

i2010: bibliothèques numériques
Groupe d'experts de haut niveau – Sous-groupe Droits d'auteur

**Rapport sur la conservation numérique, les œuvres orphelines
et les éditions épuisées.**
Questions particulières de mise en pratique

(adopté par le groupe d'experts de haut niveau lors de sa troisième réunion, le 18.04.2007)

Auteurs :

Prof. Marco Ricolfi, président du sous-groupe
Lynne Brindley, directrice générale de la British Library
Claudia Dillman, directrice du Deutsches Filminstitut et présidente de l'Association des
Cinémathèques Européennes
Tarja Koskinen-Olsson, présidente honoraire de l'IFRRO – Fédération internationale des
organismes de droits de reproduction
Toby Bainton, secrétaire de la Society of College, National and University Libraries, et président
du groupe d'experts sur le droit d'auteur d'EBLIDA – European Bureau of Library, Information and
Documentation Associations
Anne Bergman-Tahon, directrice de la FEE – Fédération des Éditeurs Européens
Jean-François Debarnot, directeur juridique de l'INA - Institut national de l'audiovisuel
Myriam Diocaretz, secrétaire générale de la FAEE – Fédération des associations européennes
d'écrivains
Olav Stokkmo, secrétaire général de l'IFRRO

Le présent rapport fait suite à un rapport intermédiaire sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées, présenté par le sous-groupe Droits d'auteur lors de la deuxième réunion du groupe d'experts de haut niveau, le 17 octobre 2006. Ce rapport intermédiaire est consultable en anglais à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/interim_report_16_10_06.pdf

La diffusion et la reproduction de ce document sont encouragées sans restrictions, moyennant le respect de l'intégrité du texte et de la mention faite des auteurs.

Ce rapport ne reflète pas l'opinion officielle de la Commission européenne. Les opinions et recommandations qu'il contient sont celles des auteurs.

i2010: bibliothèques numériques
Groupe d'experts de haut niveau – Sous-groupe Droits d'auteur

Rapport sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées.
Questions particulières de mise en pratique

1 INTRODUCTION

Lors de sa première réunion tenue à Bruxelles le 27 mars 2006, le groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques de l'UE s'est saisi d'une série de questions soulignées dans la communication de la Commission intitulée « i2010: bibliothèques numériques »¹ et a débattu de divers aspects juridiques, technologiques et économiques de l'initiative sur les bibliothèques numériques. À l'ordre du jour se trouvait une série de défis à relever en matière de DPI: « **Quels sont les défis clés à relever en matière de DPI? Quelles actions et accords conjoints des acteurs du domaine pourraient permettre de réduire les tensions liées à la question des droits d'auteur? Est-il nécessaire d'harmoniser au niveau communautaire les exceptions et limitations accordées aux bibliothèques, archives et musées? Quelles sont les options disponibles pour faciliter l'affranchissement des droits pour les institutions culturelles?** »

Au terme de sa réunion, le groupe d'experts de haut niveau a pris la décision de nommer une partie de ses membres au sein d'un « sous-groupe Droits d'auteur » chargé d'analyser et de débattre des questions de DPI et de présenter les options envisageables lors des séances plénières du groupe. Les personnes suivantes ont été désignées comme membres du sous-groupe Droits d'auteur : Dr. Arne J. Bach (président de la FEE - Fédération des Éditeurs Européens), Mme Lynne Brindley (directrice générale de la British Library), Mme Claudia Dillman (directrice du Deutsches Filminstitut et présidente de l'ACE – Association des Cinémathèques Européennes), Mme Tarja Koskinen-Olsson (présidente honoraire de l'IFRRO - Fédération internationale des organismes de droits de reproduction), M. Emmanuel Hoog (président de l'INA – Institut national de l'audiovisuel) et le professeur Marco Ricolfi (université de Turin), chargé de présider le sous-groupe.

Le sous-groupe Droits d'auteur a présenté un rapport intermédiaire lors de la deuxième réunion du groupe d'experts de haut niveau, à Bruxelles, le 17 octobre 2006. Ce rapport mettait l'accent sur les questions de la conservation numérique, des œuvres orphelines et des éditions épuisées. Ce rapport intermédiaire est consultable en anglais à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/interim_report_16_10_06.pdf

La commissaire et les autres membres du groupe d'experts de haut niveau ont encouragé les membres du sous-groupe à poursuivre leur travail dans l'optique de présenter un rapport incluant des mesures de mise en pratique lors de la prochaine rencontre du groupe, au printemps 2007.

Le sous-groupe Droits d'auteur s'est réuni à Milan les 25 et 26 janvier 2007 sur la base d'un ordre du jour établi par Prof. Marco Ricolfi². Le présent rapport³ a été élaboré sur la base des débats

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « i2010: bibliothèques numériques », Bruxelles, 30.9.05, COM (2005) 465 final.

