

Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à Internet

Danièle BOURCIER¹

Lex Electronica, Vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006
<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/bourcier.htm>

« J'ai réussi à finir mon plus grand livre et je suis fier de dire que pas une des idées qui s'y trouvent n'est de moi. »

Confucius

INTRODUCTION.....	2
1- LA CRISE DES TECHNOLOGIES NORMATIVES TRADITIONNELLES.....	3
L'ÈRE DU DOUTE : LA LIMITE DES INSTRUMENTS LÉGISLATIFS.....	3
UNE NOUVELLE DYNAMIQUE : LES INITIATIVES DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.....	4
LA PERSISTANCE DU RÔLE DE L'ÉTAT.....	5
2- DE NOUVELLES PRATIQUES DE GOUVERNANCE SUR LES RÉSEAUX.....	7
L'OUVERTURE TIMIDE D'ESPACES PUBLICS DE PROCÉDURES.....	7
LE DROIT D'AUTEUR DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION.....	8
CREATIVE COMMONS DANS LE DÉBAT SUR LA GOUVERNANCE.....	9
L'AUTORÉGULATION COORDONNÉE : CRÉER DU CONSENSUS SUR LA NORME.....	9
<i>Un choix libre et explicite de licences par l'auteur.....</i>	<i>10</i>
<i>Une régulation assistée par des outils techniques.....</i>	<i>11</i>
<i>Une communauté d'esprit et des procédures collaboratives.....</i>	<i>12</i>
3- UN RECONFIGURATION DYNAMIQUE DES INSTRUMENTS JURIDIQUES.....	13
CREATIVE COMMONS, UN OUTIL JURIDIQUE ET TECHNIQUE ENTRE DROIT ET GOUVERNANCE.....	14
L'ACCEPTATION ET L'USAGE DES LICENCES : UN OBSERVATOIRE EN LIGNE DES PRATIQUES NORMATIVES.....	15
POLITIQUES PUBLIQUES ET GOUVERNANCE.....	16
LA GOUVERNANCE RÉFLEXIVE FACE AUX CRITIQUES JURIDIQUES ET POLITIQUES.....	17
CONCLUSION.....	18

¹ Directrice de recherche au CNRS. CERSA - Université de Paris II

Introduction

La gouvernance n'appartient pas, *a priori*, au monde du droit.

La notion moderne de gouvernance est apparue dans le sillage de la mondialisation de l'économie : elle représentait de nouveaux types d'organisation au sein des entreprises. Puis elle est passée du côté des institutions pour définir des dispositifs de régulation de l'action collective. Finalement, la gouvernance est venue cristalliser un besoin de renouveler les relations entre la société civile et les pouvoirs de décision, quels qu'ils soient.

Dans de sociétés complexes, où une pluralité d'acteurs doit s'accorder sur la norme commune, l'équilibre entre droit et gouvernance est en train d'évoluer². La loi représentait l'unité d'un pouvoir souverain (« la puissance de faire Loy » disait Jean Bodin). Le législateur démocratique a créé des assemblées pour fonder la loi sur une volonté commune. Mais les mécanismes de délibération législative ont perdu de leur efficacité et, partant, de leur légitimité.

A l'heure des réseaux, la coexistence minimale entre droit et gouvernance est devenue nécessaire: les activités sur internet font intervenir de nouveaux acteurs qui changent la perception des flux d'information qui doivent circuler entre la société et l'Etat. Les nouvelles possibilités et libertés que les technologies laissent entrevoir modifient les contraintes auxquelles nos lois étaient adaptées. Au-delà du droit et de la gouvernance, dans le monde numérique, les démocraties devront arbitrer constamment entre deux modèles : une économie close par des régulations enchevêtrées et une économie ouverte par des mécanismes de coordination. Les véritables choix politiques s'inscriront au cœur des dispositifs techno-juridiques qui les *actionnent*.

Une série de principes et d'indicateurs ont été développés par le Conseil de l'Europe en 2004³ pour montrer l'importance d'une vision *holistique* (intégratrice) et non plus seulement *instrumentale* des impacts de la société de l'information. Mais il reste à observer le détail des usages et à valider l'hypothèse que ces nouvelles dynamiques influenceront la façon dont émergent les règles communes, en dehors des modes juridiques traditionnels. Le projet Creative Commons auquel nous avons participé en France puis à l'international est un cas type d'autorégulation sur internet et un observatoire privilégié de pratiques de gouvernance pour échanger et partager des biens culturels. Ces pratiques émergentes et autonomes se développent parallèlement aux régulations « trop complexes »⁴ du droit d'auteur.

Ce chapitre développera trois étapes dans le raisonnement. Les débats entre droit et gouvernance s'inscrivent dans une crise des techniques normatives traditionnelles à l'heure de la communication mondiale (1). A ce titre Internet peut devenir un observatoire de nouvelles procédures de gouvernance pour le droit (2). Analyser les moyens dont on peut s'accorder sur les normes à travers des expériences comme CC peut renouveler les réflexions sur la gouvernance par le droit (3).

² J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit » in Mélanges Paul Amssele, Bruxelles, Bruylant, 2005.

³ Recommendation Rec (2004)15 of the Committee of Ministers to member states on electronic governance <http://wcd.coe.int/>

⁴ L. LESSIG, « Foreword », in D. BOURCIER & M. DULONG DE ROSNAY (eds), *International Commons at the digital age ou la création en partage*, Paris, Romillat, 2004.

1- La crise des technologies normatives traditionnelles

On appellera technologies normatives tous les dispositifs institutionnels et techniques de préparation, de vote et de mise en œuvre des textes normatifs. Les pouvoirs publics actuels en France sont confrontés aux nécessaires transformations de ces dispositifs. Les systèmes de réglementation puis les divers modes de régulation échouent à répondre aux attentes des acteurs concernés dans une société qui doit gérer le risque, la concurrence et l'insécurité. La mise en oeuvre purement instrumentale de technologies et la faiblesse des performances institutionnelles⁵ participent à cette constante érosion de la confiance des citoyens⁶. Du côté des élites, on en vient à remettre en doute la légitimité d'une forme de gouvernement qui permet à une oligarchie politique et financière, assistée d'experts en tout genre, de régner au nom du peuple⁷. L'analyse s'arrête souvent aux effets de cette crise de légitimité plutôt qu'aux changements de représentation des acteurs à l'heure des réseaux numériques.

L'ère du doute : la limite des instruments législatifs

La loi juridique permet d'organiser la coexistence des individus car elle ouvre un espace commun, le débat au Parlement, où leurs préférences peuvent s'ajuster. Mais depuis longtemps, les gouvernements déplorent l'inflation normative⁸ et la mauvaise qualité de la législation, qui rendent ces ajustements problématiques. Précisons que cette inflation, cette dégradation sont le *signe* d'une dévalorisation de la loi comme outil de coordination de l'action publique par les gouvernants. La loi, outil de navigation à vue plutôt qu'outil de pilotage, prolifère au gré des courants et des gouvernements. Ce n'est donc pas l'inflation des textes qui est la cause de la détérioration de l'instrument législatif mais plutôt l'inverse : la norme générale n'est plus utilisée pour les missions qui sont les siennes et ne crée plus le lien symbolique « qui nous fait tenir ensemble ». La codification à la française (à droit constant) a pu être une solution pour structurer ces vagues législatives successives à un moment donné et recréer cette unité de *sens*, *a posteriori*, mais la mise à jour continue du code rend l'écriture des lois codifiantes ultérieures de plus en plus illisible. C'est pour parer la rigidité des procédures d'écriture de la loi que sont nés d'autres instruments à durée limitée ou à portée restreinte : *soft law*, lois expérimentales.

