

L'accès libre

Olivier Charbonneau*

Sommaire	551
1. INTRODUCTION	551
2. L'AVÈNEMENT DU NUMÉRIQUE ET DE L'ACCÈS LIBRE	554
2.1 Quelques repères historiques	554
2.2 Une économie de mots	557
3. L'ACCÈS LIBRE EN PRATIQUE	561
3.1 Utilisateurs-contributeurs	561
3.2 Cas institutionnels	564
4. PERSPECTIVES POUR LES JURISTES	567

© Olivier Charbonneau, 2010.

* Bibliothécaire professionnel, Université Concordia, Montréal, Canada : L'auteur désire remercier son employeur, les Bibliothèques de l'Université Concordia, pour l'appui dans ses efforts de recherche. Mise en garde : l'auteur est actuellement coordonnateur par intérim pour Creative Commons Canada à titre bénévole. Le présent article contient les opinions personnelles de l'auteur qu'il diffuse pour des fins de discussion uniquement. Veuillez consulter un avocat si vous avez des questions juridiques.

Sommaire

La tension entre le droit d'auteur et les technologies de l'information et des communications a nourri plusieurs litiges au cours des dernières années. Les paradoxes de l'information numérique posent un cadre conceptuel dans lequel doivent s'opérer non seulement l'analyse économique du potentiel commercial des œuvres protégées, mais aussi une évaluation des rôles d'intervenants nouveaux et variés de la chaîne de diffusion des médias. Dans ce contexte, l'accès libre représente une philosophie de diffusion et une approche économique qui s'offre à un titulaire légitime pour l'exploitation d'une œuvre protégée. Cet article vise à explorer l'accès libre au profit d'une compréhension juridique du phénomène. Dans un premier temps, une analyse des facteurs historiques, ainsi qu'une présentation des particularités économiques des biens numériques, vont jeter les bases théoriques nécessaires. Dans un second temps, des exemples contemporains ajouteront à la compréhension juridique de l'accès libre. L'objectif est de positionner l'accès libre dans le contexte particulier du droit d'auteur et de jeter les bases d'une exploration de la nature même du droit d'auteur.

1. INTRODUCTION

Si la fixation d'une œuvre originale donne naissance au droit d'auteur, le contrat¹ lui permet de voyager. Pierre-Emmanuel Moyse² propose même que le droit d'auteur est un droit de distribution, ce dernier étant lauréat du concours de la « grande famille de droits d'auteurs » à servir d'analogie fondatrice contemporaine de ce droit. En effet, grâce à la dématérialisation qu'offre le numérique, « les œuvres sont cette fois distribuées sans enveloppe matérielle »³. L'auteur soulève l'avènement de la reproduction mécanique, puis son corollaire industriel, la distribution, comme moment où s'opère

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, par. 13(4).

2. MOYSE (Pierre-Emmanuel), *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

3. *Ibid.*, p. 5.

le « changement de paradigme »⁴ dans le droit d'auteur. Plus récemment, les moyens de distribution numériques posent un autre changement de paradigme riche en questionnement sur l'épistémologie du droit d'auteur.

Nonobstant les iconoclastes technophiles, qui fustigent le droit d'auteur, les analyses et questionnements portés par Moysse et bien d'autres⁵ sur l'avenir du droit d'auteur sont absolument nécessaires, étant donné les nouveaux moyens de création et de communication des œuvres protégées. Mais la dématérialisation n'est pas le seul phénomène que pose l'univers numérique. À cela s'ajoute la désintermédiation, qui impose une recontextualisation, une réification⁶ en fait, des acteurs, des institutions et des rôles de chacun dans le système social particulier créé par le droit d'auteur : les marchés d'information⁷. En effet, l'hypothèse proposée veut que tous et chacun puissent maintenant prétendre à une plume d'écrivain ou à la caméra du cinéaste et aspirer rejoindre un public planétaire, et ce, à faible coût. Jadis, cette opération nécessitait des investissements massifs et des ressources substantielles. L'objectivation antérieure des marchés de l'information se voit ébranlée par cette hypothèse, qui semble se confirmer tranquillement grâce à l'adoption sociale d'Internet. La désintermédiation est l'envers et le complément de la dématérialisation, qui repositionnent les pôles du droit d'auteur autour d'axes nouveaux. Est-ce que ce questionnement axiologique impose un rejet des postulats fondateurs du droit d'auteur contemporain ? Si oui, quels en seraient la forme et le contenu ? Avant de pouvoir explorer ces questions épistémologiques, il convient d'explorer la cause de ces interrogations.

Dans cette perspective, nous proposons d'examiner un phénomène particulier de l'univers Web, celui de l'accès libre⁸. Selon Peter Suber, l'accès libre est un moyen de diffusion documentaire numé-

4. KUHN (Thomas S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 25-51 et p. 115-135.
5. Voir, entre autres, VAVER (David), « L'image publique des éditeurs et du droit d'auteur », (2007), 19 :1 *Cahiers de propriété intellectuelle*, p. 303-314 ; PATRY (William), *Moral panics and the copyright wars*, New York, OUP, 2009.
6. BERGER (Peter) et al., *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1992, p. 124.
7. BOMSEL (Olivier), *L'économie immatérielle : industries et marchés d'expérience*, Paris, Gallimard, 2010.
8. Cette expression est une traduction d'*Open Access* en anglais. L'expression « libre accès » est parfois employée, mais il convient de dire que c'est l'accès qui est libre, et non l'inverse. D'ailleurs, « libre accès » apparaît comme une traduction directe d'*Open Access* et perd son sens en français. C'est pourquoi l'« accès libre » est l'expression choisie.

rique, en ligne, sans coût et libre de la plupart des contraintes du droit d'auteur ou contractuelles⁹. En fait, il s'agit d'une définition fonctionnelle de l'accès libre. En termes juridiques, il est important de situer l'accès libre comme un moyen de communiquer ou de mettre à disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur grâce à des licences qui autorisent, en amont, une panoplie d'utilisation de ces œuvres. Il faut donc préciser que l'accès libre s'opère grâce au droit d'auteur et, particulièrement, grâce à des licences d'utilisation habituellement non exclusives.

