

FR

FR

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles,
COM(2008) 466/3

LIVRE VERT

Le droit d’auteur dans l’économie de la connaissance

LIVRE VERT

Le droit d’auteur dans l’économie de la connaissance

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	3
1.1.	Objet du Livre vert	3
1.2.	Portée du Livre vert.....	3
2.	Problématique générale	4
3.	Exceptions: problèmes particuliers	6
3.1.	Exceptions au bénéfice des bibliothèques et des archives	6
3.1.1.	Numérisation (préservation).....	7
3.1.2.	Mise à disposition d'œuvres numérisées	9
3.1.3.	Œuvres orphelines.....	10
3.2.	Exception au bénéfice des personnes handicapées	12
3.3.	Diffusion des œuvres à des fins d'enseignement et de recherche	14
3.4.	Contenu créé par l'utilisateur	18
4.	Appel à commentaires.....	19

1. INTRODUCTION

1.1. Objet du Livre vert

Le présent Livre vert a pour objet de susciter un débat sur les meilleurs moyens d'assurer la diffusion en ligne des connaissances dans le domaine de la recherche, de la science ou de l'enseignement. Il vise à énoncer un certain nombre de problèmes liés au rôle du droit d'auteur dans la «société de la connaissance»¹ et à lancer une consultation sur ces problèmes.

Le Livre vert s'articule globalement en deux volets. Le premier volet porte sur la problématique générale des exceptions aux droits exclusifs prévues par le principal instrument législatif européen dans le domaine du droit d'auteur, 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 «la directive»)². L'autre instrument législatif sur le droit d'auteur qui intéresse l'économie de la connaissance, à savoir la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données³, a fait l'objet d'une analyse dans un rapport distinct⁴. Certains aspects de cette directive, comme les exceptions et les limitations, seront toutefois évoqués également dans le présent rapport.

Le second volet est consacré aux problèmes particuliers, posés par les exceptions et les limitations, qui ont le plus d'incidences sur la diffusion des connaissances et à l'opportunité de faire évoluer ces exceptions à l'ère de la diffusion numérique.

Le Livre vert abordera tous les problèmes dans un souci d'équilibre en ayant soin de prendre en considération le point de vue des éditeurs, des bibliothèques, des établissements d'enseignement, des musées, des services d'archives, des chercheurs, des personnes handicapées et du grand public.

1.2. Portée du Livre vert

Dans son réexamen du marché unique⁵, la Commission a souligné la nécessité de favoriser la libre circulation de la connaissance et de l'innovation – la «cinquième liberté» – au sein du marché intérieur. Le Livre vert s'intéressera aux modes de diffusion au public des matériels de recherche, scientifiques et éducatifs et aux réalités de la libre circulation des connaissances

¹ L'expression «économie de la connaissance» est généralement utilisée pour désigner une activité économique qui ne se fonde pas sur des ressources «naturelles», comme le sol ou les minéraux, mais sur des ressources intellectuelles, comme le savoir-faire et les connaissances spécialisées. Un aspect essentiel du concept d'économie de la connaissance réside dans la possibilité de considérer la connaissance et l'éducation comme des biens marchands ou comme des produits et des services éducatifs et intellectuels pouvant être exportés avec une grande rentabilité. Il va de soi que l'importance relative de l'économie de la connaissance est plus élevée dans les pays qui sont pauvres en ressources naturelles.

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, JO L 167 du 22.6.2001, p. 10-19. En 2007, la Commission a publié un rapport évaluant la manière dont les articles 5, 6 et 8 de la directive ont été transposés par les États membres et appliqués par les juridictions nationales; voir le rapport sur l'application de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001/29/CE), disponible sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm

³ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JO L 77 du 27.3.1996, p. 20 - 28.

⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/prot-databases_fr.htm

⁵ COM(2007) 724 final du 20.11.2007 - Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle.

dans le marché intérieur. Il ne se limite cependant pas aux matériels scientifiques et éducatifs. Sa portée s'étend également aux matériels qui n'entrent pas dans ces catégories mais présentent de l'intérêt pour le progrès de la connaissance.

Le «public» auquel s'adresse le présent Livre vert comprend les scientifiques, les chercheurs, les étudiants ainsi que les personnes handicapées et le grand public, soit, plus généralement, quiconque souhaite améliorer ses connaissances et son niveau de formation à l'aide de l'internet. Une large diffusion de la connaissance contribue à l'ouverture et à la cohésion sociales en favorisant l'égalité des chances dans le cadre des priorités du futur agenda social renouvelé.

Un niveau de protection élevé du droit d'auteur est essentiel à la création intellectuelle, dans la mesure où il assure le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des producteurs, des consommateurs et du public en général. Un système rigoureux et efficace de protection du droit d'auteur et des droits voisins est nécessaire pour garantir aux auteurs et aux producteurs une rémunération appropriée de leur travail créatif et pour encourager les producteurs et les éditeurs à investir dans la création (voir les considérants 10 et 11 de la directive). Le secteur de l'édition joue un rôle important dans l'économie européenne⁶. La politique du droit d'auteur s'inscrit également dans la nécessité de promouvoir le progrès et l'innovation. La Commission souhaite recueillir les points de vue des chercheurs sur les nouveaux modes de fourniture de contenu numérique qui doivent permettre aux consommateurs et aux chercheurs eux-mêmes d'accéder à des contenus protégés dans le strict respect des règles du droit d'auteur.

La législation en matière de droit d'auteur cherche traditionnellement à établir un équilibre entre la rémunération des créations et des investissements passés et la diffusion future des produits de la connaissance, en prévoyant une liste d'exceptions et de limitations pour certaines activités précises en rapport avec la recherche scientifique, les activités des bibliothèques et les personnes handicapées. À cet effet, la directive a dressé une liste complète d'exceptions et de limitations du droit d'auteur. Toutefois, ces exceptions ne sont pas contraignantes pour les États membres et, lorsqu'elles sont adoptées à l'échelon national, elles sont souvent plus limitées que celles que prévoit la directive.

2. PROBLEMATIQUE GENERALE

La directive a harmonisé le droit de reproduction, le droit de communication au public, le droit de mise à la disposition du public et le droit de distribution. Dans la mesure où le principe fondamental présidant à l'effort d'harmonisation consistait à assurer aux titulaires de droits un niveau de protection élevé, la portée des droits exclusifs a été définie d'une manière très large. Certaines parties concernées doutent que la mise en place de droits exclusifs soit garante d'une rémunération équitable de toutes les catégories de titulaires de droits. Les auteurs (compositeurs, réalisateurs de cinéma, journalistes, etc.) et, surtout, les interprètes et exécutants soutiennent qu'ils ne tirent pas de revenus importants de l'exercice du nouveau droit de «mise à disposition» lié à l'exploitation en ligne de leur travail.