De même, la nécessité s'est fait sentir, face à des dangers, ou suite à des crises dans les domaines de l'environnement ou de la santé, de prendre en compte des intérêts ou des besoins de la société civile au-delà des expertises techniques ou des mécanismes de consultation traditionnels. Les autorités européennes cherchent à mettre en place des formes de représentations plus inclusives, plus compétitives en ouvrant graduellement le cadre décisionnel aux citoyens et aux organisations concernés⁹. Concrètement aujourd'hui, le lobbying¹⁰ est devenu, par le biais des

⁵ Que le débat autour du rapport 2004 « Doing business » de la Banque mondiale a biaisé considérablement.

⁶ E. SOULEIMAN, *Le démantèlement de l'état démocratique*, Paris, Seuil, 2003 et en particulier chapitre 4 Mécontentement populaire et réforme de l'administration pp. 85-115.

⁷ J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, Edition La Fabrique, 2005.

⁸ Rapport Conseil d'Etat, Paris, Documentation Française, 1991.

⁹ Voir les travaux de TRUSTNET Network, financé par les 4^{ème} et le 5^{ème} Programmes européens (Euratom Research and Training on Nuclear Energy) and the 6^{ème} Programme (Science et Société).

¹⁰ Les euro groupes n'ont cependant pas de monopole de représentation ; il s'agit de jeux d'alliances et de « bargaining qui rend le jeu plus ouvert qu'au niveau national » in Pierre MULLER, *Les politiques publiques*, Paris, PUF, Que sais-je, 2004 pp. 100-101.

ONG, une étape indispensable dans la veille législative et le processus décisionnel de l'Union¹¹. Livres verts puis livres blancs constituent autant d'étapes de recueil d'avis et de constitution de consensus. En France, d'un point de vue opérationnel, le Comité national du débat public¹² a accompagné la réalisation de projets en matière d'implantation d'autoroutes ou d'aéroports¹³.

La méthode ouverte de coordination (MOC)¹⁴ suggéré par le Livre blanc de la commission européenne (Bruxelles, juillet 2001) est le signe le plus fort de cette remise en cause des instruments traditionnels et de la recherche de régimes de gouvernance qui pourraient maintenir la régulation des activités économiques et les objectifs de solidarité sociale¹⁵.

On assiste donc au niveau des dispositifs publics à une intégration des processus de gouvernance. Ce mouvement accompagne un processus général de « brouillage » des sources du droit, traditionnellement hiérarchisées. Entre ordonnance et règlement, la loi n'est plus cet acte juridique souverain et incontestable qui régissait la vie de chacun et de tous. Nous sommes dans des processus d'hybridation de références normatives et d'instrumentalisation de la normativité juridique¹⁶.

Une nouvelle dynamique : les initiatives de la société civile

La société civile a une longue histoire politique. Après avoir été très controversée - comme la gouvernance dont elle est le concept obligé -, elle focalise à l'heure des transformations de l'Etat, tous les espoirs. Pour Beck par exemple, il est souhaitable que la société civile soit en train de prendre le pouvoir pour dépasser une vision centrée sur l'état « national » et créer enfin un nouveau type d'état, dit « cosmopolitique »¹⁷.

Mouvante, hétérogène, elle intervient de plus en plus dans des processus de gouvernance parallèles aux dispositifs institutionnels, avec des règles et des procédures imprévisibles.

En effet, les citoyens, les groupes d'intérêt ou porteurs d'enjeux ont pris des initiatives, et créé des modes de coordination non prévus par la loi qui ont réussi à lever des blocages institutionnels. Une perte de confiance dans l'efficacité de la décision ou de la norme venant d'en haut a provoqué un retour aux relations locales, voire sectorielles ou contractuelles.

En effet, un premier signe renforce l'hypothèse d'un changement de comportement vis à vis des dispositifs de réglementation: les rapports contractuels se substituent de plus en plus à l'appel à la loi. Certains y voient une « ré féodalisation » du droit ¹⁸ créant un « pullulement des

¹¹ « Alors que la culture juridique française repose sur l'idée d'un intérêt général uniquement incarné par le législateur, celle des institutions de l'Union est au contraire fondé sur le compromis entre des intérêts divergents » L. BU cité dans *Initiatives citoyennes en Europe, Alternatives économiques*, mai 2005, n° 19.

¹² Créé par la loi du 2 février 1995.

¹³ Voir S. VALLEMONT (éd.), *Le débat public : une réforme dans l'état*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2001.

¹⁴ « Qui consiste à promouvoir des décisions à travers des procédures non contraignantes fondées sur la comparaison d'indicateurs de performance des Etats » in P. MULLER, *op. cit.* p. 103.

¹⁵ « OMC seeks to initiate an iterative process of mutual learning on the basis of diverse national experiences with reform experiments... National performance is constantly monitored and evaluated through peer review and bench marking-mechanisms which act as 'soft law' catalysts for greater convergence towards European 'best practice' » in B. EBERLEIN and D. KERWER, « Theorizing the new modes of governance of European Union governance » in *European Integration on line Papers (EioP)*, vol. 6, n° 5, p. 2.

¹⁶ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *Dalloz* 1990, Chr. p. 199 et ss.

¹⁷ U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris Champs, Flammarion, 2003 pp. 36-40.

¹⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005 p. 164-175.

références ». Mais là aussi, ne prenons pas la cause pour la conséquence : la perte du lien de confiance entre l'Etat¹⁹ et les citoyens a sans aucun doute provoqué ce mouvement vers la recherche de procédures souples de coopération. Sans idéaliser le contrat, cette préférence peut être due aux difficultés que rencontrent les acteurs dans la mise en œuvre de la référence commune mais aussi à leur besoin d'intervenir de façon autonome, aux niveaux adéquats de délibération pour faire des compromis ou résoudre les conflits²⁰.

On remarquera d'ailleurs que cette tendance à la contractualisation est fortement intégrée dans les procédures législatives. Non seulement les lois sont négociées *a priori* mais des accords négociés obtiennent des statuts législatifs, sans être votés par le Parlement, particulièrement en droit du travail²¹.

Dans les activités à risque particulièrement, on assiste à de nouvelles relations entre autorités publiques, les experts et la société civile. Des procédures de négociation et de délibération initialisées par les citoyens ou suscitées par la loi peuvent être observées dans la plupart de démocraties²². Parfois même les règles sont modifiées ou renégociées au cours du jeu. Les systèmes de gouvernance fondés sur un processus de décision centralisé et prescriptif sont obligés de se transformer. Les autorités publiques développent de nouvelles stratégies pour impliquer la société civile dont elles ont besoin pour accroître la légitimité ou l'efficacité de leur décision. La fragmentation des institutions publiques et des expertises auxquelles elles font appel, multipliées par les niveaux décisionnels, échoue à prendre en compte la complexité des situations sur le terrain. Les frontières entre les acteurs publics et privés deviennent ainsi moins pertinentes. Les multiples agences et autorités de régulation complètent l'énumération des moyens que les pouvoirs publics ont inventés pour confier la résolution de conflits latents à des comités indépendants, représentant de façon plus ou moins distribuée, différentes catégories d'intérêts.

La persistance du rôle de l'Etat

La complexité des interactions et les blocages que les relations purement locales peuvent créer à leur tour ne remettent pas en cause le fait qu'il faille des normes de régulation. De même le rôle de l'état n'est pas non plus affaibli en tant que référence à la puissance publique voire à la violence légitime : on le remarque dans l'évolution de la gouvernance d'internet par exemple, qui tend à déplacer la gouvernance des acteurs vers celle des états²³. Dans les pays où le Nouveau Management Public n'a pas eu de prise comme la France ou le Japon²⁴, la notion d'intérêt général a empêché cette vaste déconnectivité, ce syndrome du « tout seul dans mon coin » dont parle Putnam²⁵. C'est à trouver à la fois des voies de prise de conscience, des mécanismes d'émergence

¹⁹ Qui est aussi le Tiers dans la terminologie de Kojève.