Avant de procéder, il convient de situer l'accès libre du point de vue sémantique. Premièrement, il est erroné de regrouper l'accès libre, et ce que l'on pourrait qualifier de piraterie, par exemple l'échange d'œuvres cinématographiques entre internautes. Dans le premier cas, il s'agit bel et bien du titulaire du droit d'auteur, ou d'un ayant droit légitime, qui décide de diffuser librement ses œuvres par Internet. Dans le second, il s'agit d'une appropriation illicite des œuvres d'autrui. En outre, l'accès libre diffère de l'utilisation des œuvres grâce aux exceptions et limitations du droit d'auteur. Dans le premier cas, l'utilisation s'opère par des moyens contractuels¹⁰. Dans le second, des moyens extracontractuels sont invoqués. En soi, l'accès libre est un phénomène dans le cœur du droit d'auteur et du processus contractuel.

Afin de comprendre les ramifications de l'accès libre, il est important d'exposer certains points théoriques. Ainsi, un bref survol historique suivi de quelques points d'analyse économique vont présenter les éléments essentiels à la compréhension des bases de l'accès libre. Ensuite, quelques cas pratiques, notamment ceux des « utilisateurs-contributeurs » et certains projets institutionnels, vont exposer les contextes dans lesquels s'inscrit l'accès libre. Une conclusion visant à explorer les implications pour les juristes termine la présentation de l'accès libre. Des pistes de réflexions épistémologiques seront proposées, sans nécessairement vouloir répondre aux questions évoquées précédemment.

Le lecteur attentif constatera que la question des droits moraux est absente de notre analyse. En fait, une bonne partie de la compréhension de l'accès libre repose sur des questions historiques et économiques. Sans vouloir limiter l'importance des droits moraux dans

9. Notre traduction de SUBER (Peter), *Open Access Overview* (<http://www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm>).

10. DUSOLLIER (Séverine), « Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering », (2007) 82 *Chicago-Kent Law Review* 1391.

l'asymétrie de pouvoir qui persiste entre le créateur et les autres acteurs des systèmes sociaux concernés, cet aspect du droit d'auteur est moins directement concerné dans un contexte de l'accès libre. Comme nous l'avons précisé à plusieurs endroits, le choix de retenir l'accès libre comme mode de diffusion revient au créateur et il est enraciné dans un contrat d'utilisation. Dans ce sens, l'accès libre relève du choix du créateur et nous devons supposer que l'opportunité de renoncer aux droits moraux leur incombe pleinement. C'est pourquoi les droits moraux ne seront pas traités comme tels dans notre analyse et que nous nous bornons aux droits patrimoniaux et à leur vecteur, le contrat.

2. L'AVÈNEMENT DU NUMÉRIQUE ET DE L'ACCÈS LIBRE

Avant de présenter l'accès libre, il convient de se pencher sur l'histoire des technologies numériques en général et d'Internet en particulier. L'importance des technologies dans nos vies contemporaines nous fait oublier leur nature entièrement récente. À titre d'exemple, le premier lien téléphonique transatlantique entre Londres et New York fut posé en 1927 ! Avant cette date, l'idée d'un réseau de télécommunication mondial et omniprésent était de la pure science fiction. Ensuite, quelques éléments d'économie sont nécessaires pour bien saisir les motivations des acteurs économiques qui diffusent leurs œuvres en accès libre dans les marchés d'informations numériques, comme Internet.

2.1 Quelques repères historiques

L'informatique moderne est née lors de la Deuxième Guerre Mondiale¹¹ afin de décoder les cryptogrammes et optimiser les tables de balistique. Mais l'emprise militaire sur la science des octets n'a pas duré longtemps. En fait, c'est dans les universités qu'elle fut réellement forgée et, surtout, empreinte de l'esprit libertaire de ces institutions¹². Ainsi, lors des années 1950 et 1960, chercheurs, étudiants et professeurs « bidouillaient » ce nouvel outil dont l'impact ne se faisait pas encore sentir. Et comme dans tant de domaines, la fin

11. SINGH (Simon), *The Code Book : The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography* (Anchor : Fourth Estate, 2000).

12. LEVY (Steven), *Hackers : Heroes of the Computer Revolution*, New York, Penguin, 2001), 464 p.

des années 1960 marque un moment décisif dans l'histoire des technologies de l'information¹³.

En 1969, l'Agence de financement de la recherche militaire aux États-Unis, *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) finance un projet¹⁴ qui a pour but de créer un réseau de télécommunication entre les quelques ordinateurs de l'époque, machines massives et exigeantes. Mais l'idée ne s'est pas arrêtée là. En fait, dans la foulée de la guerre froide, des stratèges ont découvert une faille majeure du système téléphonique états-unien. Puisqu'il est complètement hiérarchique, il suffit de neutraliser les quelques nœuds qui relient les diverses régions du système téléphonique afin d'entraver les communications du pays. Pour répondre à cette lacune, DARPA a poursuivi son financement afin de tenter de créer un réseau de télécommunication décentralisé. Sans oublier, bien sûr, les autres recherches et efforts entrepris dans le domaine informatique, comme Vint Cerf et Bob Kahn et la commutation de paquets¹⁵ en 1974 et l'établissement du système des noms de domaine¹⁶ en 1984, justement à l'époque où les microordinateurs¹⁷ commençaient à supplanter les ordinateurs centraux¹⁸.

