

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Bibliothèques, services d'archives et droit d'auteur

Hallemans, Sandrine; Colin, Caroline

Published in:

L'archivage électronique et le droit

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hallemans, S & Colin, C 2012, Bibliothèques, services d'archives et droit d'auteur: les enjeux du numérique. dans *L'archivage électronique et le droit*. vol. 34, Larcier , Bruxelles, pp. 159-187.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE VI

Bibliothèques, services d'archives et droit d'auteur: les enjeux du numérique

Dr Caroline COLIN* et Sandrine HALLEMANS**

Introduction

Les bibliothèques et services d'archives ont un rôle traditionnel et historique de préservation du patrimoine culturel et de diffusion de la culture auprès du public. L'apparition et le développement des technologies de l'information et de la communication ont ouvert une nouvelle porte, celle de la numérisation des archives et de leur mise à disposition en ligne. En Europe comme ailleurs, les bibliothèques et services d'archives ont commencé ce travail de numérisation, qu'il soit à des fins de préservation des contenus ou à des fins de diffusion sur Internet.

La première bibliothèque numérique a été créée en 1971 aux États-Unis sous le nom de projet Gutenberg¹. Son objectif était de diffuser gratuitement, sous forme numérique, des œuvres tombées dans le domaine public. À l'heure actuelle, ce projet compte plus de 36 000 livres². En 1997, c'est la Bibliothèque nationale de France qui s'est lancée dans la création d'une bibliothèque numérique, avec son projet Gallica³. Mais c'est Google qui a véritablement lancé la vague de numérisation de grande ampleur, qui a inspiré les institutions publiques culturelles et d'autres instances privées

* Directrice de l'unité Propriété intellectuelle du C.R.I.D.S. (Centre de recherche information, droit et société), F.U.N.D.P. Namur. La présente contribution est le fruit de recherches menées dans le cadre du Centre d'expertise en ingénierie et qualité des systèmes (projet CE-IQS), co-financé par l'Union européenne et la Wallonie: «Le Fonds européen de développement régional et la Wallonie investissent dans votre avenir».

** Chercheuse au C.R.I.D.S. (Centre de recherche information, droit et société), F.U.N.D.P. Namur.

¹ <http://www.gutenberg.org/>.

² <http://www.gutenbergnews.org/about/histoire-du-projet-gutenberg/>.

³ <http://gallica.bnf.fr/>.

et qui a poussé les autorités publiques à se pencher sur la question des projets de numérisation des œuvres à grande échelle. En 2002, Google a commencé à numériser les livres des bibliothèques⁴ et, en 2004, a lancé l'application *Book search*, qui permet aux utilisateurs de rechercher les livres numérisés dans une base de données sur Internet. Les livres tombés dans le domaine public peuvent être consultés dans leur intégralité, et s'agissant des livres sous droit, les utilisateurs peuvent en consulter des extraits⁵.

Au niveau européen, en 2000, l'Agenda de Lisbonne a énoncé clairement l'objectif de faire de l'Europe l'économie de la connaissance la plus dynamique et la plus compétitive. L'un des éléments clés pour la mise en œuvre de cet objectif est le «Programme i2010» qui définit la politique européenne pour la société de l'information, dont l'une des priorités est l'«Initiative bibliothèques numériques» lancée par la Commission européenne en 2005. L'enjeu est de rendre l'héritage culturel européen plus accessible pour promouvoir la société de la connaissance⁶. Viviane Reding a fait de la bibliothèque européenne *Europeana* un projet phare de l'initiative «i2010». Son site Internet⁷ permet aux utilisateurs de rechercher et d'accéder en ligne directement aux livres numérisés, aux cartes, tableaux, journaux, extraits de films et photographies détenus par les institutions culturelles européennes. Plus de 10 millions d'objets numérisés sont actuellement disponibles. Le propre de cette bibliothèque est d'être un portail de bibliothèques nationales. L'accessibilité aux œuvres est donc liée aux solutions qui régissent les bibliothèques nationales dans leur pays. En somme, l'idée est qu'*Europeana* et les bibliothèques et services d'archives jouent leur rôle de préservation du patrimoine et de diffusion de la culture en permettant l'accès le plus libre possible au public, pour faire progresser la société de la connaissance⁸.

De telles innovations ont soulevé de nombreuses questions. Les projets de numérisation de grande ampleur sont-ils autorisés par la législation

⁴ Google a passé des partenariats avec des bibliothèques du monde entier, y compris en Europe (en Espagne, en France, en Angleterre, mais également en Belgique, avec la bibliothèque de Gand), et la plupart des livres provenant de ces bibliothèques sont encore protégés par le droit d'auteur.

⁵ Sur les questions que cela pose d'un point de vue du droit d'auteur, voy. not. A. STROWEL, *Quand Google défie le droit*, Bruxelles, Larcier, 2011, spéc. pp. 25-57.

⁶ http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm.

⁷ <http://www.europeana.eu/portal/>.

⁸ Sur le sujet, voy. not. M.-J. IGLESIAS PORTELA, «Digital Libraries: any step forward?», *A&M*, 2008/5; M.-J. IGLESIAS PORTELA et L. VILCHES ARMASO, «Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe», *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2007, vol. 19, n° 3; S. CARRIÉ, «Les bibliothèques à l'heure du numérique», *Comm. Com. électr.*, juin 2006, Étude n° 15.

sur le droit d'auteur? Comment les institutions doivent-elles faire pour réaliser ces opérations tout en étant en conformité avec cette législation? La Commission européenne, consciente des enjeux de la question et des difficultés qu'elle suscite, a créé des groupes de réflexion chargés d'apporter des éléments de réponse. En 2006, la Commission a mis en place⁹ un groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, le *High Level Expert Group* (HLEG), qui réunissait un grand nombre d'acteurs concernés par la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel. Ce groupe est chargé de conseiller la Commission sur la meilleure façon de relever les défis juridiques, techniques et organisationnels au niveau européen, et de contribuer à promouvoir une vision stratégique commune pour les bibliothèques numériques européennes. Un sous-groupe «Droit d'auteur» a été institué au sein de ce HLEG pour le conseiller sur les différentes questions de droit d'auteur qui se posent dans le contexte de l'initiative «i2010». Par ailleurs, en avril 2010, le Comité des Sages¹⁰, groupe de réflexion institué par la DG Société de l'information en charge de l'Agenda numérique, a été chargé de rédiger un rapport sur la mise en ligne du patrimoine culturel européen, «The New Renaissance», remis le 10 janvier 2011¹¹. Ce comité avait pour mission de faire des recommandations pour donner vie à *Europeana*, la bibliothèque en ligne européenne.

De manière générale, l'auteur détient des droits exclusifs sur ses œuvres qui lui permettent de contrôler leur exploitation et leur utilisation. Personne ne peut utiliser l'œuvre – la numériser, par exemple – sans demander préalablement l'accord de l'auteur. Les œuvres sont protégées pendant un temps limité avant de tomber dans le domaine public. Conscients des problèmes de droit d'auteur soulevés par les projets de numérisation des œuvres, les bibliothèques et services d'archives ont commencé par numériser les œuvres du domaine public, car dans cette hypothèse, l'accord des titulaires de droits n'est plus exigé. Passé un certain délai, les œuvres peuvent être reproduites et communiquées au public librement, sans avoir recueilli préalablement l'assentiment des titulaires de droits (section 1). Mais pour les œuvres encore protégées par le droit d'auteur, la numérisation par les institutions est une exploitation qui ne peut être

⁹ Déc. de la Commission du 27 février 2006 instituant un groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, *J.O.U.E.*, n° L 63/25 du 4 mars 2006, pp. 25-27.

¹⁰ Composé du directeur général de Publicis, Maurice Lévy, de la directrice de la Bibliothèque nationale d'Allemagne Elisabeth Niggemann, et de l'écrivain et journaliste belge Jacques De Decker.

¹¹ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages sur la mise en ligne du patrimoine culturel européen, 10 janvier 2011, disponible sur http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm.

entreprise sans l'accord des titulaires de droits. Cette exploitation bénéficie-t-elle d'une exception qui permettrait aux institutions de s'y livrer sans demander cet accord (section 2)? De plus, parmi ces œuvres encore protégées par le droit d'auteur, se trouvent les œuvres dites orphelines c'est-à-dire les œuvres dont l'auteur est inconnu ou n'a pu être localisé. Dans ce cas, si l'auteur est impossible à identifier ou à retrouver, et ce, malgré une recherche raisonnable et diligente, comment faire pour réutiliser cette œuvre en toute légalité? L'auteur n'étant pas connu, il n'est dès lors pas possible de requérir son consentement pour la numérisation et la diffusion de son œuvre sur Internet, ce qui pose d'évidents problèmes pour les projets de numérisation de masse (section 3).

SECTION 1. – La numérisation de contenus n'exigeant pas l'accord des titulaires de droits

Tous les contenus dont disposent les bibliothèques et services d'archives ne sont pas nécessairement des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des œuvres encore protégées par le droit d'auteur. La numérisation de ce type de contenus, à des fins de préservation ou de diffusion en ligne, peut alors être entreprise librement par les institutions (§ 1). Certaines d'entre elles peuvent être tentées de revendiquer un nouveau droit sur les contenus alors numérisés, quand bien même la protection par le droit d'auteur serait arrivée à expiration (§ 2).