² Personnes présentes à la réunion : Prof. Marco Ricolfi, président du sous-groupe, Mme Claudia Dillman (directrice du Deutsches Filminstitut et présidente de l'ACE – Association des Cinémathèques Européennes), Mme Tarja Koskinen-Olsson (présidente honoraire de l'IFRRO - Fédération internationale des organismes de droits de reproduction), M. Olav Stokkmo (secrétaire général de l'IFRRO), Mme Anne Bergman-Tahon (directrice de la FEE – Fédération des Éditeurs Européens, proche collaboratrice de M. Arne Bach Jürgen, président de la FEE, absent), M. Jean-François Debarnot (directeur juridique de l'INA – Institut national de l'audiovisuel, remplaçant

menés à Milan et des échanges intervenus ultérieurement via Internet. Il reprend les problématiques abordées par le rapport intermédiaire: la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées. L'objectif était de mener à son terme le travail entrepris au lendemain de la première rencontre du groupe d'experts de haut niveau, en se penchant sur des questions de mise en pratique et, en termes plus généraux, en élaborant une proposition pouvant être soumise à l'adoption par le groupe d'experts de haut niveau lors de sa troisième réunion prévue le 18 avril 2007.

Les conclusions adoptées par le sous-groupe Droits d'auteur dans chaque domaine sont présentées aux sections 2, 3, 4 et 5 du présent document ainsi que dans sa première annexe⁴.

Le sous-groupe Droits d'auteur a confirmé la possibilité d'étendre à terme son analyse à d'autres questions de mise en pratique, à savoir la création de banques de données des œuvres orphelines et éditions épuisées, de centres d'autorisation communs ainsi que d'autres questions de DPI liées à l'initiative sur les bibliothèques numériques.

2 PRINCIPES DIRECTEURS

La Commission a fait des bibliothèques numériques une des priorités de son initiative i2010. Dans sa communication intitulée « i2010: bibliothèques numériques » du 30 septembre 2005, elle pose les fondements de sa stratégie pour la numérisation, l'accessibilité en ligne et la conservation numérique de la mémoire collective européenne. Aux termes du premier considérant de la recommandation de la Commission européenne du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique⁵, cette mémoire collective comprend les documents imprimés (livres, revues, journaux), les photographies, les pièces de musée, les documents d'archive et le matériel audiovisuel. Le Conseil a approuvé l'initiative sur les bibliothèques numériques dans ses conclusions sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique⁶.

Dans la lignée, le sous-groupe Droits d'auteur s'est fixé comme cadre de référence un certain nombre de principes directeurs censés guider ses travaux sur toutes les questions abordées par le rapport intermédiaire.

Toutes les propositions faites doivent être parfaitement conformes à toutes les obligations internationales de l'Union européenne et de ses États membres⁷, ainsi qu'au principe de subsidiarité ancré dans le traité sur l'Union européenne⁸.

M. Emmanuel Hoog, président de l'INA), M. Toby Bainton (secrétaire de la SCONUL et président du groupe d'experts sur le droit d'auteur d'EBLIDA, représentant Mme Lynne Brindley, directrice générale de la British Library, excusée), Mme Myriam Diocaretz (secrétaire générale de la FAEE – Fédération des associations européennes d'écrivains) et M. Luis Ferrão (Commission européenne).

³ Les contributions aux différentes sections sont le fait de membres du sous-groupe et d'autres spécialistes sélectionnés par le sous-groupe et cités au début de chaque section.

⁴ Les sections 2 et 3 reprennent, avec quelques modifications et ajouts mineurs, le contenu des sections correspondantes du rapport intermédiaire. Les sections 4 et 5 ainsi que la première annexe avancent des propositions au sujet des œuvres orphelines et des éditions épuisées, notamment des instruments de mise en pratique, à partir des sections correspondantes du rapport intermédiaire.

⁵ (2006/585/CE), dans *JO* 236 du 31 août 2006, p. 28 et suiv.

⁶ (2006/C 297/01), dans *JO* du 7 décembre 2006, p. 1 et suiv.

⁷ Notamment les ADPIC, la convention de Berne, TDA et TIEP ainsi que l'article 17 de la Charte européenne des droits fondamentaux, les articles 6(1) et 10 de la convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 de son protocole, l'article 6 du traité sur l'UE, l'article 27 de la déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

⁸ Certains membres du sous-groupe Droits d'auteur ont notamment suggéré que les propositions tiennent compte des usages en vigueur dans les différents États membres de l'UE.

Au regard des titulaires de droits, les principes directeurs sont les suivants:

- Le respect du droit d'auteur et des droits voisins, notamment les droits moraux des créateurs et artistes interprètes ou exécutants d'œuvres soumises au droit d'auteur;
- La numérisation et l'exploitation des œuvres sur site au sein des bibliothèques doivent être soumises au consentement du titulaire de droits ou reposer sur une exception légale;
- La mise à disposition en ligne des œuvres doit être soumise au consentement du titulaire de droits;
- Par consentement du titulaire de droits s'entend en principe un affranchissement des droits par le biais de licences individuelles ou collectives ou une combinaison des deux.

Au regard des bibliothèques, archives et musées, les principes directeurs sont les suivants:

- Il est important pour ces institutions de mener leurs activités en toute sécurité juridique;
- Par accès s'entend soit un accès sur site dans les locaux des bibliothèques, archives et musées, soit une mise à disposition en ligne;
- En ce qui concerne les œuvres nées numériques ou numérisées par les titulaires de droits, cela passe par l'obtention d'autorisations d'accès aux œuvres;
- Pour les œuvres analogiques, cela passe par l'obtention d'autorisations en vue de numérisation et accès à grande échelle;
- Le principe de sécurité juridique nécessite l'élaboration d'une solution concernant les œuvres dites orphelines, dont les titulaires de droits sont inconnus ou introuvables.

