

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe

Iglesias Portela, Maria José; Vilches Armesto, Laura

Published in:

Les cahiers de propriété intellectuelle

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Iglesias Portela, MJ & Vilches Armesto, L 2007, 'Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe: qu'en est-il ?', *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 19, numéro 3, pp. 937-987.

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.

Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe : qu'en est-il ?

María J. Iglesias Portela et
Laura Vilches Armesto*

1. INTRODUCTION	939
2. UNE POLITIQUE EUROPÉENNE POUR LES BIBLIOTHÈQUES NUMÉRIQUES	940
2.1 Numérisation des œuvres analogiques.	942
2.2 Conservation du contenu numérique.	942
2.3 Accessibilité	943
3. LIMITATIONS AU DROIT D'AUTEUR ET AUX DROITS VOISINS DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION.	949
3.1 Cadre général des limitations	949
3.2 Limitations en faveur des bibliothèques	951

© María J. Iglesias Portela et Laura Vilches Armesto, 2007.

* Chercheuses au sein de l'Unité Propriété Intellectuelle du Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID) des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (FUNDP), Belgique.

3.2.1	Limitation au droit de reproduction	951
3.2.2	Limitation aux droits de communication et de mise à disposition du public	956
3.3	Limitations et mesures techniques de protection	958
3.3.1	La protection des mesures techniques.	959
3.3.2	Limitation au droit d'auteur et mesures techniques de protection	961
3.3.3	Mesures techniques de protection et réglementations relatives au dépôt légal.	969
4.	LES ŒUVRES ORPHELINES ET LES OUVRAGES ÉPUIÉS	971
4.1	Introduction	971
4.2	Les œuvres orphelines	972
4.2.1	Problématique des œuvres orphelines.	972
4.2.2	Solutions proposées.	973
4.2.2.1	L'Union européenne.	973
4.2.2.2	La doctrine	976
4.3	Ouvrages épuisés	979
5.	CONCLUSIONS.	985

1. INTRODUCTION

Les collections détenues par les bibliothèques, les archives et les musées contiennent notre héritage culturel. Ces institutions contribuent de manière active à la sphère publique par la diffusion des connaissances au public en général, nourrissant ainsi le discours démocratique¹. Par conséquent le rôle social de ces institutions ne devrait pas être sous-estimé. Dans l'exercice de leur mission, les bibliothèques, les archives et les musées se heurtent aux droits d'auteur, qui octroient à leurs titulaires la prérogative exclusive d'autoriser ou d'interdire à des tiers certains usages de leurs œuvres.

Nous étudierons quelques difficultés liées au droit d'auteur que les bibliothèques, archives et musées rencontrent dans l'ère digitale et aborderons l'approche de l'Union européenne. Nous analyserons si le cadre juridique actuel fournit les outils adéquats pour que ces institutions accomplissent leur mission dans la société de l'information.

Nous présenterons tout d'abord l'ensemble des outils juridiques adoptés par l'Union européenne à l'égard d'une politique européenne pour les bibliothèques numériques. Nous continuerons avec le *statu quo* des limitations au droit d'auteur lors de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après : directive DADVSI)². Nous insisterons sur les limitations prévues en faveur de ces institutions et étudierons brièvement les dispositions nationales qui les ont transposées dans certains États membres. Ensuite, les mesures techniques de protection ainsi que leur relation avec ces limitations seront abordées. Nous poursuivrons par l'explication de deux problèmes concrets auxquels ces institutions sont confrontées

1. Dans le même sens, voir Adrienne MUIR, « Preservation, access and intellectual property rights challenges for libraries in the digital environment », (Londres, Institute for Public Policy Research, 2006), p. 3.

2. Directive 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, Journal officiel de l'Union européenne (ci-après : JO) n° L 167 du 22.06.2001, p. 10-19.

et qui revêtent une importance croissante dans l'environnement digital, à savoir les œuvres orphelines et les ouvrages épuisés. À cet égard, nous analyserons les propositions de la Commission européenne, du Conseil, du Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques (ci-après : GEHN) et de la doctrine³.

2. UNE POLITIQUE EUROPÉENNE POUR LES BIBLIOTHÈQUES NUMÉRIQUES

En Europe, comme dans d'autres parties du globe, de nombreuses institutions culturelles, des établissements commerciaux ainsi que des autorités publiques ont mis en route des projets de numérisation et de mise à disposition de leurs collections au public (ou, même, des projets de moissonnage du Web⁴). Ces initiatives relèvent notamment des fonctions des archives, des bibliothèques ou des musées, que sont la préservation et la facilitation de l'accès du public à notre patrimoine culturel. La caractéristique commune de tous ces projets est de tendre à la création de « bibliothèques numériques », qui sont définies par la Commission européenne comme :

des collections organisées de contenu numérique mises à la disposition du public. Elles peuvent être composées de contenu qui a été numérisé, tel que les copies numériques de livres et d'autres documents physiques détenus par les bibliothèques et les archives. Alternativement, elles peuvent être basées sur des informations initialement produites dans un format numérique.⁵

Ces initiatives sont cependant dispersées. Même si certaines d'entre elles sont conçues à l'échelon européen (telle que la Biblio-

thèque Numérique Européenne⁶), nombreuses sont entreprises à l'échelon national. Cette fragmentation hypothèque quelque peu les potentialités de ces projets, ralentissant et rendant coûteux leur développement. Cette circonstance, ainsi que les avantages socioéconomiques⁷ qui procéderaient de la mise en ligne de l'héritage européen, ont justifié la définition d'une politique européenne en la matière. En définissant les bases d'une stratégie européenne dans ce domaine, la Commission européenne s'emploie à combiner les efforts entrepris dans chacun des pays et, dans une certaine mesure, à coordonner les réponses apportées aux différents défis auxquels font face les bibliothèques numériques. Dans les paragraphes qui suivent, nous dresserons un portrait des différentes actions entreprises à cette fin, en nous arrêtant plus spécifiquement sur l'Initiative Bibliothèques Numériques (ci-après : IBN), qui a pour objectif de « donner un élan à la numérisation et à l'accès en ligne des collections des institutions culturelles »⁸.

La première démarche de l'Union européenne en ce sens a été effectuée en 2001, avec les Principes adoptés à Lund⁹, le Plan d'action Lund pour la promotion de la numérisation du patrimoine culturel européen¹⁰ et la création d'un Groupe de Représentants Nationaux sur la Numérisation¹¹. Ces actions ont été suivies par une Résolution du Conseil du 25 juin 2002, qui soulignait l'importance présidant à la préservation des contenus numériques¹². Le Parlement européen et le Conseil ont ensuite adopté la Recommandation du 16 novembre 2005 sur le patrimoine cinématographique et la compétitivité des activités industrielles connexes¹³, qui invite les États membres à adopter des mesures (législatives ou d'autres méthodes) qui permettent la reproduction des œuvres cinématographiques à des fins de préservation. Mais l'impulsion à la fois véri-

3. La mise en place des bibliothèques numériques soulève des questions juridiques relatives aux droits voisins, au droit des consommateurs, au droit à la vie privée, au domaine public, au modèle d'accès libre, au moissonnage du Web. Ces questions ne feront pas l'objet d'analyse dans cette contribution.
4. Le moissonnage du Web est défini par la Commission européenne comme « une nouvelle technique de collecte de matériel sur l'internet à des fins de conservation. Elle consiste, pour des institutions habilitées, à prendre l'initiative de collecter du matériel au lieu d'attendre qu'il soit déposé, allégeant ainsi la charge administrative qui pèse sur les producteurs de matériel numérique... », considérant 14, *Recommandation de la Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique* (2006/585/CE), JO n° L 236 du 31.8.2006, p. 28-30, (ci-après : *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*).
5. *Communication de la Commission i2010 : Bibliothèques Numériques, Document COM(2005) 465 final, JO n° C 49 du 30.9.2005, p. 3*, (ci-après : *Communication i2010 : Bibliothèques Numériques*).

6. <www.europeanlibrary.org>.
7. La numérisation et la réutilisation des collections gardées par les bibliothèques traditionnelles n'ont pas que des avantages sociaux. Elles rendent également possible l'exploitation des œuvres concernées sur des marchés secondaires.
8. Stef van GOMPEL, « Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines », (avril 2007) *IRIS Plus* 1, à la p. 2 ; aussi disponible à <http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/plus4_2007.pdf> ; (ci-après : Stef VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles... »).
9. <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/ist/docs/digicult/lund_principles-fr.pdf>.
10. Plan d'action relatif à la Coordination des Programmes et Politiques de Numérisation.
11. <<http://cordis.europa.eu/ist/digicult/nrg.htm>>.
12. *Résolution du Conseil du 25 juin 2002 visant à préserver la mémoire de demain – préserver les contenus numériques pour les générations futures, JO n° C 162 du 06.07.2002, p. 4-5*.
13. *JO n° L 323 du 09.12.2005, p. 57-61*.

table et intégrée donnée aux bibliothèques numériques procéda de l'IBN¹⁴, qui vit le jour en 2005 en qualité de composante essentielle du programme i2010¹⁵. L'IBN et les différentes actions qui en relèvent se consacrent notamment aux questions juridiques posées par les bibliothèques numériques.

Le premier élément de cette initiative est la Communication « i2010 : Bibliothèques numériques », adoptée en septembre 2005¹⁶. Elle définit trois terrains d'action : celui de la numérisation, celui de la conservation du contenu numérique et celui de l'accessibilité en ligne et souligne les différents défis financiers, organisationnels, techniques, mais également juridiques, auxquels se heurtent les bibliothèques numériques. Les principales questions de propriété intellectuelle qui se posent à ces dernières peuvent ainsi être résumées comme suit :

2.1 Numérisation des œuvres analogiques

La numérisation implique la réalisation d'une copie et donc d'un acte de reproduction qui, à défaut de limitation applicable, est subordonné à l'autorisation des ayants droit. La directive DADVSI permet aux États membres de prévoir dans leur législation une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins en faveur des archives, bibliothèques et musées. Cependant, tous les États membres n'ont pas mis en œuvre cette possibilité et ceux qui l'ont prévue ne l'ont pas définie de manière uniforme (voir *infra* section 3.2).

2.2 Conservation du contenu numérique

La grande fragilité du matériel numérique original¹⁷ rend nécessaire la réalisation de copies de sauvegarde. En l'absence d'une limi-

14. <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm>.

15. <http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/index_en.htm>.

16. Voir *supra*, note 5.

17. La *Charte de l'UNESCO sur la conservation du patrimoine numérique* nous met déjà en garde quant à la menace que représente la perte de notre patrimoine numérique : « Le patrimoine numérique mondial risque d'être perdu pour la postérité. Les facteurs qui peuvent contribuer à sa perte sont l'obsolescence rapide du matériel et des logiciels qui servent à le créer, les incertitudes concernant les financements, la responsabilité et les méthodes de la maintenance et de la conservation et l'absence de législation favorable à sa préservation » (article 3). Pour plus d'informations sur les initiatives de l'UNESCO sur l'E-héritage, Voir <http://portal.unesco.org/ci/fr/ev.php-URL_ID=1539&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

tation spécifique au droit d'auteur qui y soit applicable, ces copies aux fins de conservation relèvent du monopole des titulaires des droits. Comme précédemment relaté, même si la directive DADVSI laisse aux États membres la possibilité d'introduire dans leur législation des limitations au droit de reproduction des auteurs, qui pourraient s'appliquer aux copies effectuées aux fins de conservation, tous les États membres n'y ont pas recouru. En outre, et comme nous le verrons dans la section 3.2, les conditions de certaines limitations nationales excluent les copies aux fins de conservation numérique de leur champ d'application. L'application de mesures techniques de protection à certaines œuvres numériques constitue un écueil supplémentaire. Cette protection technique pourrait en effet frustrer les initiatives prises aux fins de préservation (voir *infra* section 3.3). Enfin, et non moins important, une analyse juridique relative aux activités de moissonnage du Web devra également recevoir une attention particulière. Cette dernière question outrepassé cependant l'objet de cet article.

2.3 Accessibilité

Hormis les œuvres tombées dans le domaine public (ou en cas d'application d'une limitation¹⁸), la mise à disposition d'œuvres est subordonnée à l'autorisation des ayants droit. Comme l'a établi la Commission européenne¹⁹, il n'est pas possible pour une bibliothèque numérique d'offrir l'accès à des œuvres qui ne relèveraient pas du domaine public, sans un changement substantiel préalable de la législation du droit d'auteur ou sans accords au cas par cas avec les titulaires des droits²⁰. Par conséquent, des mécanismes efficaces d'octroi de licences deviennent nécessaires pour ceux qui entreprennent de constituer des répertoires numériques. À ce sujet, un problème particulier se pose à l'égard des œuvres dites orphelines²¹. Dans la section 4, nous avancerons quelques propositions visant à solutionner cette problématique, ainsi que celle que constituent les ouvrages épuisés.

Enfin, bien que ne relevant pas directement du droit d'auteur, les différents régimes juridiques relatifs au dépôt légal des contenus culturels sont néanmoins tout à fait pertinents eu égard aux objectifs

18. Voir *infra* §4.2.1.

19. *Communication i2010 : Bibliothèques Numériques*, p. 8.

20. Rappelons à cet égard qu'il n'existe pas d'équivalent numérique au droit de prêt.

21. *Communication i2010 : Bibliothèques Numériques*, p. 8.

de préservation²². Certains États membres ont en effet adopté des législations spécifiques relatives au dépôt légal afin de garantir que le contenu culturel soit collecté et stocké par des institutions compétentes à cet effet. Cependant, le champ d'application de ces législations, lorsqu'elles existent, varie considérablement d'un pays à l'autre. Ainsi par exemple, elles s'étendent ou non aux services dynamiques d'information en ligne, ou reposent sur des bases tantôt obligatoires, tantôt volontaires²³.