Avant l'avènement des microordinateurs, gérer un ordinateur central nécessitait beaucoup de savoir-faire. L'achat d'un système informatique impliquait obligatoirement des configurations étendues pour adapter le logiciel aux paramètres locaux. En fait, il était sous-entendu que les informaticiens auraient accès au code source¹⁹ de tout logiciel, et non uniquement au code binaire, afin de pouvoir le

13. Pour de plus amples détails concernant l'histoire des technologies de l'information et d'Internet : Internet Society, *Histories of the Internet* (<http://www.isoc.org/internet/history/>).
14. DARPA, *History* (<http://www.darpa.mil/history.html>).
15. En anglais, *packet switching* désigne un protocole où un fichier est déconstruit en plusieurs petits « paquets » avant d'être lancé dans un réseau de télécommunication afin qu'ils traversent aléatoirement les nœuds du réseau avant d'arriver à destination et d'être reconstitués en fichiers.
16. Le système des noms de domaine est une série de serveurs dans Internet qui convertissent une adresse web comme www.culturelibre.ca en un code informatique pour repérer l'ordinateur où se trouve la ressource.
17. Les ordinateurs de bureaux d'aujourd'hui.
18. Traduction de *mainframe* selon l'Office québécois de la langue française (<http://www.granddictionnaire.com/>).
19. Le code source est un peu comme la partition musicale et le code binaire, comme la chanson exécutée dans un enregistrement. Sans le code source, qui est exprimé en termes de langage informatique (mais écrit grâce à l'alphabet), il est impossible de modifier le programme informatique. Le code binaire est ce que nous installons sur nos ordinateurs.

faire fonctionner convenablement. L'arrivée des microordinateurs, et plus précisément, du marché du logiciel grand public, a modifié cette pratique. De plus en plus, uniquement le code binaire d'un programme était disponible pour achat et le code source devenait un secret industriel. C'est pourquoi certains informaticiens, ayant épousé l'esprit libertaire des origines de l'informatique moderne, ont lancé le mouvement des logiciels à code source libre, comme Richard Stallman²⁰ et le projet GNU. Nous explorerons ce phénomène en détail dans la section suivante, mais il est important de comprendre les origines historiques du mouvement.

La montée des microordinateurs dans les années 1970 apporta une démocratisation de l'informatique. De plus en plus, les ordinateurs n'étaient plus l'apanage des grosses corporations, de militaires ou de chercheurs universitaires de pointe. Il fallut attendre 1991 pour que Tim Berners-Lee et ses collègues développent les standards du World Wide Web²¹ (WWW ou Web) puis, en 1993, le premier fournisseur Web nommé Mosaic, qui marque pour plusieurs la naissance réelle du Web « grand public » ou démocratisé. Il faut également préciser que la compagnie Google n'a démarré qu'en 1998 dans un garage en banlieue de San Francisco à l'initiative de deux étudiants au doctorat de l'Université Stanford, Sergey Brin et Larry Page²². Ces faits illustrent à quel point Internet et, plus précisément, le Web sont des phénomènes récents.

Aujourd'hui, Statistique Canada révèle qu'en 2009, 80 % des Canadiens de 16 ans et plus ont accédé à Internet pour des fins non commerciales²³. Cette proportion grimpe à 96,5 % pour les individus âgés de 34 ans et moins et à 94,7 % pour les personnes qui détiennent un diplôme universitaire, tous âges confondus. Il existe bien d'autres

-
20. STALLMAN (Richard), *The Cathedral and the Bazaar : Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*, Sebastopol, O'Reilly, 2001.
 21. À proprement parler, le World Wide Web et Internet sont deux concepts différents. Internet est un réseau de réseaux opérant selon des standards d'échange de données ouverts. Le Web est une application particulière qui existe dans Internet, comme d'autres applications tels les courriels et les sites de clavardage. Une analogie du domaine des transports serait un peu comme la distinction entre le système routier (Internet) et un système de transport en commun (Web), les voies automobiles (courriel), etc.
 22. GOOGLE, *Informations sur la société : Présentation de la société*, source : <<http://www.google.ca/intl/fr/corporate/>> ; BATTELLE (John), *The Search : How Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture* (New York : Portfolio, 2005), p. 86 ; ICHBLIAH (Daniel), *Comment Google mangera le monde*, Paris, Éditions l'Archipel, 2007, p. 119-125.
 23. STATISTIQUE CANADA, *Enquête canadienne sur l'utilisation de l'Internet* (<http://www40.statcan.gc.ca/l02/cst01/comm35a-fra.htm>).

études sur l'utilisation d'Internet²⁴, mais ces seuls chiffres illustrent l'ampleur du phénomène Internet dans notre société.

Maintenant, nous allons nous attarder aux particularités économiques des biens numériques.

2.2 Une économie de mots

L'information²⁵ ne se comporte pas comme un bien économique ordinaire²⁶, surtout lorsqu'elle est en format numérique²⁷. Yochai Benkler²⁸ a observé que l'information naît de l'information et devient de l'information. Elle constitue donc son propre intrant et son propre extrant. De plus, la reproductibilité est telle qu'il n'y a pas de perte de signal, la copie d'une œuvre numérique est parfaite et identique à l'original. Par ailleurs, les technologies de l'information sont omniprésentes et disponibles à un coût qui ne cesse de diminuer.

Du point de vue théorique, les économistes précisent que les biens d'information numérique sont une catégorie de biens dont l'utilisation est non rivale et non exclusive ou que sa consommation par un agent économique n'empêche pas sa consommation par un autre (non-rivalité), et qu'il n'est pas possible d'empêcher une personne de consommer ce bien (non-exclusion)²⁹. L'échange de fichiers musicaux par Internet en constitue un exemple flagrant. En fait, les biens d'information numériques se comportent comme des biens publics classiques, tels l'eau ou le spectre hertzien de télécommunication. L'évanescence des biens d'information numériques et leur qualité de bien public, du point de vue de la théorie économique, est la source de la tension avec l'environnement numérique.

24. Au niveau international, voir le site de recherche de données de l'organisation des Nations unies (<http://data.un.org>). Au Québec, voir l'excellente étude annuelle du CEFRIO intitulée NETendances (<http://www.cefrio.qc.ca/>).

