

**LE DROIT ET LA CRÉATION
DES CONTENUS NUMÉRIQUES :
À LA RECHERCHE D'UNE NOUVELLE
CULTURE JURIDIQUE**

Par Jean FRAYSSINET

Les publications du lid2ms

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations Sociales
Université d'Aix-Marseille – équipe d'accueil n° 4328

collection Les cahiers du LID2MS
n° 1, février 2012

Le droit et la création des contenus numériques : À la recherche d'une nouvelle culture juridique

Par Jean FRAYSSINET, Professeure émérite à l'Université
d'Aix-Marseille

Comité scientifique

Hervé Isar

*Professeur, Vice-président de
l'Université d'Aix-Marseille
Co-directeur du LID2MS
Directeur de l'IREDIC*

Jean Frayssinet

*Professeur émérite de
l'Université d'Aix-Marseille*

Frédéric Laurie

*Maître de conférences à
l'Université d'Aix-Marseille*

Alexandra Touboul

*Maître de conférences à
l'Université d'Aix-Marseille*

Guy Drouot

*Professeur à l'Institut d'études politiques
d'Aix en Provence*

Karine Favro

*Maître de conférences à
l'Université de Haute-Alsace,
Colmar-Mulhouse*

Xavier Agostinelli

*Maître de conférences à
l'Université du Sud,
Toulon-Var*

Philippe Mouron

*Maître de conférences à
l'Université d'Aix-Marseille*

L.I.D.2.M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

équipe d'accueil n° 4328

LID2MS

3 Av. Robert Schuman
Espace René Cassin
13628 Aix en Provence
Cedex 1

Tel : 04 42 17 29 36

Fax : 04 42 17 29 38

Directeur de la publication :

Hervé Isar
herve.isar@univ-amu.fr

Secrétaires de rédaction :

Boris Barraud
boris.barraud@univ-amu.fr
Matthieu Rastoll
Matthieu.rastoll@univ-amu.fr

Pour proposer toute contribution :
boris.barraud@univ-amu.fr

<http://www.lid2ms.com>
<http://www.iredic.com>

© LID2MS. Tous droits réservés pour tous pays. La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

 Aix-Marseille
université

LE DROIT ET LA CREATION DES CONTENUS NUMERIQUES :
A LA RECHERCHE D'UNE NOUVELLE CULTURE JURIDIQUE

Par

Jean FRAYSSINET

Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille

Avec raison le travail de la mission Lescure envisage les multiples dimensions de la création spécialement dans le contexte numérique. Une des principales difficultés sera de faire les liens pertinents entre ces aspects variés d'un ensemble complexe. Une de ces dimensions est le cadre juridique de la création intellectuelle et de sa diffusion, lui-même fortement affecté par les changements technologiques qui bouleversent les usages individuels et collectifs des contenus créés. A l'évidence, les propositions de la mission Lescure devront ensuite connaître une traduction juridique pour leur éventuelle mise en oeuvre. De là l'utilité de la rencontre de ce matin entre les membres de la mission et les juristes du master droit des médias et des télécommunications de la Faculté de Droit de l'Université Aix-Marseille. Il me revient d'introduire le débat à partir de remarques et d'observations personnelles qui résultent d'une expérience d'enseignant-chercheur dans les domaines qui retiennent l'attention de la mission Lescure et du nombreux public étudiant, dont la participation active est sollicitée.

I – LES ACTIVITES ET CREATIONS INTELLECTUELLES ET LE DROIT SONT
DIFFICILEMENT SOLUBLES L'UN DANS L'AUTRE

Ce constat qui est bien antérieur à l'avènement du numérique, éclaire par exemple l'historique du droit de la propriété intellectuelle et explique sa forte déstabilisation actuelle. L'activité intellectuelle, culturelle, créatrice, est bouillonnante, imprévisible, a un besoin naturel de liberté, d'absence de contraintes portant sur le fond, la forme et le processus créatif. La rencontre entre les contenus, les publics, les usages prend des formes variées, évolutives. Au contraire, le droit est perçu comme un système de normes, de contraintes, d'institutions, de sanctions ; il crée des notions, des qualifications générales parfois peu aptes à s'appliquer à la nature des modes variés de la création des contenus et de leurs formes d'usages et de diffusions. Le droit est ressenti comme le moyen de protéger les intérêts surtout économiques de certains acteurs, qui ne sont pas forcément les vrais créateurs ; comment ne pas être étonné par

la faiblesse actuelle de la considération de la position de l'utilisateur, individuel et collectif, des consommateurs des contenus numériques ou non.

L'utilisateur des contenus est considéré plutôt comme un gêneur, un abuseur, un mineur juridique alors que l'auteur de l'oeuvre, l'oeuvre elle-même, son producteur, son diffuseur n'existent que par lui. On a aussi le sentiment que les fondements du droit de la propriété intellectuelle sont détournés, que les droits des auteurs par exemple font de ceux-ci des otages, des alibis, des boucliers humains mis en avant pour la défense des intérêts financiers des opérateurs économiques de la création et de la diffusion des contenus. L'avènement du numérique a révélé et accentué jusqu'à la crise l'état d'un droit qui a perdu en fait ses axes de repère depuis plus longtemps. Comment ne pas être étonné à des degrés divers du décalage, de l'inadaptation, de l'irréalisme du droit positif de la création des contenus, de leurs usages et diffusions, par rapport aux réalités du terrain, même en dehors du contexte numérique. Cela n'empêche pas certains de plaider le maintien ou la rectification à la marge d'un droit dévalué, quitte à l'utiliser comme un village Potemkine au service de leurs intérêts ou d'une étroitesse d'esprit. Mais, si par nature le monde de la création et des utilisateurs de contenus est plutôt méfiant vis-à-vis d'un droit perdant sa légitimité parce qu'il remplit imparfaitement sa fonction d'équilibre entre une création favorisée et protégée et une utilisation réaliste et raisonnable de l'oeuvre – y compris quand elle remplit une fonction sociale –, il n'en demeure pas moins que le recours au droit reste une nécessité pour répondre aux enjeux présents.