La Communication a été suivie d'une Consultation sur la numérisation, l'accès en ligne et la conservation numérique²⁴. De manière peu surprenante, le point le plus controversé a eu trait au droit d'auteur. En général, là où les titulaires de droits revendiquent l'application entière du cadre légal relatif au droit d'auteur, les établissements culturels appellent à des modifications légales visant à rendre leur tâche plus aisée. La lecture des 225 réponses²⁵ laisse apparaître les différents intérêts qui sont en jeu, ainsi que les différentes options de politique (qui vont d'une approche contractuelle à une approche réglementaire) destinées à relever les défis juridiques posés par l'IBN.

À l'issue de cette consultation publique, la Commission institua un Groupe d'Experts de Haut Niveau destiné à la conseiller sur la manière la plus adéquate de répondre aux défis identifiés au niveau européen²⁶. Ce groupe d'experts compte 20 membres représentant

22. Voir article 8 I-II de la *Charte de l'UNESCO sur la conservation du patrimoine numérique* qui prévoit que « Les États membres ont besoin de cadres juridiques et institutionnels appropriés pour assurer la protection de leur patrimoine numérique. [...] Élément clé de la politique nationale de conservation, la législation en matière d'archives et de dépôt légal ou volontaire dans des bibliothèques, archives, musées et autres dépôts publics doit être étendue au patrimoine numérique ».
23. Pour un relevé des réglementations des États membres sur le dépôt légal numérique et de leur application, voir le *Commission Staff Working Document – Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation – Impact Assessment (C(2006) 3808) (SEC(2006) 1076)*, (ci-après : *Commission Staff Working Document : Impact Assessment*).
24. Document de travail des Services de la Commission annexe à la Communication de la Commission i2010 : Bibliothèques numériques – Questions pour la consultation en ligne, SEC(2005) 1195 du 30.9.2005.
25. Consultable à l'adresse : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/cultural/actions_on/consultations/online_consultation/index_en.htm>.
26. *Décision de la Commission du 27 février 2006 instituant un groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques*, JO n° L 63 du 04.3.2006, p. 25 et s. Pour davantage d'informations sur le GEHN, consultez : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/cultural/actions_on/consultations/hleg/index_en.htm>.

les différentes parties intéressées : les bibliothèques, les archives, les musées, les fournisseurs de contenus, l'industrie (tels que les exploitants de moteurs de recherche ou les fournisseurs de technologies, par exemple), les institutions de recherche et l'*Academia*. Le GEHN s'est réuni plusieurs fois depuis le mois de septembre 2006 et a publié deux rapports traitant de la préservation numérique, des œuvres orphelines et des ouvrages épuisés. Très prudent à l'égard de toute tentation réglementaire, ces rapports proposent une série de mesures concrètes destinées à être mises en œuvre par les parties intéressées.

En août 2006, la Commission européenne publia la *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*²⁷. Le fait que la Commission n'ait pas envisagé l'adoption d'une norme obligatoire, telle une directive ou un règlement, pour mettre en œuvre l'IBN, donne un aperçu de ce que sera l'approche suivie par les actions et politiques qui seront entreprises. Lors de la rédaction de la Recommandation, la Commission a ainsi tenu compte des réponses données à la consultation publique ainsi que des premiers avis émis par le GEHN²⁸ et se garde de recourir à une action réglementaire au niveau européen. Même si, en ce qui concerne certains problèmes spécifiques, elle recommande aux États membres l'adoption de normes légales, la préférence est donnée à l'approche contractuelle.

Ces lignes d'action concordent avec l'Analyse d'Impact²⁹ qui accompagne la Recommandation. Elle évalue les différentes options de politique (« Expectative », « Coordination souple » et « Coordination stricte de haut en bas ») avant de préférer l'approche dite « Coordination souple ». Ce type de politique comporte une coordination politique et stratégique au niveau de l'Union européenne afin d'encourager un effort conjoint des États membres et organismes européens dans le sens d'objectifs fixés en commun et d'une hiérarchisation des initiatives abordant des problèmes d'intérêt commun au sein des programmes de la Communauté européenne³⁰.

27. Voir *supra*, note 4.

28. Compte rendu succinct de la 1ère réunion du groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques du 27 mars 2006 accessible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/summary_%20minutes_hlg_fr.pdf>.

29. *Commission Staff Working Document : Impact Assessment*, voir *supra*, note 23.

30. Voir le Document de travail des services de la Commission – Recommandation de la Commission sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel

En ce qui concerne la problématique relative au droit d'auteur, la Commission européenne recommande aux États membres d'améliorer les conditions de numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel :

- a) en créant des mécanismes pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines, après consultation des parties intéressées,
- b) en instaurant ou promouvant des mécanismes, sur une base volontaire, pour faciliter l'exploitation des œuvres dont l'édition ou la diffusion est abandonnée, après consultation des parties intéressées,
- c) en veillant à la disponibilité des listes d'œuvres orphelines connues et d'œuvres dans le domaine public,
- d) en recensant les entraves, dans leur législation, à l'accessibilité en ligne et à l'utilisation du matériel culturel qui est dans le domaine public, et en prenant des mesures pour les supprimer³¹.

Relativement à la conservation numérique, la Commission européenne conseille :

- d'élaborer des stratégies nationales pour la conservation à long terme et l'accès au matériel numérique dans le respect absolu de la législation sur les droits d'auteur, qui : décrivent l'approche organisationnelle, indiquent le rôle et les responsabilités des parties concernées ainsi que les ressources allouées, [...]
- de prévoir des dispositions, dans leur législation, de façon à permettre la reproduction en plusieurs exemplaires et la migration du matériel culturel numérique par les institutions publiques à des fins de conservation, dans le respect absolu de la législation communautaire et internationale sur les droits de propriété intellectuelle ;
- de prendre en compte, lors de l'élaboration de politiques et procédures concernant le dépôt de matériel initialement créé sous forme

et la conservation numérique – Analyse d'impact – Résumé analytique, Document C (2006) 3808 – SEC(2006) 1075, p. 3, accessible sur <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/recommendation/exec_summary/fr.pdf>.

31. Point 6, *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

numérique, l'évolution dans d'autres États membres afin d'éviter les trop grandes divergences dans les modalités de dépôt ;

- de prévoir des dispositions, dans leur législation, pour la conservation de contenu Web par des institutions habilitées, à l'aide de techniques de collecte de matériel sur l'internet, comme le moissonnage du Web, dans le respect absolu de la législation communautaire et internationale sur les droits de propriété intellectuelle³².

La Recommandation de la Commission a reçu un très bon accueil de la part des autres institutions européennes. Le Conseil relève la pertinence des mesures proposées par la Recommandation et souligne l'importance des bibliothèques numériques en Europe. Les Conclusions du Conseil sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique³³ convient les États membres à entreprendre différentes actions en vue de réaliser les objectifs poursuivis par l'IBN et définissent celles qui sont prioritaires à cet effet³⁴. Y sont également formulées un ensemble de recommandations à l'intention de la Commission³⁵.

32. Point 7 et points 9-11, *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

33. *Conclusions du Conseil sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*, JO n° C 297 du 07.12.2006, p. 1-5, (ci-après : *Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*).

34. Sur la question du droit d'auteur, il est proposé de :

- Renforcer les stratégies et objectifs nationaux en matière de numérisation et de conservation numérique, et à cet effet : [...] Mettre en place des stratégies nationales pour la conservation à long terme et le dépôt.
- Contribuer à la bibliothèque numérique européenne, et à cet effet : [...] Prévoir des accords ou des accords collectifs entre les titulaires des droits et les institutions culturelles, telles que les archives, les bibliothèques et les musées, autorisant ces institutions à rendre le matériel protégé accessible en ligne dans les conditions prévues par ces accords.
- Améliorer le cadre général de la numérisation et de l'accessibilité en ligne du matériel culturel, et de la conservation numérique, et à cet effet : [...] a) Disposer de mécanismes pour faciliter la numérisation et l'accès en ligne aux œuvres orphelines et aux œuvres qui ne sont plus éditées ni diffusées, tout en respectant pleinement les droits et les intérêts des propriétaires du contenu, et b) Disposer d'un cadre légal ou d'un autre cadre efficace pour la conservation numérique, et notamment en ce qui concerne le dépôt de matériel culturel numérique auprès des institutions légalement autorisées, le moissonnage du Web par ces mêmes institutions compte tenu notamment de la législation communautaire sur la protection des données, ainsi que la reproduction en plusieurs exemplaires et la migration.

Point 6 et Annexe, *Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*.

35. Ainsi, elle est invitée par le Conseil à :

Le rôle de coordination de la Commission européenne en sort ainsi renforcé alors qu'une réticence est manifestée à l'égard de toute modification du cadre juridique européen existant en matière de droit d'auteur. Il n'est pas inintéressant non plus de mentionner le tout récent *Projet de Rapport sur « i2010 : Vers une bibliothèque numérique européenne »*, qui a été présenté devant le Parlement européen par Marie-Hélène Descamps³⁶. À nouveau, les institutions européennes y manifestent leur support à l'égard des propositions émises par le GEHN et mettent l'emphase sur le dialogue entre les différentes parties intéressées ainsi que sur la compatibilité étroite avec le cadre réglementaire relatif au droit d'auteur.

Enfin, dans ses conclusions, le Conseil invite également la Commission européenne à constituer un groupe composé d'experts des États membres et chargé de donner un prolongement au travail de coordination du groupe des représentants nationaux dans le cadre institutionnel de la Communauté, en garantissant la continuité – notamment par dispositions transitoires efficaces – et en se fondant sur l'expérience et les compétences. Ce groupe, qui est institué par une *Décision de la Commission du 22 mars 2007*³⁷, a pour missions principales :

- Stimuler et coordonner les travaux visant à créer une bibliothèque numérique européenne, et à cet effet : [...] Mettre en place une enceinte de discussion avec le secteur privé et les organismes concernés pour l'élaboration des principes d'alimentation du point d'accès commun en matériel.
- Contribuer à une meilleure coordination des stratégies en matière de numérisation et d'accessibilité en ligne du matériel culturel et de conservation numérique, et à cet effet : [...] Constituer un groupe composé d'experts désignés par les États membres et chargé de donner un prolongement au travail de coordination du groupe des représentants nationaux dans le cadre institutionnel de la Communauté, en garantissant la continuité – notamment par dispositions transitoires efficaces – et en faisant fond sur l'expérience et les compétences spécialisées acquises.
- Se pencher sur le cadre général, et à cet effet : [...] Proposer des solutions sur certaines questions concernant des droits particuliers, comme les œuvres orphelines ou qui ne sont plus éditées, dans le respect intégral des droits et des intérêts des titulaires, et assurer leur efficacité au niveau transfrontalier.

Voir point 7 et Actions et Objectifs pour la Commission, définies dans le Annexe (point B), *Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*.

36. *Projet de Rapport sur « i2010 : Vers une bibliothèque numérique européenne »* (2006/2040(INI)), Commission de la culture et de l'éducation, Rapporteur : Marie-Hélène Descamps. Ce rapport a été soumis au vote du comité pour la culture et l'éducation au mois de juillet 2007. Des informations sur le résultat de cette réunion ne sont pas encore disponibles. Voir aussi Doc. PE 391.994v01-00 Amendements 1-38 au *Projet de rapport*.
37. *Décision de la Commission du 22 mars 2007 instituant un groupe d'experts des États membres sur la numérisation et la conservation numérique*, Document 2007/320/CE, JO n° L 119 du 09.5.2007 p. 45-47.

- de suivre les progrès et d'évaluer l'incidence de la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique ainsi que des conclusions du Conseil du 13 novembre 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique ;
- de constituer un forum pour la coopération, au niveau européen, entre les organismes des États membres et la Commission, et d'échanger des informations et des bonnes pratiques en relation avec les politiques et stratégies des États membres en matière de numérisation et d'accessibilité en ligne du matériel culturel ainsi que de conservation numérique (article 2).

À la lumière de la *Décision de la Commission* et des documents concernant la première réunion de ce groupe d'experts nationaux qui a eu lieu en juin 2007³⁸, un tel groupe pourrait se constituer comme un forum pour promouvoir la coordination des initiatives nationales et la transposition des mesures proposées dans le cadre de l'IBN. Dans les pages qui suivent, nous allons analyser ces mesures, notamment en ce qui concerne les limitations au droit d'auteur (section 3) et les œuvres orphelines et les ouvrages épuisés (section 4).

3. LIMITATIONS AU DROIT D'AUTEUR ET AUX DROITS VOISINS DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

3.1 Cadre général des limitations

Le titulaire des droits d'auteur ne peut pas exercer de manière illimitée ses droits exclusifs. Un tel exercice peut se voir en effet limité dans certaines situations notamment quand un intérêt général (l'enseignement, la recherche scientifique ou l'accès à et la diffusion de la culture) ou des droits fondamentaux des utilisateurs (la vie privée) sont en péril. Malgré l'ancrage national des limitations, les institutions européennes ont essayé d'harmoniser le régime des limitations dans le cadre de la directive DADVSI.

La directive DADVSI propose un ensemble de limitations parmi lesquelles les États membres peuvent choisir à la carte³⁹. Ces limita-

38. Voir <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/mseg/index_en.htm>.

39. INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), University of Amsterdam, The Netherlands, *Final Report The Recasting of Copyright & Related Rights for the*

tions établissent des conditions minimales d'application que les États membres peuvent transposer telles quelles ou dépasser au-delà du texte de la directive, mais sans pour autant aller à son encontre. Ces limitations peuvent correspondre dans les législations nationales avec une ou plusieurs dispositions. Les États membres peuvent aussi décider de ne pas transposer ces limitations étant donné la nature optionnelle de la plupart d'entre elles. La portée de ces limitations peut être large (ex. article 5(2)c) ou réduite (ex. article 5(3)n)⁴⁰.