§ 1. Les contenus librement reproductibles et communicables

Le seul critère d'accès à la protection par le droit d'auteur est l'originalité¹². Une œuvre ne donnera prise au droit d'auteur que si elle est originale. Tout document n'est donc pas nécessairement protégé par le droit d'auteur. Par exemple, toute donnée factuelle, brute – comme une adresse, des chiffres, des faits historiques... – échappe, par nature, au droit d'auteur. Il n'existe donc aucune réserve possible sur ces éléments considérés en eux-mêmes. Les bibliothèques et services d'archives peuvent donc librement numériser ces documents aussi bien dans un but de préservation que de diffusion en ligne, sans se soucier du droit d'auteur. En revanche, si ces mêmes éléments sont organisés de manière originale – seul critère d'accès à la protection par le droit d'auteur – le résultat obtenu

est susceptible d'être protégé par le droit d'auteur. Par exemple, l'élaboration d'un tableau sophistiqué relatif à des faits marquants de l'histoire de la construction européenne ou des schémas, des cartes géographiques... peuvent prétendre à la protection par le droit d'auteur, si tant est que son créateur a bénéficié d'une marge de liberté dans son processus créatif. Le lecteur se rapportera alors aux développements *infra* (section 2).

L'exercice du droit d'auteur peut être paralysé sur une certaine catégorie d'œuvres, bien qu'elles soient originales. Les articles 2, 4), et 2bis, 1), de la Convention de Berne – texte international de référence en droit d'auteur – laissent aux législateurs nationaux le soin de prévoir la protection qu'ils souhaitent conférer aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes, aux discours politiques et aux discours prononcés dans les débats judiciaires, dans les audiences publiques des tribunaux ou dans les réunions politiques. Ainsi, en Belgique, l'article 8, § 1, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins¹³ (ci-après L.D.A.) organise la paralysie de l'exercice du droit d'auteur sur certaines œuvres: les discours prononcés dans les assemblées délibérantes, dans les audiences publiques des juridictions ou dans les réunions politiques, de même que les actes officiels de l'autorité. Les institutions détentrices de ces œuvres peuvent donc les numériser et les mettre en ligne librement, sans demander l'accord des titulaires de droits. La reproduction est autorisée si elle «s'insère dans un ensemble à caractère informatif, critique, scientifique ou juridique»¹⁴. Toutefois, pour ce qui concerne ces œuvres (sauf pour les actes officiels de l'autorité), l'exception est limitée en ce qu'elle réserve à l'auteur la possibilité de les tirer à part, c'est-à-dire de les reproduire sous forme d'anthologie ou de recueil.

Sont également librement reproductibles les œuvres publiées sous une licence libre, type *Creative Commons*, à condition que les termes de la licence l'autorisent.

Enfin, en vue de la sauvegarde de l'intérêt public, mais aussi en raison d'une impossibilité matérielle de gestion des droits d'auteur transgénérationnelle, les œuvres protégées par le droit d'auteur tombent dans le domaine public à l'expiration d'un certain délai. Elles sont donc librement reproductibles et communicables. En d'autres termes, une fois ce délai écoulé, les œuvres sont à la disposition de tous et librement accessibles. Le délai court à partir de la date de décès de l'auteur. L'article 7, 1), de la convention de Berne prévoit que «La durée de la protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante

¹³ M.B., 27 juillet 1994.

¹⁴ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 129, p. 109.

¹² Sur cette notion d'originalité, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 61 et ss.

ans après sa mort», durée reprise par l'article 12 des Accords A.D.P.I.C. Ce délai de protection est un minimum. En Europe, afin d'harmoniser la durée de protection dans tous les États membres, la directive n° 93/98 du 29 octobre 1993 pose un nouveau délai de protection qui est de 70 ans après le décès de l'auteur¹⁵ et de 50 ans après la date de la prestation pour les droits voisins¹⁶. On comprend alors pourquoi les institutions ont d'abord procédé à la numérisation et à la mise en ligne des œuvres tombées dans le domaine public. Toute difficulté avec la législation sur le droit d'auteur est écartée¹⁷. À titre d'illustration, l'application *Book search* de Google permet aux utilisateurs de consulter en ligne dans leur intégralité les livres numérisés qui sont tombés dans le domaine public¹⁸.

Pour tous ces types de documents et/ou d'œuvres, les institutions peuvent donc procéder librement à leur numérisation et à leur diffusion en ligne, sans se préoccuper de recueillir l'assentiment des titulaires de droits. Les institutions devront toutefois veiller à ce que la numérisation des œuvres du domaine public ne contrarie pas le droit moral de l'auteur, notamment son droit au respect de l'œuvre¹⁹. Cette prérogative – imprescriptible, contrairement aux droits patrimoniaux – permet aux ayants droit de s'opposer à toute modification de celle-ci ou à toute atteinte préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. En somme, cet attribut permet d'interdire aux tiers de maltraiter l'œuvre (atteinte matérielle) : modification (sonorisation d'un film muet, colorisation d'un film en noir et blanc...), reproductions de mauvaise qualité, destruction...

§ 2. L'impossible revendication d'un nouveau droit sur les œuvres du domaine public numérisées

Une fois les œuvres du domaine public numérisées, certaines institutions sont tentées de les mettre à disposition du public – en l'occurrence des internautes – en contrepartie du versement d'un paiement²⁰. Les internautes peuvent donc être amenés à verser une contrepartie financière pour télécharger ces œuvres, les imprimer, voire simplement les consulter

¹⁵ Art. 2, § 1, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après L.D.A.).

¹⁶ Art. 38, L.D.A.

¹⁷ Sous réserve du droit moral, voy. *infra*.

¹⁸ Voy. *supra*.

¹⁹ Cf. art. 1, § 2, L.D.A.

²⁰ High Level Expert Group, *Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future, Final Report*, décembre 2009, pp. 6-7, disponible sur http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hlg_final_report09.pdf.

en ligne. Certaines institutions réclament à leur profit la création d'un nouveau droit sur ces œuvres du domaine public numérisées.

Or, un tel droit sur ces œuvres a disparu dès leur entrée dans le domaine public. Mais dans la mesure où les établissements ont investi des sommes considérables dans le processus de numérisation, ils estiment logique de bénéficier d'un droit privatif sur ces œuvres numérisées. Mais un droit d'auteur ne peut être attribué simplement en raison d'un investissement réalisé pour obtenir une œuvre. L'investissement ne fait pas partie des critères d'attribution du droit d'auteur. Ce critère, comme d'ailleurs le genre, la forme d'expression, la valeur artistique, la vocation utilitaire... sont indifférents pour prétendre à la protection par le droit d'auteur. Pour être protégée, une œuvre doit être une création de forme originale²¹. Le fait d'avoir procédé à une simple manipulation technique d'une œuvre en la numérisant ne suffit pas pour conférer à l'œuvre obtenue l'empreinte de la personnalité de son « auteur », et donc ne suffit pas pour qu'émerge un nouveau droit sur l'œuvre alors numérisée. Le processus de numérisation ne crée pas de nouveaux droits sur les œuvres. Comme le mentionne le rapport du HLEG, « the general principle that should be applied is that works in the public domain should remain in the public domain also in the digital environment »²², que la numérisation soit réalisée par des institutions publiques ou des entreprises privées. Le HLEG recommande que les œuvres du domaine public numérisées restent librement accessibles. C'est également en ce sens qu'a conclu le Comité des Sages dans son rapport *The New Renaissance* : « le contenu du domaine public numérisé à l'aide de fonds publics doit être accessible à tous gratuitement »²³. Il conviendrait également, comme le recommande le Comité des Sages, de veiller à ce que les œuvres numérisées ressortissant du domaine public ne soient pas rendues inutilisables pour les internautes en raison de l'insertion de certaines techniques numériques au sein même des œuvres²⁴.

Au-delà de la raison juridique précédemment évoquée, la justification peut également être de nature commerciale, comme le souligne le rapport du Comité des Sages²⁵. Dans la mesure où *Google Books* a mis gratuitement en ligne pour les internautes les œuvres du domaine public, il serait stratégiquement discutable que les institutions culturelles réclament un paiement aux internautes pour le même type d'œuvres. Elles doivent se

²¹ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., pp. 61 et ss.

²² High Level Expert Group, *Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future, Final Report*, op. cit., pp. 6-7.

²³ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., p. 17.

²⁴ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., p. 18.

²⁵ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., p. 17.

conformer à la charte du domaine public d'Europeana²⁶. Le Comité des Sages conclut également en ce sens pour la réutilisation de ces œuvres numérisées à des fins non commerciales par les internautes, les établissements d'enseignement, les organisations non gouvernementales²⁷... Cela étant dit, rien n'empêche ces institutions culturelles de trouver d'autres modes de financement (publicité, partenariats...).