⁶ Selon une enquête réalisée par la Fédération des éditeurs européens, les recettes annuelles du secteur de l'édition de livres se sont élevées à 22 268 millions d'euros en 2004. Plus de 620 000 nouveaux titres ou nouvelles éditions ont été publiés en 2004, et ce secteur représente quelque 123 000 emplois à temps plein. Voir <http://www.fep-fee.be/>

Outre qu'elle a adapté les droits exclusifs à l'environnement en ligne, la directive a établi une liste complète d'exceptions à la protection du droit d'auteur, malgré l'absence d'obligation internationale en ce sens. La principale raison d'être de cette liste réside dans le souci de limiter l'aptitude des États membres à introduire de nouvelles exceptions ou à étendre la portée des exceptions existantes au-delà de ce que prévoit la directive. Au fil de la procédure législative, les États membres ont progressivement mis en place la liste d'exceptions telle qu'elle se présente actuellement, comprenant une exception obligatoire et vingt facultatives.

Les conditions d'application des exceptions sont formulées d'une manière assez générale. On peut estimer que la méthode choisie par les auteurs du texte a laissé une grande latitude aux États membres pour mettre en œuvre les exceptions prévues par la directive. Si on exclut l'exception relative aux actes de reproduction transitoires, les législations nationales peuvent être plus restrictives que la directive en ce qui concerne la portée des exceptions. La liste d'exceptions établie par la directive a exercé un effet d'harmonisation, les États membres n'étant pas autorisés à maintenir ou à introduire des exceptions ne figurant pas sur la liste.

De plus, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, les exceptions et limitations prévues par la directive ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Cette réserve est connue sous le nom de «test en trois étapes».

La formulation de l'article 5, paragraphe 5, tient compte des obligations internationales de la Communauté dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Le test en trois étapes est énoncé dans des termes similaires à l'article 9, paragraphe 2, de la convention de Berne⁷ et, surtout, à l'article 13 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce («accord sur les ADPIC»)⁸, dont la Communauté est signataire⁹. Elle fait, dès lors, partie intégrante du cadre international régissant le droit d'auteur, que la Communauté et ses États membres sont tenus de respecter. Ce texte est devenu la référence en matière de limitations au droit d'auteur¹⁰.

⁷ Bien que la Communauté ne soit pas partie à la convention de Berne (elle ne le pourrait d'ailleurs pas, puisque la qualité de membre de l'Union de Berne est réservée aux États), elle est tenue de respecter la convention en vertu de l'article 9 de l'accord sur les ADPIC.

⁸ Cet accord figure à l'annexe 1C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

⁹ L'article 13 de l'accord sur les ADPIC, intitulé «Limitations et exceptions», est la clause d'exception générale applicable aux droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur. Il a été interprété par une décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant l'article 110(5) de la loi américaine sur le droit d'auteur. Le groupe spécial a estimé que la portée de toute exception autorisée au titre de l'article 13 doit être étroite et limitée à une utilisation de minimis. Les trois conditions, à savoir 1) certains cas spéciaux, 2) absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et 3) absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits s'appliquent de manière cumulative.

¹⁰ Voir la décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC *États-Unis - Article 110 5) de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, du 15 juin 2000.

Questions:

- (1) Faut-il encourager les arrangements contractuels ou établir des lignes directrices pour de tels arrangements entre les titulaires de droits et les utilisateurs en ce qui concerne l'application des exceptions au droit d'auteur?
- (2) Faut-il encourager les arrangements contractuels ou établir des lignes directrices ou des licences types pour de tels arrangements entre les titulaires de droits et les utilisateurs sur d'autres aspects qui ne relèvent pas des exceptions au droit d'auteur?
- (3) Une approche fondée sur une liste d'exceptions non obligatoires convient-elle au regard du caractère évolutif des technologies de l'internet et des perspectives économiques et sociales communément admises?
- (4) Faut-il rendre obligatoires certaines catégories d'exceptions pour renforcer la sécurité juridique et assurer une meilleure protection des bénéficiaires d'exceptions?
- (5) Dans l'affirmative, veuillez préciser lesquelles.

3. EXCEPTIONS: PROBLEMES PARTICULIERS

Le Livre vert porte son attention sur les exceptions au droit d'auteur qui ont le plus d'incidences sur la diffusion des connaissances, à savoir:

- l'exception au bénéfice des bibliothèques et des archives;
- l'exception autorisant la diffusion d'œuvres à des fins d'enseignement et de recherche;
- l'exception au bénéfice des personnes affectées d'un handicap;
- une exception éventuelle pour le contenu créé par l'utilisateur.

3.1. Exceptions au bénéfice des bibliothèques et des archives

En ce qui concerne les bibliothèques et établissements similaires, deux problèmes fondamentaux se posent aujourd'hui: la production de copies numériques de matériels conservés dans les collections des bibliothèques et la fourniture de ces copies numériques aux utilisateurs. La numérisation des livres, du matériel audiovisuel et d'autres contenus peut répondre à deux objectifs: la préservation du contenu pour les générations futures et sa mise à la disposition d'utilisateurs en ligne.

Le cadre législatif actuel ne prévoit pas d'exception générale au droit de reproduction en faveur des bibliothèques ou des archives. La reproduction n'est autorisée que dans des cas précis pouvant notamment s'assimiler à des actes nécessaires à la préservation des œuvres figurant dans les catalogues des bibliothèques. D'autre part, l'exception au bénéfice des bibliothèques et les règles nationales qui la mettent en œuvre ne sont pas toujours claires sur des points tels que la conversion en différents formats («format-shifting») ou le nombre de copies pouvant être réalisées au titre de cette exception. Les modalités d'application de cette exception dépendent des choix de politique législative effectués à l'échelon national. Certains États membres adoptent des règles restrictives en ce qui concerne les autorisations de reproduction accordées aux bibliothèques.

Depuis quelques années, les bibliothèques et autres établissements d'intérêt public sont de plus en plus soucieux non seulement de préserver (numériser) les œuvres, mais également de rendre leurs collections accessibles en ligne. Les bibliothèques soutiennent que, si cette possibilité existait, les chercheurs n'auraient plus à se rendre dans les bibliothèques ou les services d'archives mais pourraient facilement trouver et consulter sur l'internet les informations dont ils ont besoin. Par ailleurs, les éditeurs signalent qu'ils numérisent actuellement leurs catalogues en vue de constituer des bases de données interactives en ligne permettant à l'utilisateur de les consulter aisément sans se déplacer¹¹. Ces services font cependant l'objet d'un abonnement payant.