Les propositions débattues et avancées par le sous-groupe Droits d'auteur du groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques de l'UE doivent s'entendre comme des solutions pratiques devant faire l'objet d'un accord entre les différentes parties concernées dans le but de répondre aux problèmes liés à la numérisation, notamment en réponse aux demandes des bibliothèques et autres établissements culturels. Les propositions tendent à s'inscrire dans le respect des usages nationaux et des meilleures pratiques dans les domaines respectifs au sein de chaque État membre de l'Union européenne.

En ce qui concerne les éditions épuisées, le sous-groupe se raccroche au concept introduit à l'article 6(b) de la recommandation du 24 août 2006 de la Commission européenne, encourageant l'instauration ou la promotion sur une base volontaire de mécanismes visant à faciliter l'exploitation de telles œuvres. Les propositions avancées ne constituent donc pas un schéma directeur pour l'élaboration d'une nouvelle législation.

3 CONSERVATION NUMÉRIQUE⁹

Le sous-groupe Droits d'auteur reconnaît que, dans certains cas, le recours à la numérisation peut être le seul moyen de garantir l'accès des générations futures au matériel culturel et peut dès lors revêtir une importance essentielle en vue de permettre la continuité de l'accès à ce matériel. Il constate que la législation de certains États membres autorise les bibliothèques et autres institutions à réaliser des copies uniques à des fins de conservation, conformément à l'article 5(2)(c) de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information (« directive InfoSoc »).¹⁰

Selon le sous-groupe Droits d'auteur, cette exception au droit exclusif de reproduction conféré par le droit d'auteur pourrait cependant s'avérer insuffisante pour couvrir la numérisation à des fins de conservation liée à l'évolution des formats, qui peut cependant être indispensable afin de garantir une conservation continue des œuvres. Les supports utilisés peuvent devenir techniquement

⁹ Cette section repose sur un texte original élaboré par Mme Anne Bergman-Tahon et Toby Bainton.

¹⁰ 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, dans *JO L 167* du 22 juin 2001, p. 10 et suiv.

obsolètes, d'où le besoin de mener des actions récurrentes de « migration » d'un format à un autre. De plus, dans le secteur de l'audiovisuel, même la numérisation telle qu'on la pratique actuellement pourrait ne pas constituer une panacée pour la conservation à long terme. En effet, les supports numériques actuels pourraient avoir une durée de vie inférieure aux supports analogiques. Il est donc nécessaire d'envisager pour ce secteur des solutions complémentaires différentes mais équivalentes.

En conséquence, le sous-groupe recommande que, pour les États membres dont la législation prévoit une exception autorisant les copies numériques d'œuvres et où ces copies sont faites à seules fins de conservation:

- les titulaires de droits autorisent certaines institutions (à savoir : les bibliothèques accessibles au public, les établissements scolaires, les musées et les archives) à réaliser plus d'une copie d'une œuvre (un nombre illimité) si cela est nécessaire pour assurer la conservation de cette dernière. Des copies successives devraient être autorisées si cette mesure est jugée nécessaire au vu de l'évolution des technologies, à seules fins de conservation et moyennant le respect de l'identité et de l'intégrité de chaque édition;
- la conservation se justifie uniquement pour les œuvres épuisées dans le circuit commercial dans quelque format que ce soit. Si l'œuvre est disponible sur le marché, elle ne doit pas faire l'objet d'une conservation, si ce n'est dans le cadre des systèmes de dépôt des bibliothèques nationales;
- l'on mette en place une coordination des différents programmes de conservation au niveau régional, national et communautaire, afin d'éviter des doublons entre différents programmes et entre les bibliothèques nationales de « dépôt légal »;
- l'on rappelle, dans le cas des bibliothèques nationales de dépôt et concernant les œuvres nées numériques qui intègrent un mécanisme de protection, que les éditeurs et les bibliothèques nationales ont conclu un accord prévoyant la désactivation de ce mécanisme dans la copie déposée (pour accès par la bibliothèque nationale mais pas par l'utilisateur final) afin de permettre un accès permanent et sans entraves au document.

Au cours des débats au sujet de l'initiative sur les bibliothèques numériques, il a été fait mention fréquemment de la formule « numériser une fois, diffuser à grande échelle ». Le sous-groupe Droits d'auteur souligne à ce sujet l'importance des efforts de limitation des copies et recommande que ceux-ci soient encouragés. Il souligne également que le précepte de « diffusion à grande échelle » ne peut en aucun cas être assimilé à une liberté de diffusion *libre* dans toutes circonstances. Une telle porte ouverte à une diffusion *secondaire* incontrôlée pourrait décourager la création en amont ainsi que l'investissement dans l'exploitation *primaire* des œuvres. En effet, on ne peut raisonnablement attendre de la part d'un créateur ou d'un éditeur qu'il se lance dans la tâche périlleuse que constitue la création d'une nouvelle œuvre, si la première des copies numériques qui en serait faite pourrait faire l'objet d'une diffusion immédiate et sans restrictions.