25. Le terme « information » est employé comme un terme générique qui englobe tout ce qui peut se trouver sur les marchés d'information : la culture (musique, films, littérature, etc.), le savoir, les données, etc.

26. MACKAAY (Ejan), « The Economics of Intellectual Property Rights in Civil Law Systems », dans HATZIS (Aristides N.) (dir.), *Economic Analysis of Law : A European Perspective* (Cheltenham : Edward Elgar, 2010).

27. VARIAN (Hal) *et al.*, *The Economics of Information Technology : an Introduction*, New York, Cambridge University Press, 2004.

28. BENKLER (Yochai), « Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm », dans GHOSH (Rishab A.) (dir.), *CODE : Collaborative Ownership and the Digital Economy*, Cambridge, MIT Press, 2005, p. 169-171.

29. VARIAN (Hal), *op. cit.*, note 27. Voir aussi l'entrée de « Bien public » dans l'*Encyclopédie Wikipédia* (http://fr.wikipedia.org/wiki/Bien_public).

Ainsi, le droit d'auteur, en tant que droit exclusif d'exploitation, est un moyen simple de créer un effet de rareté artificiel afin de permettre au marché d'émerger et au créateur d'obtenir une compensation pour ses efforts. Par ailleurs, la technologie a la capacité de bloquer l'accès autant que de la faciliter. Par exemple, les mesures de protection technologiques et les serrures numériques constituent des exemples technologiques qui limitent l'accès aux biens d'information numériques. En fait, ces technologies modifient des biens d'information numériques car ils perdent leur caractère de bien public et se comportent comme des biens privés.

Un bien privé, comme une pomme, une voiture ou une paire de souliers répond aux lois économiques de l'offre et la demande. Par contre, les marchés de biens d'information numériques, grâce à leur qualité de bien public (au sens de la théorie économique), opèrent selon les lois économiques des réseaux. Globalement, si la rareté dicte les modalités de l'offre et la demande dans un marché de biens privés, l'effet d'entraînement sera la principale composante des économies en réseaux. Selon Hal Varian, un marché de biens publics, comme un bien d'information numérique, correspond à une économie en réseau et bénéficiera du *network effect* :

There is a central difference between the old and the new economies : the old industrial economy is driven by economies of scale ; the new information economy is driven by the economics of networks. [...] Whether real or virtual, networks have a fundamental economic characteristic : the value of connecting to a network depends on the number of other people already connected to it.³⁰

Ainsi, la valeur d'un marché est directement proportionnelle à la quantité d'acteurs présents dans ce réseau. Plus d'acteurs s'ajoutent au réseau, plus les autres agents ont intérêt à s'y joindre et, par conséquent, plus la valeur du réseau augmente. Les auteurs parlent alors de *positive feedback*³¹. Si ce réseau constitue un marché, comme c'est souvent le cas, il risque de suivre une croissance phénoménale, voire exponentielle. Cet effet d'entraînement est souvent cité comme une caractéristique de l'économie de l'information liée à la croissance phénoménale dont bénéficient certains biens d'information numériques, comme les réseaux sociaux tels *FaceBook*³², *LinkedIn*³³, ou,

30. *Ibid.*, p. 173-4.

31. *Ibid.*

32. <<http://www.facebook.com>>.

33. <<http://www.linkedin.com>>.

pour une station radiophonique, dont l'exploitation dépend de l'utilisation des ondes hertziennes.

Dans le cas des marchés de biens privés, une augmentation de la demande face à une offre stable aura un effet inflationniste sur les prix des biens en question. Or, une augmentation des prix limitera la demande, afin de retrouver l'équilibre du marché. Nous sommes loin de l'effet d'entraînement évoqué précédemment puisqu'en théorie, la demande pour le bien d'information numérique peut se poursuivre jusqu'à la saturation du marché sans occasionner de préjudice à la qualité économique du bien. Cet effet d'entraînement a généré beaucoup d'intérêt auprès de la communauté des affaires. Chris Anderson introduit le concept du *Long Tail*, soit la capacité des détaillants du Web d'accéder à un marché plus grand pour offrir un inventaire beaucoup plus étendu et de générer des recettes grâce à un volume moindre pour chaque article³⁴. L'auteur identifie trois forces qui agissent dans ce contexte :

The democratized tools of production are leading to a huge increase in the number of producers. Hyperefficient digital economics are leading to new markets and marketplaces. And finally, the ability to tap the distributed intelligence of millions of consumers to match people with the stuff that suits them best is leading to the rise of all sorts of new recommendation and marketing methods, essentially serving as the new tastemakers³⁵.

Certains auteurs vont plus loin³⁶, proposant même que la distinction entre consommateur et producteur d'information est maintenant si poreuse qu'un nouveau concept s'impose, celui du *prosumers*, une combinaison des termes *producer* et *consumer*. Cette approche évoque la première force d'Anderson, la production, et la troisième, le rôle du simple agent économique dans la création, la médiation et le foisonnement des marchés de biens d'information numériques.

Le caractère démocratique de la production culturelle dans Internet est donc mis en œuvre par les outils technologiques et la nature économique des biens d'information numériques. Le droit

34. ANDERSON (Chris), *The Long Tail : Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, Hyperion, 2006.

35. *Ibid.*, p. 57.

36. TAPSCOTT (Don) *et al.*, *Wikinomics : How Mass Collaboration Changes Everything*, New York, Portfolio Penguin Books, 2006, p. 124.

d'auteur et les méthodes technologiques qui bloquent l'accès se posent comme des outils pour transformer les biens d'information numériques d'un bien public (fichier MP3)³⁷ vers un bien privé (diffusion en flux)³⁸ afin qu'émergent des marchés opérant selon les lois de l'offre et la demande grâce à un effet de rareté. Par contre, il convient de se demander si un titulaire de droits ne préférerait pas voir son œuvre s'insérer dans un marché en réseau, opérant selon les lois de l'entraînement.