Pour ce qui concerne la réutilisation des œuvres du domaine public numérisées à des fins commerciales, le Comité des Sages estime que cette exploitation peut donner lieu à un paiement de la part des entreprises ou individus souhaitant s'y livrer. Le fondement d'un tel paiement ne serait pas l'existence d'un nouveau droit sur ces œuvres – ce qui est juridiquement impossible –, mais simplement le travail qu'a représenté la numérisation de ces œuvres. En somme, il ne s'agit pas d'un paiement en contrepartie d'un éventuel droit acquis sur l'œuvre numérisée, mais simplement d'un paiement en contrepartie du travail de numérisation réalisé par les institutions culturelles. Grâce à ces sommes, les institutions pourraient amortir les investissements réalisés pour la numérisation et envisager de procéder à d'autres travaux de numérisation²⁸. Les institutions devraient toutefois éviter de signer des accords exclusifs avec les entreprises ou d'appliquer des tarifs prohibitifs, et ce, au regard des exigences posées par la directive 2003/98/CE relative à la réutilisation des informations du service public²⁹. Pour l'instant, cette directive ne s'applique pas aux institutions culturelles et aux œuvres qu'elles détiennent, mais des discussions sont en cours actuellement pour les inclure dans son champ d'application.

SECTION 2. – La numérisation de contenus exigeant l'accord des titulaires de droits

En règle générale, sont admises à la protection par le droit d'auteur les œuvres littéraires (romans, poèmes, pièces de théâtre, livres d'art, monographies, manuscrits, lettres personnelles...), les œuvres orales (exposés, présentations, conférences, interviews...), les œuvres musicales (opéras, classique, jazz, variété...), les œuvres d'art (peinture, sculpture, dessins...),

les œuvres d'art appliqué (design, bijoux...), les œuvres audiovisuelles (films, vidéos...), les œuvres multimédias (sites Internet, jeux vidéo, CD-ROM...), les contributions scientifiques, les photographies, les articles de journaux, les affiches, les schémas, les cartes... Les bibliothèques et services d'archives doivent respecter les règles posées par la législation sur le droit d'auteur pour numériser et mettre en ligne les œuvres qu'ils détiennent dans leurs collections: obtenir l'accord des titulaires de droits au titre du droit de reproduction et du droit de communication au public (§ 1). Par exception, certaines utilisations des œuvres peuvent être réalisées sans avoir à obtenir préalablement cet accord. Il conviendra alors de vérifier si les bibliothèques et services d'archives peuvent ou non bénéficier d'une de ces exceptions (§ 2). En définitive, les projets de numérisation de masse, qui représentent un réel enjeu pour l'Europe, sont freinés à cause de la longueur de la procédure d'obtention des droits. Quelles sont les pistes actuellement à l'étude pour accélérer le processus (§ 3)?

§ 1. Respect des règles du droit d'auteur

En Belgique, le droit d'auteur est régi par la loi du 30 juin 1994 dans sa version consolidée du 29 décembre 2008 (ci-après L.D.A.). Les droits patrimoniaux – droit de reproduction (A) et droit de communication au public (B) – ont vocation à organiser l'exploitation des œuvres, et donc leur rencontre avec le public. C'est sur cette base que l'auteur pourra être rémunéré. Les droits patrimoniaux sont des prérogatives économiques, pécuniaires. Ces attributs sont exclusifs: seul l'auteur a le pouvoir d'autoriser ou non l'exploitation de ses créations. Il a aussi le loisir d'exiger la rémunération qu'il souhaite en contrepartie de cette exploitation. L'auteur maîtrise donc tous les rouages de l'exploitation de ses créations et est associé aux fruits qui en résultent. On rappelle à cet égard que toute atteinte illégitime aux droits de l'auteur est un acte de contrefaçon. Si les bibliothèques et services d'archives souhaitent exploiter les œuvres, ils devront obtenir l'accord des titulaires de droit (C).

A. Le droit de reproduction

Le droit de reproduction est consacré à l'article 9-1 de la Convention de Berne en des termes très généraux: «les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques [...] jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit». La déclaration commune concernant le traité O.M.P.I. sur les droits d'auteur, relative à l'article 1^{er}, alinéa 4, énonce très clairement que: «le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la convention de Berne et les excep-

²⁶ Cette charte est disponible sur <http://version1.europeana.eu/web/europeana-project/public-domain-charter-fr>.

²⁷ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., p. 17.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Dir. 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *J.O.U.E.*, n° L 345 du 3 décembre 2003, pp. 90-96.

tions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, et en particulier à l'utilisation des œuvres sous la forme numérique [...] le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la convention de Berne». L'article 2 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information³⁰ (ci-après «directive InfoSoc»), quant à lui, prévoit au profit de l'auteur: «le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit». En droit belge, en vertu de l'article 1^{er}, § 1, alinéa 1, de la L.D.A., l'auteur a seul le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son œuvre de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. La reproduction consiste à fixer l'œuvre pour la communiquer au public. L'auteur peut donc accepter et imposer ses conditions de rémunération pour la reproduction de son œuvre, ou tout simplement refuser cette exploitation.

La formulation de la loi permet aux juges de faire tomber dans le monopole de l'auteur les nouveaux supports de fixation des œuvres permettant de communiquer l'œuvre au public³¹. Le support de la reproduction est indifférent pour la mise en jeu du droit de reproduction³². Il peut s'agir d'une gravure, d'une impression, mais aussi d'une photocopie, d'une scannérisation, d'une fixation sur un CD-ROM, ou encore d'une numérisation en vue d'une diffusion en ligne. À titre d'exemple, les juges français ont accueilli les nouvelles techniques dans le champ du droit d'auteur. Ils ont en effet décidé que tombaient dans le monopole de l'auteur, les vidéogrammes³³, les photocopies³⁴, la scannérisation de photographies³⁵, la fixation sur un CD-ROM³⁶ ainsi que la numérisation en vue d'une dif-

fusion en ligne³⁷. De même, la mémorisation dans le serveur relié à Internet fait intervenir le droit de reproduction³⁸, puisqu'il s'agit d'une fixation de l'œuvre sur un support en vue de réaliser une communication de l'œuvre au public. Il convient toutefois de noter que la directive InfoSoc a énoncé une exception obligatoire pour la reproduction provisoire à titre technique, qui a donc été transposée en droit belge (*cf. infra*).

Le droit de reproduction est tellement large qu'il appréhende toutes les duplications des œuvres sur des supports. Peu importe le procédé dès lors qu'il y a une fixation. La durée de la reproduction n'importe pas. Elle peut être éphémère, provisoire, ou permanente. Peu importe aussi la finalité de lucre pour que le droit de reproduction soit impliqué. La reproduction peut entraîner un changement de genre de l'œuvre et sera dite «intellectuelle». Par exemple, l'adaptation d'un roman au cinéma est une reproduction. Le droit de reproduction comprend également le droit de location et le droit de prêt.

B. Le droit de communication au public

L'article 8 du traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur consacre un droit de communication au public: «Sans préjudice des dispositions des articles 11.1) 2°), 11bis.1) 1°) et 2°), 11ter.1) 2°), 14.1) 2°) et 14bis.1) de la convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée». L'article 3.1 de la directive InfoSoc le définit dans les mêmes termes: «le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement». En Belgique, l'article 1^{er}, § 1, alinéa 4, de la L.D.A. accorde à l'auteur le droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public de ses œuvres par un procédé quelconque. Le vecteur de la communication est indifférent, pourvu qu'il atteigne un public, même seulement potentiel. Cette prérogative vise aussi bien les représentations vivantes, comme le théâtre, que les représentations plus

³⁰ Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19.

³¹ Consult., pour une étude approfondie, Y. ГАУБИК, «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur», *RIDA*, octobre 1984, n° 122, pp. 23-145.

³² A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, n° 240, p. 201.

³³ Cass. fr., 1^{re} civ., 29 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 244; *D.* 1983, jurispr. p. 33, note B. EDELMAN, et somm. p. 99, obs. COLOMBET; *RTD com.*, 1983, p. 435, obs. A. FRANÇON (vidéogramme).

³⁴ Cass. fr., 1^{re} civ., 7 mars 1984, *Bull. civ. I*, p. 90; *JCP-G* 1985, II, 20351, note R. PLAISANT; *RIDA*, juillet 1984, n° 121, p. 151; *RTD com.*, 1984, p. 677 obs. A. FRANÇON (Ranougraphie).

³⁵ C.A. Paris, 4^e ch., 26 septembre 2001, *PI*, avril 2002, n° 3, p. 53, obs. P. SIRINELLI; *JCP-E* 2002, p. 351, note C. CARON; *Comm. Com. électr.*, 2002, comm. n° 18, note C. CARON.

³⁶ Voy. not. Trib. gr. inst. Montpellier, 24 septembre 1999, *Comm. Com. électr.*, 2000, comm. n° 19, note C. CARON.

³⁷ Voy. not. Trib. gr. inst. Paris, réf., 14 août 1996, *JCP-E* 1996, n° 47, jurispr. n° 881, p. 259, note B. EDELMAN; *JCP-G* 1996, II, n° 22727, note F. OLIVIER et E. BARBRY; *RDI-T*, 4/1996, p. 31, note B. EDELMAN. De même, pour la scannérisation de photographies, C.A. Paris, 4^e ch., 26 septembre 2001, *JCP-E* 2002, n° 321, note C. CARON.

³⁸ Y. GENDREAU, «Le droit de reproduction et Internet», *RIDA*, octobre 1998, n° 178, p. 3.

techniques, comme la radiodiffusion, la télédiffusion, la transmission par câble ou par satellite, la diffusion sur Internet.