À la lueur de ces éléments, le sous-groupe Droits d'auteur désire souligner que les recommandations faites concernent uniquement la copie numérique à des fins de conservation et visent uniquement à permettre la conservation à long terme d'éléments constitutifs des patrimoines culturels et nationaux produits et distribués dans différents formats et éditions. Toute copie réalisée en dehors de ce qui est permis par la législation en vigueur ne peut pas être utilisée pour accroître le nombre de copies disponibles pour accès aux utilisateurs finaux avant l'expiration du droit d'auteur, dans la mesure où l'accès à toute copie ne peut se faire que via une consultation sur site.

Le sous-groupe Droits d'auteur constate également que, dans certains cas, les législateurs nationaux ont veillé à l'application de l'article 5(3)(n) de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la

société de l'information, autorisant les bibliothèques à communiquer ou à mettre 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 à l'article 5(2)(c), des 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. Les recommandations faites dans ce document ne vont pas à l'encontre de telles dispositions.

Le sous-groupe Droits d'auteur a pris note de problèmes particuliers auxquels pourraient être confrontés les archives et les musées en matière de conservation numérique et d'accès. Les coûts de numérisation sont souvent plus élevés pour les œuvres multimédias et audiovisuelles que pour du texte. Par ailleurs, les locaux des archives et musées peuvent connaître une fréquentation bien moins importante que ceux des bibliothèques. De plus, l'exploitation d'œuvres audiovisuelles doit faire l'objet d'autorisations de la part d'un grand nombre de titulaires de droits, dont les détenteurs de droits voisins. Des problèmes fréquents peuvent également se poser en matière de protection de la vie privée et de droit à l'image. Ces cas de figure plus complexes devraient typiquement faire l'objet d'un second train de mesures, qui tirerait parti des expériences accumulées dans des contextes plus traditionnels, comme la manipulation de textes. Le sous-groupe suppose cependant que, même dans ce domaine, des mécanismes destinés à faciliter l'exploitation des œuvres conservées dans les archives et musées pourraient être instaurés ou promus sur une base volontaire. La conclusion d'accords collectifs de licence pourrait être encouragée de manière active pour permettre, en fonction des circonstances, la numérisation, l'accès, voire des exploitations commerciales qui n'interféreraient pas avec l'exploitation primaire des œuvres.

4 ŒUVRES ORPHELINES¹¹

4.1. CONTEXTE – RAPPORT INTERMÉDIAIRE DU SOUS-GROUPE DROITS D'AUTEUR

Le rapport intermédiaire du sous-groupe Droits d'auteur, présenté le 17 octobre 2006, résume les propositions qui suivent en matière d'œuvres orphelines.

Dans beaucoup de domaines, notamment dans le cadre de l'initiative sur les librairies numériques, il est essentiel de veiller à la clarification et à la transparence du statut d'une œuvre au regard du droit d'auteur. Il existe cependant des œuvres pour lesquelles il est impossible d'identifier ou de localiser les titulaires de droits. Celles-ci peuvent être classées dans la catégorie des « orphelines ». Ce phénomène constitue un obstacle à la numérisation et à l'accessibilité en ligne à grande échelle ainsi qu'à d'autres exploitations des œuvres en question. Cela peut empêcher les bibliothèques, archives, musées et autres organismes à but non lucratif de tirer pleinement parti de l'aide que peuvent leur apporter les technologies de l'information dans leur mission de conservation et de diffusion. De nombreuses œuvres textuelles ou audiovisuelles n'ont pas de statut clair au regard du droit d'auteur; c'est particulièrement vrai pour les œuvres anciennes.

Le sous-groupe Droits d'auteur appelle à l'unanimité à l'élaboration d'une solution au problème des œuvres orphelines, du moins pour les œuvres littéraires et audiovisuelles. Il existe, dans différents pays, divers mécanismes visant à faciliter l'affranchissement des droits pour les œuvres orphelines et leur exploitation, notamment leur numérisation; et de nouvelles propositions dans le domaine ont déjà vu le jour. Il y a donc une pléthore d'options à envisager dans l'élaboration d'une solution concertée au niveau européen. Afin de soutenir pleinement l'initiative sur les bibliothèques numériques, il faut veiller à l'interopérabilité des solutions adoptées par les États membres.

¹¹ Cette section repose sur un texte original élaboré par Mme Tarja Koskinen-Olsson (chef d'équipe) à partir de contributions, discussions et commentaires de Mme Lynne Brindley et M. Toby Bainton, M. J.F. Debarnot, Mme Claudia Dillmann et M. Olav Stokkmo.

Le sous-groupe Droits d'auteur recommande l'adoption de solutions non législatives pour améliorer la transparence des œuvres orphelines et/ou pour éviter que le phénomène se répande davantage. Il peut s'agir par exemple de:

- la création de banques de données rassemblant des informations sur les œuvres orphelines;
- l'amélioration de l'étiquetage par métadonnées (informations sur les titulaires de droits) du matériel numérisé ;
- l'amélioration des pratiques contractuelles, en particulier pour les œuvres audiovisuelles.

Tant la directive InfoSoc que la recommandation de la Commission du 24 août 2006 encouragent l'élaboration de solutions contractuelles négociées entre les parties.