L'article 5 de la directive DADVSI contient au total vingt limitations. Son premier alinéa prévoit la seule limitation obligatoire de cette directive. Elle couvre les actes de reproduction provisoire qui font partie d'un procédé technique réalisé par l'utilisateur dans un cadre bien précis, à savoir la transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite, et qui n'ont pas de signification économique indépendante. Les deuxième et troisième alinéas contiennent les dix-neuf limitations restantes. L'alinéa deux exempte certains actes d'exploitation du droit de reproduction tandis que l'alinéa trois énumère des limitations aux droits de reproduction, de communication et de mise à disposition du public. Le quatrième alinéa envisage la possibilité pour les États membres d'adopter au regard du droit de distribution les mêmes limitations qu'ils ont adoptées vis-à-vis le droit de reproduction. Le cinquième alinéa quant à lui consacre le test de trois étapes qui trouve son origine dans la Convention de Berne⁴¹.

Il faut noter que, malgré le caractère exhaustif des limitations souligné par le considérant 32, la « clause grand-père » de l'article 5(3)o) laisse la porte ouverte à l'application par les États membres des limitations préexistantes dans leurs systèmes juridiques, mais seulement en ce qui concerne leur usage analogique. Dès lors, la directive DADVSI ne laisse aux États membres aucune liberté pour adopter d'autres limitations concernant l'exploitation digitale que celles qu'elle vise elle-même. Comme on l'analysera au point suivant

Knowledge Economy, (2006), p. 66, (ci-après : IViR, *Final Report : The Recasting...*).

40. Les libellés des articles 5(2)c) et 5(3)n) sont retranscrits ci-dessous.

41. Pour une analyse du test des trois étapes : Martin SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Information Law Series – 13 (La Haye, Kluwer Law International, 2004), 340 p., (ci-après : Martin SENFTLEBEN, *Copyright, limitations...*).

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, adoptée le 9 septembre 1886 et révisée pour la dernière fois le 28 septembre 1979.

de cette contribution, une telle discrétion dans la transposition a résulté en un grand éventail de limitations divergentes d'un État membre à l'autre, notamment à l'égard de l'article 5(2)c).

3.2 Limitations en faveur des bibliothèques

Les bibliothèques sont confrontées à des questions concernant les droits d'auteur et les droits voisins. L'importance de ces droits a été soulignée par la Commission européenne dans sa Recommandation⁴², de même que l'équilibre à établir avec les limitations consacrées dans la directive DADVSI⁴³.

Le Conseil de l'Union européenne a également évoqué le respect des droits intellectuels⁴⁴. Les limitations des articles 5(2)c) et 5(3)n) sont celles expressément adressées aux bibliothèques, archives et musées.

Il faut noter que les dispositions de la directive DADVSI n'affectent pas les dispositions communautaires relatives, entre autres, aux protections des programmes d'ordinateur et de bases de données ainsi qu'aux droits de prêt et location, sauf dans les cas prévus aux articles 6(4) *in fine*, 7 et 11.

3.2.1 Limitation au droit de reproduction

En conformité avec l'article 5(2)c) :

Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants : c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifi-

42. « Comme les droits de propriété intellectuelle sont un outil essentiel pour promouvoir la créativité, le matériel culturel de l'Europe doit être numérisé, mis à disposition et conservé dans le respect absolu des droits d'auteur et droits connexes. », considérant 10, *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

43. « À cet égard, il convient en particulier de mentionner l'article 5, paragraphe 2, point c), paragraphe 3, point n), et paragraphe 5, ainsi que le considérant 40 de la directive 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. », considérant 10, *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

44. « Souligne qu'il est important d'entreprendre des travaux dans le domaine de la numérisation, de la conservation et de la mise à disposition de contenus dans le respect des législations communautaire et internationale relatives à la propriété intellectuelle. » Point 4, *Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*.

ques 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.

Cette disposition permet aux États membres d'adopter des limitations au droit de reproduction en faveur des bibliothèques. Le caractère public ou privé des établissements qui peuvent en bénéficier n'y est pas déterminé. La lecture de cet article avec le considérant 40 de la directive DADVSI limite l'étendue des actes de reproduction que ces institutions peuvent réaliser car les utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne d'œuvres ne tombent pas sous cette provision.

Au contraire, le législateur européen a « suggéré » pour ce type d'exploitations la conclusion des contrats qui favorisent les bibliothèques, et les autres établissements, ainsi que leur mission de diffusion des connaissances. Les reproductions fixées sur support analogique ou numérique et réalisées à des fins de préservation des collections des bibliothèques seraient couvertes par l'article 5(2)c)⁴⁵. Le format sous lequel l'œuvre faisant l'objet de reproduction est contenue n'a en effet pas d'importance pour l'application de cette limitation. Par conséquent, les bibliothèques peuvent reproduire tant d'œuvres analogiques que numériques.

La directive DADVSI permet aux États membres d'adopter la limitation de l'article 5(2)c) à l'égard du droit de distribution⁴⁶. Dans un tel cas, les bibliothèques seraient autorisées à distribuer aux utilisateurs des œuvres qui étaient à l'origine sous format analogique ou numérique ainsi que leurs exemplaires.

45. Judica I. KRIKKE, *Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving*, (Deventer, Kluwer Law, 2000), p. 156 cité dans INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), University of Amsterdam, The Netherlands, *Final Report Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, (2007), (ci-après : IViR, *Final Report : Study...*), p. 46.

46. Le droit de distribution est défini comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci. », article 4(1) de la directive DADVSI.

Il faut noter que les droits de prêt et location restent intacts, sauf à l'égard de l'article 11 de la directive DADVSI. Cependant, les droits de prêt et location ne s'étendent qu'aux copies physiques de l'œuvre, dès lors la limitation au droit de distribution que les États membres adopteraient ne couvrirait pas le prêt ou la location d'œuvres numériques.

En regardant plusieurs législations nationales, l'on peut constater que la transposition des conditions de la limitation prévue à l'article 5(2)c) varie d'un État membre à l'autre⁴⁷.

Certains États membres prévoient que les bénéficiaires soient des bibliothèques accessibles au public, parmi d'autres institutions culturelles comme des archives ou des musées (ex. Belgique⁴⁸, France⁴⁹, Luxembourg⁵⁰, Pays-Bas⁵¹ et Portugal⁵²). L'Espagne⁵³ et la Suède⁵⁴ précisent un peu plus cette notion de bibliothèque accessible au public. L'Espagne se réfère aussi bien aux bibliothèques de propriété publique qu'à celles incluses dans des institutions de caractère culturel ou scientifique. Reste à savoir si les bibliothèques des établissements éducatifs peuvent tomber sous cette deuxième catégorie. La limitation de la Suède s'adresse aux bibliothèques publiques ainsi qu'aux bibliothèques scientifiques et de recherche qui sont gérées par des autorités publiques.

Malgré l'absence de finalité des reproductions permises en conformité avec l'article 5(2)c), certains États membres ont délimité les objectifs d'une telle exploitation. La finalité retenue par tous les pays mentionnés ci-dessus est celle de préservation de l'œuvre objet de reproduction. Certains pays ont ajouté une finalité visant la préservation de l'œuvre tout en la rendant consultable par des tiers (ex. France et Pays-Bas). La question qui se pose alors est la distinction entre la préservation pure et simple et la préservation qui sert également à la consultation. La Suède étend cette limitation à l'usage des copies dans des outils de lecture. D'autres finalités envisagées sont

47. Pour une étude sur la transposition de la directive DADVSI dans tous les États membres de l'Union européenne, consultez Guido WESTKAMP, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London, *Report Part II. The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, (2007), 452 p. (ci-après : Guido WESTKAMP, *Report Part II...*).

48. Article 22§1., 8^o *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

49. Article L. 122-5, 8^o *Code de la propriété intellectuelle*.

50. Article 10.10^o, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

51. Article 16n *Copyright Act 1912*, selon la traduction non officielle accessible sur <<http://www.ivir.nl>>.

52. Article 75(2)(e) *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

53. Article 37(1) *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

54. Article 16 *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, selon la traduction du Ministère de la Justice, accessible dans <<http://www.regeringen.se/sb/d/5825/a/54200jsessionid=a-qnu4MsM3Ad>>.

la recherche (ex. Espagne et Suède), la restauration de l'œuvre (ex. Luxembourg et Pays-Bas), la détention d'une copie de l'œuvre en cas de danger pour cette dernière, aussi connue comme « copie de remplacement » (ex. Pays-Bas), l'archivage (ex. Portugal), ou la sécurité de l'œuvre (ex. Suède). Il nous semble que cette dernière finalité ressemble à s'y méprendre à la copie de remplacement prévue par les Pays-Bas.

Un nombre réduit des pays mentionnés ci-dessus a fixé des limites concernant les œuvres qui peuvent faire l'objet de reproduction. La limitation hollandaise restreint l'objet de la reproduction à des œuvres qui font partie de la collection des bibliothèques. La limitation suédoise restreint la reproduction des articles isolés ou des courts extraits d'œuvres dont l'original ne doit pas être remis aux usagers pour des raisons de sécurité⁵⁵. La condition de ne chercher aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect par la reproduction de l'œuvre est présente dans toutes les lois nationales analysées.

Plusieurs États membres ont adopté d'autres conditions. Par exemple, certains exigent que le nombre de copies soit justifié en fonction de la finalité de l'exploitation (ex. Belgique et Portugal). Plusieurs pays insistent sur le respect des droits moraux (ex. Belgique, Pays-Bas, Portugal et Suède). D'autres ont reconnu la propriété détenue par les bibliothèques sur les copies qu'elles réalisent (ex. Belgique). Dans ce cas, le titulaire des droits peut y avoir accès mais en contrepartie il doit payer une rémunération aux bibliothèques et respecter la préservation de l'œuvre. Les deux conditions du test de trois étapes, à savoir ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne pas causer des préjudices aux intérêts légitimes du titulaire des droits sont incluses dans quelques législations nationales (ex. Belgique, France et Luxembourg).

Le législateur européen a laissé le choix aux États membres à l'égard du statut de cette limitation en tant qu'exception gratuite ou licence non volontaire. Le Portugal a prévu une rémunération en faveur du titulaire des droits⁵⁶.

La condition de restreindre le nombre de copies à effectuer par les bibliothèques pose des problèmes à l'égard de la numérisation d'œuvres à des fins de préservation, qui est un aspect prioritaire dans la mise en place des bibliothèques digitales. Comme l'indique le rapport intermédiaire du Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur au sein du GEHN, la limitation qui permet la réalisation d'une seule copie à des fins de préservation peut s'avérer insuffisante. En effet, plusieurs changements de format sont souvent nécessaires pour la préservation continue de l'œuvre, les moyens techniques d'enregistrement pouvant changer au fil du temps⁵⁷.

Ce Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur a adressé quatre recommandations aux États membres qui ont adopté une limitation pour permettre la réalisation des copies digitales d'une œuvre à des fins de préservation. Entre autres, il recommande qu'il n'y ait pas de restriction au nombre de copies et que la reproduction successive d'un format à un autre soit permise dans la mesure justifiée par le but de préservation. Il faut noter qu'une telle reproduction doit être justifiée par la non disponibilité de l'œuvre sur le marché et doit respecter l'identité et l'intégrité de l'œuvre reproduite. Finalement, il suggère la coordination entre les différentes initiatives de préservation au niveau régional, national et de l'Union européenne.

Ces recommandations visent les copies à des fins de préservation à long terme de toute œuvre créée et distribuée sous différents formats. D'après le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur, l'accès à ces copies pour d'autres finalités que celle de préservation ne devrait pas être permis⁵⁸. Les utilisateurs ne pourraient dès lors utiliser ces copies avant l'expiration du droit d'auteur.

La pertinence de cette pratique, connue sous le nom d'« archive masquée » (*dark archiving*)⁵⁹, a été critiquée par les représentants des bibliothèques lors de la deuxième réunion du GEHN.

Le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur a expressément indiqué que ses recommandations ne vont pas à l'encontre des limitations prévues à cet effet dans la directive DADVSI⁶⁰.

57. *European Digital Library Initiative, High Level Group (HLG)-Copyright Subgroup, Interim Report* du 16.10.2006, p. 3, (ci-après : GEHN, *Interim report*).

58. GEHN, *Interim report*, p. 4.

59. Les archives masquées sont « des référentiels d'œuvres destinés uniquement à la préservation mais sans possibilité d'accès ». Résumé du procès-verbal de la 2^e réunion du groupe d'experts à haut niveau sur les bibliothèques numériques du 17.10.2006, p. 5.

60. GEHN, *Interim report*, p. 4.

55. Gunnar G.W. KARNELL, « La transposition en Suède de la directive européenne sur la société de l'information », (octobre 2005) 206 *Revue internationale du droit d'auteur*, (ci-après : Gunnar G. W. KARNELL, « La transposition en Suède... »), p. 198.

56. Article 76(1)(b) *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

3.2.2 Limitation aux droits de communication et de mise à disposition du public

Conformément à l'article 5(3)n) de la directive DADVSI :

Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants : n) lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence.

Cette limitation permet la consultation *in situ* des collections des bibliothèques. Cependant, à nouveau, la disposition ne précise pas la nature publique ou privée des établissements bénéficiaires. Mais, à la différence de l'article 5(2)c), l'article 5(3)n) détermine les finalités pour lesquelles la communication et la mise à disposition du public sont permises : la recherche ou l'étude privée. Les moyens d'exploitation sont très restreints car seulement les terminaux spécialisés de ces établissements sont visés. L'on se demande si l'exercice de ces actes par un extranet serait couvert par une telle limitation. Si plusieurs bibliothèques décidaient de mettre en place un réseau d'œuvres numériques qui serait disponible pour les utilisateurs, elles devraient, à la lumière de cette limitation, demander le consentement des titulaires des droits avant de pouvoir communiquer ces œuvres en dehors de leurs installations. Les œuvres susceptibles de faire l'objet de l'exploitation ne sont que celles faisant partie de la collection des établissements bénéficiaires qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence.