La prémisse du droit d'auteur est que le titulaire désirerait en faire un commerce. Si les technologies introduisent de nouveaux acteurs dans la création culturelle, il convient de se demander si cette prémisse est toujours valide. Pour répondre à cette question, examinons la dynamique économique propre à chaque transaction sur un marché.

Le prix qu'un titulaire peut espérer obtenir pour un bien dépend des forces du marché³⁹ certes, et de ses coûts de production évidemment, mais aussi de la tension entre l'utilité et la valeur, qui dépendent de la perception de l'acheteur. L'utilité reflète la perception propre du produit par l'acheteur. La valeur est plutôt un facteur du coût de production et des aléas du marché, tel que perçu par l'acheteur. Par exemple, l'acheteur d'une nouvelle voiture a payé un prix donné pour son véhicule. Dès qu'il quitte le concessionnaire automobile, il est bien connu que la valeur de la voiture diminue de moitié, mais son utilité risque d'augmenter sensiblement avec le temps puisque le conducteur s'habitue à jouir de son bien. Si le prix d'un bien est inférieur à l'utilité ou à la valeur que peut en tirer un acheteur, la transaction s'opérera (le doute assaillira l'acheteur si le prix est supérieur à l'un ou l'autre de ces facteurs, tandis qu'il n'y aura certainement pas de transaction si le prix est supérieur aux deux facteurs).

L'accès libre se produit quand un titulaire opte pour un prix zéro dans le contexte de la transaction économique d'un marché d'information. Ainsi, le titulaire désire diffuser ses œuvres sur un marché opérant comme un réseau, plutôt que selon les modalités de l'offre et de la demande. Cette approche maximise l'accès, donc le nombre d'acteurs qui participent à l'œuvre. Il est important de men-

37. Un fichier en format « MP3 » est un fichier sonore, souvent musical.

38. Traduction de *streaming* selon l'Office québécois de la langue française (<http://www.granddictionnaire.com/>).

39. PORTER (M. E.), « The Five Competitive Forces That Shape Strategy » (2008), 86 *Harvard Business Review* 78.

tionner que le titulaire peut éventuellement tenter de générer des recettes grâce à cet accès, surtout en créant un effet de tension entre le caractère public, puis privé d'un même bien protégé par le droit d'auteur ou en développant des produits dérivés qui sont payants. Le rôle des marques de commerce est évident dans ce contexte de marchés d'information numérique. Mais il s'agit là d'une question qui déborde le cadre de notre article.

Examinons maintenant quelques cas d'accès libre.

3. L'ACCÈS LIBRE EN PRATIQUE

L'émergence des technologies de l'information a introduit de nouvelles notions économiques qui posent un cadre différent aux prémisses du droit d'auteur. Par contre, le recours à l'accès libre opère à l'intérieur de la logique même du droit d'auteur, grâce aux contrats. Cette approche permet l'émergence de deux phénomènes : celui du partage de contenus par des « utilisateurs-contributeurs » et l'appropriation de ce mode de diffusion par des institutions vouées à assurer l'accès au savoir.

3.1 Utilisateurs-contributeurs

Au-delà des marchés compétitifs, où l'offre et la demande, les entreprises, les organisations et l'emploi, sont les paradigmes dominants, les marchés en réseau se basent beaucoup plus sur l'idée du partage ou du cadeau⁴⁰. Le phénomène de l'utilisateur-contributeur, aussi connu sous l'appellation « web collaboratif » ou « participatif », « contenu généré par les usagers »⁴¹, « Web 2.0 »⁴², est central dans les marchés en réseau. Cette approche a divers avantages, comme le précise Benkler :

Because social sharing requires less precise specification of the transactional details with each transaction, it has a distinct advantage over market-based mechanisms for reallocating the excess capacity of shareable goods, particularly when they have small quanta of excess capacity relative to the amount neces-

40. GHOSH (Rishab A.) (dir.), *CODE : Collaborative Ownership and the Digital Economy* (Cambridge : MIT Press, 2005).

41. WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY, *Participative Web : user-created content*, [s.l.], Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), 2007, (<http://www.oecd.org/dataoecd/44/58/40003289.pdf>).

42. O'REILLY (Tim), *What is Web 2.0* (<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>).

sary to achieve the desired outcome. [...] If excess capacity in a society is very widely distributed in small dollops, and for any given use of the excess capacity it is necessary to pool the excess capacity of thousands or even millions of individual users, the transaction-cost advantages of the sharing system become significant.⁴³

Pour tout dire, collaborer et partager deviennent plus efficaces dans l'univers Web.

Les deux cas types de ce phénomène sont les logiciels à code source libre, que nous avons déjà évoqués précédemment, et, plus récemment, la production de contenu culturel diffusé grâce à des licences permissives, dont l'exemple le plus connu est *Creative Commons*. Débutons avec celui-ci.

Creative Commons International est avant tout une organisation basée à San Francisco qui chapeaute un réseau international de bénévoles. Le mouvement vise à se servir de la :

[...] law and creates momentum to advance liberal policies toward content and increase the amount of freely available content. It does so by making available licenses that exploit a particularity of copyright protection, and using it to increase the right of the users.⁴⁴

En fait, ces auteurs mettent l'emphase sur un point important, les licences *Creative Commons* modélisent les besoins des utilisateurs de contenu et elles ne visent pas à préserver les droits des titulaires. Comme le précise Maurel :

Avec Creative Commons, l'auteur décide à l'avance de se réserver seulement certains droits et d'abandonner les autres, de façon à permettre une circulation et une réutilisation plus aisées de son œuvre.⁴⁵

43. BENKLER (Yochai), *The Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedoms*, New Haven, Yale University Press, 2006, p. 114-115.

44. BLOEMSAAT (Bas) *et al.*, « Creative Commons : A business model for products nobody wants to buy », 23 :3 *International Review of Law, Computers & Technology* 237-249, §5.3.

45. MAUREL (Lionel), « Panorama des systèmes de métadonnées juridiques et de leurs applications en bibliothèque numérique » (2007), 19 :1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 263.