La législation actuelle sur le droit d'auteur, à savoir la directive sur le droit d'auteur, prévoit deux exceptions au profit des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement, des musées et des archives:

- une exception au droit de reproduction pour les actes de reproduction spécifiques sans finalité commerciale [article 5, paragraphe 2, point c), de la directive] et
- une exception restreinte au droit de communication au public et au droit de mise à disposition à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés situés dans les locaux de ces établissements [article 5, paragraphe 3, point n) de la directive].

3.1.1. Numérisation (préservation)

L'exception au droit de reproduction est limitée à des «actes de reproduction spécifiques». L'article 5, paragraphe 2, point c), constitue la seule exception se référant expressément au premier terme du test en trois étapes inscrit à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, selon lequel les exceptions doivent être limitées à «certains cas spéciaux». Dès lors, comme le confirme le considérant 40 de la directive, cette exception doit être limitée à certains cas particuliers et ne doit pas s'appliquer à des utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne d'œuvres ou de phonogrammes protégés.

La formulation prudente de cette exception impliquerait qu'il ne s'agit pas d'une exception générale au droit de reproduction en faveur des bibliothèques ou d'autres bénéficiaires. La reproduction n'est autorisée que dans des cas précis pouvant s'assimiler notamment à des actes nécessaires à la préservation des œuvres faisant partie des catalogues des bibliothèques. D'autre part, cette exception ne renferme pas de règles claires sur des points tels que la conversion en différents formats («format-shifting») ou le nombre de copies pouvant être réalisées au titre de cette exception. Ses modalités d'application dépendent des choix de politique législative effectués à l'échelon national.

Certains États membres adoptent des règles restrictives en ce qui concerne les autorisations de reproduction accordées aux bibliothèques. Le gouvernement du Royaume-Uni procède

¹¹ Par exemple, la maison Elsevier, qui édite 2200 périodiques, a créé ScienceDirect, un service qui permet à 10 millions de scientifiques et de chercheurs d'accéder en ligne à 8,7 millions d'articles publiés. En 2004, Elsevier a lancé la base de données «Scopus», qui comprend 16 000 périodiques produits par les principaux éditeurs de publications à caractère scientifique, technologique et médical. Cet éditeur propose également un service en ligne, «MD Consult», qui s'adresse aux professionnels des soins de santé et rassemble les principales ressources médicales.

actuellement à une consultation¹² en vue de modifier l'article 42 de la loi britannique sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets [*Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA)], qui autorise les bibliothèques et les archives à effectuer une copie unique d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale conservée dans leur collection permanente à des fins de préservation ou de remplacement. Le gouvernement envisage d'étendre cette exception de manière à permettre la copie et la conversion d'enregistrements sonores, de films et d'émissions et à autoriser la réalisation de plusieurs copies dans l'éventualité où des copies successives seraient nécessaires pour assurer la conservation de collections permanentes dans un format accessible.

En ce qui concerne la préservation des œuvres, ce sont les bibliothèques, les archives et les musées qui en assurent la conservation dans un format durable. Toutefois, le secteur privé, notamment par l'intermédiaire des moteurs de recherche, participe de plus en plus à des travaux de numérisation de grande ampleur. Ainsi, le projet Google Book Search a été lancé en 2005 dans le but de permettre les recherches textuelles dans le contenu des livres sur l'internet¹³. Google conclut des accords avec les bibliothèques européennes concernant la numérisation des œuvres du domaine public¹⁴. Les éditeurs lancent également des expériences d'accès gratuit en ligne à des parties voire au texte intégral de livres et mettent au point des outils permettant aux utilisateurs de parcourir le contenu de livres¹⁵.

Il faut souligner que les activités du secteur privé, notamment les moteurs de recherche, ne peuvent bénéficier de l'exception figurant à l'article 5, paragraphe 2, point c), qui est limitée aux bibliothèques accessibles au public, aux établissements d'enseignement, aux musées et aux archives et aux seuls actes qui ne recherchent pas un avantage économique ou commercial direct ou indirect. La numérisation implique le droit de reproduction¹⁶ parce que la conversion d'une œuvre du format analogique au format numérique suppose sa reproduction. Par exemple, pour numériser un livre, il faut d'abord le scanner. Si ce scannage est effectué par des personnes et dans des conditions qui ne sont pas couvertes par l'article 5, paragraphe 2, point c), l'autorisation préalable des titulaires de droits est requise pour que cette reproduction puisse avoir lieu. De même, la mise à disposition en ligne d'une œuvre numérisée suppose le consentement préalable du ou des titulaires de droits.

Le scannage d'œuvres conservées dans des bibliothèques pour permettre d'effectuer sur l'internet des recherches portant sur leur contenu est ordinairement distingué de la création de liens, de liens profonds, d'interconnexions ou d'index, qui sont des activités se rapportant à

¹² <http://www.ipo.gov.uk/about/about-consult/about-formal/about-formal-current/consult-copyrightexceptions.htm>

¹³ <http://books.google.com>

¹⁴ Voir les informations communiquées par Oxford Library:
<http://www.bodley.ox.ac.uk/librarian/CNIGoogle/CNIGoogle.htm>

¹⁵ Par exemple, HarperCollins a récemment lancé plusieurs initiatives de ce type, parmi lesquelles le programme «full access» (le texte intégral des livres sélectionnés est consultable gratuitement pour une durée limitée), un programme «sneak peek» (les lecteurs peuvent visualiser 20 % du contenu de nombreux livres deux semaines avant leur publication) et le programme «browse inside» (les lecteurs peuvent parcourir 20 % du contenu des livres après leur publication). Pour plus d'informations, voir le site www.HarperCollins.com.

¹⁶ Voir la déclaration commune concernant l'article 1.4) du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT): «Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne.»

des œuvres qui sont déjà accessibles en ligne. Par exemple, en ce qui concerne les hyperliens (un hyperlien est un lien électronique vers un fichier placé sur l'internet), la Cour suprême d'Allemagne (BGH) a estimé que la création de liens ou de liens profonds (liens conduisant l'utilisateur vers une autre page web à l'intérieur d'un même site internet) n'équivaut pas à une reproduction des œuvres¹⁷. Aux États-Unis, dans l'affaire *Perfect 10 v. Google and Amazon*¹⁸, le tribunal a estimé que la création d'un lien («in-linking») vers une image plein format située sur un autre site web, dans la mesure où elle ne suppose pas la reproduction des images originales, ne constitue pas une atteinte au droit de reproduction. Si certains tribunaux considèrent que les miniatures («thumbnails»), c'est-à-dire la reproduction d'images en taille réduite visant à faciliter les liens vers d'autres sites internet, enfreignent le droit exclusif de reproduction¹⁹, la Cour régionale d'Erfurt²⁰ a estimé que l'utilisation de miniatures pour la création de liens n'implique pas de responsabilité en matière de droit d'auteur si l'œuvre a été placée sur l'internet par le titulaire de droits ou avec son consentement²¹.