La transposition nationale de cette limitation dans certains États membres ne reflète pas de grandes différences entre les ordres juridiques nationaux ni avec la directive DADVSI. La France n'a pas expressément incorporé cette limitation dans le Code français de la propriété intellectuelle mais dans celui du patrimoine. La limitation se trouve encadrée dans l'obligation relative au dépôt des copies d'œuvres que les titulaires des droits doivent faire auprès de la Bibliothèque nationale. Cette limitation est très restreinte car elle ne couvre que les copies d'œuvres accessibles à la Bibliothèque natio-

nale et seuls des chercheurs accrédités sont autorisés à les consulter sur place et par le biais des terminaux de l'institution⁶¹.

La Suède, par contre, n'a pas transposé cette limitation dans son ordre juridique. Néanmoins, elle a prévu une licence légale pour les actes de communication d'œuvres et de distribution de copies aux usagers de la bibliothèque. Cette licence légale se limite à des articles isolés ou de courts extraits d'œuvres dont l'original ne doit pas être remis aux usagers pour des raisons de sécurité⁶². Le Luxembourg a transposé cette limitation⁶³ telle quelle et a aussi consacré une exception par rapport à la communication analogique des œuvres audiovisuelles au sein des installations des institutions bénéficiaires⁶⁴. Les Pays-Bas ont prévu la possibilité pour les parties de se mettre d'accord sur d'autres termes concernant l'exploitation de l'œuvre que ceux contenus dans la limitation⁶⁵.

Seul un des pays mentionnés ci-dessus, l'Espagne, a prévu une rémunération pour le titulaire des droits⁶⁶.

En outre, la directive DADVSI a prévu d'autres limitations qui, en fonction de leur transposition dans les États membres, peuvent être également invoquées par ces établissements. Une limitation qui peut être utile pour les bibliothèques est celle de reprographie⁶⁷. Les reproductions fixées sur format numérique qui sont effectuées par les bibliothèques ne tomberaient pas sous cette limitation. À la différence de cette limitation, aussi bien les reproductions fixées sur sup-

61. Séverine DUSOLLIER, Section X concernant la France dans Guido WESTKAMP, *Report Part II...*, p. 214.

62. Article 42(d) *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, selon la traduction du Ministère de la Justice, accessible dans <<http://www.regeringen.se/sb/d/5825/a/54200;jsessionid=a-qnu4MsM3Ad>>.

Gunnar G.W. KARNELL, « La transposition en Suède... », p. 214-216.

63. Article 10.14^o *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

64. Article 10.10^o *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

65. Article 15h *Copyright Act 1912* selon la traduction non officielle accessible sur <<http://www.ivir.nl>>.

66. Article 37(3) *Real Decreto Legislativo 1 / 1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

67. Article 5(2)a) de la directive DADVSI : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants : [...] lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable. ».

port analogique que numérique et la communication au public qui sont réalisées par les bibliothèques des établissements éducatifs et des centres de recherche pourraient bénéficier de la limitation de reproduction et communication au public à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique⁶⁸.

Comme on peut le constater, les actes d'exploitation des bibliothèques à des fins de préservation et archivage seront normalement couverts par la limitation visée à l'article 5(2)c) de la directive DADVSI. Les bibliothèques ne devront pas négocier de contrats avec les titulaires des droits. Au contraire, elles nécessiteront le consentement préalable du titulaire des droits pour la communication et la mise à disposition du public des œuvres en dehors de terminaux spécialisés placés dans leurs installations. Cette nuance est très importante lorsque l'on veut accomplir l'axe prioritaire de l'accessibilité aux œuvres numérisées promu par le GEHN dans le cadre de l'IBN.

3.3 Limitations et mesures techniques de protection

Nous avons précédemment fait allusion au fait que les mesures techniques de protection sont susceptibles de contrarier les initiatives de numérisation et de préservation⁶⁹. Il n'est ainsi pas irréaliste d'envisager que la réalisation d'une copie de substitution d'un CD endommagé par une bibliothèque numérique soit rendue impossible. Que faire dès lors dans ce cas ? Acquérir un nouveau CD ? Contourner la mesure technique de protection ? Et qu'en sera-t-il d'une librairie qui désirerait numériser et intégrer ses collections à un répertoire numérique ? La réponse est à trouver dans la solution juridique apportée à la question de l'interaction entre les limitations au droit d'auteur et les mesures techniques de protection (ci-après : MTP), laquelle constitue, en fait, une des questions capitales posées par le sort des limitations au droit d'auteur dans l'environnement numérique.

68. Article 5(3)a) de la directive DADVSI : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants : [...] lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi. »

69. Voir *supra*, section 2.

3.3.1 La protection des mesures techniques

La protection accordée à la technologie par le droit européen poursuit un double objectif. D'une part, elle vise à garantir une protection suffisante aux titulaires de droit qui recourent à l'utilisation de dispositifs techniques et à des systèmes numériques de gestion des droits, afin de favoriser le développement de nouveaux services et de promouvoir ainsi le marché européen (relatif aux droits d'auteur). D'autre part, cette protection vise à mettre en œuvre les dits Traités Internet – le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)⁷⁰ et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)⁷¹-. A l'égard de ce second objectif, l'article 11 WTC – et en termes équivalents l'article 18 WPPT – stipulent que :

Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.

De là, les parties contractantes ont alors différentes options afin de transposer les obligations édictées par les traités OMPI. La marge de manœuvre qui leur est ainsi reconnue porte sur la définition des actes entourant le contournement des mesures techniques qui sont interdits, ainsi que sur la détermination du type de mesures techniques de protection qui sont protégées. Ainsi, en ce qui concerne le premier point, les parties contractantes peuvent décider de n'interdire que les actes de contournement eux-mêmes, ou d'interdire les actes préparatoires au contournement, ou encore de les interdire tous les deux⁷².

En ce qui concerne la définition du type de mesures techniques concernées, une distinction peut être faite par les parties contractantes entre les mesures techniques anti-copie et celles qui régissent l'accès à une œuvre. Le choix fait par l'Union européenne a été de privilégier un champ d'application le plus large possible. Sont ainsi pro-

70. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

71. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

72. IViR, *Final Report : Study...*, p. 73.

hibés tant les actes de contournement que les actes préparatoires qui seraient posés à l'égard de mécanismes anti-copie ou de mécanisme de gestion de l'accès.

Cette réglementation est édictée à l'article 6 de la directive DADVSI qui est sans aucun doute une disposition des plus complexes et des plus controversées (aux côtés de l'article 5) de la directive. Premièrement, elle fait obligation aux États membres d'ériger une protection juridique adéquate contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif (art. 6(1)), ainsi que contre les actes dits « préparatoires » au contournement (article 6(2)⁷³). Le troisième paragraphe définit ensuite les mesures techniques de protection comme suit :

toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE.

La protection n'est accordée qu'aux mesures techniques qui sont efficaces. Contrairement aux Traités Internet de l'OMPI, la directive donne des indications quant à ce qu'il y a lieu d'entendre par ce terme :

Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

73. « Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui :

- a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou
- b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou
- c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace ».

Le concept de mesures techniques de protection n'est pas lié à la protection qu'elle exercerait vis-à-vis d'actes de contrefaçon mais est axé sur la volonté des titulaires de droit. Par conséquent, la protection accordée à ces technologies est étendue à la sphère de l'utilisation de l'œuvre, laquelle se situe pourtant traditionnellement hors du monopole d'exploitation des titulaires de droit⁷⁴.

3.3.2 Limitation au droit d'auteur et mesures techniques de protection

L'article 6(4) de la directive⁷⁵ traite de l'interface entre les mesures techniques de protection et les exceptions et limitations au

74. Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, (Bruxelles, Larcier, 2005), (ci-après : Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et...*), p. 131 et 163 : « La protection devient plus large : c'est un critère subjectif (lié à la volonté de l'auteur qui la gouverne), et non plus un critère objectif (lié à la définition des droits et de leurs limitations) ». Ce choix du législateur européen a non seulement été critiqué par la doctrine mais certaines réglementations nationales s'en sont également distancées. Ainsi, en Autriche (section 90C) comme en Suède (article 52E *in fine*), la protection accordée à la mesure technique est liée à la présence d'un droit exclusif. Vid. Frank GOTZEN, « Le droit d'auteur en Europe : Quo vadis ? », (janvier 2007), 211 *Revue internationale du droit d'auteur*, p. 39-49 ; et Michel M. WALTER, « Transposition de la Directive 2001/29/CE en Autriche », (Octobre 2004), 202 *Revue internationale du droit d'auteur*, p. 60 qui pose la question de la conformité de la section 90C, déjà mentionnée ci-dessus, à la Directive DADVSI.

75. « Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

Les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue au paragraphe 1.

Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que

droit de l'auteur. Ce paragraphe à la lecture difficile introduit une clause de sauvegarde visant à adoucir, à l'égard de certaines exceptions ou limitations, l'emprise que pourrait exercer la technologie. Il constitue la base en vue de l'adoption de mécanismes nationaux destinés à rendre possible l'exercice de certaines des limitations qui seraient entravé par des MTP.

Ces mécanismes doivent être mis en place à l'égard des exceptions et limitations dites privilégiées⁷⁶, parmi lesquelles figurent celle relative aux reproductions effectuées par les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement, les musées ou les archives (article 5(2)c)). L'exception de copie privée fait quant à elle l'objet d'un régime spécifique⁷⁷. Enfin, il semble que l'emprise possible de la technologie demeure en revanche inaltérée à l'égard des autres exceptions et limitations. Cela a pour conséquence que le bénéfice de l'exception visée par l'article 5(3)n⁷⁸, relative à la communication ou la mise à disposition au moyen de terminaux spécialisés dans les bibliothèques, pourrait ne pas bénéficier du statut privilégié que confère l'article 6(4). Par ailleurs, l'article 6.4 stipule également que l'utilisateur doit disposer d'un accès licite à l'œuvre protégée par la technologie.

Par conséquent, les législations nationales qui comprennent des exceptions ou limitations aux droits de reproduction et de distribution en faveur des bibliothèques, archives ou musées, aux fins de conservation et/ou de diffusion, devront aussi prévoir un régime spécifique quant à l'interaction entre ces limitations et les mesures techniques de protection. Presque tous les États membres ont introduit dans leur liste de limitations privilégiées, celles qui s'adressent aux bibliothèques. Ainsi⁷⁹ en est-il de la Belgique⁸⁰, du Danemark⁸¹, de

chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Lorsque le présent article est appliqué dans le cadre des directives 92/100/CEE et 96/9/CE, le présent paragraphe s'applique mutatis mutandis. »

76. À savoir, celles qui sont visées aux art. 5(2)a), c), d) et e) ; et 5(3)a), b) et e) de la directive DADVSI.

77. Cfr. article 6(4)2°.

78. Voir *supra*, section 3.2.b).

79. Pour un relevé complet des limitations en faveur des bibliothèques, archives et musées, et des réglementations afférentes aux mesures techniques de protection adoptées. Voir Guido WESTKAMP, *Report Part II...*

80. Article 79.bis §2 *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

81. § 16.1 *Consolidated Act on Copyright 2003*, traduction anglaise du Ministère de la Culture, accessible dans <<http://www.kum.dk/sw4550.asp>>.

l'Espagne⁸², de l'Estonie⁸³, de la France⁸⁴, de l'Allemagne⁸⁵ et du Luxembourg⁸⁶. Il y a cependant lieu de préciser que ces limitations ne sont relatives qu'au droit exclusif de reproduction et ne peuvent donc être étendues à celui de mise à disposition.

Une question très intéressante surgit dès lors : une fois que la mesure technique a été ôtée de l'œuvre, la bibliothèque pourrait-elle mettre cette dernière à disposition en vertu de l'article 5(3)n) ? L'intention du législateur européen suggère une réponse négative étant donné qu'il a exclu cette disposition de la liste des limitations privilégiées de l'article 6(4). La mise à disposition ne pourrait être réalisée qu'en vertu d'une autre limitation qui relève de la liste privilégiée, par exemple celle qui est relative à l'illustration de l'enseignement ou de la recherche. En définitive, l'article 6(4) sera donc de peu d'utilité aux bibliothèques numériques, en particulier à l'égard de leur mission de diffusion en ligne.

En ce qui concerne les limitations aux fins de conservation, la question devient par contre cruciale. En effet, la Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique conseille aux États membres de :

prévoir des dispositions, dans leur législation, de façon à permettre la reproduction en plusieurs exemplaires et la migration du matériel culturel numérique par les institutions publiques à des fins de conservation, dans le respect absolu de la législation communautaire et internationale sur les droits de propriété intellectuelle.

Même si cette Recommandation est plus restrictive que le libellé de l'exception que la directive DADVSI prévoit pour les bibliothèques (étant donné que la Recommandation en limite les bénéficiaires aux institutions *publiques*), il est clair que les États membres devraient introduire dans leurs législations des dispositions spécifi-

82. Article 161 *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

83. § 80(3)(4) *Copyright Act*, en conformité avec la traduction anglaise du Eesti Õiguskeele Keskus, accessible dans <<http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>>.

84. Article L. 331-6 *Code de la Propriété Intellectuelle*.

85. § 95b *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

86. Article 71 quinquies *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

ques visant la mise en œuvre d'objectifs de conservation et adopter ensuite, selon le caractère impératif ou non de ces dispositions, les mesures correspondantes en vue de permettre la conservation des œuvres ou des autres objets protégés par le droit d'auteur, même si cela est entravé par des mesures techniques de protection.

Le cadre général élaboré au niveau européen donne la primauté à la volonté des titulaires de droit. Selon le premier paragraphe de l'article 6(4), ce n'est que dans l'éventualité où ces derniers n'adoptent pas de mesures volontaires visant à permettre le bénéfice des exceptions privilégiées que des mesures prévues dans la réglementation interne doivent être mises en œuvre. Le législateur européen favorise donc manifestement le caractère subsidiaire de l'instrument réglementaire. Le système prévu par le premier paragraphe de l'article 6(4) doit être entendu comme une invitation (devenue une exigence dans certaines législations nationales⁸⁷) faite au marché de permettre l'exercice des exceptions et limitations concernées. Ces mesures volontaires peuvent être unilatérales ou reposer sur des accords qui seraient conclus entre les titulaires de droit et les parties intéressées⁸⁸.