²⁰ J. CHEVALLIER, op.cit et particulièrement la partie sur la contractualisation pp. 199-202.

²¹ A.SUPIOT, op. cit. p. 189.

²² Ainsi en France les CLICs (Comité locaux d'information et de concertation) qui ont été créés par la loi après la catastrophe de Toulouse le 21 septembre 2001 et qui ont été mis en place pour promouvoir des débats sur les risques technologiques et accroître la transparence des processus décisionnels relatifs aux risques autour des sites « Seveso ».

²³ Jeanette HOFFMAN, Chercheur au WZB, Berlin, Communication orale in *Workshop Franco Allemand Gouvernance Droit Technologies*, Berlin, 11 septembre 2004.

²⁴ E. SULEIMAN, op. cit. pp. 59-80

²⁵ H. PUTNAM, *Bowling alone: the collapse and revival of American Community*, New York, Simon & Schuster, 2000.

des problèmes à traiter puis ensuite des instruments d'échanges d'information puis de coordination que se heurtent les procédures traditionnelles. Notre approche serait plutôt d'observer des mécanismes de « convergence » qui pourraient se développer de façon dynamique sur le réseau. En effet la particularité de cet outil de communication qu'est internet ouvre des nouvelles possibilités de coordination que les mécanismes institutionnels de l'Etat ne pouvaient pas même concevoir et encore moins anticiper. A ce titre, les institutions de la République ont beaucoup à apprendre des dispositifs de négociation. La façon dont les modes de consensus sont élaborés dans les assemblées parlementaires sur des textes peut parfois surprendre les citoyens qui se sont engagés dans l'invention de processus d'élaboration et de discussion. La difficulté à suivre l'évolution du débat collectif, l'inclusion de ces mêmes amendements, ce sur quoi porte ces amendements (des fragments de texte voire de ponctuation ou de référence à d'autres textes) constituent autant de phases qui semblent contradictoires avec la nécessité primordiale : la cohésion du sens d'un texte qui doit être suffisamment général pour anticiper son application à des situations individuelles et surtout singulières. Mais surtout, cette fragmentation pourfendue par ceux qui poursuivent l'idéal de la référence commune constitue un véritable obstacle à l'intelligibilité du sens global du texte, tant recherché. Les modalités du vote final sur un texte non consolidé ne sont pas pour renforcer cette convergence vers des interprétations et actions communes. On comprend que les « centres de gouvernement », que constituent les premiers ministre ou les chefs de l'exécutif souhaitent recréer grâce à des systèmes d'information coopératifs (mais entre services administratifs et non entre cabinets ministériels et administration)²⁶ un niveau de visibilité et de contrôle institutionnel de l'évolution de la préparation d'une loi ou d'un décret. Reconstruire une règle du jeu dans un monde moins réglementé ne devrait pas contredire ces exigences. La démocratie s'est construite sur le contrat et sur l'oralité mais c'est aussi l'écrit qui permet la trace sur lesquelles les interprétations peuvent s'enrichir en dehors de l'arène politique.

L'Etat minimal reconfiguré par le NMP n'est pas la solution pour faire revivre la démocratie: comment rétablir la confiance si le gouvernement réduit ses obligations vis à vis de la société, qui devient une « nation d'électrons libres » ?²⁷ Face à ce constat, plusieurs orientations ont été dégagées de l'évolution des techniques normatives: les modes de gouvernance plus inclusifs et participatifs, qui ne sont nécessairement mis en œuvre ou initialisés par les autorités. Mais un autre phénomène plus difficile à cerner échappe à l'imagination des institutions : la création de mécanismes émergents de coordination via des solutions contractuelles de gouvernance. Les statuts de client ou de propriétaire sont des catégories de relations protégées par le droit. Parallèlement, parce que ce droit complique les relations que ces acteurs veulent inventer, des citoyens, des internautes, des auteurs et producteurs de « contenus » s'engagent à construire de nouveaux rapports d'échanges dans l'univers numérique. Contribueront-ils à faire évoluer le droit de l'Etat et venir en « renfort de l'orthodoxie juridique »²⁸?

²⁶ SOLON, Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives voir http://www.adae.gouv.fr/article.php3?id_article=394 (dernière visite le 3 novembre 2005).

²⁷ E. SULEIMAN, op. cit. p. 77.

²⁸ J. CHEVALLIER, op. cit. p. 207.

2- De nouvelles pratiques de gouvernance sur les réseaux

Les institutions sont des systèmes de communication²⁹. Mais elles sont encore tributaires des modes anciens d'échanges où dominait une vision asymétrique, hiérarchisée des rapports entre l'Etat et la société³⁰. Au mieux elles utilisent les machines pour leur propre usage sans réaliser que de nouveaux espaces de médiation dans la sphère publique peuvent se développer: débat rationnel, accès universel visant le consensus et égalité des participants³¹.

L'ouverture timide d'espaces publics de procédures

La figure du législateur était une figure de référence en situation de centralité, de domination et d'extériorité. A l'heure des réseaux, qui ouvrent des systèmes souples et interactifs de communication, cette vision politique du monde ne peut que changer. Les machines numériques affectent la trame et la nature de la sphère publique. Cette sphère peut être entendue comme un fourmillement d'espaces ouverts qui permettent à la société de négocier collectivement les enjeux de sa propre évolution. Mais ces espaces étaient traditionnellement du ressort des Etats à travers les institutions démocratiques.

Or malgré les annonces en matière de démocratie électronique³², les *forums législatifs officiels* qui s'étaient développés au début des années 2000 tendent à disparaître. On invoque notamment que les forums favoriseraient les groupes de pression et les attitudes les plus extrémistes et laisserait en marge les citoyens « inorganisés »³³. Au niveau local, la démocratie électronique ne s'est pas mieux développée comme le montrent un certain nombre d'enquêtes : les élus sont peu présents, les temps de réaction très longs et surtout les internautes interrogés ont désormais conscience que leur avis n'a que peu d'effets sur les processus de décision. Dans un domaine proche, celui de l'administration électronique, la société civile et les usagers, n'ont pas non plus été impliqués au moment de l'élaboration des outils³⁴. Cette stratégie est d'autant moins efficace que ce e-gouvernement est destiné à ces internautes et qu'ils devront interagir via les téléprocédures. Or actuellement aucune structure en ligne - comme un médiateur électronique - n'a

²⁹ D. BOURCIER, « Le Citoyen : objet, sujet, ou acteur de la révolution informationnelle » in *Actes du Colloque mondial IISA*, Paris, 1998.

³⁰ La Lettre des acteurs de l'administration en ligne N°1 lance une lettre commune Grandes entreprises et administration en ces termes « il s'agit d'approfondir le dialogue constructif qu'entreprises et administration ont déjà noué sur l'utilité et l'impact des systèmes d'information ». On espère que les usagers ou comités d'usagers seront prochainement conviés dans ce dialogue.

³¹ Voir à ce propos M. THÉVENET, B. RIEDER, *Sphère publique et espaces procéduraux*, <http://a-brest.net/article/1844.html> (dernière visite: 18/10/2005).