Il est souvent considéré, cependant, que le projet Google Book Search est d'une portée plus étendue que le moteur de recherche dont il est question dans l'affaire *Paperboy*²² décidée par la Cour suprême d'Allemagne ou dans l'affaire *Perfect 10*. Le moteur de recherche visé dans l'affaire *Paperboy* créait des liens vers des sites web contenant des œuvres protégées qui avaient été mises en ligne avec le consentement du titulaire de droits. Le service Paperboy dépendait des œuvres mises à disposition par des tiers, sans possibilité de créer un lien vers une œuvre retirée par le titulaire de droits. De plus, il n'effectuait pas de copie de l'œuvre en mémoire cache, le lien devenant inopérant lorsque l'œuvre était retirée.

3.1.2. Mise à disposition d'œuvres numérisées

La législation actuelle sur le droit d'auteur prévoit que les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement, les musées et les archives jouissent d'une exception limitée au droit de communication au public et au droit de mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés si l'opération s'effectue à des fins de recherches ou d'études privées au moyen de terminaux spécialisés situés dans les *locaux* de ces établissements [article 5, paragraphe 3, point n) de la directive].

On peut considérer que cette exception ne couvre pas le transfert électronique de documents à des utilisateurs distants. En ce qui concerne la fourniture électronique de matériels aux utilisateurs finals, le considérant 40 de la directive précise que l'exception au bénéfice des bibliothèques et des archives ne doit pas s'appliquer à «des utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne d'œuvres ou d'autres objets protégés».

¹⁷ Cour suprême d'Allemagne (BGH), 17 juillet 2003, affaire I WR 259/00, *Paperboy* (affaire jugée avant la mise en œuvre de la directive).

¹⁸ Affaire 06-55405, 9th Cir., 16 mai 2007.

¹⁹ Cour régionale de Bielefeld (LG Bielefeld), 8 novembre 2005, JurPC Web-Dok. 106/2006, et Cour régionale de Hambourg (LG Hamburg), 5 septembre 2003, JurPC Web-Dok 146/2004.

²⁰ Cour régionale d'Erfurt (LG Erfurt), 15 mars 2007, 3 O 1108/05 - Bildersuche Suchmaschine Haftung.

²¹ Dans le même ordre d'idée, les moteurs de recherche ne demandent pas d'autorisation préalable aux propriétaires de droits d'auteur pour indexer le contenu de leurs pages web. Les moteurs de recherche estiment que, si un propriétaire de contenu ne veut pas que le contenu de la page web soit indexé, il peut inclure des instructions en ce sens dans un fichier texte, «robots.txt», pour empêcher le moteur de recherche d'en copier le contenu. Si cette technique n'est pas utilisée, ils estiment que cela équivaut à une autorisation implicite de copie et d'indexation par les moteurs de recherche.

²² Cour suprême d'Allemagne (BGH), 17 juillet 2003, affaire I WR 259/00, *Paperboy*.

3.1.3. Œuvres orphelines

Les projets de numérisation à grande échelle ont jeté une lumière nouvelle sur le phénomène des œuvres dites «orphelines», c'est-à-dire les œuvres qui sont encore couvertes par le droit d'auteur mais dont les propriétaires ne peuvent être identifiés ou localisés. Il existe une demande importante pour la diffusion en ligne d'œuvres ou d'enregistrements sonores présentant un intérêt éducatif, historique ou culturel à un coût relativement faible pour un large public. Il est souvent avancé que ces projets sont retardés par l'absence de solution satisfaisante au problème des œuvres orphelines. Les œuvres protégées peuvent devenir orphelines si les informations sur l'auteur et/ou le ou les titulaires de droits concernés (comme les éditeurs ou producteurs de films) sont perdues ou dépassées. C'est souvent le cas pour les œuvres qui ne font plus l'objet d'une exploitation commerciale.

Outre les livres, les bibliothèques, les musées et les archives regorgent également d'œuvres orphelines telles que photographies et œuvres audiovisuelles. L'absence d'informations sur leur propriétaire peut faire obstacle à leur mise en ligne et aux efforts de restauration numérique. C'est notamment le cas des films orphelins.

Le problème essentiel des œuvres orphelines réside dans l'obtention de licences, c'est-à-dire comment faire en sorte que les utilisateurs qui mettent à disposition des œuvres orphelines ne soient tenus pour responsables d'une violation du droit d'auteur si le titulaire des droits se manifeste ou fait valoir ses droits sur l'œuvre. Abstraction faite des questions de responsabilité, les moyens financiers et le temps nécessaires pour localiser ou identifier les titulaires de droits, en particulier dans le cas d'œuvres ayant plusieurs auteurs, peuvent se révéler dissuasifs. Ce problème semble particulièrement aigu dans le domaine des enregistrements sonores et des œuvres audiovisuelles actuellement conservés dans les archives des radiodiffuseurs. L'autorisation des droits relatifs à des œuvres orphelines peut constituer un obstacle à la diffusion de contenus de grande valeur et à leur utilisation comme source d'inspiration. Cependant, l'ampleur des entraves à l'utilisation des œuvres orphelines n'est pas connue avec précision. Les statistiques économiques nécessaires pour quantifier le problème à l'échelon paneuropéen sont insuffisantes.

La réflexion sur les œuvres orphelines est actuellement menée à la fois au niveau national²³ et au niveau de l'UE. Les États-Unis²⁴ et le Canada²⁵ ont également pris des initiatives dans ce domaine. Si les points de vue sur la question diffèrent, les solutions proposées reposent pour la plupart sur un principe commun, l'utilisateur étant tenu d'effectuer des recherches raisonnablement diligentes pour identifier ou localiser le ou les titulaires de droits.

²³ Au Royaume-Uni, par exemple, le rapport Gowers sur la propriété intellectuelle recommande que la Commission modifie la directive 2001/29/CE et mette en place une exception pour les œuvres orphelines. Le Danemark et la Hongrie ont mis au point des solutions pour les œuvres orphelines (la solution danoise repose sur des licences collectives étendues et la solution hongroise sur des licences délivrées par un organisme public).