La combinaison d'accords contractuels et de mécanismes de soutien pour les contrats négociés sur une base volontaire est la clé d'une approche juridique non contraignante. La Commission européenne pourrait recommander aux États membres de développer des mécanismes de soutien appropriés aux accords contractuels en prenant en considération le rôle des établissements culturels. Le mécanisme adopté pourrait être soutenu ou complété par des mesures, de présomption légale ou autres, destinées aux accords collectifs de licence.

Les États membres peuvent adopter des solutions différentes dans la limite du respect de certains principes directeurs acceptés par tous. Ces solutions devraient par exemple :

- couvrir toutes les œuvres orphelines (pour lesquelles les titulaires de droits sont inconnus ou introuvables), sur la base d'une définition commune;
- comprendre des orientations sur le principe de recherche diligente;
- prévoir un mécanisme de retrait en cas de réapparition du titulaire de droits;
- prévoir un traitement spécial pour les établissements culturels à but non lucratif remplissant leur mission de diffusion (point à approfondir par les parties concernées);
- reconnaître que l'affranchissement des droits ne peut pas toujours se faire individuellement pour chaque élément, surtout au sein de vastes collections;
- offrir également aux exploitants commerciaux la possibilité d'utiliser des œuvres orphelines;
- prévoir une obligation de rémunération générale ou conditionnée à la réapparition du titulaire de droits.

Il est indispensable que tous les États membres se dotent de solutions interopérables et s'engagent à reconnaître mutuellement tout mécanisme qui respecterait ces principes directeurs acceptés par tous. La reconnaissance mutuelle est primordiale en raison de la nature transfrontalière de l'exploitation.

4.2 DÉCISIONS ADOPTÉES PAR LE SOUS-GROUPE DROITS D'AUTEUR LE 16 OCTOBRE 2006

Lors de sa deuxième réunion, le sous-groupe Droits d'auteur a décidé d'élaborer la notion et les conditions d'une obligation de « recherche diligente » dans le contexte des œuvres orphelines.

Durant les travaux préparatoires, il a été demandé aux représentants de l'INA, de la BL et du Deutsches Filminstitut de communiquer leurs instructions et critères actuels en matière de recherche diligente. Ils l'ont fait et les recommandations qui suivent tiennent compte de ces informations.

Par ailleurs, le point 4.3 livre une analyse de certaines pratiques ou propositions législatives.

4.3 BREF APERÇU DES PROPOSITIONS EXISTANTES

Certains critères existants ou proposés pour une recherche diligente en matière d'œuvres orphelines sont énumérés ci-dessous.

4.3.1 Régime canadien des titulaires de droits d'auteur introuvables

Ce régime repose sur la notion d'efforts raisonnables à fournir par l'exploitant dans le but de localiser le titulaire du droit d'auteur d'une œuvre publiée. L'exploitant introduit une demande auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada.

L'exploitant doit en priorité concentrer ses recherches sur certains canaux et organismes, par exemple: sociétés de gestion des droits d'auteurs, maisons d'édition, Internet, bibliothèques, universités, musées, autorités éducatives provinciales et, en cas de décès de l'auteur, héritiers de ce dernier.

La Commission du droit d'auteur est informée de chaque cas et exerce un contrôle de la qualité de la recherche.

4.3.2 Rapport sur les œuvres orphelines, registre américain des droits d'auteur, janvier 2006

Ce rapport se réfère à la notion de recherche raisonnablement diligente. L'exploitant doit, au terme d'un effort de recherche raisonnablement diligent mené avant le début de l'exploitation, avoir été incapable de localiser le titulaire de droits.

Parmi les critères pris en compte, on peut citer plusieurs facteurs:

- La quantité d'informations présentes sur la copie de l'œuvre elle-même qui peuvent servir à l'identification, par exemple: le nom de l'auteur, la mention de réserve au regard du droit d'auteur, le titre ;
- Le fait que l'œuvre ait ou pas été mise à la disposition du public;
- L'âge de l'œuvre, c'est-à-dire les dates de sa création et de sa mise à la disposition du public ;
- La présence ou l'absence d'informations au sujet de l'œuvre dans des archives accessibles au public, notamment auprès de la Commission du droit d'auteur;
- Le fait que l'auteur soit toujours en vie ou que l'organisme détenteur du droit existe toujours, ainsi que la présence ou l'absence de documents accessibles à l'exploitant attestant d'un transfert du droit d'auteur; et
- La nature et le degré d'ampleur de l'exploitation, commerciale ou non commerciale par exemple, ainsi que la part de l'œuvre dans l'activité de l'exploitant.

4.3.3 Étude Gowers menée au Royaume-Uni

L'étude Gowers sur la propriété intellectuelle, publiée en décembre 2006, recommande l'élaboration d'une solution au problème des œuvres orphelines, pour lesquelles il est impossible d'identifier, de localiser et de demander une autorisation aux titulaires de droits.

En se basant sur la notion de recherche raisonnable, le rapport recommande à l'Office des brevets de collaborer avec les groupements de titulaires de droits, les sociétés de gestion des droits d'auteurs, les bibliothèques et les archives pour établir des lignes directrices claires en la matière.