À titre d'exemple, la représentation d'une œuvre musicale pourra consister en une diffusion en discothèque³⁹, dans un cyber-café⁴⁰... De même, la transmission d'une œuvre en ligne met en jeu le droit de communication au public⁴¹. Les juges adaptent la disposition à l'évolution des techniques. L'intégration des œuvres sur un site Internet déclenche le droit de communication au public. Les Institutions devront donc obtenir l'autorisation des auteurs en ce sens avant de rendre accessibles en ligne les œuvres protégées.

C. Application aux projets de numérisation

En conclusion, lorsque les bibliothèques et services d'archives souhaitent numériser leurs collections en vue de les préserver et/ou de les diffuser en ligne sur leur site Internet, elles doivent demander aux titulaires de droits l'autorisation de procéder à ces exploitations, au titre du droit de reproduction pour la première, et au titre du droit de reproduction et du droit de communication au public pour la seconde⁴². De plus, si certaines de ces œuvres sont des œuvres sonores ou audiovisuelles, il faudra non seulement obtenir l'accord des titulaires de droit d'auteur, mais également celui des titulaires de droits voisins (producteurs, artistes-interprètes). Par ailleurs, les institutions pourront vouloir utiliser les œuvres numérisées pour d'autres activités, comme les expositions, la publication de dossiers thématiques ou autres... Ou alors, elles voudront copier ces œuvres sur d'autres supports comme les CD-ROM, les DVD, voire les disques durs. Il faut alors noter que chaque reproduction sur un support différent ou chaque communication au public doit être expressément autorisée par les titulaires de droits. L'obtention de leur accord pour la numérisation à des fins de préservation et/ou de diffusion sur Internet ne permet pas d'exploiter les œuvres d'une autre manière. Il faut leur assentiment pour chaque mode d'utilisation des créations.

§ 2. Exceptions pour les bibliothèques et services d'archives ?

Le principe – nous l'avons vu – est que toute utilisation d'une œuvre protégée doit être autorisée par son auteur. Ce n'est que par exception que certaines utilisations peuvent être effectuées sans cet accord. L'article 5, § 2, c), de la directive InfoSoc stipule que « les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction [...] lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ».

Tous les États membres de l'Union européenne n'ont pas mis en œuvre cette exception, ou l'ont mise en œuvre, mais de manière étroite⁴³. En droit belge⁴⁴, il existe une exception à des fins d'archivage et de conservation du patrimoine en faveur des bibliothèques et services d'archives. La loi du 22 mai 2005 qui transpose la directive InfoSoc a élargi l'exception existante depuis 1995 en faveur de la Cinémathèque royale de Belgique, à toutes les institutions d'archivage et de conservation qui peuvent désormais reproduire les œuvres à condition que cette reproduction soit « limitée à un nombre de copies déterminé en fonction de et justifié par le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique, effectuée par des bibliothèques accessibles au public, des musées ou par des archives ». L'article 22, § 1, 8°, de la L.D.A. précise que ces institutions ne doivent rechercher « aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ». Ainsi, « les matériaux [...] produits demeurent la propriété de ces institutions qui s'interdisent tout usage commercial ou lucratif ». De son côté, l'auteur pourra avoir accès à ses œuvres « dans le strict respect de la préservation de l'œuvre et moyennant une juste rémunération du travail

⁴³ Au Royaume-Uni, p. ex., il n'est pas permis de reproduire dans un but de préservation des enregistrements de sons, des émissions ou des films.

⁴⁴ Sont notamment consacrées dans la L.D.A. : l'exception de courte citation (art. 21, § 1), l'exception de reproduction et de représentation d'extraits d'œuvres à des fins d'information du public (art. 22, § 1, 1°, et § 2), l'exception relative à la reproduction et à la communication au public de l'œuvre exposée dans un lieu accessible au public (art. 22, § 1, 2°), les exceptions à finalité pédagogique (art. 22, § 1, 4° bis, 4° ter, 4° quater et 7°), l'exception de parodie, pastiche ou caricature (art. 22, § 1, 6°), l'exception concernant les enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion pour leurs propres émissions et par leurs propres moyens (art. 22 § 1, 10°), l'exception relative à la reproduction et à la communication au public d'œuvres au bénéfice de personnes affectées d'un handicap (art. 22, § 1, 11°), l'exception qui permet de reproduire et de communiquer des œuvres pour annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques (art. 22, § 1, 12°), l'exception relative à la reproduction d'émissions, par les établissements hospitaliers, pénitentiaires (art. 22, § 1, 13°), l'exception relative au prêt des œuvres (art. 23).

³⁹ Par ex., Cass. fr. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, *JCP-G*, 1988, II, p. 21120, obs. A. FRANÇON.

⁴⁰ Par ex., C.A. Paris, 29 mai 2002, *Comm. Com. électr.* 2002, n° 125, note C. CARON.

⁴¹ Voy. not. C.A. Colmar, 15 septembre 1998, *Fronce* 3, *RIDA*, janvier 1999, n° 179, p. 410, note A. KÉREVER. C.A. Paris, 10 mai 2000, *Le Figaro*, *Comm. Com. électr.* 2000, n° 73, note C. CARON; *JCP-G* 2000, II, p. 10430, note E. DERIEUX.

⁴² Pour ce qui concerne l'exploitation des œuvres non publiées ou posthumes, il faudra tenir compte du droit de divulgation des titulaires de droits: cf. art. 1, § 2, al. 3, L.D.A.

accompli par ces institutions». Cette exception à des fins d'archivage et de conservation du patrimoine serait très restrictive en ce qu'elle permettrait seulement la reproduction « de documents électroniques qui seraient conservés sur des supports ou dans des formats obsolètes, afin de garantir la conservation du contenu et l'accès à celui-ci; de documents fragiles ou précieux afin que l'accès à leur contenu ne porte pas atteinte à l'intégrité du document original (p. ex., livres d'artistes, livres fragiles, manuscrits contemporains); de documents qui ne font plus l'objet d'une exploitation commerciale; de documents audiovisuels (p. ex., sur disque compact) »⁴⁵. Le HLEG recommande que les bibliothèques et services d'archives soient autorisés à faire plus d'une copie des œuvres lorsque le but est leur préservation. Il conseille également que les institutions se coordonnent entre elles à l'échelle européenne pour éviter la duplication de ces œuvres et ainsi rationaliser le processus⁴⁶. C'est en ce sens également qu'a conclu le Comité des Sages. Afin de faciliter le travail de conservation des institutions qui ont souvent besoin de migrer d'un format vers un autre, il convient de les autoriser à réaliser plusieurs copies à des fins d'archivage⁴⁷. L'exception telle que formulée par la loi belge semble autoriser la réalisation de plusieurs copies à condition que la finalité soit la préservation du patrimoine scientifique et culturel. Toutefois, l'exception ne sera applicable que si cette exploitation ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

De plus, l'article 22, § 1, 9°, de la L.D.A. consacre une exception pour la communication des œuvres, y compris la mise à disposition à des particuliers, à des fins de recherches ou d'études privées au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements. L'exception s'applique à l'hypothèse de la consultation des œuvres sur place par les individus grâce à des terminaux disponibles au sein des institutions. Les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement et scientifiques, les musées ou les archives pourront communiquer à des particuliers, à des fins de recherches ou d'études privées, « les œuvres qui ne sont pas offertes à la vente ni soumises à des conditions en matière de licence » si elles « font partie de collections des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement et scientifiques, des musées ou des archives ». La communication de ces œuvres ne pourra se faire

⁴⁵ L. MAUREL, *Une collection numérique face au défi du droit d'auteur, l'exemple de Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, janvier 2007, disponible en ligne sur http://memisc.ccsd.cnrs.fr/docs/00/33/49/29/PDF/mem_00000460.pdf, spéc. p. 46 note 108.

⁴⁶ High Level Expert Group, *Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future, Final Report*, op. cit., p. 5.

⁴⁷ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., pp. 30 et 32.

qu'« au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements ». Ainsi, les bibliothèques et services d'archives ne bénéficient pas d'une exception leur permettant de diffuser en ligne leurs collections.

Par ailleurs, concernant les reproductions temporaires techniques effectuées en vue de la diffusion en ligne, la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information a prévu une exception que tous les États membres ont obligatoirement transposée dans leur législation nationale. Cette exception de reproduction provisoire à caractère technique a été conçue pour l'utilisation d'une œuvre en format numérique qui a vocation à être transmise sur les réseaux. En effet, la diffusion des œuvres sur Internet entraîne obligatoirement un certain nombre de reproductions qui sont techniquement nécessaires et qui permettent l'acheminement des œuvres sur les réseaux. En vertu de l'article 21, § 3, de la L.D.A., l'auteur ne peut interdire « les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ». Autrement dit, lorsque les institutions auront obtenu l'autorisation de mise en ligne de leurs œuvres, elles n'auront pas à s'acquitter en plus d'une autorisation au titre de ces reproductions techniques grâce à l'exception de l'article 21, § 3.

De surcroît, toutes ces exceptions ne seront admissibles que si elles passent le test des trois étapes, c'est-à-dire qu'elles se rapportent à un cas spécial, qu'elles ne contrarient pas l'exploitation normale des œuvres et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁴⁸.