²⁴ L'office américain des droits d'auteur (*US Copyright Office*) a publié un rapport sur les œuvres orphelines en janvier 2006. Deux propositions de loi ont été soumises le 24 avril 2008 au Sénat et à la Chambre des représentants («Shawn Bentley Orphan Works Act» et «Orphan Works Act of 2008»). Les deux propositions visent à modifier le titre 17 du code américain en y ajoutant une section consacrée à la limitation des possibilités de recours dans les affaires concernant des œuvres orphelines.

²⁵ La solution canadienne réside dans la délivrance de licences non exclusives par l'office canadien des droits d'auteur (*Copyright Board of Canada*).

La Commission a adopté en 2006 une recommandation²⁶ encourageant les États membres à créer des mécanismes pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines et à veiller à la disponibilité des listes d'œuvres orphelines connues. Un groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques a été créé, réunissant les parties concernées par les œuvres orphelines. Le groupe a adopté un rapport sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées, et les représentants des bibliothèques, des archives et des titulaires de droits ont signé un protocole d'accord sur les œuvres orphelines²⁷. Ce protocole d'accord comprend un ensemble de lignes directrices sur la recherche diligente des titulaires des droits, ainsi que des principes généraux concernant les bases de données sur les œuvres orphelines et les mécanismes d'octroi de licences. Les modalités pratiques doivent être définies à l'échelon national.

La plupart des États membres n'ont pas encore élaboré de réglementation sur la question des œuvres orphelines. Compte tenu des implications transfrontières éventuelles, une approche harmonisée semble requise.

Questions:

- (6) Faut-il conserver telle quelle l'exception en faveur des bibliothèques et des archives, parce que les éditeurs organiseront eux-mêmes l'accès en ligne à leurs catalogues?**
- (7) Afin de renforcer l'accès aux œuvres, les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement, les musées et les archives devraient-ils conclure des accords avec les éditeurs en vue de l'octroi de licences? Existe-t-il des exemples concluants de systèmes d'octroi de licences en matière d'accès en ligne aux collections des bibliothèques?**
- (8) Faut-il préciser la portée de l'exception dont bénéficient les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement, les musées et les archives en ce qui concerne:**
 - (a) la conversion des formats;**
 - (b) le nombre de copies autorisées au titre de cette exception;**
 - (c) le scannage intégral de collections conservées par les bibliothèques?**
- (9) Faut-il préciser la législation afin de déterminer si le scannage des œuvres des bibliothèques, dans le but de permettre les recherches dans leur contenu sur l'internet, relève ou non des exceptions actuelles au droit d'auteur?**
- (10) Est-il nécessaire d'élaborer au niveau communautaire un nouvel acte législatif plus ambitieux que la recommandation 2006/585/CE du 24 août 2006 sur le problème des œuvres orphelines?**
- (11) Si oui, cet instrument devra-t-il prendre la forme d'une modification de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, ou d'un acte autonome?**

²⁶ Recommandation 2006/585/CE de la Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, JO L 236 du 31.8.2006, p. 28.

²⁷ http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/hleg/hleg_meetings/index_en.htm

(12) Comment régler les aspects transfrontières de la question des œuvres orphelines de manière à assurer la reconnaissance à l'échelon de l'UE des solutions adoptées dans les différents États membres?

3.2. Exception au bénéfice des personnes affectées d'un handicap

Il faut donner aux personnes affectées d'un handicap la possibilité de profiter de l'économie de la connaissance. Il ne s'agit pas seulement de l'accès physique aux locaux des établissements d'enseignement ou des bibliothèques, mais également de la possibilité d'accéder aux œuvres dans des formats adaptés à leurs besoins (écriture braille, gros caractères, audiolivres, livres électroniques accessibles, etc.).

La directive renferme une exception au droit de reproduction et au droit de communication au public en faveur des personnes handicapées. Tous les États membres ont mis en œuvre cette exception, bien que certaines législations nationales l'aient limitée à certaines catégories de personnes handicapées (par exemple, les personnes souffrant d'un handicap visuel). Certains États membres imposent le paiement d'une compensation aux titulaires de droits pour l'utilisation des œuvres dans le cadre de l'exception.

Le problème général qui se pose pour les personnes handicapées est celui du coût, en temps et en argent, de la création de copies accessibles d'œuvres qui n'existent qu'en version papier ou dans un format numérique qu'il est malaisé de convertir en braille. Les titulaires de droits estiment qu'il faut assurer une protection suffisante contre le piratage et les abus, en particulier en ce qui concerne les œuvres fournies sous une forme numérique, qu'il est facile de reproduire et de diffuser instantanément sur l'internet.

L'article 5, paragraphe 3, point b), de la directive autorise les utilisations qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap. Le considérant 43 souligne que les États membres doivent adopter toutes les mesures qui conviennent pour favoriser l'accès aux œuvres pour les personnes souffrant d'un handicap qui les empêche d'utiliser les œuvres, en tenant plus particulièrement compte des formats accessibles. L'exception au bénéfice des personnes handicapées fait partie des exceptions d'intérêt général dans la mesure où les États membres sont encouragés à prendre les mesures qui s'imposent, à défaut de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, pour garantir l'accès des bénéficiaires à des œuvres protégées par des mesures technologiques.

Tous les États membres ont mis en œuvre cette exception, même si certaines législations nationales l'ont limitée à certaines catégories de personnes handicapées (par exemple, au Royaume-Uni²⁸ et en Bulgarie, elle ne s'applique qu'aux personnes souffrant d'un handicap visuel et, en Lettonie²⁹, en Lituanie et en Grèce³⁰, aux personnes souffrant d'un handicap visuel et auditif). En Lituanie, l'exception est en outre limitée aux fins d'enseignement et de recherche scientifique³¹. En Grèce, l'exception ne concerne que la reproduction et ne s'étend pas à la communication des œuvres.

Conformément au considérant 36 de la directive, les États membres peuvent prévoir une compensation équitable pour les titulaires de droits lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions. Certains États membres, comme l'Allemagne, l'Autriche

²⁸ Articles 31A à 31F de la loi de 2002 sur le droit d'auteur en ce qui concerne les personnes souffrant d'un handicap visuel [*Copyright (Visually Impaired Persons) Act 2002*].

²⁹ Articles 19 (1)(3) et 22 de la loi de 2004 sur le droit d'auteur.

³⁰ Article 28A de la loi 2121/1993.

³¹ Article 22 (1)(2) de la loi de 2003 sur le droit d'auteur.

et les Pays-Bas, imposent le paiement d'une compensation aux titulaires de droits pour l'utilisation des œuvres dans le cadre de l'exception. Compte tenu des coûts liés à la conversion des œuvres dans des formats accessibles et de la faiblesse des ressources disponibles, on peut se demander s'il y a lieu de contraindre les bénéficiaires de l'exception à payer une compensation aux titulaires de droits ou s'il faut les dispenser de cette obligation.