Le rapport reconnaît que la notion de recherche raisonnable peut varier en fonction de la nature des œuvres (musique, littérature, film, etc.). Il envisage en outre la création d'un registre volontaire.

4.3.4 Rapport de l'IVIR sur la refonte du droit d'auteur et des droits voisins dans l'économie de la connaissance¹²

Ce rapport a été publié en novembre 2006. Le chapitre 5 se penche sur « les problèmes d'affranchissement des droits en vue de réexploitation d'œuvres existantes: cotitularité et œuvres orphelines ». Les auteurs ne font aucune recommandation quant au problème de la cotitularité. Par contre, on peut citer les propositions suivantes en ce qui concerne les œuvres orphelines:

- Une avancée importante vers une résolution du problème des œuvres orphelines serait l'introduction par les États membres d'un système permettant aux aspirants de bonne foi à l'exploitation d'une œuvre orpheline d'introduire une demande de licence d'exploitation auprès des autorités publiques au terme d'une enquête menée de manière raisonnable.
- L'introduction d'un tel système au niveau des États membres devrait idéalement être accompagnée de mesures adéquates au niveau européen permettant de parer aux problèmes de licence que pourrait engendrer l'exploitation d'œuvres orphelines sur le territoire de plusieurs États membres.
- Idéalement, il faudrait également adopter des mesures de soutien afin de stimuler la communication au public d'informations sur le droit d'auteur et la gestion des droits.

4.4 NOTION DE « RECHERCHE DILIGENTE » ET CONDITIONS

Premièrement, on peut conclure, à la lueur des informations soumises par certains membres du groupe de travail et certains représentants des titulaires de droits¹³, que des œuvres protégées de tout genre peuvent se retrouver orphelines. Toute solution envisagée devrait donc être applicable aux différentes catégories d'œuvres.

Deuxièmement, l'exploitant potentiel d'une œuvre orpheline devrait être tenu de mener de bonne foi une recherche approfondie dans le but d'identifier, de localiser et/ou de contacter le titulaire du droit d'auteur avant de débiter l'exploitation de l'œuvre.

Les contributions reçues ont décrit cette notion en ces termes (exemples):

- Mener une recherche approfondie pour retrouver le titulaire du droit d'auteur avant de considérer l'œuvre comme orpheline (ENPA);
- Une recherche raisonnablement diligente doit être menée avec énormément de soin (STM);
- Le niveau de recherche requis ne doit pas pouvoir être satisfait trop rapidement, mais doit demeurer dans les limites du possible (BL);
- Quiconque aspire à l'exploitation d'une œuvre orpheline doit être en mesure d'apporter la preuve qu'il a été suffisamment diligent dans sa recherche du titulaire du droit d'auteur (BL);

¹² Titre original: « The recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy », Institute for Information Law (Amsterdam).

¹³ STM – Association internationale des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux (27 décembre 2006) et ENPA – Association européenne des éditeurs de journaux (12 et 13 juin 2006).

- La notion de recherche diligente devrait reposer sur divers éléments: nature de l'œuvre orpheline, nature de l'exploitation envisagée, nature de l'exploitant. Les critères d'évaluation du sérieux de la recherche doivent être différents en fonction des cas (INA).

Troisièmement, plusieurs contributions appellent à une approche flexible qui garantira une solution adaptée aux particularités de chaque œuvre orpheline et aux différentes catégories d'œuvres. Il faudrait s'abstenir, dans toute tentative de réglementation, de prescrire des étapes de recherche ou des sources obligatoires et ce, en raison de la nature changeante des sources d'informations et des techniques de recherche¹⁴. Le rapport Gowers suggère que l'Office des brevets collabore avec les représentants des titulaires de droits, les sociétés de gestion des droits d'auteur et les exploitants en vue d'établir des lignes directrices en matière de recherche raisonnable. Au nom de la flexibilité, il faudrait éviter de fonder ces lignes directrices au sein d'un acte législatif.

La contribution de l'ACE reprend ces termes:

« Le comité exécutif de l'ACE et les cinémathèques européennes désirent contribuer activement à la définition de l'ensemble de la procédure d'affranchissement des droits d'auteurs car, en ce qui concerne le matériel audiovisuel, les cinémathèques sont les plus à même de mener des recherches. Un centre d'autorisation devrait voir le jour (en coopération avec les agences spécialisées dans l'octroi de licences collectives). Les cinémathèques définiront des critères de « bonne diligence » et publieront au sein d'une banque de données ou sur le site Internet de l'ACE la liste des œuvres orphelines qu'elles désirent exploiter (ou exploitent déjà). »

La contribution de l'ACE soutient la définition de normes de diligence pour le matériel audiovisuel. Cette position est compatible avec les propositions exprimées plus haut. Les parties concernées peuvent élaborer des lignes directrices pour les différentes catégories de matériel protégé.

En conclusion:

- Toute solution avancée pour les œuvres orphelines doit être applicable à toutes les catégories d'œuvres protégées;
- Tout exploitant de bonne foi doit mener une recherche approfondie/raisonnable avant de procéder à l'exploitation d'une œuvre orpheline.
- Les parties intéressées de chaque domaine peuvent définir les meilleures pratiques et des lignes directrices spécifiques pour leur catégorie de matériel, mais il serait erroné de prescrire des étapes de recherche et des sources d'information obligatoires au sein de mesures législatives.

