je suis aujourd'hui convaincu que c'est au contraire essentiel. Examinons en effet quelques conséquences de cette explicitation. Sur les licences et les contrats, tout d'abord. La plupart des juristes – en particulier français – ont pris l'habitude de considérer que toute licence est par nature un contrat de cession de droits. Or le droit continental européen est formel : on ne peut céder par contrat que des droits limités pour des usages explicitement définis. Il en résulte alors immédiatement que toutes les licences libres sont non-valides, puisqu'elles donnent de façon illimitée des autorisations pour tout usage. Et nos juristes de se mettre à rêver d'un océan de travail de mise en conformité des dites licences, le plus souvent sans se rendre compte que ce qui serait leur défaut supposé est au coeur même, au principe de leurs effets. Si l'on accepte leur interprétation, on se retrouve dans la situation inénarrable où les droits d'auteur ont été vidés de toute substance pour s'opposer aux producteurs et distributeurs (voir par exemple la directive sur la transmission de la télévision par satellite), mais ne subsisteraient plus que pour un ultime effet : interdire à un auteur de contribuer sans conditions ses oeuvres au domaine public.

Dans une telle situation, deux solutions sont possibles. Soit d'autres juristes pourront montrer que les premiers se trompent, et que non, contrairement aux licences propriétaires, les licences libres ne sont pas des contrats, comme l'ont défendu brillamment Eben Moglen et Carol Kunze. On les décrit alors comme de simples notices de permission définissant les conditions selon lesquelles le détenteur des droits s'abstiendra de poursuivre les usagers pour violation de ces droits. Les licences libres, et surtout la GPL, n'ont pas le caractère d'assentiment bilatéral des contrats: il n'est pas besoin d'être “d'accord” avec leurs termes pour bénéficier de l'autorisation. Une telle interprétation a également l'avantage de résoudre de nombreux problèmes en termes de garantie et responsabilité, en laissant aux contrats (les vrais, ceux qui portent sur les produits et les services) le soin d'établir cette responsabilité, et de définir les conditions d'exercice d'une garantie “ajoutée au bien public”. Soit au contraire, les juristes, qui sont plus savants que moi sur ce plan, décideront

¹⁴ Dans la partie de mon article qui constitue l'article “Domaine et Espace Publics” du Dictionnaire Critique de la Mondialisation, mais aussi dans mon article sur les choix de licence pour les logiciels à financement public.

qu'une telle interprétation n'est pas possible¹⁵. Une phrase de l'article 5 de la version actuelle de la GPL les y aidera, car elle prêle à une certaine confusion et affaiblit l'interprétation de celle-ci comme n'étant pas un contrat. Alors il ne restera évidemment qu'une seule possibilité, si l'on n'accepte pas de rejeter les biens communs hors de l'espace juridique, ce sera de reconnaître et codifier un nouveau droit de contribuer sans condition au domaine public. Il faudra bien sûr quelques précautions, notamment pour garantir le caractère volontaire de cette contribution.

Définir explicitement ce nouveau droit permettrait également, du point de vue de la comptabilité et des incitations à la recherche, de construire des mécanismes élégants de soutien à la production de logiciels libres innovants, par exemple. Mais attention, si l'on met en marche ce processus, il faudra y être extrêmement vigilant, car rien ne serait plus dangereux qu'une reconnaissance des biens publics qui les définirait de manière restrictive, les enfermerait dans un petit ghetto par exemple en les confinant au domaine non-commercial, limiterait leur nature possible, prétendrait interdire de les rendre inappropriables. Si des enceintes aussi distantes et opaques que l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, le comité ADPIC de l'Organisation Mondiale du Commerce ou la Commission européenne s'emparent d'un tel projet, il y a évidemment un grave risque que cet étranglement se produise. Seule une coalition sociale et politique extrêmement large et mobilisée peut éviter que cela ne se produise, alors que des hordes de lobbyistes s'y consacreront à plein temps.