Selon une étude de l'OMPI³², un problème général réside dans le coût, en temps et en argent, que suppose la réalisation de copies accessibles au départ d'ouvrages qui n'existent qu'en version papier ou dans un format numérique qu'il est malaisé de convertir en braille. La directive n'impose pas aux titulaires de droits l'obligation de mettre l'œuvre à disposition dans un format particulier. Le problème consiste à définir les moyens à utiliser pour fournir aux organismes concernés une copie numérique non protégée leur permettant de créer des formats accessibles en tenant compte des préoccupations des éditeurs en matière de sécurité et de protection de leur droit d'auteur sur les œuvres.

Il existe des exemples de coopération satisfaisante entre les éditeurs et les organismes représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel. Au Danemark, les livres électroniques et les audiolivres produits par la bibliothèque danoise pour les aveugles sont équipés d'un identifiant unique permettant de contrôler l'œuvre et l'utilisation qui en est faite et d'identifier les contrevenants éventuels. En France, des accords ont été conclus entre BrailleNet, une agence sans but lucratif, et les éditeurs pour la fourniture de copies numériques d'œuvres stockées sur un serveur spécialisé et sécurisé dont l'accès est réservé aux seuls organismes certifiés.

Les titulaires de droits estiment qu'il faut assurer une protection efficace contre le piratage et les abus, en particulier en ce qui concerne les œuvres numériques, qu'il est facile de reproduire et de diffuser instantanément sur l'internet. Une approche envisageable consisterait à mettre en place un réseau d'intermédiaires accrédités, tels que des bibliothèques spécialisées ou des organismes représentant les personnes handicapées, qui seraient habilités à négocier avec les titulaires de droits et à conclure des accords. Ces accords prévoiraient différents types de restrictions et de garanties en faveur des titulaires de droits dans le but de prévenir les abus.

Un problème connexe réside dans le fait que l'exception en faveur des personnes handicapées ne figure pas expressément dans la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données³³. L'article 6, paragraphe 2, de cette directive prévoit des exceptions pour l'enseignement, la recherche scientifique et les reproductions à usage privé, mais pas pour les personnes handicapées. On pourrait craindre, dès lors, que l'exception au bénéfice des personnes handicapées inscrite à l'article 5, paragraphe 3, point b), de la directive 2001/29/CE soit battue en brèche par l'argument de la protection des bases de données au motif qu'une œuvre littéraire est en même temps protégée en tant que base de données. Comme le souligne le document de travail des services de la Commission du 19 juillet 2004, cette situation pourrait survenir lorsque l'œuvre littéraire en question, telle qu'une encyclopédie, bénéficie d'une double protection, en tant qu'œuvre et en tant que base de données.

³² «Study on Copyright Limitations and Exceptions for the Visually Impaired», étude élaborée par J. Sullivan pour le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI (2006), p. 71-72.

³³ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JO L 77 du 27.3.1996, p. 20 - 28.

Questions:

- (13) Les personnes handicapées devraient-elles s'engager dans des systèmes d'octroi de licences avec les éditeurs afin d'améliorer leur accès aux œuvres? Si oui, quels seraient les modes d'octroi de licences les plus appropriés? Existe-t-il déjà des systèmes d'octroi de licences permettant de renforcer l'accès des personnes handicapées aux œuvres?
- (14) Faut-il imposer l'obligation de mettre les œuvres à disposition sous une forme particulière pour les personnes handicapées?
- (15) Faut-il préciser que l'exception actuelle au bénéfice des personnes handicapées s'étend à des handicaps autres que visuels et auditifs?
- (16) Si oui, quels sont les autres handicaps à prendre en considération pour la diffusion en ligne des connaissances?
- (17) Les législations nationales devraient-elles préciser que les bénéficiaires de l'exception au bénéfice des personnes handicapées ne doivent pas être tenues de verser une rémunération au titre de leur conversion dans un format accessible?
- (18) La directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données devrait-elle comprendre une exception spécifique en faveur des personnes handicapées qui s'appliquerait à la fois aux bases de données originales et aux bases de données sui generis?

3.3. Diffusion des œuvres à des fins d'enseignement et de recherche

Les enseignants comme les étudiants recourent de plus en plus aux technologies numériques pour accéder aux matériels éducatifs et pour les diffuser. L'utilisation de l'apprentissage en réseau représente actuellement une partie importante des programmes scolaires ordinaires. Si la diffusion de matériels d'étude par des réseaux en ligne peut exercer un effet bénéfique sur la qualité de l'enseignement et de la recherche en Europe, elle peut également comporter un risque de violation du droit d'auteur lorsque la numérisation et/ou la mise à disposition de copies des matériels de recherche et d'étude sont couverts par le droit d'auteur.

L'exception d'intérêt général prévue pour l'exploitation des œuvres à des fins d'enseignement et de recherche est destinée à concilier les intérêts légitimes des titulaires de droits avec l'objectif général de l'accès à la connaissance. La directive sur le droit d'auteur permet aux États membres de prévoir des exceptions ou des limitations aux droits de reproduction et de communication au public lorsqu'une œuvre est utilisée «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». Cette exception a souvent été mise en œuvre dans un sens restreint, et l'enseignement à distance et l'apprentissage à domicile par l'internet ne sont pas couverts. De plus, l'exception ne couvre souvent que la copie d'extraits de matériels de recherche plutôt que l'œuvre dans son intégralité. Les États membres ont quelquefois opté pour une exception limitée à l'enseignement sans prévoir d'exception pour la recherche.

Au moment de l'adoption de la directive, tant les méthodes d'enseignement traditionnelles que les méthodes modernes d'apprentissage en ligne ont été prises en considération. Le considérant 42 précise, par exemple, que l'article 5, paragraphe 3, point a), peut s'appliquer

également à l'enseignement à distance. Cette indication ne figure cependant pas dans le texte de l'article 5, paragraphe 3, point a), proprement dit, qui ne contient ni la définition des concepts d'«enseignement», de «recherche scientifique» ou d'«illustration», ni aucune autre précision sur la portée de l'exception. Le considérant 42 fait référence à la nature non commerciale de l'enseignement et de la recherche scientifique comme critère déterminant pour l'application de l'exception, indépendamment de la structure organisationnelle et des moyens de financement de l'établissement où ces activités ont lieu. Par conséquent, la directive accorde une grande liberté aux États membres en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre, en leur permettant de délimiter l'usage admissible au titre de l'exception.