³² A la réunion du Centre Européen de Recherche et de Documentation Parlementaire (CERDP) à Helsinki le 25 et 26 mars 2002 sur « les perspectives de la démocratie électronique », le service multimédia de l'Assemblée nationale annonce le développement de forums institutionnels sur les textes législatifs en discussion et d'un véritable Parlement électronique.

³³ Même sur le site du Parlement européen, aucun forum n'est proposé aux internautes.

³⁴ On peut regretter qu'un certain nombre de services impliqués dans le e-gouvernement n'aient pas une vision plus inclusive plus ouverte de la démocratie administrative, ne serait ce que pour rendre les politiques plus visibles et efficaces et responsabiliser leurs usagers: l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) par exemple a ouvert dernièrement un site interactif (une enquête) deux ans après sa mise en place ; LEGIFRANCE dispose d'un comité représentatif des différents porteurs d'intérêt de l'édition électronique sans que certains secteurs investis dans ce domaine à plusieurs titres comme l'Université et la Recherche (e-learning) soient représentées ou même qu'un site interactif permette de relever et de transmettre les erreurs qui peuvent être repérées dans la banques de données (consolidation, mise à jour etc.).

été prévu³⁵. La mise en place mais aussi l'évaluation et le *feed-back* échappent donc à ceux à qui ces innovations s'adressent.

Les internautes qui sont des consommateurs mais aussi des citoyens ont anticipé ces rapports et pris une longueur d'avance sur les institutions. Ils ont même inventé de nouveaux modes de gouvernance pour régler leurs propres affaires : il suffit de voir les constitutions qui ont été élaborées par certaines communautés actives dans le monde du logiciel libre comme la Debian Community. Nous allons voir comment les auteurs ont su utiliser internet pour concevoir des licences en ligne et instituer de nouveaux dispositifs de consensus normatif.

Le droit d'auteur dans la société de l'information

Internet ne modifie pas seulement nos systèmes de communication ; la connaissance, - mais aussi ses traitements ses accès, ses modes d'appropriation- est un enjeu de plus en plus important dans l'univers numérique. Comme toutes les techniques, le réseau numérique suggère des transformations de nos cadres conceptuels³⁶. Le droit d'auteur est né dans un univers matériel où le droit de propriété visait des objets du monde réel, rivaux et exclusifs. Dans le monde de l'immatériel et de la communication instantanée, des questions nouvelles émergent comme par exemple l'équilibre entre créateur et utilisateur d'information. Comment les systèmes normatifs et en particuliers législatifs prennent ou ne prennent pas en compte cette rupture ? Comment promouvoir un bien public de l'information et de la création tout en protégeant le droit des auteurs ? Les coûts d'opportunité (*opportunity costs*) du système de réglementation par licences exclusives ne deviennent-ils pas trop élevés pour justifier aux yeux des internautes le maintien d'un tel modèle.³⁷

Les techniques juridiques traditionnelles sont articulées autour de la règle de droit, de sa mise en œuvre et de son contrôle. Pourtant les réseaux comme internet révolutionne les modes de circulation, de distribution et d'utilisation des œuvres. Le droit avait instauré les systèmes de contrôle par la gestion collective pour « couvrir les exploitations des œuvres ». Désormais l'auteur mais surtout le producteur et l'éditeur, peuvent contrôler directement la manière dont les utilisateurs accèdent aux œuvres et les consomment³⁸.

On pourrait citer d'autres exemples de la façon dont il devient de plus en plus difficile de séparer les aspects juridiques et les aspects techniques. La copie privée non plus n'a pas le même sens dans l'univers analogique et l'univers numérique. L'univers numérique d'un côté autorise un accès aux œuvres à un coût de reproduction et de distribution quasiment nul mais d'un autre côté augmente les possibilités de contrôle et de rétention du droit d'accès.

³⁵ Un médiateur en ligne pour les différends entre particuliers a été mis en place au Forum des Droits sur Internet.

³⁶ C. PAUL, « Avant-propos », in L. LESSIG, *L'avenir des idées Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Lyon, PUL, 2005 : « Dans le cybermonde comme dans le monde réel, l'accès aux ressources et aux contenus peut être réglementé. Dans le second cas c'est le marché ou l'état qui fixent la nature et le degré du contrôle. Chacun sait que le cyberspace dispose de ressources aisément duplicables. La rareté n'est pas de ce monde. Chacun mesure donc qu'il s'agit d'un choix de société, d'options essentielles qu'il appartient aux citoyens, aux parlements, aux gouvernants de trancher », p. III.

³⁷ L. LESSIG, *L'avenir des idées, le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Lyon, PUL, 2005 p. 265-266.

³⁸ S. DUSSOLIER (sous la dir.), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles, Bruylant, 2000, Présentation.

Le respect de la dignité de l'auteur mais aussi la trop grande complexité du droit d'auteur sont les deux idées qui ont été à l'origine de l'expérience Creative Commons. Le projet est né à la suite de l'extension de la durée du Copyright américain (70 ans)³⁹, décision qui a fait prendre conscience d'une inadaptation croissante du droit et particulièrement des techniques juridiques aux nouveaux médias circulant sur internet. Créées en 2001 par une équipe de juristes réunis autour de L. Lessig et issus de la *Stanford law school Center for internet and society*, les licences centralisent un ensemble de protections allant de l'extension des libertés du domaine public aux restrictions du copyright. Ces protections sont proposées sur un site web commun, qui guide les individus dans leur choix jusqu'à l'apposition de la licence sur l'œuvre à protéger. Technique juridique et technique informatique sont intrinsèquement liées dans ce dispositif.

Creative Commons dans le débat sur la gouvernance

Nous avons un spectre large des définitions de la gouvernance qui s'échelonnent de l'utopie à l'autorégulation. « Processus d'organisation dans l'épanouissement des diversités », elle participe aussi de l'ingénierie institutionnelle classée dans les expériences *bottom up*. Nous avons quant à nous adopté une définition plus radicale de la gouvernance par rapport à la régulation et à la réglementation : la gouvernance porterait en elle une radicalité par rapport au rôle traditionnel de l'Etat régulateur dans le monde de la normativité. La gouvernance qui s'est mise en place dans le processus de CC est une gouvernance autorégulée qui allie plusieurs instruments qui se combinent tout en respectant le droit (d'auteur) mais sans faire de son usage le fondement de la co-régulation des acteurs.

Tant au niveau de la préparation que de la gestion et de son vote, on a vu que la participation de la société civile et des différents intérêts en jeu ne paraît pas optimale : l'information contradictoire n'est pas toujours recueillie auprès des acteurs qui doivent mettre en place les normes. Le cas de la protection des ours dans les zones de montagne est exemplaire à cet égard. En France, le conseil de l'Institut patrimonial du Haut Béarn – non prévu par la loi, créé de toutes pièces par les acteurs de terrain et les institutions- a à la fois été le résultat mais aussi la condition de la mise en place de processus pour surmonter la crise de la représentativité territoriale. Ces processus permettent de développer une réelle démocratie inclusive que les mécanismes traditionnels n'avaient pas imaginée.

Le droit est toujours important en bout de chaîne, ne serait ce que pour valider la décision et lui donner « force de loi ». L'intégration de la gouvernance au monde du droit tend actuellement à être le discours dominant mais avec beaucoup de méfiance. Ne pouvant éviter les critiques, le monde juridique ne va-t-il pas jusqu'à prévoir un droit de la gouvernance ? Pourtant d'autres expériences se développent qui remettent en question la source juridique comme première au point de contredire même le sens de la démocratie.

La loi n'est plus seul maître au logis de la norme. La régulation technique emprunte les habits de la loi et étend son influence. Souvent même contre les juristes mais souvent aussi comme une étape dans un processus décisionnel encadré par la loi.