C'est que les acteurs, les activités et les contenus de la création ont besoin de règles et de systèmes juridiques stables et adaptés de promotion, de protection, de régulation : il y a en réalité une forte demande de droit. La crise actuelle résulte de l'inadaptation de l'effet répulsif du droit positif qui doit retrouver un effet attractif. L'environnement numérique et ses multiples effets imposent l'ouverture d'un grand chantier pour l'élaboration d'un droit adapté, innovant de la création, des contenus et modes de diffusion. Si cela ne signifie pas forcément, dans bien des cas, une rupture avec les concepts fondamentaux actuels, il sera cependant nécessaire de les redécouvrir et de les réinterpréter en fonction d'un contexte nouveau.

Il faudra aussi veiller à la cohérence des différentes approches juridiques qui forment un complexe et un ensemble transversal, aux contours flous, aux logiques distinctes parfois opposées. A ce carrefour se croisent les droits de la culture, des médias et des télécommunications, de la propriété intellectuelle, de la presse, de l'édition et du cinéma, du patrimoine et des technologies numériques, des contrats et du service public...

Le principe directeur doit demeurer celui de la liberté, des libertés : liberté de créer et de s'exprimer, liberté de communiquer et de diffuser. Mais constitutionnellement, ces

libertés fondamentales ne sont que relatives et connaissent des limites qui sont à redéfinir puisque l'espace de la création numérique, par sa dimension et sa nature, change les paradigmes de départ.

II - LA NECESSITE D'UN DROIT IMAGINATIF ET ADAPTABLE

Le droit est aussi une création intellectuelle reflétant les valeurs, les choix d'une société ; il a une fonction opérationnelle en produisant des effets voulus, utiles et nécessaires sur ladite société tant au niveau de l'individu que du groupe ; d'où l'intérêt que le juriste peut porter à la mission Lescure. Mais la création juridique en cette période charnière de la généralisation du numérique doit allier imagination et réalisme. Sans chercher à faire table rase, une évolution mentale profonde est indispensable et certaines ruptures avec le passé proche sont nécessaires.

Il ne faut pas oublier aussi que le droit est une résultante : les liens avec l'économie, la finance, la sociologie des usages et des comportements des utilisateurs des contenus, l'évolution des technologies de production, d'accès et de communication des oeuvres doivent être considérés comme des éléments de fond structurants de la règle de droit. Avec le temps le droit de la création s'est refermé sur lui ; en devenant autiste on peut constater où il mène aujourd'hui... Ce droit a besoin de s'ouvrir à l'air du large s'il ne veut pas dépérir inéluctablement.

Le droit positif est trop tourné vers la conservation de modèles dépassés manipulés par ceux qui bénéficient des droits acquis. Pensons à quelques exemples : l'effet boomerang des mesures techniques de protection, le trompe l'oeil de Hadopi, de l'exception pédagogique ou en faveur des personnes handicapées, l'imprécision restrictive de la copie privée, l'inadaptation aux processus réels de création et aux rôles et droits des personnes morales, l'avènement du monde de la « création libre » et de nouvelles chaînes de valeur, l'affaiblissement excessif des droits et possibilités d'usage des utilisateurs de contenus, l'absence de considération de la fonction sociale de la création, etc... Le droit ne prend pas aussi en compte les nouveaux acteurs : agrégateurs, plateformes du web, opérateurs, les fournisseurs d'accès, les hébergeurs, les consommateurs.

Mais ce dont on a besoin aujourd'hui c'est plus d'une boîte d'outils améliorés que d'une boîte de règles nouvelles. Le droit positif a une faible capacité d'encadrement des nouveaux processus et contextes de la création, des nouveaux rapports de force, des nouveaux enjeux dans le cadre numérique.

La liberté du contrat doit être restaurée face à l'excès d'une réglementation dépassée. La réglementation ne doit pas empêcher des montages juridiques diversifiés de création et

de gestion des contenus numériques variés, évolutifs, à géométrie variable selon le type d'oeuvre, les conditions techniques et économiques d'exploitation, les usages. Un même contenu doit pouvoir être concerné par des régimes juridiques différents et évolutifs dans le temps ou au même moment selon le contexte de son exploitation.

Comme avec un jeu Lego, avec les mêmes briques de base, on doit pouvoir faire des constructions différentes de forme et de couleur. Plus que le fond du droit ce sont les conditions de sa mise en oeuvre qui ont besoin de flexibilité et d'imagination créative, d'ouvertures composites. La rigidité de la pratique du droit positif est déjà débordé par les pratiques juridiques autour de la « création libre », de la licence légale etc... Ainsi vous voyez que de nombreux juristes ont une vision critique, distanciée, du droit positif, ce qui les incite à être modestes et prudents ; mais ils sont prêts aussi à faire évoluer ce droit pour lui permettre d'assumer ses fonctions de conciliation entre les droits et obligations de tous les acteurs de la création dans l'environnement numérique qui ne connaît pas les frontières territoriales ou autres. Dans cet esprit les interventions de mes collègues qui vont suivre ont pour objectif de vous donner un échantillon de problématiques et de solutions ; ainsi elles illustreront ces propos introductifs.