Un créateur peut sélectionner une licence via le site de Creative Commons International et en répondant à trois questions :

Autorisez-vous les utilisations commerciales de votre création ? [oui ou non] ; Autorisez-vous les modifications de votre création ? [oui ; oui, mais sous des conditions de partage identiques ; non] ; Jurisdiction de votre contrat [International ou sélectionnez un pays].⁴⁶

Ensuite, le système propose une licence, mais la décline en trois « versions ». La première est « lisible par un avocat » et s'articule comme un contrat en bonne et due forme qui stipule des clauses précises selon le droit d'auteur. La seconde version est « lisible par un ordinateur » et se présente comme un code où sont représentées les clauses d'accès dans un langage informatique qui vise à faciliter le repérage et l'indexation par des systèmes automatisés de recherche. Finalement, la troisième version de la licence est « lisible par un humain » et s'exprime sous la forme d'une série d'icônes afin de faciliter la compréhension des conditions d'utilisation. Ces versions d'une même licence illustrent les différents publics qui pourraient éventuellement utiliser les œuvres.

Les *Creative Commons* ont bien sûr des problèmes. Till Kreutzer précise notamment qu'au niveau interne, la définition de ce qui constitue un usage non commercial n'est jamais donnée et qu'au niveau externe, certaines licences *Creative Commons* sont parfois incompatibles entre elles⁴⁷. Par ailleurs, il faut s'assurer que le diffuseur a bel et bien les droits de mettre à la disposition du public l'œuvre sous *Creative Commons*. L'authenticité de la source de l'œuvre est importante surtout lors d'usages commerciaux, car il se peut qu'une œuvre soit illégalement diffusée sous *Creative Commons* par un non-titulaire de droits. D'un autre côté, les licences *Creative Commons* permettent une standardisation des usages et une autorisation en amont au niveau international. Deux points qui cadrent parfaitement avec la nature d'Internet.

Un autre cas type d'utilisateur-contributeur, mais plus ancien, est celui des programmeurs participant à l'élaboration des logiciels à code source libres, aussi appelés simplement les « logiciels libres ». Ces « bidouilleurs » collaborent par l'intermédiaire des réseaux

46. CREATIVE Commons, *Sélectionnez un contrat pour diffuser votre œuvre*, (<http://creativecommons.org/choose/>).

47. KREUTZER (Till), « Chapter VI – User-Related Assets and Drawbacks of Open Content Licensing », dans GUIBAULT (Lucie) *et al.*, *Open Content Licences : From Theory to Practice*, Amsterdam, University Press, 2010 [à paraître].

numériques à l'élaboration d'applications informatiques complexes qui sont diffusées grâce à des licences dont la logique est très similaire à un type de licence *Creative Commons*. La gratuité de l'utilisation est la particularité principale des licences des logiciels libres, mais un autre élément essentiel à ce mouvement est l'impératif de rediffuser ses améliorations logicielles selon les mêmes termes que le logiciel original. Ainsi, cette obligation permet au logiciel de se propager organiquement et d'une manière virale, où des développeurs peuvent prendre une partie d'un logiciel libre et lui donner des fonctions ou des usages complètement nouveaux, au bénéfice de tous.

Il est clair dans la perspective des logiciels libres qu'une contribution marginale permet l'appropriation d'un logiciel libre dont la valeur et l'utilité sont énormes pour l'utilisateur-contributeur. De plus, Benkler⁴⁸ stipule que les développeurs de tels logiciels partagent leur propriété intellectuelle parce qu'ils aiment programmer, ou parce que leurs contributions peuvent augmenter leur statut dans le groupe de développeurs si elles sont remarquées, ou bien parce qu'ils anticipent éventuellement se faire payer pour déployer ledit logiciel libre dans un contexte d'affaire. Ainsi, le retour sur leur investissement en temps se mesure par la somme entre les facteurs hédonistes, socio-psychologiques ou monétaires.

Afin de mieux comprendre comment fonctionnent les licences pour les logiciels libres, et assurer le respect de certains acquis philosophiques, un groupe de technophiles ont lancé l'*Open Source Initiative*⁴⁹. Cette initiative vise à certifier le caractère « libre » des licences. Il appert que certaines entreprises éditrices de logiciels prétendaient que leurs logiciels étaient libres afin d'attirer des clients, alors que ce n'était pas le cas. Le site de l'*Open Source Initiative* offre une liste maîtresse de principes⁵⁰ qui doivent être reflétés dans les clauses contractuelles d'utilisation d'un logiciel.

Examinons maintenant les cas institutionnels d'accès libre.

3.2 Cas institutionnels

Une autre série d'exemples provient du milieu institutionnel. Dans un premier temps, les autorités publiques diffusent de plus en plus leurs créations en accès libre par Internet. Dans un second temps, les universités, par le biais de leurs bibliothèques, lancent des

48. BENKLER (Yochai), *op. cit.*, note 28, p. 169-171.

49. Open Source Initiative, *Home* (<http://www.opensource.org/>).

50. Open Source Initiative, *The Open Source Definition* (<http://opensource.org/docs/osd>).

projets d'accès libre aux écrits scientifiques de leurs chercheurs. Ces cas illustrent l'utilisation des méthodes d'accès libre soit pour l'hébergement de son propre contenu, soit pour l'hébergement du contenu d'autrui. Explorons chacun de ces cas successivement.