Ainsi, les bibliothèques et services d'archives bénéficient simplement de la possibilité de numériser certaines œuvres dans des conditions bien précises à des fins de préservation et de conservation du patrimoine, mais pas de la possibilité de numériser massivement tous types d'œuvres à cet effet. Il leur est donc impossible de numériser toutes les collections d'œuvres protégées dont ils disposent sans autorisation préalable. Par ailleurs, si ces institutions sont autorisées à laisser les individus consulter les œuvres sur place, il leur est impossible de diffuser ces œuvres en ligne. Ainsi, non seulement les bibliothèques et services d'archives ne peuvent pas numériser leurs collections entières à des fins de préservation, mais ils ne peuvent pas non plus envisager de les diffuser en ligne sur leur site Internet. Il n'existe donc pas d'exception pour des projets de numérisation à grande

⁴⁸ Cf. art. 5, 5°, Dir. 2001/29/CE du 22 mai 2001. Se reporter not. à A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., n° 97 p. 178.

échelle et de mise en ligne des collections des bibliothèques et services d'archives. Ces institutions n'ont donc d'autre choix que d'obtenir préalablement l'autorisation des titulaires de droits, à la fois pour le droit de reproduction des œuvres, mais aussi pour le droit de communication au public pour ce qui concerne la mise en ligne.

§ 3. Quelles solutions pour les projets de numérisation de masse ?

Étant donné que les exceptions existantes n'autorisent pas les bibliothèques et services d'archives à réaliser des projets de numérisation de grande ampleur, que ce soit à des fins de préservation ou de diffusion en ligne, ces institutions sont obligées de recueillir, pour cette exploitation, l'accord des titulaires de droits. Cela implique donc des négociations individuelles avec chacun d'entre eux afin qu'ils autorisent la reproduction et la communication de leurs œuvres dans ce contexte. La procédure s'avère exigeante en termes d'investissements tant humains que financiers, longue, et parfois difficile à mener quand les titulaires de droits ne sont pas identifiés ou localisés⁴⁹. Les institutions peuvent aussi se tourner vers les sociétés de gestion collective si les auteurs leur ont cédé leurs droits afin de conclure des accords généraux. Mais la difficulté est alors de savoir si elles ont la compétence pour le faire, c'est-à-dire si le mandat que leur ont confié les auteurs couvre ce type d'exploitation en ligne⁵⁰. Selon l'issue des négociations avec les titulaires de droits, les institutions peuvent alors décider de procéder ou non à la numérisation et à la mise en ligne des œuvres.

Afin que les bibliothèques et services d'archives poursuivent leur mission de préservation et de diffusion de la culture, serait-il approprié d'étendre les exceptions existantes ? Ou alors de créer de nouvelles exceptions ? En l'état de la rédaction de la directive InfoSoc, il semble impossible que les législateurs nationaux puissent adopter de nouvelles exceptions. En effet, la directive a édicté une liste limitative d'exceptions et aucune ne concerne les projets de numérisation à grande échelle. Et pour ce qui concerne un éventuel élargissement des exceptions existantes, la directive ne laisse pas cette possibilité aux législateurs nationaux puisque son considérant n° 40, relatif à l'article 5, 2, c), énonce qu'« une telle exception ou limitation ne doit pas s'appliquer à des utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne d'œuvres ou d'autres objets protégés ». De

⁴⁹ Cf. *infra* pour les œuvres orphelines.

⁵⁰ L. MAUREL, *Une collection numérique face au défi du droit d'auteur, l'exemple de Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, op. cit., p. 87.

plus, l'application des exceptions est dorénavant limitée par le test des trois étapes.

À l'échelle européenne, la question de la numérisation et de la diffusion en ligne par les institutions culturelles a fait l'objet de vives discussions. La Commission, dans sa Communication sur « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »⁵¹, relate que les éditeurs et les sociétés de gestion collective ne sont pas en faveur d'une extension des exceptions actuelles en matière de préservation et de diffusion en ligne bénéficiant aux institutions culturelles. Ceux-ci craignent que les titulaires de droits en sortent affaiblis et que les internautes bénéficient d'un accès totalement libre aux œuvres protégées, voire les utilisent sans rien payer. Il vaudrait mieux, selon ces acteurs, s'en tenir aux systèmes actuels de concession de licences et d'arrangements contractuels, et permettre uniquement la consultation des œuvres dans les locaux des institutions. La Commission s'est engagée à réfléchir sur les différentes options permettant la numérisation de masse et la diffusion en ligne, sans prendre parti. Tout l'enjeu est de trouver un équilibre entre les droits des auteurs et l'accès du public à la culture. Comme le rapporte le HLEG, si les auteurs souhaitent que leurs droits soient préservés lors de la numérisation et de la mise en ligne de leurs œuvres, les institutions culturelles, de leur côté, prônent une réforme du droit d'auteur et davantage d'harmonisation au niveau européen pour créer des conditions favorables aux projets de numérisation de grande ampleur⁵².

Par ailleurs, selon le HLEG, les partenariats public/privé sont appelés à jouer un rôle déterminant dans la préservation du patrimoine culturel, mais aussi pour sa diffusion en ligne⁵³. Les bibliothèques et services d'archives apportent leur savoir-faire et leurs collections d'œuvres, tandis que les entreprises privées financent les projets de numérisation, qu'ils soient à des fins de préservation ou de diffusion en ligne, apportent les technologies nécessaires et leur expertise technique. De ces partenariats, l'accès du public à la culture peut être grandement amélioré. Tous les acteurs reconnaissent que ces partenariats sont nécessaires et doivent être plébiscités. Mais pour éviter l'échec et les difficultés inhérentes à ce genre de projets, le HLEG a formulé des recommandations afin que le partenariat se déroule de manière optimale. Par exemple, il faut convenir dès le

⁵¹ Commission européenne, *Communication sur « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »*, Bruxelles, 19 octobre 2009, COM(2009) 532 final, spéc. pp. 6-7.

⁵² High Level Expert Group, *Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future, Final Report*, op. cit., p. 6.

⁵³ High Level Expert Group, *Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future, Final Report*, op. cit., pp. 7-8.

départ que les œuvres tombées dans le domaine public resteront dans le domaine public après avoir été numérisées; il faudrait également éviter de conclure des accords d'exclusivité, ce qui entraverait l'accès aux œuvres. Le challenge est que les partenaires privés reçoivent une compensation financière et que les droits des auteurs soient respectés et l'accès du public à la culture garanti.

SECTION 3. – Cas particulier : la numérisation des œuvres orphelines

Les projets de numérisation de masse ont posé de nouvelles questions inédites en droit d'auteur, dont celle des œuvres orphelines, ces œuvres dont l'auteur n'a pu être identifié ou localisé. Après un bref exposé de la problématique générale (§ 1), nous verrons ce qu'il est possible de faire pour numériser les œuvres orphelines, et ce malgré l'impossibilité de demander l'accord nécessaire du titulaire des droits sur l'œuvre (§ 2).

§ 1. Problématique et définition

Une œuvre orpheline⁵⁴, même s'il serait plus adéquat de parler de « droits orphelins »⁵⁵, est une œuvre protégée par le droit d'auteur dont l'ayant droit est inconnu ou n'a pu être localisé, et ce après une recherche diligente⁵⁶.

La question qui se pose est celle de savoir comment utiliser ces œuvres sans aller à l'encontre de la législation sur le droit d'auteur. Lors d'un projet de numérisation, on ne peut se contenter de laisser des œuvres sur le bord du chemin sous prétexte qu'elles sont orphelines. Le consentement de l'auteur étant nécessaire pour toute réutilisation de son œuvre, l'utilisateur ne peut se permettre de risquer la mise en cause de sa responsabilité civile ou pénale, il se doit donc d'être prudent. Le danger est alors que le public passe à côté d'une partie de son patrimoine, de son histoire, qu'il ne

bénéficie pas d'un service supplémentaire qu'Internet aurait pu lui fournir. Mais l'auteur n'est pas non plus épargné. En effet, les ayants droit, n'étant pas identifiés, n'obtiennent pas de rémunération pour l'exploitation de leurs œuvres et celles-ci ne sont pas vues autant qu'elles auraient pu l'être si elles avaient été diffusées en ligne. À cet égard, il faut reconnaître qu'une œuvre orpheline est paradoxalement bien protégée, puisque son usage abusif est proscrit. En revanche, son utilisation est entravée. C'est en particulier la diffusion de l'œuvre qui est bloquée, alors même que l'on peut raisonnablement penser que la plupart des auteurs souhaiteraient que celle-ci soit la plus large possible. L'auteur est donc à la fois bénéficiaire et victime du droit, lorsque son œuvre est devenue orpheline. Le droit d'auteur se retrouve face à de nouvelles problématiques que celles qui ont présidé à son élaboration et semble ne plus être adapté à ces nouveaux développements. Cela pose d'autant plus de questions dans le cadre de l'initiative «I2010» de la Commission européenne, celle-ci mettant tout en œuvre pour favoriser une société de la connaissance largement nourrie par les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

§ 2. Les solutions pour numériser les œuvres orphelines

Nous allons analyser les différentes solutions qui peuvent être mises en œuvre pour résoudre la problématique de l'orphelinat des œuvres. Certains États – mais cela reste marginal – ont déjà implémenté des solutions dans leur droit national (B). Nous ferons également le point sur la stratégie des institutions européennes en la matière (C), stratégie qui a mené à l'adoption d'une proposition de directive par la Commission européenne (D). Les solutions étant encore relativement incertaines, certains acteurs ont préféré jouer choisir une date de sécurité pour la numérisation des œuvres et s'assurer ainsi qu'elles sont tombées dans le domaine public (A).