L'utilisation des travaux à des fins d'illustration pour l'enseignement et la recherche scientifique est diversement interprétée par les États membres. Dans certains pays, comme le Danemark, la Finlande, la Suède et la France (jusqu'en janvier 2009), l'exploitation des œuvres à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique est subordonnée à la conclusion d'accords collectifs étendus entre les sociétés de gestion collective et les établissements d'enseignement. Malgré les avantages d'un système d'octroi de licences collectives étendues (les établissements peuvent négocier les contrats qui correspondent le mieux à leurs besoins), cette forme d'octroi des licences présente le risque qu'aucun accord ou qu'un accord relativement restrictif ne soit conclu, créant ainsi une incertitude juridique pour les établissements d'enseignement³⁴.

Dans les États membres où l'exception en faveur de l'enseignement et de la recherche est prévue dans le droit national, les dispositions correspondantes diffèrent sensiblement. Si certains pays étendent l'exception aux droits de communication et de mise à la disposition du public (par exemple, la Belgique, le Luxembourg, Malte et, à partir de janvier 2009, la France), d'autres la limitent au droit de reproduction (Grèce, Slovaquie) ou n'autorisent la communication au public qu'à condition que l'œuvre ne puisse pas sortir de l'enceinte de l'établissement d'enseignement (Royaume-Uni). L'Allemagne, quant à elle, établit une distinction entre les activités d'enseignement et de recherche. En ce qui concerne l'enseignement, elle permet l'utilisation d'œuvres protégées uniquement dans le cadre de l'enseignement en classe et par intranet, auquel cas elle est limitée à un groupe d'étudiants assistant à un cours donné. L'attitude envers la recherche est moins restrictive, puisque la mise à disposition des œuvres est autorisée «à des fins de recherche interne» et «pour un nombre limité de participants»³⁵.

En ce qui concerne le mode de copie, la plupart des États membres ne font aucune distinction entre les copies analogiques et numériques, qui sont donc couvertes dans les deux cas par l'exception. Cependant, le texte de la loi hongroise sur le droit d'auteur limite la portée de l'exception aux seules reproductions analogiques. Par ailleurs, au Danemark, aucun accord sur la copie numérique n'a été conclu entre les organismes de gestion collective des droits et les

³⁴ C'était le cas en France, où cinq accords sectoriels concernant l'utilisation des œuvres à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique n'ont été conclus qu'en 2005, à la suite d'une déclaration commune du ministère de l'éducation nationale représentant les établissements d'enseignement et du ministère de la culture représentant les titulaires de droits. Pendant le processus de mise en œuvre de la directive, suite à l'intervention des établissements d'enseignement et notamment des universités, une exception régissant l'utilisation des œuvres à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique a été introduite pour la première fois dans le code français de la propriété intellectuelle. Cette disposition, qui remplace le régime contractuel antérieur, entrera en vigueur en janvier 2009.

³⁵ L'article 52a de la loi allemande sur le droit d'auteur (UrhG) exige également que les utilisateurs versent une rémunération équitable aux titulaires de droits pour la mise à disposition d'une œuvre.

établissements d'enseignement. Les universités et les écoles bénéficient d'une licence couvrant uniquement la réalisation de copies sur papier d'extraits d'œuvres. La seule licence collective étendue comprenant des activités telles que le scannage, l'impression, l'envoi par courrier électronique, le téléchargement et le stockage, a été délivrée pour l'utilisation d'œuvres sur l'internet dans les centres de formation des enseignants.

Les approches différentes d'une même règle d'un État membre à l'autre peuvent être source d'insécurité juridique en ce qui concerne la portée de l'exception, particulièrement lorsque les activités d'enseignement et de recherche ont lieu dans un cadre international. De plus en plus d'étudiants et de chercheurs préfèrent accéder aux ressources d'apprentissage nécessaires en dehors du cadre classique d'une classe, par l'intermédiaire de réseaux informatiques, sans contrainte de temps ou de lieu. Les dispositions qui permettent uniquement la reprographie des œuvres ou qui imposent aux étudiants d'être physiquement présents dans les locaux des établissements d'enseignement ne permettent pas à ces établissements d'exploiter le potentiel des nouvelles technologies et de s'engager dans des programmes d'enseignement à distance. Comme le souligne le rapport Gowers, «il en résulte que les étudiants suivant un enseignement à distance sont désavantagés par rapport à ceux qui résident sur les campus, ces contraintes ayant une incidence disproportionnée sur les étudiants présentant des handicaps et qui pourraient travailler à distance. L'exception au droit d'auteur devrait être étendue sur ce point de manière à permettre que des passages d'œuvres soient mis à la disposition des étudiants par courrier électronique ou dans des environnements d'apprentissage virtuels»³⁶.

Une autre divergence entre les États membres concerne la longueur des extraits d'œuvres qui peuvent être reproduits ou mis à disposition à des fins d'enseignement et de recherche. En effet, l'exception peut porter sur la totalité de l'œuvre (Malte), les articles de périodiques et de courts extraits d'œuvres (Belgique, Allemagne ou France) ou uniquement de courts extraits d'œuvres, sans distinction selon le type d'œuvre, ni sa longueur (Luxembourg). Dans ce dernier cas, les œuvres telles que les articles de périodiques peuvent être considérées comme exclues d'office de la portée de l'exception, dès lors qu'il ne présente en principe que peu d'intérêt d'utiliser uniquement un court fragment d'un article de périodique dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique.

En ce qui concerne les établissements admissibles à l'exception prévue pour l'enseignement et la recherche scientifique, les États membres ont également opté pour des solutions différentes. La loi allemande sur le droit d'auteur mentionne «les écoles, universités et établissements postsecondaires, ainsi que les établissements de formation professionnelle à but non lucratif». D'autres pays, comme le Royaume-Uni, utilisent le terme générique d'«établissements d'enseignement» sans autre précision, tandis que le code français de la propriété intellectuelle ne donne aucune indication quant aux établissements auxquels l'exception s'applique, se contentant de reproduire la formulation de l'article 5, paragraphe 3, point a): «illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche». En Espagne et en Grèce, l'exception concerne uniquement l'enseignement, excluant ainsi les activités de recherche.