Malheureusement, l'exemple récent de la proposition de directive sur l'accès à l'information du service public risque de constituer le prototype d'une entreprise aux objectifs nobles (rendre plus accessibles et librement utilisables les informations produites par le secteur public) mais avec de désastreux effets de bord sur quelles sont la nature des licences qui peuvent être choisies. Il n'est pas trop tard pour agir sur ce plan.

Un autre versant de la reconnaissance de droits positifs pour le domaine public non-appropriable est celui des conséquences pour les mesures acceptables en matière de dispositifs ou mesures "de protection". Si l'on reconnaît des droits positifs d'usage du domaine public, qu'il soit constitué volontairement, ou par extinction de droits, ces droits, sans être absolus, limitent naturellement les modes de mise en oeuvre des autres droits, et notamment des droits de propriété. L'on retrouve ici l'importance centrale de l'interdépendance entre différents usages et différentes techniques, et de la nécessité de ne pas créer

d'obstacles d'accès et de coûts de transaction qui réduiraient à néant les promesses des nouveaux échanges d'information. L'obligation de laisser l'accès au domaine public, y compris dans le futur (par exemple quand un document y tombera) n'est pas une exception mais bien une obligation impérieuse. Elle comporte une obligation de ce que les usages du domaine public puissent se développer équitablement sur toutes les plate-formes techniques. L'obligation de laisser ouverte l'interprétation la plus large possible des droits de citation, d'usage pour la présentation de l'information, pour l'enseignement et la recherche, etc. n'est pas moins impérieuse. Si la directive 2001/29 sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information ne permet de reconnaître et de mettre en oeuvre ces droits positifs, des impératifs éthiques élémentaires, ou l'article 11 de la charte des droits fondamentaux qui prendra bientôt valeur constitutionnelle interdisent tout simplement de la transposer.

Quand aux systèmes de gestion de droits numériques, et à leur forme achevée dans l'usage de microprocesseurs mettant en oeuvre les spécifications de la Trusted Computing Platform Alliance, je ne peux que rejoindre Julie Cohen¹⁶ affirmant qu'il y est difficile d'en parler tant l'idée même en est absurde. Toute notre civilisation est fondée sur le fait que les supports des documents soumis à droits d'auteur laissent les usagers décider eux-mêmes, quitte à en subir a-posteriori les conséquences, de l'étendue acceptable de droits comme la citation, ou l'usage pour la présentation de l'information. C'est la valeur même des droits d'auteur que de ne pas être installés comme obstacles a-priori, de laisser chacun juge de ce qu'il a le droit ou non de faire, et au juge de décider si on l'y appelle si ce choix était correct. Installer dans le chemin de cette civilisation des contrôles à priori, une législation par la technologie de la définition de ces droits, ce que nous laissons faire, et à quoi on prétend même donner la protection la plus brutale de la loi, est un crime contre l'esprit. Imaginant Fahrenheit 451, Bradbury nous a montré un scénario de la perte des biens culturels les plus précieux. Il n'imaginait pas que ce seraient précisément certaines industries productrices (au sens financier) de biens¹⁷ culturels qui seraient les artisans les plus acharnés de la destruction des modes d'échanges qu'ils autorisent. Mais il n'imaginait pas non plus que des centaines de milliers de personnes iraient bien loin que d'apprendre par coeur des livres, et créeraient un vrai espace public pour toutes les entités intellectuelles. Nous devons élucider les droits constitutifs de cet espace public, travailler à dépasser ses faiblesses, le situer dans la valeur des traditions des espaces publics qui l'ont précédé.

16 Communication à l'Open Source Summit, Georgetown University, octobre 2002.

17 Il ne s'agit pas ici des éditeurs traditionnels de livres, mais des groupes éditoriaux intégrés verticalement, et de certains de leurs partenaires technologiques.

movement (David Bollier)