87. Eu égard à l'approche volontaire privilégiée par le texte européen, les réglementations nationales qui instituent une véritable obligation pour les ayants droit de mettre à disposition des utilisateurs des moyens destinés à permettre le bénéfice des limitations, pourraient voir leur conformité avec la directive mise en question. La réglementation allemande renferme une telle obligation (§95 B1 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*) mais sanctionne en outre une telle obligation d'une amende administrative pouvant s'élever à 50.000 (§111 A *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*). D'autres États membres qui ont également décrété une obligation de mise à disposition des moyens destinés à permettre le bénéfice de l'exception, ne l'ont pas accompagnée d'une telle sanction, mais ont attaché à leur non respect le droit pour l'utilisateur de tenter une procédure devant une institution déclarée compétente à cet effet (voir *infra*). La Belgique (article 79 bis *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.*), la Lettonie (§18.4-5 *Copyright Law*, en conformité avec la traduction du Ministère de la Culture, accessible sur <http://www.km.gov.lv/ui/ImageBinary.asp?imageid=360>) et la Lituanie (article 75, *Law on Copyright and Related Rights*, d'accord à la traduction anglaise officielle, accessible dans <<http://www3.lrs.lt/cgi-bin/getfmt?c1=w&c2=226598>>) ont prévu de tels mécanismes.

88. La directive DADVSI mentionne ainsi les parties intéressées et non pas les utilisateurs ou les représentants de ceux-ci. Par conséquent, de tels accords pourraient être conclus avec ces derniers mais également avec des tiers tels que les fournisseurs de contenus, les producteurs de programmes d'ordinateur, etc. Voir Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et...*, p. 169. Dans tous les cas, à notre avis, seuls les accords conclus avec les bénéficiaires pourraient jouir d'une présomption réfragable de conformité avec les termes de la directive DADVSI, tel que prévu par l'article 95 B (2) *in fine* de la loi allemande, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

La solution qui semble être envisagée serait celle d'accords généraux conclus avec des représentants des bénéficiaires, à savoir, pour ce qui concerne notre sujet, avec des associations représentatives des bibliothèques publiques, des archives et des musées. Dans le secteur des bibliothèques, des accords généraux ont déjà été conclus, tels que celui signé entre la Bibliothèque nationale allemande et la Fédération allemande de l'industrie phonographique et l'Association des éditeurs et librairies⁸⁹, ou entre l'Association néerlandaise des éditeurs et la Bibliothèque royale⁹⁰. Il y a lieu de relever cependant que leur application est limitée aux Bibliothèques nationales et ne bénéficie donc pas aux autres bibliothèques même si elles sont publiques.

En l'absence de mesures volontaires, la directive DADVSI impose donc aux États membres l'adoption de *mesures appropriées* destinées à permettre le bénéfice des exceptions et limitations privilégiées. Le législateur européen ne spécifie cependant pas en quoi pourraient consister ces mesures appropriées⁹¹. Les solutions fournies par les réglementations nationales, sans épuiser toutes celles qui avaient été suggérées par la doctrine⁹², sont très diverses.

Certains États (la Belgique⁹³, l'Allemagne⁹⁴, le Luxembourg⁹⁵, l'Espagne⁹⁶ et la Suède⁹⁷) ont conféré aux bénéficiaires une action

89. Selon les informations fournies dans le rapport relatif à la transposition de la directive DADVSI dans les États membres. IViR, *Final Report : Study*, p. 107.

90. L'accord pris en faveur du dépôt des publications électroniques au dépôt des publications hollandaises de la Bibliothèque royale peut être consulté à l'adresse électronique suivante : <<http://www.kb.nl/dnp/overeenkomst-nuv-kb-en.pdf>>. Cet accord, qui concerne principalement le dépôt des publications électroniques, renferme également des dispositions relatives aux mesures techniques de protection.

91. IViR, *Final Report : Study*, p. 109.

92. Différentes propositions ont été formulées par la doctrine : une invitation à la négociation en vue d'une solution contractuelle, le dépôt des mots de passe ou d'un exemplaire analogique, etc. Voir Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et...*, p. 172-173, ainsi que la bibliographie qui y est présentée.

93. Article 87 bis *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

94. § 95b (2) and § 111a *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz, 1965*.

95. Article 71 *quinquies* et article 81, *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

96. Article 161 *Real Decreto Legislativo 1 / 1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

97. Article 52 f, *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, selon la traduction du Ministère de la Justice, accessible dans <<http://www.regeringen.se/sb/d/5825/a/54200;jsessionid=a-qn4M3Ad>>.

juridique devant les cours et tribunaux. D'autres (la France⁹⁸) ont mis en place une procédure administrative.

D'autres encore (l'Italie⁹⁹, la Lettonie¹⁰⁰ et la Lituanie¹⁰¹) ont privilégié des mécanismes d'arbitrage ou de médiation. Au Portugal, les titulaires de droit sont contraints de déposer à la IGAC (*Inspecção-Gera das Actividades Culturais*) les moyens nécessaires à rendre possible l'exercice des limitations¹⁰².

Certains pays ont également institué un « véritable droit de contournement » des mesures techniques en faveur des utilisateurs. C'est le cas au Danemark où, si les titulaires de droit ne se sont pas pliés à l'injonction du tribunal compétent en matière de droit d'auteur de mettre à disposition du bénéficiaire les moyens lui permettant de bénéficier des limitations, l'utilisateur pourrait contourner la mesure technique de protection¹⁰³. La Norvège a prévu une disposition¹⁰⁴ similaire, qui stipule même que le Roi peut décider de la fourniture automatique aux établissements relevant du secteur des archives, des bibliothèques et des musées, des informations permettant le contournement de mesures techniques de protection en vue de la réalisation de copies que la législation permet d'effectuer¹⁰⁵. Par ailleurs, en cas de dépôt légal obligatoire, les exemplaires d'œuvres déposés devront être accompagnés de cette information¹⁰⁶.

98. Article L. 331-6 *Code de la Propriété Intellectuelle*.

99. Articles 71-quinquies 2 et 4, 190 et Article 194-bis, *Legge 22 aprile 1941, n.633, recante protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio et Decreto legislativo 9 aprile 2003, n° 68*

100. §18.5 *Copyright Law*, selon la traduction du Ministère de la Culture, accessible dans <<http://www.km.gov.lv/ui/ImageBinary.asp?imageid=360>>.

101. Article 75 (4) *Law on Copyright and Related Rights*, d'accord à la traduction anglaise officielle, accessible dans <<http://www3.lrs.lt/cgi-bin/getfmt?c1=w&c2=226598>>.

102. Article 221.1 *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*.

103. Article 75d *Consolidated Act on Copyright 2003*, traduction anglaise du Ministère de la Culture, accessible dans <<http://www.kum.dk/sw4550.asp>>.

104. § 53b II *Act No. 2 of 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc.*, selon la traduction non officielle publiée sur <http://www.kopinor.org/opphavsrett/node_2182>.

105. § 53b in fine *Act No. 2 of 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc.*, selon la traduction non officielle publiée sur <http://www.kopinor.org/opphavsrett/node_2182>.

106. § 53b III *Act No. 2 of 12 May 1961 Relating to Copyright in Literary, Scientific and Artistic Works, etc.*, selon la traduction non officielle publiée sur <http://www.kopinor.org/opphavsrett/node_2182>.

A priori, la directive ne donne pas plus d'éclaircissements quant à ce en quoi devraient consister ces *mesures appropriées*. Les considérants ne fournissent pas d'indices, se bornant à mentionner la modification d'une mesure technique mise en œuvre ou autrement¹⁰⁷. Certaines propositions ont été formulées à l'occasion de la consultation « i2010 : bibliothèques numériques », telles que le dépôt d'une version non protégée ou dans un format de référence privilégié, ou l'instauration d'une obligation pour les entreprises de mettre à disposition le code source lorsqu'un format particulier cesse d'être utilisé, ou encore l'établissement de centres de service consacrés au suivi de l'obsolescence des technologies, etc.¹⁰⁸.

Quelle que soit la proposition qui sera retenue, elle requiert une analyse de proportionnalité, voire une analyse au cas par cas, des moyens les plus appropriés à mettre en œuvre. Ces derniers devraient être rendus adéquats de manière à garantir les utilisations visées par les limitations, ni plus ni moins. La neutralisation complète de la mesure technique n'est dès lors pas nécessairement requise si le bénéfice de la limitation peut être garanti par d'autres moyens (par exemple, en fournissant une copie analogique au bénéficiaire). Il nous semble à cet égard que la mise en œuvre du test de proportionnalité repose également sur les épaules des bénéficiaires, lesquels ne pourraient faire usage d'une œuvre qui a été affranchie de sa protection, à d'autres finalités que celles qui sont autorisées par l'article 6(4) (à savoir une mise à disposition de l'œuvre conformément à l'article 5(3)n), étant donné qu'une telle utilisation sortirait du cadre de l'article 6(4).

Afin de prévenir les abus potentiels¹⁰⁹, l'article 6(4)3°, accorde une protection juridique à toute mesure technique de protection qui serait appliquée par les titulaires de droit en application d'une mesure volontaire, y compris dans le cadre d'accords volontaires ou en application de mesures prises par les États membres. Enfin, l'article 6(4)4° exclut de ce système complexe les œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Les œuvres qui sont mises à disposition en ligne en vertu d'un abonnement (par exemple une revue numérique) échappent donc à la clause de sauvegarde. Dès lors, en

107. Voir le considérant 51.

108. Résultats de la consultation en ligne « i2010 : bibliothèques numériques », p. 8.

109. Considérant 51 *in fine*.

l'absence d'application d'un système de dépôt légal, la responsabilité de la conservation à long terme repose en définitive sur les fournisseurs de l'information, qui ne seront peut-être pas toujours intéressés à y veiller¹¹⁰.

Cette disposition s'achève avec une référence faite à la Directive 92/100/CEE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, récemment abrogée et codifiée au sein de la Directive 2006/115/CE, et à la Directive 96/9/CE relative à la protection juridique des bases de données, stipulant que l'article 6(4) leur est appliqué *mutatis mutandis*. Les programmes d'ordinateur, ainsi que la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble, sont quant à eux réglementés par des règles spécifiques¹¹¹.

Le dernier élément qui devrait être pris en considération par les législateurs nationaux est la relation entre les exceptions et limitations, les protections techniques et, le cas échéant, la rémunération y afférente. Il doit ainsi être tenu compte du considérant 35 qui stipule que :

Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. [...] Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'uti-

110. Il est intéressant à ce stade de poser la question de la mesure dans laquelle les réglementations prévoyant le dépôt obligatoire des services dynamiques d'information en ligne et la mise à disposition de moyens techniques destinés à permettre la réalisation de copies aux fins de conservation sont conformes à l'article 6(4) de la directive DADVSI. Bien que ce point de vue puisse être soumis à débat, nous sommes d'avis que l'article 9 de cette dernière constitue une base suffisante à défendre la légalité de telles réglementations. Ainsi, il y est stipulé que : « La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment les brevets, les marques, les dessins et modèles, les modèles d'utilité, les topographies des semi-conducteurs, les caractères typographiques, l'accès conditionnel, l'accès au câble des services de radiodiffusion, la protection des trésors nationaux, les exigences juridiques en matière de dépôt légal, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics et le droit des contrats. » Les italiques sont nôtres.

111. Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO n° L 122 du 17.5.1991, p. 42-46. Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JO n° L 248 du 06.10.1993, p. 15-21.

lisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. [...]

Par conséquent, lorsque les limitations en faveur des archives, bibliothèques et musées sont apportées sous forme de licences non volontaires, la détermination de la rémunération devrait tenir compte de l'utilisation éventuelle de mesures techniques de protection.

3.3.3 Mesures techniques de protection et réglementations relatives au dépôt légal

Il est important de relever à ce stade que la mission de conservation qui incombe aux bibliothèques et son rapport avec les mesures techniques de protection n'est pas toujours régentée par les législations traditionnelles relatives au droit d'auteur, mais bien parfois par des normes relatives au dépôt légal, en particulier dans ces pays où ce dépôt est obligatoire et concerne également les œuvres dans un format numérique¹¹². Au cours de ces dernières années, certains pays ont modifié leurs législations afin de les adapter aux nouvelles technologies et de rendre possible le dépôt tant pour les contenus fournis hors ligne que pour ceux fournis en ligne¹¹³. Mais, comme il a été relevé par la Commission européenne, les systèmes de dépôt légal risquent de faillir à leurs objectifs si des exemplaires exempts de protection technique ne sont pas mis à disposition par ceux qui produisent l'information¹¹⁴.

Afin de surmonter ce problème de mise à disposition, certains États membres ont érigé l'obligation de fournir l'information relative à la mesure technique lors du dépôt d'une œuvre. Par exemple, au Danemark, la loi sur le dépôt légal impose le dépôt d'une œuvre dans le même format que celui dans lequel elle a été publiée et stipule en outre que, pour des œuvres numériques, ce dépôt doit être accompagné des mots de passe et de toute autre information nécessaire pour

112. C'est le cas – en ce qui concerne les œuvres numériques – du Danemark, de la France, de la Norvège et du Royaume-Uni, et de même – en ce qui concerne les œuvres numériques sur support physique – de l'Autriche, de l'Allemagne et de la Suède, ainsi que dans d'autres pays non européens tels que le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud.

113. Voir *Commission Staff Working Document : Impact Assessment*, p. 38.

114. *Communication i2010 : Bibliothèques Numériques*, p. 10.

permettre l'accès à l'œuvre, la réalisation de copies, ainsi que sa mise à disposition du public¹¹⁵.