L'autorégulation coordonnée : créer du consensus sur la norme

Avant d'aller plus loin, décrivons brièvement les principes fondateurs de Creative commons.

³⁹ Cas *Eldred vs. Ashcroft* où Lawrence LESSIG n'a pas réussi à invalider cette extension sur le fondement du non respect de deux amendements de la Constitution américaine.

Creative Commons⁴⁰ (CC) est une organisation internationale à but non lucratif qui offre une alternative au Droit d'auteur intégral - proposé par le droit en vigueur - pour aider les auteurs à partager et à utiliser les œuvres de création. Il existe plusieurs façons d'analyser Creative Commons mais du point de vue de la comparaison des instruments normatifs, cette expérience est une source de données sur la gouvernance.

Les premières questions soulevées par l'introduction des licences Creative Commons dans des systèmes de droit différents ont montré que CC pouvait être un véritable observatoire de la prise en compte de la « diversité culturelle » à travers l'autorégulation des acteurs d'Internet. De nouvelles questions ont été posées depuis le lancement du projet : l'adaptation aux spécificités nationales et aux systèmes juridiques, l'influence des licences Creative Commons sur le processus de création, les relations de ce dispositif avec la gestion du droit d'auteur traditionnel, la limite de l'usage commercial d'une œuvre. Grâce aux méta données mais aussi aux moteurs de recherche, les statistiques sur les licences Creative Commons traduites et adaptées aux différents droits nationaux constituent de nouvelles données de masse car en novembre 2005 près de 50 millions de liens sont répertoriés avec les licences CC dans le monde.

Mais une autre partie de l'intérêt de cette expérience concerne notre sujet à savoir la spécificité de la gouvernance et des nouveaux modes de régulation sur Internet. Creative Commons est une initiative caractéristique de la « société civile des internautes ». On a ainsi pu montrer⁴¹ comment l'idée de Commons (qui n'est pas nouvelle dans l'histoire politique des sociétés) pouvait renouveler l'approche du domaine public et celle de l'exclusivité des droits de propriété. Plus particulièrement, on définira la nouveauté du projet CC et son intérêt pour les questions que nous nous posons dans cet article à partir des traits spécifiques suivants.

Un choix libre et explicite de licences par l'auteur

D'abord l'auteur exprime la volonté de disposer de son œuvre *a priori*, sans intermédiaire.

Symbolique, ce geste représente une forme d'adhésion à une communauté. On revient à la tradition du droit d'auteur conçue comme personaliste et non comme patrimoniale. L'institution apparue au XVIII^e siècle⁴² est liée au progrès des lumières et à la République des lettres qui unissait écrivains et savants par l'écrit public et l'usage public de la raison⁴³. A ce titre les rapports entre Science Commons et Creative Commons prennent une dimension historique significative.

Performatif, cet acte engage l'auteur vis-à-vis de toute personne qui utiliserait l'œuvre proposée. On peut même affirmer qu'il s'agirait d'un véritable « engagement » car les commentaires en cours montrent bien que le choix est irréversible.

Cette volonté est explicite de deux façons. Sur l'œuvre marquée du logo CC, seront d'abord rappelés les droits de l'auteur (droit positif) puis les conditions sous lesquelles le créateur les spécifie. Ces spécifications sont choisies parmi six licences possibles. Le spectre entre ouverture et fermeture pour les futurs utilisateurs de l'œuvre est large. On peut choisir la licence la plus

⁴⁰ <http://creativecommons.org/>

⁴¹ D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY (eds), *International commons at the digital age, La création en partage*, Paris, Romillat, 2004

⁴² R. CHARTIER, *Les origines culturelles de la révolution française*, Paris, Seuil, 1980.

⁴³ E. KANT, « Réponse à la question : qu'est ce que les Lumières » ? in *La philosophie de l'Histoire*, Paris, Denoël-Gonthier, 1983, p. 48.

restrictive (BY-NC-ND) qui autorise à télécharger l'œuvre et à la partager tant que l'auteur est désigné mais sans qu'il soit possible de faire une œuvre dérivée ni de l'utiliser commercialement. Mais il est aussi possible de choisir la plus accommodante (BY) en ce sens que les utilisateurs peuvent faire ce qu'ils veulent de l'œuvre à la seule condition de désigner l'auteur⁴⁴.

Ce choix est reporté par écrit sous trois formes : une texte en langage clair, une version juridique, la version numérique. Ces trois formes rejoignent les principes fondamentaux de la communauté. La version commune a pour effet de permettre l'intelligibilité et la lisibilité qui sont les conditions de l'accès à l'information. Nous ne pouvons nous engager que sur des dispositions que nous comprenons.

On peut s'attarder sur les deux autres versions de la licence choisie. Internet s'appuie sur des infrastructures physiques, ordinateurs et câbles, une couche informatique, des logiciels, des normes techniques, et enfin des contenus (fichiers d'œuvres)⁴⁵. Les savoirs pour le décrypter ne sont pas également partagés mais surtout échappe au contrôle des institutions politiques. Cette idée de définir un espace où les langages peuvent être échangés est fondamentale. Creative Commons intervient dans le mouvement Open Source et met en application des méthodes ouvertes et accessibles caractéristiques des objectifs de la démocratie.

Le langage technique, inévitable à la circulation des œuvres entre des ordinateurs, doit cependant être accessible de façon perceptive sinon cognitive. Il permet donc le contrôle du partage de l'espace numérique, correspondant au contrôle des actes juridiques dans l'Etat de droit⁴⁶.

Le contrat juridique donne une valeur légale à la procédure suivie et constitue une garantie en cas de contestation. Relier ces trois versions sous une même signification a une valeur pédagogique. Sur internet, les informations lisibles ne rendent pas compte de la nature du changement qu'apporte l'algorithme comme écriture active.

Ainsi CC offre une réelle alternative aux restrictions légales et aide les auteurs successifs à partager et réutiliser les créations.

Une régulation assistée par des outils techniques

CC propose d'abord un générateur automatique de licences. Lorsque l'utilisateur choisit une licence, il définit les conditions suivant lesquelles il met son œuvre à disposition. Le questionnaire est géré automatiquement et les choix s'inscrivent dans les contrats eux-mêmes. Les autres licences libres ne mettent pas l'accent sur les mêmes objectifs que Creative Commons qui sont, rappelons-les, de montrer que les restrictions juridiques à la circulation des œuvres sont inadaptées : elle ne fournissent pas de telles facilités⁴⁷ tout en poursuivant aussi –

⁴⁴ Les six licences sont : 1) Paternité BY; 2) Paternité-Pas de modification BY-ND ; 3) Paternité-Pas de modification- Pas d'utilisation commerciale BY-ND-NC ; 4) Paternité-Pas d'utilisation commerciale BY-NC ; 5) Paternité-Pas d'utilisation commerciale-Partages des conditions à l'identique BY- NC-SA 6) Paternité-Partage des conditions à l'identique BY-SA.

⁴⁵ L. LESSIG, 2005 op.cit. : sur les « couches » et niveaux d'internet p. 30 et ss

⁴⁶ Voir M. THÉVENET, B. RIEDER, Sphère publique, op.cit.

⁴⁷ Voir Wikipedia : text of the GNU Documentation Licence http://en.wikipedia.org/wiki/wikipedia:text_of_the_GNU_free_documentation_licence (dernière visite : 27/08/2005).

telles Licence Art Libre - des principes forts comme celui de rendre universel le modèle adopté afin qu'il devienne « le monde de l'art de référence »⁴⁸.

Ce générateur permet de contracter en ligne.