A. Le choix d'une date de sécurité

Hormis les situations dans lesquelles le contenu est tombé dans le domaine public ou lorsque les activités de reproduction ou de communication font l'objet d'une exception ou d'une limitation⁵⁷, l'utilisateur potentiel est tenu de faire en sorte que toutes les contraintes juridiques attachées à l'utilisation qu'il compte en faire soient rencontrées⁵⁸. Comme

⁵⁴ Il ne faut pas confondre œuvres orphelines et œuvres anonymes, ces dernières étant les œuvres dont la paternité est inconnue, leur auteur ayant volontairement décidé de cet anonymat, en ne signant pas l'œuvre de leur nom, p. ex. l'art. 6, al. 3, de la L.D.A. prévoit que c'est alors l'éditeur qui exerce à l'égard des tiers les droits des auteurs des œuvres anonymes.

⁵⁵ Voy. M.-J. IGLESIAS PORTELA, « Digital Libraries: any step forward? », *op. cit.*, p. 354: il pourrait y avoir des cas où seulement certains droits peuvent être considérés comme orphelins, et non tous. Par ex., pour une œuvre à laquelle plusieurs co-auteurs ont participé, il peut arriver que seulement un des auteurs soit inconnu ou introuvable.

⁵⁶ La notion de « recherche diligente », sera analysée *infra*.

⁵⁷ Cf. *supra*.

⁵⁸ S. VAN COMPEL, « Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines », in *IRIS plus*, éd. 2007-4, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, p. 3.

nous l'avons déjà évoqué *supra*, une œuvre tombe dans le domaine public 70 ans après le décès de son auteur⁵⁹ et 50 ans après la prestation pour les droits voisins⁶⁰. Connaître la date du décès d'un auteur lorsque celui-ci est inconnu n'est pas une chose aisée, ce qui complique la tâche des utilisateurs potentiels de l'œuvre. Ceux-ci ont donc tout intérêt à prendre une grande marge de sécurité. C'est pour cette raison que l'Université de Gand, dans sa collaboration avec *Google Books*, a choisi une date de clôture pour la numérisation de ses collections, en l'occurrence la date de 1868⁶¹. Cela signifie que toutes les œuvres publiées ou diffusées avant cette date pourront être numérisées et mises à disposition intégralement en ligne, sans crainte⁶².

B. Les différentes solutions déjà implémentées par certains États

Certains États n'ont pas attendu de solution européenne pour légiférer sur cette problématique. En conséquence des travaux initiés par la Commission européenne sur la problématique des œuvres orphelines (voy. *infra*), certains États membres ont implémenté, ou sont en discussion pour trouver, des solutions au problème des œuvres orphelines.

a) Le recours à un organe gouvernemental ou judiciaire

Parmi les solutions déjà adoptées par certains États, nous pouvons relever le recours à un organe administratif pour la délivrance d'une autorisation. Dans ce système, la loi autorise les utilisateurs à faire appel à un organe administratif pour que celui-ci délivre une licence autorisant l'usage d'une œuvre à un utilisateur qui n'a pu retrouver le titulaire du droit d'auteur malgré des recherches raisonnables⁶³. C'est cette solution qu'a implémentée la Hongrie⁶⁴ dans l'article 57/A de son *Copyright Act*.

⁵⁹ Art. 2, § 1, L.D.A.

⁶⁰ Art. 38, L.D.A.

⁶¹ Cette date est basée sur l'hypothèse qu'un auteur a créé l'œuvre quand il avait 20 ans et que l'auteur est décédé à 90 ans. $1868 + 70 (90 - 20) = 1938$. $1938 + 70 = 2008$. Nous sommes en 2011, la date de clôture peut donc aujourd'hui être ramenée à 1871 (R. KERREMANS et E. WERKERS, « Verweesde werken: wie bevrijdt hen uit het auteursrecht? », A&M, 2009/1, p. 41).

⁶² R. KERREMANS et E. WERKERS, « Verweesde werken: wie bevrijdt hen uit het auteursrecht? », *op. cit.*, p. 41.

⁶³ M. VAN ECHOUID, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT et N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law*, La Haye, Kluwer, 2009, p. 283.

⁶⁴ Pour plus de détails sur la solution hongroise, voy. l'art. de A. GEYNGE, « The Hungarian model of licensing orphan works », Presentation at the ES Presidency conference on "Digitisation of cultural material. Digital libraries and copyright", 14 mars 2010, Madrid, disponible sur http://www.mcu.es/principal/docs/MC/Presidencia UE2010/Aniko_Geynge_presentation.pdf.

Celui-ci donne au *Hungarian Intellectual Property Office* la mission d'accorder une autorisation limitée et non exclusive au demandeur, moyennant une redevance proportionnée, qui a effectué une recherche diligente – qui dépend du type d'œuvre et de l'usage –, mais qui n'a pas réussi à retrouver l'ayant droit.

En dehors de l'Union européenne, nous retrouvons le même type de solution dans le droit canadien⁶⁵, dont le droit hongrois s'est largement inspiré.

À l'instar des systèmes hongrois et canadien, le régime anglo-saxon prévoit la délivrance d'une autorisation d'utilisation des œuvres par une autorité publique⁶⁶, compétente en cas d'impossibilité de retrouver les ayants droit. Au Royaume-Uni, c'est à une juridiction, le *Copyright Tribunal*, qu'il faut s'adresser pour l'octroi d'une licence afin de permettre et d'assurer l'exploitation d'œuvres dont l'ayant droit n'est pas connu⁶⁷. Mais ce mécanisme n'est pas adapté aux grands projets de numérisation, car il faudrait demander au juge de se prononcer sur un grand nombre d'œuvres, ce qui est irréalisable en pratique⁶⁸.

Tout comme au Royaume-Uni en l'état actuel des choses, la loi luxembourgeoise instaure un mécanisme basé sur une procédure judiciaire pour résoudre la problématique posée par les œuvres orphelines⁶⁹.

b) La limitation-on-remedy-rule

Une autre solution, proposée aux États-Unis⁷⁰, est celle de la limitation des voies de recours ou encore *limitation-on-remedy rule* consistant en l'introduction d'une disposition législative qui limiterait la responsabilité des utilisateurs qui font usage d'une œuvre après avoir mené une recherche raisonnable, mais infructueuse, de l'ayant droit. Les utilisateurs

⁶⁵ Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 77, disponible sur <http://laws.justice.gc.ca/fra/C-42/index.html>.

⁶⁶ Art. 190, UK Copyright, Design and Patents Act.

⁶⁷ *Orphan works – Potential solutions*, Intellectual Property Office, p. 4, disponible sur <http://www.ipo.gov.uk/c-owpaper0809.pdf>.

⁶⁸ Une étude sur la révision des règles de propriété intellectuelle a été lancée en 2005, la *Gowers Review of Intellectual Property*, dont certaines de ses recommandations concernent les œuvres orphelines (voy. le *Gowers Review of Intellectual Property*, novembre 2006, disponible sur <http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.asp>).

⁶⁹ Art. 91 de la loi lux. du 18 avril 2001 sur le droit d'auteur, les droits voisins et les bases de données.

⁷⁰ En 2006, l'Office américain du droit d'auteur a rendu un rapport consacré aux œuvres orphelines, le *Report on orphan works, Register of Copyrights* du 23 janvier 2006, disponible sur <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>. Cette solution est restée au stade de proposition de loi.

de bonne foi, répondant à un certain nombre de conditions, sont toujours en infraction au *Copyright Act*, mais les recours à leur encontre sont limités, l'auteur réapparu ne pouvant tenter qu'une action pour « juste compensation », sans pouvoir exiger de dommages et intérêts punitifs. Ce système repose donc principalement sur la bonne foi de l'utilisateur et de la bonne réalisation de ses recherches, car c'est ce qu'il aura à prouver s'il veut que sa responsabilité soit limitée en cas de réapparition de l'ayant droit. Cette solution *ex post* ne garantit pas la sécurité juridique de l'utilisateur et n'est pas aisée à mettre en œuvre dans le cadre des grands projets de numérisation.

c) Les solutions basées sur la gestion collective

Il existe également des solutions basées sur la gestion collective, que celle-ci soit étendue ou obligatoire. Le système des licences collectives étendues, propre aux pays scandinaves, prévoit que les dispositions de la loi donnent un effet étendu aux clauses des accords collectifs dans des domaines spécifiques du droit d'auteur et des droits voisins. Tout d'abord, les ayants droit transfèrent volontairement leurs droits à une société de gestion collective pour l'utilisation de leurs œuvres. Ce sont alors les sociétés de gestion collective représentant les auteurs qui négocient en leur nom. Une fois qu'un accord est conclu et librement négocié entre une société de gestion collective représentative et un utilisateur, un mécanisme de licence collective étendue déploie alors ses effets⁷¹ : les licences sont élargies, par le législateur, à tous les titulaires d'une certaine catégorie d'œuvres. Le répertoire de la société de gestion collective s'étendra alors aux ayants droit qui n'en sont pas membres. Une des conditions à l'application de ce système est qu'un nombre substantiel d'ayants droit d'une catégorie donnée soit représenté par la société de gestion collective contractante, que celle-ci soit représentative au niveau national dans son domaine⁷². Une fois qu'un tel accord est conclu, les utilisateurs peuvent légalement utiliser les œuvres couvertes par l'accord, et ce sans courir le risque de subir des réclamations – légales ou financières – d'un ayant droit non représenté. Ces derniers ont droit à une rémunération individuelle et éventuellement un droit de se retirer de l'accord, par un mécanisme d'*opt-out*⁷³. Ce système ne s'applique pas encore en tant que tel à la pro-

blématique des œuvres orphelines, mais serait tout à fait adéquat pour gérer la masse des œuvres orphelines présentes dans les grands projets de numérisation de masse. D'ailleurs, au Danemark, à la suite des débats sur la manière de faire face au problème des œuvres orphelines, une disposition générale a été introduite dans le *Danish Copyright Act*⁷⁴, disposition permettant d'invoquer le système de la licence collective étendue pour tous les domaines du droit d'auteur dont une licence impliquerait une multitude de titulaires de droits⁷⁵.