Les critères permettant de prouver qu'une recherche raisonnable a été menée dépendent de la méthode législative choisie. Dans le cas de l'octroi d'une licence par une autorité publique compétente ou une organisation de gestion collective pleinement reconnue par une autorité publique compétente, la preuve est évaluée par l'autorité. Cette méthode offre une sécurité juridique aux exploitants avant que ceux-ci ne se lancent dans l'exploitation de l'œuvre. Dans le cas de l'introduction d'un principe de responsabilité limitée pour les exploitants d'une œuvre orpheline qui ont mené une recherche malheureuse mais raisonnable du titulaire du droit

¹⁴ Position de STM, soutenue par BL.

d'auteur, une pleine sécurité juridique est tributaire d'une décision de justice attestant du fait que cette recherche a effectivement été raisonnable.

4.5 MESURES POSSIBLES

Dans le prolongement des recommandations du groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques du 17 octobre 2006 au sujet des œuvres orphelines, le sous-groupe fait la recommandation suivante :

« Pour les œuvres dont les titulaires de droits sont inconnus ou introuvables (appelées œuvres orphelines), les États membres sont encouragés à instaurer un mécanisme pour en rendre possible l'exploitation à des fins non commerciales et commerciales, moyennant accord et, le cas échéant, rémunération, dans la mesure où une recherche raisonnable a été menée avant l'exploitation de ces œuvres dans le but de tenter d'identifier l'œuvre et/ou de localiser les titulaires de droits. Les mécanismes introduits par les États membres doivent respecter des critères définis ayant trait au contexte et aux pratiques.

Ces critères définis ont été énumérés au point 4.4 :

- La solution avancée doit être applicable à toutes les catégories d'œuvres;
- Tout exploitant de bonne foi doit mener une recherche approfondie/raisonnable avant de procéder à l'exploitation d'une œuvre.
- Les parties intéressées de chaque domaine peuvent définir les meilleures pratiques et des lignes directrices spécifiques pour leur catégorie de matériel, mais il serait erroné de couler de telles lignes directrices en législation.

Les États membres sont encouragés à reconnaître les mécanismes des autres États membres qui sont conformes aux critères définis afin de respecter l'esprit transfrontalier véhiculé par l'initiative sur les bibliothèques numériques et de permettre qu'un matériel faisant l'objet d'une exploitation licite dans un État membre puisse également être exploité de la sorte dans un autre. »

5 ÉDITIONS ÉPUISEES¹⁵

5.1 CONTEXTE – RAPPORT INTERMÉDIAIRE DU SOUS-GROUPE DROITS D'AUTEUR

Le rapport intermédiaire présenté le 16 octobre 2006 par le sous-groupe Droits d'auteur du groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques (i2010) a convenu à l'unanimité de la nécessité de trouver une solution pour faciliter la numérisation et la mise à disposition des éditions épuisées par les bibliothèques.

Éditions épuisées: définition

Le rapport intermédiaire était porteur d'un accord sur la définition du concept d'édition épuisée, à savoir une œuvre déclarée commercialement indisponible par les titulaires de droits compétents, nonobstant l'existence de copies tangibles de l'édition selon la définition classique.

Solution proposée: éléments clés

¹⁵ Cette section repose sur un texte original élaboré par M. Olav Stokkmo (chef d'équipe) à partir de contributions et de discussions de M. Toby Bainton, représentant également Mme Lynne Brindley, de Mme Tarja Koskinen-Olsson, Mme Myriam Diocaretz et Mme Anne Bergman-Tahon. Pour élaborer le modèle de licence, le groupe a également tiré parti du savoir-faire de la secrétaire générale adjointe et conseillère juridique de l'IFRRO, Franziska Schulze.

Le sous-groupe Droits d'auteur a convenu d'une solution qui a été recommandée à la Commission européenne et au groupe d'experts de haut niveau lors de la réunion du 17 octobre 2006. Cette solution repose sur quatre éléments principaux:

- (1) un modèle de licence
- (2) l'élaboration d'une banque de données des éditions épuisées
- (3) un centre d'autorisation commun
- (4) une procédure d'affranchissement des droits.

5.2 MISE EN PRATIQUE DE LA SOLUTION PROPOSÉE POUR LES ÉDITIONS ÉPUISÉES

Lors de sa réunion du 16 octobre 2006, le sous-groupe Droits d'auteur a chargé une équipe de mener des travaux préparatoires sur la mise en pratique de la solution proposée.

Le présent rapport du sous-groupe s'accompagne d'une première étape dans la mise en pratique de cette solution sous la forme d'un modèle de licence pour la numérisation et la mise à disposition d'éditions épuisées par les bibliothèques. Cet accord type est joint en tant qu'annexe I à ce rapport.

5.3 MODÈLE DE LICENCE – PROPOSITION ACTUELLE

Champ d'application de la licence

Le sous-groupe Droits d'auteur s'est efforcé d'identifier et d'élaborer des solutions pratiques permettant de répondre aux besoins et attentes spécifiques exprimés par les bibliothèques et de les aider à satisfaire aux attentes de leurs utilisateurs, demandeurs d'un accès adéquat à l'information. Tous les représentants des parties concernées ont convenu que cela devrait être fait de manière à ne pas nuire aux intérêts que les titulaires de droits d'auteur retirent de la commercialisation de leurs œuvres.