En plus, CC gère des tags (HTML) et des metadata qui peuvent être utilisées pour associer l'œuvre au statut de la licence « lisible » par la machine. Les droits s'appliquent pleinement et automatiquement pour n'importe quel contenu – une photo, une chanson, un article, une page web - accessible par internet à partir du moment où ils ont été exprimés.

L'écran met au même niveau l'auteur et l'utilisateur. Un système de recherche d'œuvres s'adresse directement aux utilisateurs. CC n'a pas de système d'enregistrement mais il est possible de consulter en ligne les œuvres qui sont sous licence CC. N'importe quel surfeur qui trouve une œuvre marquée CC sur le web pourra l'utiliser sans avoir à demander la permission à l'auteur. Une nouvelle facilité a été offerte par le moteur de recherche Yahoo et bientôt Google : il aidera par exemple à chercher la photo de la tour Eiffel suivant les conditions de la licence. Cette mise en commun est doublée d'un mode d'accès particulièrement adapté à internet. La différence entre la diffusion et l'accès s'amenuise. Le nouvel auteur et le public savent à quelles conditions il peut utiliser l'œuvre.

Dans des sociétés de complexité croissante, on n'envisage plus l'exercice du pouvoir sans un appareillage technologique.

Les licences introduisent un type flexible d'autorégulation normative: elles complètent la loi en rendant certains droits moins restrictifs par convention⁴⁹.

Une communauté d'esprit et des procédures collaboratives

C'est sur ce dernier point que j'aimerais insister. Ecrites au départ en anglais et sous le droit américain du copyright, elles sont transposées dans les langues et droits nationaux (en dépit du droit international). Une organisation internationale –International Commons- a été mise en place pour coordonner les différents chapitres nationaux : elle s'est auto organisée et rédige actuellement une charte de façon interactive.

La gestion par les chapitres nationaux respecte la contrainte qu'il existe des particularités nationales (langue, systèmes normatifs) et que la licence générique CC se réfère plutôt à la loi américaine du copyright. Le portage dans les droits des Etats (autre reconnaissance de légitimité renforcée) a montré la tension entre trois objectifs : à la fois garder l'esprit initial des licences, la proximité entre les licences nationales et la particularité des droits nationaux. Les concepts communs sont continuellement négociés autour des licences génériques. Les questions de droits moraux (spécialement en France) et de paternité restent très sensibles parce que les visions américaine et européenne sont très différentes sur ce point. Signalons les compromis suivants : la condition de « paternité » n'a été ajoutée qu'à la V.2 des licences CC, et que l'option « domaine public » par l'auteur a été supprimé de la version française car elle n'est pas admise en droit français.

⁴⁸ Voir http://culture.libre.net/articlephp3?id_article=170 cité dans le Rapport Julien Levrel, Le développement des contenus libres sur internet- Wikipedia <http://www.a-brest.net/article1904.html> (dernière visite: 31/10/2005).

⁴⁹ Le National Research Council (NRC) concluait au sujet du principe clé du Web « *Le principe du end-to-end repose sur l'idée sous-jacente que c'est le système ou l'application qui sont le mieux à même de mettre en œuvre une défense adéquate, pas le réseau lui-même* » (in Lessig, 2005, trad. française, op.cit, p. 52).

Les négociations sont menées à travers une discussion publique *on-line*. La première version de l'équipe nationale est accessible via le site de iCommons par une liste de discussion. La version française est re-traduite en anglais dans un deuxième temps. L'équipe nationale fait alors une traduction et une adaptation dans le langage commun national et la discussion aura lieu ensuite sur le site local. Une journée de lancement est l'occasion de diffuser les orientations et les moyens pratiques d'utiliser ces licences dans chaque pays⁵⁰. En France, l'élaboration des licences par le chapitre français⁵¹ a eu lieu entre fin 2003 et 2004 au Cersa⁵², équipe mixte du CNRS et de l'université de Paris II. Les juristes chercheurs et créateurs ont partagé leur expertise pour adapter les licences (250 emails ont été échangés) et la version définitive a été vérifiée par un panel d'experts. Signalons que les licences peuvent être choisies dans n'importe quelle juridiction.

Nous allons maintenant observer les choix, caractériser ces pratiques du point de vue de la gouvernance et nous demander comment elles peuvent faire évoluer les techniques normatives et voire le contenu du droit.

3- Un reconfiguration dynamique des instruments juridiques

Mécanismes juridiques *top down* et dispositifs émergents consensuels peuvent coexister. La gouvernance peut rendre un droit plus *doux* (soft law) et le droit peut rendre des processus de gouvernance plus *durables et plus équitables*. C'est le défi du projet Creative Commons (CC) qui peut être considérée comme un outil incrémental entre régulation et gouvernance.

La gouvernance est définie au niveau européen comme « *type of regulation typical of the cooperative state, where state and non state actors participate in mixed public/private policy networks* »⁵³. Il s'agit aussi de promouvoir des normes communautaires acceptables par des systèmes politiques différents au moyen de procédures non contraignantes. On a vu que l'Europe est devenue une plateforme d'expérimentation et d'observation⁵⁴ des recherches sur la gouvernance particulièrement depuis la publication du Livre Blanc (Bruxelles, 2001).

Nos observations sur la gouvernance visent plutôt à analyser, hors tout cadre institutionnel déterminé, des alternatives au contrôle hiérarchique d'un côté (régulation par le haut) et à l'autorégulation par le marché. Notre hypothèse est que par le biais de l'agrégat des préférences individuelles, agrégat non concurrentiel, on peut à la fois trouver des modes de coopération mais aussi définir de nouveaux types de régulations que l'on pourrait appeler des régularités normatives. Les nouveaux dispositifs comme la méthode ouverte de coordination (MOC)⁵⁵ ont fait l'objet d'observations critiques⁵⁶ parce qu'elles ne rendent pas compte des dynamiques qui s'opèrent à chaque niveau de la *multilevel governance*. Rien de tel pour CC qui a pour objectif

⁵⁰ En France, le lancement a eu lieu le 19 novembre 2004 à l'Assemblée nationale. Une séance anniversaire à Paris, Cité universitaire internationale, est prévue le 17 novembre 2005 <http://fr.creativecommons.org>. De tels événements ont eu lieu dans plus de 24 pays actuellement.

⁵¹ Mélanie Dulong de Rosnay (responsable juridique), Danièle Bourcier (responsable scientifique), François Déchelle (responsable informatique).

⁵² Centre de recherche en science administrative <<http://www.cersa.org>>

⁵³ R. MAYNTZ, « Common goods and governance », in A. HÉRITIER (ed.) *Common goods Reinventing European and international Governance*, Lanham/New York/Oxford, Rowman & Littlefield, 2002.

⁵⁴ A. HÉRITIER (ed.), *Common goods Reinventing European and international Governance*, Lanham/New York/Oxford, Rowman & Littlefield, 2002.

⁵⁵ Elle prend en compte le fait que de l'insuffisance des instruments de régulation pour définir des politiques de régulation dans des domaines de la démocratie sociale ou de l'environnement.

⁵⁶ R. MAYNTZ, *op.cit.*, 2002.

d'utiliser pleinement le principe du *end-to-end* qui consiste à situer l'intelligence au bout du réseau. Regardons comment Creative Commons peut coordonner les agents et préfigurer d'autres façons de s'accorder sur la norme.

Creative Commons, un outil juridique et technique entre droit et gouvernance

Les techniques mises en œuvre s'apparentent à une méthode de coordination.