Par le régime de la gestion collective obligatoire, l'auteur perd l'exercice individuel de son droit exclusif au profit d'une société de gestion collective; il ne peut donc plus contrôler lui-même l'exploitation de ses œuvres, puisqu'un exercice collectif par une société de gestion lui a été imposé. Les sociétés de gestion conservent un pouvoir de négociation des conditions de licence avec les utilisateurs et ont pour mission de collecter puis répartir les rémunérations perçues par l'utilisation des œuvres entre les ayants droit. Ce système est applicable en Suisse⁷⁶, et la France l'envisage dans sa proposition de loi relative aux œuvres visuelles orphelines⁷⁷. En Belgique, cette solution a été proposée par le Conseil de la propriété intellectuelle dans son avis intitulé « Pistes de réflexion relatives aux bibliothèques numériques dans trois cas de figure »⁷⁸, et serait tout à fait réalisable, au vu du grand nombre de sociétés de gestion collective présentes sur le territoire.

C. Europe : les propositions des groupes de réflexion et des représentants des secteurs concernés

Le problème des œuvres orphelines a attiré l'attention de divers établissements, qu'il s'agisse des organismes de radiodiffusion ou des institutions culturelles – musées, bibliothèques, etc. – qui tentent de résoudre les problèmes qui naissent des différents projets de numérisation de masse et de nouvelles exploitations dans lesquels ils sont impliqués. Il n'est donc pas surprenant que la question ait été abordée par différents départements au sein de la Commission européenne⁷⁹. En 2001, le problème a été traité

⁷⁴ Art. 50 (2) du *Danish Copyright Act*.

⁷⁵ Une règle générale similaire est envisagée dans d'autres pays nordiques.

⁷⁶ Art. 22b de la loi féd. suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 5 octobre 2007.

⁷⁷ Texte n° 12 (2010-2011) – Proposition de loi relative aux œuvres visuelles orphelines et modifiant le C. propr. intell., adoptée par le Sénat français le 28 octobre 2010.

⁷⁸ Avis du Conseil de la propriété intellectuelle, « Pistes de réflexion relatives aux bibliothèques numériques dans trois cas de figure », 21 septembre 2009.

⁷⁹ M. VAN ECHOUX, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT ET N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law*, op. cit., p. 263.

⁷¹ T. KOSKINEN-OLSSON, « Collective management in the Nordic Countries », in D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright and Related Right*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 265 et 266.

⁷² M. VAN ECHOUX, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT ET N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law*, op. cit., p. 279.

⁷³ T. KOSKINEN-OLSSON, « Collective management in the Nordic Countries », op. cit., spéc. p. 266.

par l'unité Politiques audiovisuelle et des médias de la direction générale (ci-après DG) Société de l'information et médias. Depuis 2005, la question fait partie intégrante de l'initiative «i2010: Digital Libraries» de la DG Société de l'information, selon laquelle tout doit être mis en œuvre pour favoriser une société de la connaissance, inspirée par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. La DG Marché Intérieur, en charge des questions de droit d'auteur, a également signalé le problème, qu'elle a présenté dans son livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance⁸⁰.

Dans son rapport final de 2008⁸¹, le HLEG recommande que les États membres formulent des politiques pour traiter adéquatement de la question, et suggère différentes mesures. Parmi ces mesures, le groupe insiste sur la nécessité de l'implémentation d'une solution, mais sans en imposer une, ni spécifier laquelle serait la plus adéquate. Il a souligné la nécessité d'une interopérabilité et a introduit le concept de la reconnaissance mutuelle des solutions nationales comme une solution possible. Il doit, selon lui, y avoir des indications sur ce que constituent les recherches diligentes devant être effectuées avant de pouvoir faire usage d'une œuvre considérée comme orpheline. L'interopérabilité doit également intervenir lors de l'établissement des critères de cette recherche diligente⁸². Le groupe a suggéré que pour assurer cette interopérabilité entre les États membres, des critères communs de «recherche diligente» devraient être établis. Une solution unique pour tous les États membres n'est donc pas nécessaire, à condition que les solutions respectent certains principes essentiels qui auront été définis, qu'elles couvrent tous les types possibles d'œuvres orphelines et qu'une définition commune soit trouvée⁸³. Ces solutions devraient également inclure une provision pour pouvoir rémunérer l'auteur s'il se manifeste et offrir un traitement spécial aux établissements culturels et bénévoles⁸⁴. Le

⁸⁰ Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, 16 juillet 2008, COM(2008) 466 final, Q 6-12, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_fr.pdf.

⁸¹ High Level Expert Group – Copyright subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, 4 juin 2008, disponible sur http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26S08-clean171.pdf.

⁸² High Level Expert Group – Copyright subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, op. cit., p. 15. Et pour garantir cette interopérabilité des initiatives nationales et faciliter leur coordination et un point d'accès commun, le groupe d'experts a publié un *Set of Key Principles for Right Clearance centre and Databases for orphan works* (voy. Annexe 6 du *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*).

⁸³ High Level Expert Group – Copyright subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, op. cit., p. 15.

⁸⁴ *Ibid.*

HLEG a également préconisé la mise en œuvre d'une base de données au niveau européen, qui permettrait d'avoir accès à toutes les œuvres enregistrées comme étant orphelines et de compléter ce registre en fonction des recherches effectuées⁸⁵. L'objectif principal des bases de données des œuvres orphelines est de faciliter l'identification des titulaires de droits et éviter la duplication des efforts de recherche. Ces propositions se fondent en grande partie sur la recommandation de 2006 de la Commission sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique⁸⁶. Cette recommandation a déjà appelé les États membres à créer des mécanismes qui faciliteraient l'usage des œuvres orphelines et à promouvoir la disponibilité de listes d'œuvres orphelines connues et des œuvres tombées dans le domaine public, mais n'a pas eu beaucoup d'impact, en raison de son caractère contraignant.

Le 10 janvier 2011, le Comité des Sages a abordé inévitablement la question des œuvres orphelines dans son rapport. Il insiste sur la nécessité d'adopter aussi rapidement que possible un instrument légal européen qui, pour être effectif, devra remplir toutes les conditions du «test des 8 étapes» qu'il propose dans son rapport⁸⁷. Ce test s'inspire des recommandations du HLEG: tous les secteurs doivent être couverts, il faut veiller à une reconnaissance transfrontière des œuvres qualifiées d'orphelines, prévoir une rémunération des ayants droit en cas d'utilisation commerciale de leur travail et prévoir la création d'une base de données contenant des informations sur les œuvres.

En marge de ces groupes de réflexion que sont le HLEG et le Comité des Sages, la Commission a organisé plusieurs auditions publiques permettant aux différents acteurs de lui faire part de leurs doléances⁸⁸. Un *Memorandum of Understanding* sur les œuvres orphelines⁸⁹ a été signé par les représentants des bibliothèques, des archives et des ayants droit. Il concerne les critères à remplir lors d'une recherche diligente et aidera les institutions culturelles à numériser les livres, films et musiques dont les auteurs sont inconnus, et les rendre disponibles en ligne pour le public. Le groupe de travail composé des représentants des titulaires de droits

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 10 et 11.

⁸⁶ *Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation*, J.O.C.E., n° L 236, 31 août 2006, pp. 28-30.

⁸⁷ *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages, op. cit., p. 18.

⁸⁸ Par ex., la «Public Hearing on Orphan Works» du 26 octobre 2009, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/orphanworks/report_en.pdf.

⁸⁹ «Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works», 4 juin 2008. Disponible sur http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf.

et des institutions culturelles (retombées du *High Level Expert Group*) a approuvé le *Memorandum of understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works*⁹⁰ – ou « Protocole d'accord sur les lignes directrices pour la recherche d'œuvres orphelines » – qui contient un *Joint Report: Sector-Specific Guidelines on Diligent Search Criteria for Orphan Works* et 4 rapports sectoriels (pour l'édition, l'audiovisuel, le visuel/la photographie, la musique/le son).