Il va sans dire que la tension entre le coût d'accès (prix de la licence), l'utilité et la valeur de l'information est à son paroxysme dans le contexte de l'information gouvernementale⁵¹. Les activités des gouvernements étant financées par les deniers publics, il convient de se questionner sur le rôle de l'accès libre à ces documents. À ce sujet, le Conseil de l'Organisation pour la coopération et le développement économique de l'Europe (OCDE) a adopté, le 28 avril 2008, une recommandation⁵² qui favorise l'accès libre à l'information gouvernementale. Au sujet du droit d'auteur, le Conseil recommande :

Copyright. Intellectual property rights should be respected. There is a wide range of ways to deal with copyrights on public sector information, ranging from governments or private entities holding copyrights, to public sector information being copyright-free. Exercising copyright in ways that facilitate re-use (including waiving copyright and creating mechanisms that facilitate waiving of copyright where copyright owners are willing and able to do so, and developing mechanisms to deal with orphan works), and where copyright holders are in agreement, developing simple mechanisms to encourage wider access and use (including simple and effective licensing arrangements), and encouraging institutions and government agencies that fund works from outside sources to find ways to make these works widely accessible to the public.⁵³

Certains gouvernements utilisent des techniques d'accès libre dans le cadre de la gestion des documents qu'ils produisent. Le cas le plus notoire est celui des États-Unis, dont le *U.S. Code*⁵⁴ stipule :

§ 105. Subject matter of copyright : United States Government works : Copyright protection under this title is not available for

51. WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY, *Digital Broadband Content : Public Sector Information and Content*, [s.l.], Organisation de coopération et de développement économique, 2007, p. 29-30 (<http://www.oecd.org/dataoecd/10/22/36481524.pdf>).

52. OECD, *Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information*, 28 avril 2008, (<http://www.oecd.org/dataoecd/41/52/44384673.pdf>).

53. *Ibid.*, p. 5.

54. *Copyrights*, 17 U.S.C. § 105 (<http://www.law.cornell.edu/uscode/17/105.html>).

any work of the United States Government, but the United States Government is not precluded from receiving and holding copyrights transferred to it by assignment, bequest, or otherwise.⁵⁵

Ce « non-copyright » constitue l'un des cas les plus avancés de l'accès libre. D'autres gouvernements ou organismes publics appliquent également des principes d'accès libre. Par exemple, le Gouvernement et le Parlement de la Grande-Bretagne⁵⁶ ont modifié les conditions d'utilisation⁵⁷ des documents qu'ils produisent afin d'autoriser certains usages en amont. De plus, le Parlement de l'Australie diffuse sa documentation selon une licence *Creative Commons (Attribution-NonCommercial-PasDeDérivés)*⁵⁸. Au Canada, l'Institut canadien d'information juridique assure l'accès aux sources premières du droit par le biais d'une banque de données en accès libre⁵⁹ grâce à des licences de diffusion auprès des gouvernements, licences basées sur le droit de la Couronne⁶⁰.

Dans un autre ordre d'idées, le lien entre l'accès libre et la mission universitaire semble assez fort. Le rôle institutionnel et social d'accès au savoir pourrait être bien servi par l'accès libre aux articles scientifiques produits par les chercheurs, tout en rendant un service au public qui finance une bonne partie de ces institutions⁶¹. Par contre, la gestion de la publication des revues scientifiques a traditionnellement été dévolue à des éditeurs privés, puisque ces partenaires commerciaux étaient plus aptes à gérer cette opération dans un univers où la diffusion de la science passait par des revues imprimées sur papier. Ainsi, la réception de manuscrits par la poste, la gestion du processus de révision par les pairs, la mise en page, l'impression, la gestion des listes d'abonnements et la diffusion par la poste étaient des étapes qui ne s'inséraient pas dans le cadre universitaire. Mais, comme dans tant de domaines, les technologies de l'information permettent de revoir les façons de faire.

55. *Ibid.*

56. BUCKLEY OWEN (Tim), « Crown Copyright switches to Creative Commons », (2010) 263 *Information World Review* 1.

57. <http://data.gov.uk/terms-conditions>.

58. <http://www.aph.gov.au/legal/copyright.htm>.

59. <http://www.canlii.ca>.

60. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 12.

61. Une série de déclarations publiques portent sur cette question dont les *Déclaration de Budapest* (<http://www.soros.org/openaccess/fr/read.shtml>), *Déclaration de Bethesda* (<http://www.earlham.edu/~peters/fof/bethesda.htm>) et *Déclaration de Berlin* (http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/BerlinDeclaration_wsis_fr.pdf).

Par exemple, le *Public Knowledge Project*⁶² de la Simon Fraser University a développé le *Open Journal System*. Ce logiciel à code source libre permet la gestion automatisée des étapes documentaires décrites précédemment dans la confection d'une revue scientifique. De plus, les universités développent de plus en plus des « dépôts institutionnels »⁶³ afin que leurs chercheurs⁶⁴ puissent y verser leurs écrits. Ces deux exemples illustrent les initiatives qui visent à favoriser l'accès libre en aval et en amont du processus de la diffusion de la recherche.

Encore ici, l'appropriation de l'accès libre passe par les contrats. Les éditeurs scientifiques ont des pratiques contractuelles assez variées avec leurs auteurs. Certains s'arrogent tous les droits dans leurs contrats d'édition, d'autres permettent le versement dans les dépôts institutionnels suivant certaines modalités⁶⁵. Du point de vue institutionnel, l'Association des bibliothèques de recherche du Canada a développé un *Addenda*⁶⁶ contractuel offert aux chercheurs afin qu'ils puissent signaler aux éditeurs qu'ils désirent conserver le droit de verser leurs articles dans les dépôts institutionnels. Tant d'exemples qui illustrent l'importance des contrats dans l'accès libre.

4. PERSPECTIVES POUR LES JURISTES

L'accès libre représente une perspective qui s'inscrit dans le droit d'auteur par l'emploi des mesures contractuelles, mais elle représente aussi une nouvelle approche concernant la prémisses commerciale sur laquelle le droit d'auteur serait bâti. Sur la base de ces nouvelles approches économiques et des exemples évoqués précédemment, il est pertinent de revisiter les assises épistémologiques du droit d'auteur, en posant la question suivante : Qu'est-ce que le droit d'auteur ?

62. <http://pkp.sfu.ca/?q=ojs>.