En France, après les modifications apportées par la loi de transposition de la directive DADVSI¹¹⁶, le Code du Patrimoine envisage « la mise en œuvre d'un code ou d'une restriction d'accès par ces personnes [celles incombées par l'obligation de dépôt légal] ne peut faire obstacle à la collecte par les organismes dépositaires précités »¹¹⁷. L'article L. 132-4 vise expressément que :

L'auteur ne peut interdire aux organismes dépositaires [...] :
1° La consultation de l'œuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme dépositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs ; 2° La reproduction d'une œuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place dans les conditions prévues au 1°.

Dans d'autres pays, le dépôt des œuvres protégées par le droit d'auteur repose sur un système volontaire et est négocié entre les bibliothèques nationales et les éditeurs, comme aux Pays-Bas, où un accord a été conclu en 1999 entre l'Association néerlandaise des Éditeurs et la Bibliothèque royale¹¹⁸. En vertu de cet accord, les éditeurs remettent à cette dernière leurs publications dans la forme sous laquelle elles ont été mises sur le marché, y compris le logiciel pour la recherche documentaire et la documentation annexe imprimée ou sous forme numérique. En outre, et dans la mesure nécessaire à leur conservation, la Bibliothèque royale est autorisée à copier ces publications, à les enregistrer dans une autre structure ainsi qu'à désactiver les mesures techniques. L'accès aux publications est alors restreint aux utilisateurs autorisés et l'accès à distance est complètement prohibé.

115. Cfr. § 3 (2) *Act on Legal Deposit of published material*, selon la traduction non officielle dans <<http://www.bs.dk/content.aspx?itemguid=%7B332484E6-A5B1-4CEE-B953-059843182050%7D>>. En Finlande, un projet de loi poursuit les mêmes objectifs : « According to committee report discussing the revision of the Act there would be an obligation to provide the means for using and copying a work (password, computer program etc.), whenever there is an obligation to hand over a work for deposit. In case this obligation is not fulfilled, the establishment responsible for depositing the work has a statutory right to circumvent the technological measure. » Guido WESTKAMP, *Report Part II...*, p. 202.

116. *Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

117. Article L. 132-2, *Code du Patrimoine*.

118. Voir *supra*, note 91.

Ces restrictions d'accès sont en fait dans la lignée des conclusions du GEHN :

Dans le cas des bibliothèques nationales de dépôt et par rapport aux œuvres dans un format numérique original qui sont empreintes d'un dispositif de protection, il doit être relevé que les éditeurs et les bibliothèques nationales ont convenu que ce dispositif devra être désactivé en ce qui concerne l'exemplaire qui est déposé (ex. afin de permettre la réalisation des objectifs poursuivis par la bibliothèque nationale, à l'exclusion de l'accès des utilisateurs finaux) afin de permettre l'accès permanent et sans entrave au document.¹¹⁹

4. LES ŒUVRES ORPHELINES ET LES OUVRAGES ÉPUIÉS

4.1 Introduction

Entre autres motifs, certaines limitations au droit d'auteur sont justifiées par des défaillances de marché. Une de celles-ci consiste en une absence de marché (*missing market*) : l'offre ne rencontre en effet pas la demande exprimée par le marché pour certains biens et services. Comme relevé par Dennis W.K. Khong, il est question de *missing market* dans le cas des œuvres orphelines et les ouvrages épuisés¹²⁰ : alors qu'il est des utilisateurs désireux d'exploiter telle œuvre, le titulaire de droit n'est pas identifiable ou ne peut être trouvé (œuvres orphelines), ou bien l'œuvre n'est plus disponible sur le marché (ouvrages épuisés). Cet obstacle, qui est susceptible d'entraver toute exploitation de l'œuvre, devient décisif en ce qui concerne les bibliothèques numériques. L'impossibilité d'obtenir une autorisation pour l'exploitation des ouvrages épuisés peut contrarier la numérisation et les initiatives de mise à disposition de ces œuvres. Par conséquent, l'accès du public à ces œuvres est-il considérablement limité et leur conservation est elle sérieusement entravée.

Dans les sections suivantes, nous nous pencherons sur les interrogations spécifiquement posées par les œuvres orphelines (section 4.2) et les ouvrages épuisés (section 4.3). Nous présente-

119. GEHN, *Interim Report*, p. 4.

120. Voir Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware and the Missing Market », (2007), 15-1 *International Journal of Law and Information Technology*, (ci-après : Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware... »), p. 63 et s.

rons certaines propositions européennes visant à solutionner ce problème. Il y a cependant lieu de mentionner que, hormis certains cas exceptionnels, ces propositions sont destinées à apporter une solution générale et ne prévoient donc pas de solution ou de traitement spécifique pour les établissements culturels. Il nous est cependant d'avis que les bibliothèques, archives et musées devraient pouvoir jouir d'un statut particulier. À défaut, ils pourraient ne pas être en mesure de remplir la mission spécifique qui leur incombe dans notre société.

4.2 Les œuvres orphelines

4.2.1 Problématique des œuvres orphelines

Le phénomène des œuvres orphelines n'est pas nouveau mais son importance est croissante. L'exploitation d'œuvres sur support papier ou analogique avait en effet déjà connu ce phénomène. La nouveauté apportée par l'ère digitale est la possibilité, en raison de nouvelles technologies, d'exploiter des œuvres protégées dans de divers et nombreux formats à de bas coûts et de les rendre disponibles plus aisément à un grand nombre d'utilisateurs.

Une œuvre orpheline est une œuvre « protégée par des droits d'auteur dont il est difficile, voire impossible, de trouver le titulaire »¹²¹. La difficulté des œuvres orphelines réside donc dans l'impossibilité pour l'utilisateur de localiser le titulaire des droits pour lui demander son consentement afin de pouvoir exploiter l'œuvre. L'absence d'information sur le titulaire des droits peut être due à des raisons très variées. Selon le rapport de l'*Institut voor Informatierecht* (IViR)¹²² les causes sont, entre autres, la nature de l'œuvre même, comme les photos et les œuvres audiovisuelles, la non mise à jour du changement dans le chef du titulaire des droits ou l'inexistence des registres qui regroupent pareilles informations.

Le thème d'œuvres orphelines a déjà été soulevé par la Commission européenne dans la Communication « i2010 : Bibliothèques

121. Considérant 10 *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

122. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 179.

Le sujet des œuvres de collaboration peut être lié à celui des œuvres orphelines. Dans de nombreux cas, la pluralité de titulaires des droits sur l'œuvre s'avère inconnue ou impossible à localiser. Il faudra dès lors prendre en considération tant les règles qui régissent les œuvres de collaboration que les aspects des œuvres orphelines. Ceci dit, on se limitera à analyser les œuvres orphelines.

Numériques »¹²³. À l'occasion de la consultation en ligne « i2010 : bibliothèques numériques » du 30 septembre 2005¹²⁴, les institutions culturelles¹²⁵ ont souligné les difficultés que ces œuvres entraînent. Ces institutions ont commencé par mettre en avant l'importance de ces œuvres due en partie à leur valeur culturelle et historique ainsi qu'à leur intérêt économique. La Conférence européenne des directeurs des bibliothèques nationales a indiqué qu'environ 19 % des œuvres publiées entre 1900 et 1940 sont probablement des œuvres orphelines¹²⁶. Ceci dit, l'incidence de ce type d'œuvres sur le marché intérieur n'a pas encore pu être évaluée¹²⁷.

Les institutions culturelles ont aussi fait part à la Commission européenne des difficultés rencontrées à l'égard de l'exploitation des œuvres orphelines : l'absence d'un inventaire de ces œuvres et la mise en place d'un système de rémunération du titulaire des droits d'auteur identifié. Elles ont également suggéré diverses propositions pour résoudre ces difficultés (ex. la modification du régime de droit d'auteur, la création d'un fonds de réserve qui payerait les auteurs identifiés, la création des bases de données avec l'information concernant le titulaire des droits, l'extension du domaine public, etc.)¹²⁸.

La Commission européenne s'est servie, entre autres, des résultats de cette consultation pour élaborer sa *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

4.2.2 Solutions proposées

4.2.2.1 L'Union européenne

Dans sa *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*, la Commission européenne a proposé aux États membres :

123. *Communication i2010 : Bibliothèques Numériques*, p. 8. *Annexe à la Communication de la Commission européenne « i2010 : bibliothèques numériques », Document SEC(2005) 1194, SEC (2005) 1195 du 30.9.2005*, p. 12.

124. Résultats de la consultation en ligne « i2010 : bibliothèques numériques », p. 6.

125. Bibliothèques, archives, archives audiovisuelles, musées, etc.

126. Réponse de la Conférence européenne des directeurs des bibliothèques nationales à la consultation en ligne « i2010 : bibliothèques numériques », p. 6. Voir aussi *Commission Staff Working Document : Impact Assessment*, p. 35.

127. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 193. Stef VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles... », p. 3.

128. Résultats de la consultation en ligne « i2010 : bibliothèques numériques », p. 6.

d'améliorer les conditions de numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel : a) en créant des mécanismes pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines, après consultation des parties intéressées ; [...] et c) en veillant à la disponibilité des listes d'œuvres orphelines connues et d'œuvres dans le domaine public.¹²⁹

Ce mécanisme d'exploitation est précisé par la Commission dans son considérant 10, où elle a insisté sur l'instauration des licences en étroite coopération avec les titulaires des droits. Son objectif est de faciliter l'obtention de l'autorisation des droits et la permission pour les institutions culturelles de numériser des œuvres et de les rendre accessibles en ligne. Le Conseil de l'Union européenne s'est prononcé dans le même sens que la Commission européenne¹³⁰.

Le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur a adopté une recommandation accompagnée d'une série de mesures complémentaires¹³¹. La recommandation de ce sous-groupe d'experts consiste en l'instauration par les États membres d'un système de licences des œuvres orphelines qui permet leur exploitation commerciale ou non commerciale en échange d'une rémunération dans la mesure où l'utilisateur a mené au préalable une recherche diligente afin d'identifier l'œuvre et/ou de localiser le titulaire des droits. Ce mécanisme doit remplir trois critères : 1) il devrait s'appliquer à tout type d'œuvre orpheline ; 2) l'utilisateur doit effectuer la recherche de bonne foi avant l'usage de l'œuvre ; et 3) les États membres sont encouragés à élaborer des lignes directrices pour certaines œuvres orphelines qui ne devraient pas faire partie d'un outil législatif.

Ce mécanisme contractuel serait révocable, contre rémunération et octroyé par une autorité publique. Ses conditions, telles que l'organisme compétent d'octroi, sa validité, les conséquences de la réapparition du titulaire des droits, la durée pendant laquelle l'organisme d'octroi gardera la rémunération de ce titulaire et les démarches à faire auprès de celle-ci après une telle période, seraient prévues par législation¹³². Les sociétés de gestion collective pour-

129. Point 6 *Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique*.

130. Section A.5) *Annexe des Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*.

131. *i2010 : Digital Libraries, High Level Expert Group-Copyright Subgroup Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works Selected Implementation Issues* du 18.4.2007, p. 9, (ci-après : GEHN, *Report on Digital Preservation...*).

132. GEHN, *Interim Report*, p. 15.

raient fonctionner comme dépositaires des rémunérations reçues pour les titulaires des droits¹³³.

Le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur a souligné que le rôle joué par les institutions culturelles sans but lucratif, notamment en ce qui concerne leurs finalités de diffusion, est un principe que tout mécanisme contractuel national relatif aux œuvres orphelines doit respecter. Ceci dit, ce Sous-Groupe d'Experts fait dépendre l'efficacité d'un tel principe des discussions entre les institutions culturelles et les titulaires des droits¹³⁴.

Une condition *sine qua non* pour que l'utilisateur utilise l'œuvre orpheline dans le cadre d'un mécanisme contractuel est la recherche préalable diligente du titulaire des droits. L'utilisateur doit ainsi mettre les moyens humains, matériels et financiers afin de retrouver cette personne dans le but de lui demander son autorisation pour utiliser l'œuvre. Tel réquisit a déjà été adopté dans certains pays (ex. Canada, États-Unis et Royaume-Uni). Pour leur part, les membres du Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur se sont prononcés sur ce terme de « recherche diligente ». Certains l'entendent comme une recherche approfondie (Association Européenne des Editeurs de Journaux – ENPA), d'autres estiment qu'il faut l'effectuer avec beaucoup de soin (*Association of Scientific, Technical and Medical Publishers – STM*), ou qu'il est nécessaire d'atteindre un degré intermédiaire de satisfaction, ni trop facile ni trop difficile, l'utilisateur devant être capable de démontrer les efforts investis dans la localisation du titulaire des droits (*British Library – BL*), ou qu'il faut prendre en considération le type d'œuvre orpheline ainsi que son exploitation et le type d'utilisateur (Association des Cinémathèques Européennes – ACE)¹³⁵. Ces manifestations montrent le rôle actif que l'utilisateur devra jouer dans la localisation du titulaire des droits.

Cependant, le seuil pour considérer que l'utilisateur a agi de bonne foi et recherché diligemment sera établi par chaque État membre. D'ailleurs, si l'on recourt à l'interprétation de ces termes dans le droit civil de chaque État membre, le risque de discordance entre les ordres juridiques nationaux sera beaucoup plus élevé et son impact pourrait être dès lors plus important sur le marché intérieur. Le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur a indiqué que les

133. GEHN, *Interim Report*, p. 15.

134. GEHN, *Interim Report*, p. 16.

135. GEHN, *Report on Digital Preservation...*, p. 8.

solutions prises dans les différents États membres doivent être reconnues dans les autres États membres afin de remplir l'effet transfrontalier inhérent à l'IBN. Cela implique alors que l'œuvre orpheline qui est utilisée licitement dans un État membre devrait aussi l'être dans un autre¹³⁶. Ceci dit, ce sous-groupe d'experts n'est pas en faveur d'intégrer un seuil minimal de recherche diligente dans les législations nationales¹³⁷.