Cette méthode institue une communauté d'esprit entre les *iCommoners* (membre du réseau international) et les utilisateurs. Les termes « Gouvernance » et « Régulation » sont dans la littérature de science politique souvent utilisés ensemble et de façon interchangeable. Mais il y a une distinction à faire : la régulation se réfère à de nouvelles formes d'interactions entre droit et société ; la gouvernance vise à trouver de nouveaux équilibres entre droit et société où est recherchée une forme parallèle à la régulation étatique.⁵⁷ Le projet CC relève partiellement de ces deux approches.

D'abord CC n'est pas une alternative mais une forme *complémentaire* de régulation par l'Etat. L'intérêt public est re-situé par la société civile au cœur de la liberté de création. C'est pourquoi je suggère que ce processus soit considéré comme relevant autant de la subsidiarité que d'une nouvelle méthode de coordination entre agents (*iCommoners* autant qu'utilisateurs). Cette méthode est un moyen de faire se rencontrer l'offre du créateur originel avec le besoin des nouveaux créateurs et des utilisateurs. L'offre concerne autant la technique que le contenu.

Ensuite CC est une approche *ouverte*. Le choix des solutions législatives peut être opportun dans un premier temps mais pas le meilleur choix. Avec CC, l'objectif est d'organiser un mode d'apprentissage qui puisse organiser l'échange des œuvres, de l'information, et des expériences, par des *standards ouverts*. Une nouvelle approche de la loi et du contrat devient possible. CC dessine une nouvelle forme de gouvernance de la société civile au moyen d'une auto-régulation entre membres de la communauté mais productrice d'une dynamique juridique d'un point de vue national et international.

CC est aussi une réaction contre la *complexité croissante du droit* et l'*absence de consensus* sur les droits exclusifs. Le fondateur de la sociologie législative, J. Carbonnier ne disait pas autre chose quand il affirmait : « *La société peut toujours trouver la régulation qu'elle demande dans un autre système normatif fût-il plus faible, tel que le système de mœurs* »⁵⁸. Les instruments de coordination définissent un nouvel équilibre entre la loi et le contrat. Choisis par les parties, la licence est une vraie manifestation de la volonté de chacun.

Comme la Méthode de coordination européenne, l'approche adoptée repose sur la définition d'objectifs communs laissant l'appréciation des moyens utilisés pour atteindre les buts actuels à une évaluation ultérieure. Elle introduit un principe directeur fondé sur l'accord des utilisateurs avec un schéma commun d'échange c'est-à-dire par coordination et diffusion. On passe ainsi d'une approche normative incluant des conflits entre les systèmes nationaux centrés sur la comparaison législative et des mesures coercitives, à un consensus social dans lequel un ensemble de procédures de type *soft la* est utilisé pour établir des standards minimum de partage à un niveau international.

⁵⁷ D. BOURCIER, « Is governance a New form of regulation? Balancing the roles of the State and civil Society », *IWM Working Paper*, n° 6/2002, Vienna, 2002 p. 2.

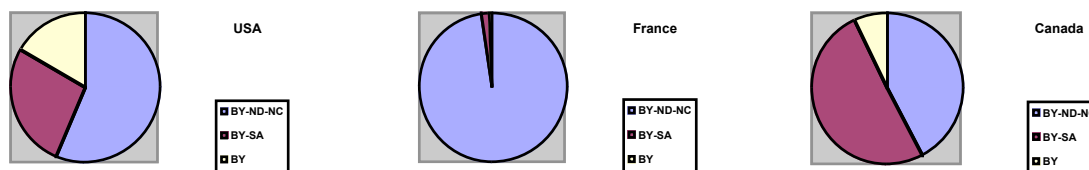
⁵⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 122-123.

Enfin l'approche CC introduit une nouvelle logique allant du « management par régulation » au « management par coordination ». C'est une *approche incrémentale* où les dysfonctionnements sont mesurés à la lumière de la pratique plus que par des textes normatifs. Comme R. Merges l'écrivait récemment au sujet de CC « *les mécanismes de la gouvernance pourraient émerger en l'absence de droits formels de propriété spécialement quand les droits de propriété sont inefficaces. En ce sens le projet CC ne serait pas de « l'ordre sans droit » mais de « l'ordre en dépit du droit », autorisant par là même « une ré ingénierie des structures de permission dans l'intérêt des gens qui font faire des choses ».*⁵⁹ On se demande si la discussion doit être ouverte sur la relation entre la Gouvernance des CC, la philosophie de l' « ordre spontané » (Hayek) et une approche radicale de gouvernance (« governing without government »). Est-ce que l'approche CC s'apparente à une forme post-moderne de régulation entre l'Etat et les citoyens, ou une forme plus radicale de gouvernance ?

L'acceptation et l'usage des licences : un observatoire en ligne des pratiques normatives

Pour revenir au réel impact de la philosophie des CC sur les transactions entre usagers, nous proposons de discuter sur des statistiques récentes. Combien de Surfeurs sont intéressés par l'accès libre aux contenus en pratique ? Il est trop tôt pour faire des commentaires définitifs mais quelques orientations peuvent être dessinées.

CC est un observatoire des pratiques d'autorégulation. « *Dès le début l'idée était de suivre les usages des licences pour permettre une évolution des cadres de protection proposés par le panel* »⁶⁰. On dispose donc d'un tableau de bord continu permettant d'observer l'évolution des tendances au niveau mondial mais aussi le choix des options par pays. C'est la boucle de rétroaction que seul permet le web. De nombreux kits de protection ont été mis à la disposition des utilisateurs. Un premier essai devait référencer toutes les œuvres sur un annuaire. Ensuite un premier moteur de recherche (*Nutch*) est apparu sur le web pour indexer les pages contenant des œuvres sous CC. En 2005, *Yahoo !* a mis en ligne un moteur qui peut rechercher tous les contenus déposés sous licences CC⁶¹. Nous donnerons quelques résultats des pages indexées à travers le moteur *Yahoo !* (mai 2005). Rappelons que plus de 10 millions de pages ayant des contenus sous CC étaient déjà comptabilisés à cette époque⁶².



On observera sur ces figures la distribution des options de trois licences sur trois pays. La première licence (BY-ND-NC) est considérée comme la plus restrictive : c'est en France qu'elle a eu le plus de succès. Le deuxième licence (BY-SA) est de type logiciel libre (GNU-GPL) car

⁵⁹ R. P. MERGES, « A new dynamism in the public domain », (2004) 71 *University of Chicago Law Review* pp. 183-203.

⁶⁰ J. LEVREL, op . cit. p.11.

⁶¹ <http://search.yahoo.com/cc>.

⁶² Source : <http://creativecommons.org/weblog/entry/5293>.

l'utilisateur final qui utilise une œuvre fondée sur cette licence ne peut « licencier » son œuvre sous une option de non dérivation : c'est le Canada qui a le plus souvent opté pour ce type de licences. Enfin, l'option BY était choisie majoritairement aux USA : c'est la licence la moins restrictive puisqu'elle inclut le droit de créer des œuvres dérivées et d'exploiter commercialement l'œuvre à condition que la paternité soit maintenue.

Ce tableau de bord permet d'observer la diversité des approches par pays ou groupe de pays et surtout comparer leur évolution. Ce sont des indications essentielles pour tout type de législateur.

Politiques publiques et gouvernance

L'Etat est-il susceptible de gérer de telles informations? La gouvernance ne met pas l'Etat au centre de l'activité de régulation de la société. Soit parce que certaines activités échappent à sa compétence soit parce que l'Etat n'en a pas encore été saisi. En clair, la notion de gouvernance implique le principe suivant : l'organisation d'une activité collective ne doit pas passer nécessairement par l'acte de légitimation de l'Etat.