63. ASSOCIATION DES BIBLIOTHÈQUES DE RECHERCHE DU CANADA, *Une plus grande portée pour vos recherches : Élargir le lectorat grâce aux dépôts institutionnels*, 2008 (http://www.carl-abrc.ca/projects/author/sparc_repositories_f.pdf) ; voir aussi le *Programme de dépôts institutionnels de l'ABRC* (http://www.carl-abrc.ca/projects/institutional_repositories/institutional_repositories-f.html).

64. Pour consulter la page du dépôt institutionnel de l'auteur, visitez <http://spectrum.library.concordia.ca/view/creators/Charbonneau=3AOlivier=3A=3A.html>.

65. Voir le site suivant qui recense ces pratiques : SHERPA/RoMEO, *Publisher copyright policies & self-archiving* (<http://www.sherpa.ac.uk/romeo/>).

66. ASSOCIATION DES BIBLIOTHÈQUES DE RECHERCHE DU CANADA (ABRC), *Addenda de l'auteur canadien SPARC pour protéger vos droits en tant qu'auteur d'un article de revue* (<http://www.carl-abrc.ca/projects/author/author-f.html#addendum>).

En fait, l'objectif n'est pas de nier la pertinence du droit d'auteur. Jusqu'à preuve du contraire, ce régime représente le meilleur moyen de permettre l'émergence et le foisonnement des marchés d'informations tout en gérant les risques et les asymétries de pouvoir entre tous les intervenants de ce système social des plus complexes. L'objectif d'un questionnement épistémologique consiste à explorer les analogies fondamentales ou la compréhension globale de ce qu'est le droit d'auteur. Ce questionnement devient urgent et pertinent à cause des technologies de l'information et des pratiques qui y sont associées.

Afin d'entamer une réflexion à ce sujet, nous proposons une classification simplifiée des perspectives possibles, en nous basant sur la typologie employée récemment par Benyekhlef⁶⁷ dans le contexte plus global de la normativité. L'auteur étudie l'évolution de la norme, dans un contexte de mondialisation du commerce et des droits humains, selon un cadre d'analyse évoquant une méta-conception historique. La modernité y est présentée comme le point de départ de l'analyse, puis Benyekhlef tisse son analyse de la norme pré-moderne à la norme post-moderne. Du point de vue épistémologique, la modernité, nourrie par les lumières et les encyclopédistes, vise à élaborer une conception complète, logique et fonctionnelle de tout système social. Dans le contexte juridique, la modernité peut être représentée par le droit posé par l'État et s'apparente à la conception de Kelsen⁶⁸, où une norme fondamentale dicte une hiérarchie normative. Ensuite, la norme pré-moderne exige une analyse de l'émergence de la normativité avant la modernité, ce qui implique un examen des institutions et des rhétoriques proposées avant la modernité. Finalement, la norme post-moderne implique une perte de repères de la modernité, l'émergence de nouveaux acteurs aux impératifs variés qui tissent des relations de pouvoirs qui transcendent la normativité moderne.

Si nous tentons une approximation de ce modèle pour le droit d'auteur, nous pouvons associer le droit d'auteur pré-moderne aux arguments présentés par Locke, où l'auteur doit bénéficier des fruits de son labeur, puis par Kant, qui plaide que l'œuvre est l'extension de la personnalité de l'auteur⁶⁹. Le droit d'auteur moderne constitue

67. BENYEKHFLEF (Karim), *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation* (Montréal : Thémis, 2008), 934 p.

68. CAYLA (Olivier), « Kelsen, Hans », dans CAYLA (Olivier) et al. (éd.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* (Paris : Dalloz, 2010).

69. DRAHOS (Peter), *A Philosophy of Intellectual Property (Applied Legal Philosophy)* (Aldershot : Dartmouth Publishing Group, 1996).

une analyse positiviste⁷⁰ du droit d'auteur, c'est-à-dire une analyse approfondie du texte de la loi, des jugements, mais aussi de l'intention du législateur. Sans contredit, il s'agit de la conception dominante du droit actuellement, surtout sous le spectre du droit d'auteur pré-moderne. Finalement, le droit d'auteur post-moderne constitue une approche herméneutique⁷¹ où le droit est co-produit suivant l'analogie du réseau⁷². Le texte de la loi fait place au contexte de son élaboration et, surtout, de son application. En fait, la contractualisation, les revendications des acteurs de ce système social et l'édition de normes à caractère supplétif de volonté⁷³ offrent les outils pour une analyse de l'interaction des systèmes sociaux⁷⁴.

Il semble que le droit d'auteur se comporte comme un photon⁷⁵, tantôt épousant des caractéristiques pré-modernes, tantôt modernes, tantôt post-modernes. De surcroît, la perception épistémologique de plusieurs intervenants du débat sur la réforme du droit d'auteur semble dépendre de leur positionnement dans ce continuum épistémologique. Le combat philosophique fait rage afin de déterminer quelle sera la conception dominante du droit d'auteur. Cette confusion axiologique porte préjudice à la conception épistémologique du droit d'auteur. Dit autrement, les débats soulevés versent dans des conceptions différentes du droit d'auteur et ils offrent peu d'opportunités de construire un droit d'auteur fort et pertinent. Peut-être s'agit-il là d'une piste de recherche future, afin de résoudre les tensions entre le droit d'auteur, la technologie et la volonté des divers acteurs sociaux des marchés d'information ?

70. TROPER (Michel), « Le positivisme comme théorie du droit », dans GRZEGORCZYK (Christophe) *et al.*, *Le positivisme juridique* (Paris : Story-Scientia, 1992), p. 272-284 ; SCARPELLI (Umberto), *Qu'est ce que le positivisme juridique ?* (Bruxelles : Bruylant, 1996), p. 13-22 et 25-30.

71. TEUBNER (Gunther), « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism » (1992), 13 :5 *Cardozo Law Review* 1443-1462.

72. OST (François) *et al.*, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 1-20.

73. CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 137-145.

74. LUHMANN (Niklas), *Law as a social system*, New York, OUP, 2004.

75. En physique, la lumière est réputée formée de photons, qui se comportent parfois comme des particules, parfois comme une onde.