L'objectif du mémorandum est de fournir un outil pratique destiné à aider les utilisateurs à identifier et localiser les titulaires de droits. Le mémorandum définit les œuvres orphelines, les critères de la *due diligence* à travers, notamment, la procédure à suivre pour rechercher les titulaires de droits et les ressources informationnelles générales disponibles pour effectuer cette recherche⁹¹. Il contient des recommandations propres à chaque secteur sur ce qu'il faut entendre par *due diligence*. Pour ce qui concerne la procédure de recherche de manière générale, il est stipulé que la recherche doit se faire préalablement à l'utilisation de l'œuvre et œuvre par œuvre. Le processus de recherche devra être documenté et précis et prévoir des mesures de publicité. Les ressources informationnelles, quant à elles, sont divisées en deux catégories : celles qui sont communes (bibliothèque numérique européenne, sociétés de gestion collective...) et celles qui sont spécifiques à un secteur : à savoir l'édition, l'audiovisuel, le visuel/photographie, et la musique/son. De manière générale, les ressources pertinentes sont celles du pays de l'œuvre⁹². L'objectif est de fournir aux institutions culturelles un outil pratique pour les aider à identifier et à localiser les titulaires de droits.

Même s'ils n'ont aucun caractère normatif, les principes inscrits dans le mémorandum pourraient inspirer la politique des institutions quant au traitement des œuvres orphelines, et ce, tant qu'une solution européenne n'a pas été trouvée.

Concernant cette recherche diligente, il est en effet nécessaire de mener une action proactive dans la recherche de l'ayant droit inconnu. L'objectif étant de permettre aux utilisateurs de faire usage d'œuvres sans l'autorisation du titulaire de celles-ci, une recherche clairement définie et encadrée est essentielle pour rendre cette dérogation à un principe fondamental du droit d'auteur plus souple. La recherche doit être approfondie et doit donc

⁹⁰ http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf. Le Mémorandum a été signé par 27 organisations.

⁹¹ S. VAN GOMPEL, *Commission européenne, Protocole d'accord sur les œuvres orphelines et autres développements dans le cadre des bibliothèques numériques européennes*, disponible en ligne sur le site Iris Merlin (<http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/7/article6.fr.html>).

⁹² M.-J. IGLESIAS PORTELA, « Digital Libraries : any step forward ? », *op. cit.*, spéc. n° 4.

être exercée de manière exhaustive et de bonne foi, en vue d'identifier, de localiser le propriétaire des droits. Bien que l'identification des ayants droit puisse quelquefois se révéler laborieuse et coûteuse, l'éventuel utilisateur est néanmoins tenu de consacrer des ressources et un nombre d'heures conséquent dans sa quête d'une autorisation⁹³. En pratique, une recherche diligente peut se caractériser par l'indication des sources qu'une bibliothèque ou d'autres projets de numérisation auraient besoin de consulter avant la mise en ligne d'œuvres qui seraient potentiellement des œuvres orphelines. Des ressources valables pour mener une recherche diligente comprennent ainsi des catalogues de référence, des bases de données des éditeurs et des sociétés de gestion, des identifiants internationaux, etc.⁹⁴. Dès lors, l'utilisateur ne peut donc plus se contenter de dire qu'il ne sait pas qui est l'auteur de l'œuvre dont il veut faire usage, il doit exercer une recherche diligente pour chaque œuvre qu'il souhaite numériser. Il s'agit d'un processus contraignant, surtout pour les grands projets de numérisation de masse dans lesquels des milliers d'œuvres sont concernées. Cependant, dans le cas des projets de numérisation de masse – nous pensons à *Europeana* – cette contrainte pourrait être assouplie par ce que l'on appelle la règle de la première diffusion⁹⁵ : la recherche diligente ne devant être effectuée que dans le pays dans lequel l'œuvre a été publiée pour la première fois. Cela éviterait alors à l'utilisateur de devoir effectuer à plusieurs reprises le même exercice.

D. La proposition de directive de la Commission européenne sur les œuvres orphelines

L'objectif principal de la Commission dans le domaine de l'orphelinat des œuvres est l'instauration de règles communes sur la numérisation et l'utilisation des œuvres dites orphelines qui sont, comme nous l'avons vu un frein aux grands projets de numérisation, telle que la bibliothèque européenne *Europeana*, et, par là, de rattraper le retard de l'Europe sur Google. En effet, pour la Commission européenne, régler la question des œuvres orphelines s'avère être plus que jamais indispensable pour que l'on puisse proposer les mêmes services que Google en Europe.

⁹³ S. VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines », in *IRIS plus*, éd. 2007-4, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, p. 3.

⁹⁴ T. LUEDER, « The orphan works challenge », disponible en ligne sur <http://fordhamip-conference.com/wp-content/uploads/2010/08/TilmanLueder.pdf>, pp. 5 et 6.

⁹⁵ Cf. *infra*, sur la proposition de directive.

Le 24 mai 2011, la Commission européenne a publié une proposition de directive sur certaines utilisations des œuvres orphelines⁹⁶. La proposition de directive, dont l'objet est de faciliter certaines utilisations du droit d'auteur, limite les acteurs qui pourront faire usage des œuvres orphelines. Il s'agit des bibliothèques, des établissements d'enseignement, des musées accessibles au public ainsi que des archives, des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique – la Cinémathèque en Belgique et l'INA et le CNC en France – et des organismes de radiodiffusion de service public – représentés par la Sonoma en Belgique. Comme son nom l'indique, cette proposition ne concerne que certaines utilisations des œuvres orphelines, à savoir celles entrant dans la mission d'intérêt public des établissements visés. Pour les autres types d'utilisations, ce sont les États membres qui seront chargés, sans obligation aucune, d'autoriser les organisations visées à faire usage des œuvres orphelines à des fins allant au-delà de leurs missions d'intérêt public. De plus, la Commission européenne, dans sa proposition de directive, a décidé de faire une distinction en fonction du type d'œuvre, toutes les œuvres n'étant dès lors pas concernées. Les secteurs de l'écrit et de l'audiovisuel sont visés, avec quelques limitations, mais rien n'est prévu pour les œuvres musicales ni pour les photographies, l'omission de ces dernières étant une carence importante de la proposition. Pour la qualification d'une œuvre comme étant une œuvre orpheline, la Commission prévoit une définition commune de l'œuvre orpheline ainsi que l'instauration d'un certain nombre de notions et principes qui permettront l'interopérabilité des systèmes entre les États membres. Ainsi, une recherche diligente préalable est nécessaire à toute utilisation d'une œuvre et des critères communs pour cette recherche sont déterminés. Cette recherche diligente est facilitée par la règle de la première diffusion⁹⁷. La proposition de directive instaure également le principe de la reconnaissance mutuelle des solutions nationales, ce qui promeut l'interopérabilité entre celles-ci. L'évolution de la rédaction de la proposition de directive sur les œuvres orphelines devra être suivie avec attention. En tout état de cause, il était essentiel qu'une solution soit trouvée au niveau européen, car s'ils agissent isolément, les États de l'Union ne pourraient résoudre le problème que sur leur territoire et l'objectif de mettre

⁹⁶ Prop. de Dir. du Parlement européen et du Conseil du 24 mai 2011 sur certaines utilisations des œuvres orphelines, COM(2011) 289 final, non publiée au J.O.U.E., disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:FR:PDF>. Pour de plus amples informations concernant la proposition de directive, voy. S. HALLEMANS, « Analyse de la proposition de directive sur certaines utilisations des œuvres orphelines – Des œuvres plus si orphelines? » in *Revue du droit des technologies de l'information*, n° 45/2011, pp. 93 et s.

⁹⁷ Voy. *supra*.

les œuvres à la disposition de tous les citoyens européens ne serait dès lors pas atteint. Un accès paneuropéen, essentiel pour de vastes bibliothèques numériques comme *Europeana*, ne peut être garanti que par des moyens législatifs pris au niveau de l'Union européenne.

Conclusion

Les projets de numérisation à grande échelle qu'entreprennent les bibliothèques et les services d'archives, absolument indispensables pour la promotion de la société de la connaissance et l'accès du public à la culture, les confrontent aussi à un réel défi du point de vue du droit d'auteur. Si les difficultés s'évanouissent avec les œuvres tombées dans le domaine public – le droit d'auteur n'étant plus une contrainte à respecter – les institutions doivent toutefois rester vigilantes à ce que ces œuvres restent dans le domaine public, une fois numérisées. Pour les œuvres protégées par le droit d'auteur, la question de la numérisation à des fins de préservation ou de diffusion sur Internet prend une tout autre ampleur. Ne pouvant bénéficier d'exceptions à cet effet, les bibliothèques et services d'archives sont alors contraints de recueillir préalablement l'accord des titulaires de droits, ce qui consiste en une procédure longue et coûteuse. À l'heure actuelle, les instances européennes n'ont pas retenu de solution particulière pour la numérisation de masse. Le défi du respect du droit d'auteur lors d'un processus de numérisation de masse gagne encore en complexité dans l'hypothèse des œuvres orphelines. Sans une réglementation à ce sujet, les grands projets de numérisation des institutions dans un but de conservation du patrimoine et de sa mise à disposition seront voués à l'échec. Et cela ne peut que susciter des interrogations dans une société de l'information telle que nous la connaissons aujourd'hui. En outre, il ne s'agit pas seulement de trouver des solutions curatives à cette problématique, il sera également essentiel d'empêcher l'apparition et la progression des œuvres orphelines en prévoyant des mesures préventives⁹⁸.

⁹⁸ Sur le sujet, se reporter not. à C. COLIN, « Registers, Databases and Orphan Works », in *Copyright and Cultural Heritage: preservation and access to works in a digital world* (E. DERCLAYE dir.), Camberley, Edward Elgar Publishing, décembre 2010.