Afin de répondre à ces exigences et aux besoins actuels des bibliothèques, le modèle de licence se limite actuellement à autoriser les bibliothèques à numériser et à fournir à leurs utilisateurs un accès aux éditions épuisées par le biais de réseaux sécurisés. Il ne contient aucune limitation territoriale, mais les bibliothèques ne sont pas autorisées à fournir un accès à ces œuvres par le biais de réseaux ouverts.

Le modèle de licence a également été conçu de manière à pouvoir être adapté aux différents ordres juridiques et systèmes de gestion des droits en vigueur dans les différents États membres.

Objet de la licence

Par l'accord de licence, la bibliothèque se voit concéder un droit non exclusif et non transférable de numérisation et de mise à disposition de l'édition licenciée à ses utilisateurs par le biais de réseaux sécurisés. Le titulaire de droits a droit à une rémunération, à laquelle il est libre de renoncer. L'auteur/éditeur détenteur du droit d'auteur conserve les droits afférents à l'édition et à sa version numérisée et peut révoquer la licence à tout moment, notamment s'il désire reprendre la commercialisation de l'édition. L'auteur/éditeur peut réclamer de la part de la bibliothèque qu'elle lui livre des informations sur l'exploitation de l'œuvre afin de pouvoir affiner son évaluation du potentiel commercial de celle-ci. Si le concédant soustrait de la licence concédée à la bibliothèque une partie du matériel licencié représentant plus de 10 % d'un titre, la bibliothèque est en droit de demander un remboursement de ses frais.

En vertu de la licence, la bibliothèque est habilitée à numériser l'édition, à accéder à sa version numérisée, à procéder à l'archivage automatique de cette dernière afin d'en faciliter la recherche et l'extraction, à en fournir un accès à ses utilisateurs autorisés par le biais de réseaux sécurisés et à la reproduire sous forme électronique ou imprimée à des fins de sauvegarde ou de conservation.

Moyennant la signature d'un accord de licence distinct avec le titulaire de droits ou son représentant, la bibliothèque peut fournir à d'autres bibliothèques un accès en ligne à la version numérisée, afin qu'elles puissent la mettre à disposition de leurs propres utilisateurs autorisés par le biais de réseaux sécurisés. Moyennant la signature d'un autre accord distinct, la bibliothèque peut fournir un accès en ligne à un tiers, tel qu'une entreprise ou une université.

Les utilisateurs, quant à eux, peuvent rechercher, afficher, extraire et consulter la version numérisée. La bibliothèque peut également convenir, avec l'auteur ou l'éditeur titulaire du droit d'auteur, du droit pour ses utilisateurs de sauvegarder et d'imprimer en un seul exemplaire certaines parties de l'édition.

Champ d'utilisation potentiel du modèle de licence

Bien que les premiers utilisateurs ciblés par le modèle de licence soient les bibliothèques, celui-ci peut également être utilisé par les archives ou quiconque désirerait conclure un accord concernant l'exploitation d'une édition épuisée avec les titulaires des droits afférents à l'œuvre en question. De plus, la définition adoptée d'« éditions épuisées » procure à la licence une valeur générique qui n'est pas limitée aux contenus imprimés. D'autres secteurs soumis aux droits d'auteur peuvent également l'adopter.

Enfin, le modèle de licence a été élaboré de manière à pouvoir être utilisé tant au niveau national que multinational ou européen, par les bibliothèques et les titulaires de droits individuels, leurs agents et représentants, notamment les organismes de gestion collective tels que les organisations de droits de reproduction (RRO).

5.4 ENTRÉE EN APPLICATION DU MODÈLE DE LICENCE

Les effets du modèle de licence dépendront de sa mise en application. Il faudrait le diffuser et le faire connaître auprès des utilisateurs potentiels par le biais des circuits appropriés dans les États membres de l'UE, notamment: les ministères compétents, les bibliothèques nationales et associations de bibliothèques, les associations d'auteurs, les associations d'éditeurs et les RRO. Le modèle de licence doit également être mis à disposition via les portails et sites Internet appropriés au niveau national et communautaire, notamment ceux de la Commission européenne, des ministères, des associations de titulaires de droits, des associations de bibliothèques et des organismes de gestion collective.

La Commission européenne est en outre encouragée à promouvoir l'adoption et l'utilisation du modèle de licence et de le mettre à disposition sur son portail Internet.

5.5 MESURES SUGGÉRÉES À LA COMMISSION

La Commission est encouragée à mettre à contribution ses ressources en communication afin de promouvoir l'adoption du modèle de licence, via notamment l'organisation de conférences destinées aux représentants des parties concernées, qu'ils aient ou non participé directement aux travaux du sous-groupe Droits d'auteur. En outre, la Commission est encouragée à rassembler et à publier les meilleures pratiques liées à l'utilisation du modèle de licence

Enfin, le sous-groupe Droits d'auteur constate l'absence d'un mécanisme de règlement des différends au niveau de la Commission européenne. C'est pourquoi le modèle de licence prévoit le recours aux mécanismes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).