La notion de biens communs (l'eau, les estives, les biens informationnels, ...) porte en elle les limites de l'organisation par l'Etat. Mais il est interpellé lui-même pour gérer sa propre gouvernance et celle de la société civile pour

- définir les modes de procédure qui peuvent conduire à un accord commun;
- mettre à disposition ses modes de contrôle ;
- juger de la conformité de comportements aux termes de cet accord ;
- sanctionner la non-conformité.

Prenons la définition de la gouvernance par l'ONU.

“La Gouvernance est la somme de multiples voies par lesquelles les individus et les institutions gèrent leurs affaires communes. Elle est un processus continu à travers lesquels les conflits et les intérêts peuvent être conciliés et des actions de coopération décidées. Cela inclut autant des institutions formelles et des règles destinés à mettre en oeuvre des engagements que des arrangements informels sur lesquels des personnes et des institutions peuvent être d'accord ou qu'elles considèrent comme de leur intérêt”.

On peut considérer que la gouvernance préexiste à l'institutionnalisation de l'Etat et il serait risqué de ne pas souscrire historiquement à cette hypothèse. Dans les différentes fonctions de l'Etat, la société civile a toujours été sollicitée à différents niveaux d'intervention.

Si citoyens et usagers ont de nouveaux besoins de connaissance et de participation, ces exigences rejoignent l'action des administrations publiques. Celles-ci ont en effet besoin d'utiliser les technologies de l'information pour prolonger leur mission. Mais dans ce contexte, l'Etat lui-même manque à organiser ce secteur d'innovation traversé par deux caractéristiques essentielles : l'opacité des instruments, la nécessité de passer par des acteurs propriétaires des instruments et réseaux. Ses fonctions régaliennes aussi peuvent être stratégiquement modifiées. Ainsi les solutions proposées peuvent influencer les modes d'organisation, le choix des instruments juridiques, le design des systèmes d'information autrement dit “la gouvernance”. Les technologies sont donc au coeur du principe de gouvernance. Or rien n'est plus éloigné des procédures d'élaboration de la règle que l'installation de nouveaux logiciels dans les services de l'état. On a vu d'ailleurs à plusieurs reprises comment à manquer de s'y intéresser, les politiques

sociales ont pu être biaisées dans leur mise en application. Il suffit de citer les travaux sur le RMI. Certains systèmes experts avaient simplement omis de représenter le rôle du préfet (son pouvoir discrétionnaire) dans la machine.

Les politiques publiques dans ce domaine se cherchent: elles varient d'une maîtrise de l'évolution voire d'un investissement réel de l'Etat à un transfert voire un désinvestissement par rapport aux autres acteurs économiques. Une autre attitude plus positive est d'utiliser les TIC dans l'exercice d'une intégration plus forte des mécanismes de gouvernance dans certaines de ses fonctions dont celle de définir la règle commune.

Mais il existe une autre solution celle qui consiste à faire coexister un régime juridique traditionnel par rapport à une régulation coordonnée. Creative Commons fait sans doute partie de cette nouvelle génération d'outils qui vont faire coexister deux types de régulation. Appliquée à Internet, la gouvernance repose sur une association des parties prenantes : Etats, entreprises, associations, usagers à l'évolution d'un domaine ou d'un projet qui les concerne. Gouvernance technique, gouvernance sociétale et gouvernance territoriale peuvent libérer la parole publique sur la maîtrise collective des enjeux et du développement de la société en réseaux : celle qui autorise en l'absence d'interdictions ou d'obligations et celle qui contrôle. La marge de manoeuvre réside dans le fait que les acteurs dans l'espace du droit organisent un autre type de régulation.

La gouvernance réflexive face aux critiques juridiques et politiques

Il existe certes des critiques « politiques »⁶³ et juridiques de la gouvernance. Le scepticisme de la science politique s'est particulièrement manifesté autour des nouveaux modes de gouvernance européenne, délibératifs et expérimentalistes, et en particulier sur l'OMC (Méthode ouverte de gouvernance). CC n'est pas directement concerné puisque cette initiative relève de la gouvernance non institutionnelle mais certaines des discussions en cours soulèvent des questions similaires.

En ce qui concerne les critiques juridiques, le recul est difficile car aucune action judiciaire entre/contre les acteurs de Creative Commons n'est en cours. En outre, il n'est pas étonnant que ces conflits deviennent rares car la recherche de consensus prime sur toute autre considération tant que les droits sont respectés. La logique de la construction de dispositifs complémentaires ou alternatifs est justifiée pour ces raisons mêmes.

A ce titre, on pourrait dire que les critiques politiques et juridiques de ces dispositifs ne se situent pas au bon endroit du raisonnement comme l'a remarqué J. Lenoble dans la théorie de la gouvernance *réflexive*⁶⁴. Critiquant les approches néo-institutionnalistes classiques qui partent des conceptions déterministes du rôle des institutions, il souligne au contraire l'importance de la finalité des acteurs qui agissent de façon réflexive sur leur façon de construire le contexte. Si l'on revient aux licences CC, il est certain que l'apprentissage de ces dispositifs assure une réinterprétation des représentations dominantes en ce qui concerne la façon exclusive de traiter la propriété intellectuelle. Pourrait-il en être autrement ? Il existe une congruence entre la finalité des utilisateurs (l'échange et le partage des œuvres) et les dispositifs ouverts pour poursuivre cette finalité. La représentation individualiste (et non personnaliste) du droit d'auteur dans une

⁶³ A. HÉRITIER (éd.), op.cit.

⁶⁴ Voir J. LENOBLE, Méthode ouverte de coordination et Théorie de la gouvernance réflexive, Progress Report, Democratic Governance, HPSE-CT-2002-50023

dérive libérale renforce les procédures et normes d'individuation qui lui sont applicables : elle laisse de côté le fait que les technologies permettent maintenant d'échanger à coût presque nul, de distribuer instantanément l'œuvre sur le réseau et de construire du lien social qui donne sens aux opérations procédurales. Surtout, ces technologies *démontrent* que toute création est le fruit d'une époque et que l'imagination est individuelle *et* collective. D'où la citation de Confucius en exergue de cet article.

Conclusion

Nous avons examiné dans cet article comment, à partir de la critique du légicentrisme, pouvaient se développer d'autres dispositifs émergents, collectifs, ouverts, autorégulés : ceux de la gouvernance.

D'abord, sans idéaliser la gouvernance, on peut observer que ces dispositifs naissent là où des rigidités sur les procédures mais aussi sur le fond restent contingentes ou injustifiables par rapport aux possibilités de la technique. L'Etat n'est plus le seul acteur au service de l'intérêt général : des protocoles mi-juridiques et mi-techniques sont testés dans l'univers numérique pour gérer des biens communs. « *Quand il y a un déplacement massif de l'opportunité il faudrait réévaluer le niveau de nécessité de ces systèmes de réglementation ... Nous sommes aveuglés par l'idée qu'un contrôle absolu est l'idéal...Du coup nous sommes incapables de voir les potentialités d'innovation* »⁶⁵. L'expérimentation peut fournir des statistiques utiles pour le législateur sur le choix des normes futures.

Enfin, un autre élément entre en jeu à travers internet, que le législateur aura du mal à ignorer : les intérêts protégés notamment par le droit d'auteur peuvent l'être autant par la technique que par la loi. Mais qui contrôlera la technique ? Quel système de gouvernance ? Voilà un autre élément sur l'efficacité et la légitimité de la loi qui devra être versé dans le prochain débat.

Cet article est dédié à Lucien Mehl qui a été parmi les premiers juristes à penser la transformation du droit par la technique et avec qui je n'ai pas eu le temps de discuter de ce texte comme nous en avons l'habitude.

⁶⁵ L. LESSIG, 2005, PUL op. cit. p. 268.