Les mesures complémentaires consistent en la rédaction des lignes directrices relatives à la manière dont la recherche du titulaire des droits doit être diligemment menée par l'utilisateur, la participation active des sociétés de gestion collective dans la localisation des titulaires des droits, la mise en place des bases de données qui contiennent de l'information sur les œuvres orphelines, l'installation de meilleures *metadata* sur les œuvres numériques, ou la conclusion des contrats surtout en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles¹³⁸.

4.2.2.2 La doctrine¹³⁹

Certains auteurs européens se sont aussi prononcés sur le phénomène d'œuvres orphelines. Dans son rapport de novembre 2006, l'*Instituut voor Informatierecht* (IViR) de l'université d'Amsterdam avait déjà plaidé en faveur d'un système d'octroi de licence par un organisme public. Ce système ne diffère pas vraiment de celui proposé par le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur. Le grand avantage de ce système réside dans la sécurité juridique qu'il offre à l'utilisateur qui exploite l'œuvre orpheline et dans la certitude pour le titulaire des droits du caractère licite de l'exploitation de son œuvre et de la récupération de sa rémunération s'il réapparaît¹⁴⁰. Au cas où le titulaire des droits ne réapparaîtrait pas, la rémunération pourrait servir au financement d'une base de données contenant l'information sur les titulaires des droits ou pour des activités culturelles¹⁴¹. Des désavantages ont également été avancés : le coût et la lenteur de la procédure en raison de sa nature administrative¹⁴². D'autres auteurs ont aussi évoqué comme désavantage le caractère

136. GEHN, *Report on Digital Preservation...*, p. 9.

137. GEHN, *Report on Digital Preservation...*, p. 8.

138. GEHN, *Interim Report*, p. 13-14.

139. Nous nous référons spécialement à la doctrine européenne et en particulier au rapport que l'IViR a préparé suite à la consultation de la Commission européenne concernant l'acquis communautaire en droit d'auteur.

140. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 193.

141. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 194.

142. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 187. Stef VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles... », p. 6.

territorial des licences octroyées par une autorité publique nationale¹⁴³.

Les termes de la licence seraient très précis : l'usage autorisé, les restrictions à cet usage, la durée de la licence, la rémunération à payer, entre autres¹⁴⁴. Cette solution a été retenue par plusieurs pays. Par exemple, au Royaume-Uni l'organisme compétent est un tribunal en droit d'auteur (*Copyright Tribunal*), en Inde et au Canada il s'agit du conseil en droit d'auteur (*Copyright Board*), et au Japon d'un département du gouvernement.

Comme alternative, l'IViR fait allusion au système de licences collectives étendues (*extended collective licensing*)¹⁴⁵. Ce système pourrait s'appliquer aux situations où un intérêt public est présent telles que l'exploitation par les bibliothèques et d'autres institutions culturelles des œuvres protégées de leurs collections à des fins d'exposition publique, recherche scientifique, enseignement ou étude privée¹⁴⁶.

Le mécanisme retenu par l'État membre pourrait être accompagné d'autres mesures comme l'accord d'obtenir la protection de l'information sur le régime des droits prévue à l'article 7 de la directive DADVSI dans la mesure où un minimum d'information concernant le titulaire actuel des droits est fourni¹⁴⁷, ou la mise en place de bases de données, ou de registres nationaux qui contiennent l'information concernant les titulaires des droits¹⁴⁸.

Avant d'arriver à la conclusion selon laquelle une licence octroyée par une autorité publique ou une licence collective est le meilleur mécanisme pour les œuvres orphelines, l'IViR a analysé d'autres solutions¹⁴⁹, qu'il a écartées : 1) l'apposition d'une licence Creative Commons sur son œuvre¹⁵⁰ ; 2) l'indemnité fournie par une entité privée¹⁵¹ ; 3) l'adoption d'une exception ou limitation à des fins

143. Stef VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles... », p. 6.

144. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 186.

145. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 183-184.

146. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 194.

147. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 179.

148. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 181.

149. Certaines de ces solutions ont également été analysées par Stef VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles... », p. 4-7.

150. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 180-181.

151. IViR, *Final Report : The Recasting...*, p. 184-185.

d'utilisation des œuvres orphelines¹⁵² et 4) la clause de responsabilité limitée¹⁵³.

La dite clause de responsabilité limitée est la solution qui a été proposée par les États-Unis¹⁵⁴. En conformité avec cette solution, l'utilisateur peut exploiter l'œuvre orpheline sous réserve de mener une recherche préalable de manière diligente du titulaire des droits et d'attribuer l'œuvre à son titulaire. Une série de sources utiles à cette recherche a été donnée en exemple¹⁵⁵. Le principe est que si le titulaire des droits réapparaît, l'utilisateur devra le compenser financièrement, à moins que l'exploitation ne soit pas commerciale, poursuive des buts de nature religieuse ou éducative et qu'elle prenne fin dès que le titulaire des droits prévient l'utilisateur¹⁵⁶. Ceci dit, si le titulaire prouve que l'utilisateur a obtenu des revenus en vertu de cette exploitation illicite et que le juge le confirme, cet utilisateur devra payer des droits au titulaire. Donc, à la différence du mécanisme proposé par le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur, la solution américaine consiste en la rémunération du titulaire des droits après l'exploitation de l'œuvre orpheline.

D'autres auteurs comme Andrew Gowers¹⁵⁷ ont plaidé en faveur de l'insertion d'une exception concernant les œuvres orphelines dans la directive DADVISI. Ses conditions d'application seraient la performance préalable d'une recherche diligente du titulaire des droits par l'utilisateur et, dans la mesure du possible, la mention du nom de l'auteur. Dans le cadre de sa révision publiée en décembre 2006 qui décrit le régime d'œuvres orphelines au Royaume-Uni, il a recommandé aussi au gouvernement britannique l'élaboration des lignes directrices concernant la notion de « recherche diligente » par l'office britannique des brevets et la création d'un registre national de

152. IViR, *Final Report: The Recasting...*, p. 187-188. Martin SENFTLEBEN, *Copyright, limitations...*, p. 236.

153. IViR, *Final Report: The Recasting...*, p. 188-190.

154. *Report on Orphan Works*, United States Copyright Office, January 2006. *Orphan Works Act of 2006 (Introduced in House) HR 5439 IH*, 22 May 2006.

155. *Report on Orphan Works*, United States Copyright Office, January 2006, p. 78. *Orphan Works Act of 2006 (Introduced in House) HR 5439 IH*, 22 May 2006, Section 514, article (a) (2) (C).

156. *Orphan Works Act of 2006 (Introduced in House) HR 5439 IH*, 22 May 2006, article 514(b)(1)(B). Il faut noter que certains commentateurs avaient proposé l'extension de l'exemption au paiement d'une rémunération au titulaire des droits à l'exploitation à des fins de conservation et restauration d'œuvres orphelines qui sont propres aux institutions culturelles telles que les bibliothèques. Cependant, le projet de loi ne s'est pas fait écho de cette proposition. Voir *Report on Orphan Works* du United States Copyright Office (janvier 2006), p. 82.

157. Andrew GOWERS, *Gowers Review of Intellectual Property*, (2006), p. 69-72.

nature volontaire adressé aux titulaires des droits d'auteur. Dennis W.K. Khong a aussi suggéré la mise en place d'un registre obligatoire de droits d'auteur. Le désavantage souligné par cet auteur en ce qui concerne cette solution est le critère de non formalité du droit d'auteur requis par la Convention de Berne¹⁵⁸.

Une autre solution qu'il propose est l'abandon forcé des droits d'auteur par son titulaire en combinaison avec un système de licence octroyée par une autorité publique. Le titulaire des droits serait amené à les renouveler après une certaine période de temps à défaut duquel ses droits seraient expirés. Ce système par lui-même ne garantit pas l'usage de l'œuvre par des tiers une fois que le titulaire des droits n'a pas abandonné son tarif de renouvellement. En effet, il disposerait d'une période de 10 ans pour effectuer un tel renouvellement. Ce commentateur propose dès lors que les œuvres abandonnées puissent être reproduites gratuitement à moins qu'une licence s'y applique¹⁵⁹.

4.3 Ouvrages épuisés

Le Sous-Groupe d'Experts en Droit d'Auteur du GEHN définit les ouvrages épuisés comme :

une œuvre qui n'est plus disponible dans le commerce en dehors de l'existence d'exemplaires tangibles dans des bibliothèques ou dans le public.¹⁶⁰

Un ouvrage épuisé peut être qualifié d'œuvre abandonnée. Contrairement aux œuvres orphelines, les titulaires de droit sont connus et localisables, mais ils ne manifestent pas d'intérêt immédiat quant à une exploitation de leurs œuvres sur le marché¹⁶¹.

158. Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware... », p. 88.

Article 5(2) *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, adoptée le 9 septembre 1886 et modifiée le 28 septembre 1979.

159. Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware... », p. 88-89.

160. GEHN, *Interim Report*, p. 6.

161. Dennis W. K. KHONG identifie trois types d'épuisement : l'épuisement commercial, l'épuisement stratégique et l'épuisement temporaire. L'épuisement est commercial lorsque le titulaire des droits met fin à l'offre de l'œuvre sur le marché en raison du caractère non viable d'une telle exploitation. Lorsqu'il est au contraire mis fin à l'offre de l'œuvre en raison du fait qu'une version améliorée ou plus récente du même produit ou d'un produit similaire est mise sur le marché, l'épuisement est stratégique. Enfin, l'épuisement est temporaire lorsque l'œuvre est rendue temporairement indisponible par les ayants droit avant une nouvelle mise à disposition future. L'épuisement pourrait ensuite devenir stratégique. Cfr. Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware... », p. 57-58.

Étant donné que ces œuvres demeurent protégées par le droit d'auteur, les bibliothèques numériques ne pourraient procéder à leur numérisation et leur mise à disposition au-delà de ce que leur permettent les limitations (voir *supra* section 3). Par conséquent, une œuvre stérile sur un plan commercial le devient également d'un point de vue culturel. Seuls ceux qui ont le privilège de bénéficier d'un accès aux exemplaires existants¹⁶² peuvent jouir de l'œuvre. La menace de l'« obscurité du 20^e siècle » (*20th century black hole*) se profile ainsi à nouveau¹⁶³.

Il n'y a pas d'allusion à la question des ouvrages épuisés dans les premiers documents relatifs à l'IBN. Une première mention apparaît dans les documents de la première réunion du GEHN¹⁶⁴, après quoi la thématique des ouvrages épuisés fait son entrée dans l'agenda de l'IBN, où elle y est relatée en sa qualité d'élément problématique à l'égard du thème de l'accessibilité en ligne. Elles sont également l'objet d'une attention particulière dans la Recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique où la Commission européenne y recommande aux États membres d'améliorer :

les conditions de numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel : [...] en instaurant ou promouvant des mécanismes, sur une base volontaire, pour faciliter l'exploitation des œuvres dont l'édition ou la diffusion est abandonnée, après consultation des parties intéressées.

Notons que, tel que relevé plus haut, et conformément aux consignes données par le GEHN (voir *infra*), aucune approche régle-

162. Soit sur le marché d'occasion.

163. Ce risque ne doit pas être sous-estimé. Ainsi, selon Hannibal TRAVIS : « Up to ninety-eight percent of books are no longer commercially distributed after a couple of decades ; they 'fall into never-never land[,] as the « publishers go bust, the authors can no longer be contacted, and it costs hundreds of dollars per book to research who owns the rights. » Only about one percent of the books ever published are still in print ; about 100 million book titles were out-of-print in 1999, compared to 1.2 million books available for purchase in the marketplace. More than 100,000 titles have fallen out of print every year since then, or almost as many as are published for the first time in any given year. » « Building Universal Digital Libraries : An Agenda for Copyright Reform », (August 2005), accessible sur SSRN (SSRN Electronic Paper Collection) : <<http://ssrn.com/abstract=793585>>, p. 799. Dans les pages qui suivent, l'auteur fournit des données similaires relativement aux secteurs du cinéma, de la musique, de la radio, de la télévision (p. 800), ainsi que des programmes d'ordinateur (p. 800-801).

164. Compte rendu succinct de la première réunion du groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, 27 mars 2006, p. 4.

mentaire n'est supportée. Il est également fait référence aux ouvrages épuisés par le Conseil dans ses Conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique, où, relatant les actions précédemment entreprises et en particulier les activités et objectifs des États membres, il les invite à améliorer :

des mécanismes pour faciliter la numérisation et l'accès en ligne aux œuvres orphelines et aux œuvres qui ne sont plus éditées ni diffusées, tout en respectant pleinement les droits et les intérêts des propriétaires du contenu.

Ensuite, il recommande à la Commission de se pencher sur l'élaboration du cadre général de la numérisation, et à cet effet de :

proposer des solutions sur certaines questions concernant des droits particuliers, comme les œuvres orphelines ou qui ne sont plus éditées, dans le respect intégral des droits et des intérêts des titulaires, et assurer leur efficacité au niveau transfrontalier.

Ces deux textes sont dans la lignée des conclusions et propositions adoptées par le GEHN. Dans son rapport intermédiaire¹⁶⁵, il aborde cette question de manière approfondie et, tout en partant d'un *statu quo* réglementaire quant au droit d'auteur, il pose les bases d'une proposition intégrale visant à rendre possibles la numérisation et la mise à disposition des ouvrages épuisés par les bibliothèques. Selon le GEHN, le système proposé repose sur les éléments suivants : un modèle de licence, la constitution d'une base de données des ouvrages épuisés, « des portails d'accès aux centres nationaux d'autorisation commune » (il s'agit d'une sorte de guichet unique pour l'octroi de licences) et une procédure pour l'octroi de licences. En avril 2007, le GEHN a publié un modèle de licence pour la numérisation et la mise à disposition des ouvrages épuisés par les bibliothèques¹⁶⁶. L'ambition de ce modèle de licence se borne à permettre aux bibliothèques de numériser les ouvrages épuisés et d'y donner accès sur place ou au sein de réseaux fermés¹⁶⁷. Il s'agit d'une licence à titre onéreux, non exclusive et non cessible¹⁶⁸. Selon ce modèle, l'ayant droit demeure titulaire des droits sur ces œuvres, y

165. GEHN, *Interim Report*, p. 5-6 et 17-20.

166. Voir l'annexe au GEHN, *Report on Digital Preservation...*

167. Article 4. L'accès à l'œuvre en réseau ouvert est strictement interdit (voir Article 5.1).

168. Article 3.1.

compris sur la version numérique, et peut à tout moment révoquer la licence¹⁶⁹, la bibliothèque étant dans ce cas en droit d'obtenir le remboursement des coûts exposés¹⁷⁰.

D'autre part, le GEHN a suggéré la création dans chaque État membre d'un centre conjoint d'octroi de licences qui jouerait un rôle de guichet national pour l'octroi de licences sur les ouvrages épuisés. Il a aussi donné des indications quant à des critères pour la gestion de la licence. Ce centre pourrait être directement mis en place par les titulaires de droit via une administration conjointe ou via une société de gestion collective, chaque fois qu'il y a un mandat à cette fin. Enfin, il recommande de jeter les bases d'une procédure en vue de l'obtention d'une telle autorisation, en prévoyant par exemple un délai de réponse raisonnable aux requêtes qui seraient effectuées.

Le système proposé apporte des plus-values, en particulier pour les ayants droit. Son ambition ne se limite en effet pas à ramener les ouvrages épuisés à la lumière du jour mais s'emploie également à leur conférer une viabilité commerciale nouvelle. En effet, sauf lorsqu'elle est concédée à titre gratuit¹⁷¹, le modèle de licence proposé génère un bénéfice commercial pour les ayants droit et pourrait également permettre à ces derniers d'appréhender les possibilités offertes par d'autres marchés¹⁷². Par ailleurs, ce modèle a été conçu de manière à pouvoir être exploité, que les contrats soient passés dans un ordre juridique national, au niveau européen ou encore à l'échelon international. Enfin, il est prévu qu'un exemplaire numérique soit rendu accessible aux malvoyants¹⁷³. La mise en place d'une base de données des ouvrages épuisés ainsi que de « cen-

169. L'article 3.3.2 stipule : « In case applicable law should regard it as a separate work, the Licensee hereby transfers the copyright in the Digitised Version to the Rightsholder ».

170. Voir l'article 3.4.2, qui stipule que « if the material withdrawn under 3.4. represents more than ten per cent (10 %) of a title in the Licensed Material the Licensee may claim from the Licensor such costs as the Licensee can demonstrate to have incurred to digitise the Licensed Material and make available the Digitised Version, pro rata, taking into account the amount of material withdrawn ».

171. Article 3.2 : « Where the Rightsholder waives payment, the parties agree that this agreement shall remain fully enforceable by both parties and will both undertake all such steps as are necessary to keep it enforceable ».

172. Voir l'article 3.4, à mettre en regard avec les articles 6.3.1 à 6.3.4 relatifs aux procédures de retrait d'une édition, lorsque, par exemple, l'éditeur a l'intention de commercialiser l'œuvre. En outre, la bibliothèque portera le nombre de consultations effectuées de l'œuvre à la connaissance des ayants droit en vue de leur permettre d'apprécier l'opportunité d'une commercialisation de l'œuvre (voir article 7.1.1).

173. Voir articles 6.1.3 et 6.1.8.

tres d'autorisation commune » constituent également des éléments clés du système proposé, mais malheureusement le GEHN n'a pas développé davantage ces éléments. Cependant, il semblerait que le GEHN va étudier ces aspects dans ses rapports futurs¹⁷⁴.

Une lecture attentive de la licence permet en revanche de conclure qu'elle ne confère pas de statut privilégié aux bibliothèques, aux archives et aux musées. Elle ne constitue en effet pas davantage qu'un outil contractuel approprié à ce marché spécifique qu'est celui de l'exploitation des ouvrages épuisés. Elle s'apparente quasiment à un contrat-type sur les droits d'auteur et son aptitude à faciliter à elle seule la numérisation et la mise à disposition des ouvrages épuisés peut être mise en question. En fait, la possibilité donnée au donneur de licence de la rétracter peut être génératrice d'un manque de sécurité pour les bibliothèques. En outre, le système proposé reposant sur une base volontaire, les ayants droit pourraient refuser de donner toute autorisation ou conditionner une telle autorisation à une très coûteuse rémunération. Dès lors se pose cette évidente question : cette solution suffira-t-elle ?

Des auteurs nord-américains ont formulé plusieurs propositions relatives à la durée de protection du droit d'auteur qui, bien qu'elles n'aient pas vocation à solutionner le problème posé par les ouvrages épuisés, pourraient en fait contribuer à faciliter leur utilisation. William M. Landes et Richard A. Posner ont ainsi argumenté en faveur d'un droit d'auteur qui serait renouvelable de manière illimitée, ce qui faciliterait sans aucun doute l'utilisation des œuvres dont l'exploitation n'est pas commercialement viable¹⁷⁵. Lawrence Lessig a également fait la suggestion d'un système de droit d'auteur renouvelable¹⁷⁶, ce qui pourrait promouvoir l'exploitation d'ouvrages épuisés par des tiers, et par les bibliothèques plus particulièrement. La solution la plus sophistiquée, formulée par l'auteur Dennis W. K. Khong, de l'université de Manchester, consiste en un système hybride qui combine la solution d'un droit d'auteur renouvelable à l'appart d'une limitation permettant l'utilisation des ouvrages épu-

174. Summary Minutes of the 3rd meeting of the High Level Expert Group on Digital Libraries 18 April 2007, p. 4-5.

175. William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Indefinitely Renewable Copyright », (August 1, 2002), U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n° 154, accessible sur <http://ssrn.com/abstract=319321>; William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Chapter 8: The Optimal Duration of Copyrights and Trademarks », *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, (Cambridge, Harvard University Press, 2003), p. 210-253. Cette proposition a cependant certaines conséquences non désirées.

176. *Free culture*, (New York, The Penguin Press, 2004), p. 287 et s.

sés, sauf si une licence bâtie sur des termes raisonnables a été constituée¹⁷⁷. Le choix en faveur d'un de ces systèmes nécessiterait cependant dans tous les cas une adaptation de la législation relative au droit d'auteur. En outre, comme déjà mentionné plus haut, l'adoption d'une disposition réglementaire instaurant une durée renouvelable de la protection par le droit d'auteur pourrait se révéler en conflit avec la Convention de Berne. Le champ couvert par ces propositions n'est en effet pas limité à l'utilisation par les bibliothèques d'œuvres protégées par le droit d'auteur mais porte sur tout type d'utilisation (y compris commerciale).

Il nous semble que la mise en œuvre d'un système qui combinerait une exception de libre utilisation à un système de licence (quasi) volontaire en faveur des institutions culturelles (les termes de cette dernière pouvant être mis sous la surveillance des instances compétentes en matière de droit d'auteur, système qui existe déjà au Royaume-Uni à l'égard de certaines exceptions relatives à l'enseignement et aux bibliothèques) pourrait rééquilibrer la balance des droits et permettre d'éviter les effets négatifs constitués par un refus injustifié d'autorisation par les ayants droit ou par l'octroi d'une autorisation assez coûteuse. Cependant, une telle réforme, qui étendrait le champ des limitations du droit d'auteur, n'est pas à l'agenda de la Commission européenne. Par conséquent, la flexibilité recherchée ne pourrait être trouvée qu'en recourant à des licences collectives étendues, à l'image de ce qui se fait déjà dans les pays scandinaves. Selon la directive DADVSI, ces licences *pseudo* obligatoires ne sont pas en contradiction avec la réglementation européenne relative au droit d'auteur¹⁷⁸. Mais si cette solution pourrait ne pas permettre, selon nous, de résoudre l'ensemble de la problématique posée par les ouvrages épuisés (eu égard en particulier au fait qu'elle demeure en définitive soumise à la discrétion des ayants droit), elle conférerait à tout le moins un statut privilégié aux bibliothèques numériques en leur fournissant une possibilité de numériser et de mettre des ouvrages épuisés à disposition, cela moyennant une rémunération équitable et certaines conditions visant à empêcher une diffusion non contrôlée de l'œuvre (par exemple, en limitant l'exploitation à des réseaux fermés ou exigeant l'utilisation de MTP).

177. Dennis W. K. KHONG, « Orphan Works, Abandonware... ».

178. Voir considérant 18 : « La présente directive ne porte pas atteinte aux modalités qui existent dans les États membres en matière de gestion des droits, telles que les licences collectives étendues ».

Une autre option pourrait consister en la conclusion de licences données à *titre gratuit* et révocables. Les ayants droit pourraient aussi autoriser la numérisation et la mise à disposition au public d'une œuvre par les bibliothèques numériques, moyennant certaines restrictions et en contrepartie de la fourniture d'informations relatives au nombre des consultations de l'œuvre. De telles informations ne sont en effet pas dénuées d'intérêt économique en ce qu'elles permettent aux ayants droit d'apprécier les éventuelles opportunités commerciales d'une exploitation de l'œuvre sur le marché. Cela est susceptible cependant de déboucher sur un quiproquo. Sur la base de ces informations, l'ayant droit pourrait en effet décider de révoquer la licence octroyée et entreprendre une autre exploitation de l'œuvre. Dans les cas où les bibliothèques conditionnent l'utilisation de l'œuvre au paiement d'un prix, l'ayant droit pourrait également en tirer un certain bénéfice, par exemple sous forme de l'octroi d'un pourcentage du tarif pratiqué.

5. CONCLUSIONS

Nous avons vu certains des principaux défis juridiques auxquels sont confrontées les bibliothèques numériques dans la numérisation et l'accessibilité des œuvres protégées et leur conservation. Nous avons aussi abordé les propositions présentées par les institutions européennes dans le cadre de l'IBN qui se montrent réticentes à apporter des modifications à la législation communautaire en matière de droit d'auteur. Les propositions encouragent les États membres à adopter des mesures législatives ou non législatives qui faciliteraient la numérisation d'œuvres, notamment en ce qui concerne la préservation du patrimoine numérique. Par contre, à l'égard de l'accès, elles se limitent à renvoyer au dialogue entre les parties intéressées, sans préjudice de quelques propositions concernant la mise en place de répertoires d'ouvrages orphelins ou épuisés.

Dans le but de garantir la conservation de la mémoire européenne, on a mis l'accent sur l'introduction des dispositions par les États membres qui permettraient la préservation aussi bien d'œuvres sous format analogique que numérique. Cependant, les institutions européennes ne fournissent pas de lignes directrices. À une telle fin, il nous semble que les États membres devraient introduire, en conformité avec l'article 5(2)c) de la directive DADVSI, des limitations à des fins de préservation qui permettraient le nombre des reproductions nécessaires pour la conservation du matériel

numérique. Ces limitations, sous la forme d'exceptions, devraient s'étendre à tout type d'œuvre. En tout cas, les œuvres ainsi reproduites ne devraient pas servir à d'autres finalités, et notamment à la multiplication des copies sur le marché.

Bien que cette solution trouve sa place dans l'acquis communautaire, d'autres questions exigent à notre avis, une modification de la législation en vigueur. Par exemple, la clause de sauvegarde de l'article 6(4)1^o de la directive DADVSI devrait s'appliquer aux œuvres mises à la disposition du public par le biais de contrats si leur reproduction était effectuée à des fins de préservation en conformité avec la limitation nationale¹⁷⁹.

En ce qui concerne le rôle de dissémination des bibliothèques, parmi d'autres institutions culturelles, il mérite d'être rappelé que l'article 5(3)n) de la directive DADVSI se limite à la consultation *in situ* d'œuvres. Ce champ d'application est assez restrictif si l'on tient compte des finalités spécifiques de la limitation – la recherche et l'étude privée – et de l'exclusion d'œuvres soumises à des conditions de licence. Il s'avère dès lors nécessaire d'élargir le champ d'application à la consultation par le biais d'un extranet. Bien entendu, le test des trois étapes exigerait une interprétation *assez stricte* de la finalité. À nouveau, cette proposition impliquerait une modification de la directive DADVSI.

Une difficulté additionnelle pour la mise en place des bibliothèques numériques est celle suscitée par les ouvrages orphelins ou épuisés. Nous avons fait référence auparavant aux propositions présentées par la doctrine et les institutions européennes. Les propositions de ces dernières se basent, *grosso modo*, sur les éléments suivants : l'adoption d'une licence combinée avec des mesures telles que la mise en place de registres nationaux et de bases de données d'ouvrages orphelins ou épuisés.

Ces mécanismes n'envisagent, cependant, aucun régime particulier pour les bibliothèques ; par contre ils sont très similaires à ceux prévus pour les utilisateurs commerciaux¹⁸⁰. Il nous semble que

179. Il faudrait donc évaluer si la théorie de « deux ambiances » de l'article 6(4)4^o est réellement justifiée.

180. Il faut noter que la définition de « bibliothèques numériques » employée dans l'IBN transcende du concept traditionnel de bibliothèque. Il semblerait que cette définition comprend en général les répertoires (*repositories*) numériques d'œuvres protégées qui peuvent servir ou non à une finalité commerciale.

les bibliothèques méritent un régime spécifique, par exemple la prévision d'une rémunération équitable en leur faveur. L'adoption de ce régime peut se faire par le biais d'une modification de la directive DADVSI (très peu probable) ou au contraire, par le biais de l'autorégulation, c'est-à-dire avec l'accord des titulaires des droits. Il serait souhaitable que les institutions publiques dans un rôle de défense de l'intérêt général stimulent l'adoption d'accords à cette fin. Autrement, l'accès à ces œuvres par le public se verra nettement réduit et sa préservation à long terme sévèrement affectée. La division numérique et l'« obscurité du 20^e siècle » (*20th century black hole*) risquent de s'accroître.