Outre qu'elles créent une certaine insécurité juridique par manque d'harmonisation, les différences exposées plus haut peuvent poser des problèmes dans le cas d'étudiants qui s'inscrivent à des cours dans d'autres pays, dans le cadre de l'apprentissage à distance et lorsque les enseignants et les chercheurs exercent leurs activités dans plusieurs établissements situés dans des pays différents. Selon le pays, des actes identiques peuvent être licites ou

³⁶ Rapport Gowers de 2006 sur la propriété intellectuelle, points 4.17 et 4.19.

illicites. Les causes de ce problème résident dans la manière différente dont les États membres ont mis en œuvre l'exception dans leur législation nationale. Des voix se sont élevées, dès lors, pour demander l'instauration d'une exception obligatoire pour l'enseignement et la recherche scientifique, dont la portée soit clairement définie dans la directive. Par exemple, le rapport Gowers recommande que l'exception au profit de l'enseignement soit définie en fonction de la catégorie d'utilisation et de l'activité et non par des critères de support ou de lieu³⁷.

Pour autant, rendre l'exception obligatoire et préciser sa portée sont des mesures qui n'impliquent pas son extension, car les intérêts des titulaires de droits doivent être pris en considération. Par exemple, en ce qui concerne l'exception autorisant la communication au public à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, le rapport Gowers insiste sur la nécessité de veiller à ce que l'accès à ces matériels (d'enseignement et de recherche) ne soit pas offert au grand public³⁸ mais soit réservé à un public restreint d'étudiants et de chercheurs. Dans cet esprit, le considérant 44 de la directive de droit d'auteur dispose que «lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait se révéler nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés». Il convient de rechercher un juste équilibre entre la garantie d'une protection suffisante des droits exclusifs et le renforcement concomitant de la compétitivité de l'enseignement et de la recherche européens.

Questions:

- (19) La communauté scientifique et la communauté des chercheurs devraient-elles s'engager dans des régimes d'octroi de licences avec les éditeurs afin de renforcer l'accès aux œuvres à des fins d'enseignement et de recherche? Existe-t-il des exemples satisfaisants de systèmes d'octroi de licences permettant l'utilisation en ligne d'œuvres à des fins d'enseignement ou de recherche?**
- (20) Faut-il préciser davantage l'exception à des fins d'enseignement et de recherche de manière à prendre en compte les formes modernes d'apprentissage à distance?**
- (21) Faut-il préciser que l'exception à des fins d'enseignement et de recherche couvre non seulement les matériels utilisés dans les classes ou les infrastructures scolaires, mais également l'utilisation d'œuvres à domicile dans le cadre des études?**
- (22) Faut-il imposer des règles minimales concernant la longueur des extraits d'œuvres pouvant être reproduits ou mis à disposition à des fins d'enseignement et de recherche?**
- (23) Faut-il imposer une exigence minimale disposant que l'exception couvre à la fois l'enseignement et la recherche?**

³⁷ Rapport Gowers de 2006 sur la propriété intellectuelle, point 4.15.

³⁸ Rapport Gowers de 2006 sur la propriété intellectuelle, point 4.18.

3.4. Contenu créé par l'utilisateur

Les consommateurs ne sont pas seulement des utilisateurs mais deviennent de plus en plus souvent des créateurs de contenu. La convergence favorise le développement de nouvelles applications utilisant les capacités des TIC pour associer les utilisateurs à la création et à la distribution de contenu. Les applications Web 2.0, telles que les blogs, les podcasts, les wikis ou les sites de partage de vidéos, permettent aux utilisateurs de créer et de partager facilement des textes, des vidéos ou des images et de jouer un rôle plus actif et plus participatif dans la création de contenu et la diffusion de connaissances. Il existe cependant une nette différence entre le contenu créé par l'utilisateur et le contenu existant qui est simplement mis en ligne par les utilisateurs et généralement protégé par un droit d'auteur. Dans une étude de l'OCDE, le contenu créé par l'utilisateur est défini de la façon suivante: «contenu rendu publiquement disponible sur Internet, qui traduit un certain effort de créativité et dont la création intervient en dehors des pratiques et habitudes professionnelles»³⁹.

Actuellement, la directive ne contient pas d'exception permettant l'utilisation de contenu existant protégé par le droit d'auteur pour créer des œuvres nouvelles ou dérivées. L'obligation d'autorisation des droits préalablement à toute mise à disposition de contenu transformatif peut être perçue comme un obstacle à l'innovation en ce sens qu'elle empêche la diffusion d'œuvres nouvelles et potentiellement intéressantes. Cependant, avant d'instaurer une exception éventuelle pour les œuvres transformatives, il faut déterminer avec précision les conditions dans lesquelles une utilisation transformative pourrait être autorisée, de manière à éviter toute atteinte aux intérêts économiques des titulaires de droits sur l'œuvre originale.

Il a été demandé de mettre en place une exception pour la création de contenu transformatif par l'utilisateur. Le rapport Gowers a notamment recommandé qu'une exception soit créée pour les œuvres créatives, transformatives ou dérivées⁴⁰, dans le respect du test en trois étapes prévue par la convention de Berne. Le rapport constate que cette exception serait contraire à la directive et préconise dès lors de modifier celle-ci sur ce point. Cette exception aurait pour objet de favoriser l'utilisation innovante des œuvres et de stimuler la production de valeur ajoutée⁴¹.

En vertu de la convention de Berne, l'utilisation transformative serait apparemment couverte par le droit de reproduction⁴² et le droit de l'adaptation. Les exceptions à ces droits doivent remplir le test en trois étapes. Elles doivent notamment être plus précises et relever d'une justification pratique particulière ou de types d'utilisations justifiées. Elles doivent également se limiter à de brefs extraits (passages courts, à l'exclusion d'extraits particulièrement typiques de l'œuvre), de manière à ne pas violer le droit d'adaptation⁴³.

Certaines exceptions prévues par la directive offrent une certaine liberté d'utilisation des œuvres. En dehors des exceptions mentionnées précédemment, l'article 5, paragraphe 3, point d), autorise les citations «faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue». La critique et la revue ne sont donc que des exemples de justifications possibles pour les

³⁹ Internet participatif: contenu créé par l'utilisateur, OCDE 2007, p. 9.

⁴⁰ Recommandation 11.

⁴¹ Le rapport cite en exemple l'utilisation transformative («transformative use») visée par la législation des États-Unis et la technique de l'échantillonnage dans la musique hip hop. Cependant, dans le droit américain, l'utilisation transformative ne constitue pas à elle seule un moyen de défense dans une procédure d'infraction au droit d'auteur. Il s'agit en fait de l'une des conditions à respecter pour pouvoir se prévaloir d'une utilisation loyale («fair use») au sens de l'article 107 de la loi américaine sur le droit d'auteur.

⁴² Article 9 de la convention de Berne.

⁴³ Article 12 de la convention de Berne - Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations.

citations. Il s'ensuit que la portée de l'article 5, paragraphe 3, point d), peut être comprise dans un sens large, même si la citation doit être faite «dans la mesure justifiée par le but poursuivi» et «conformément aux bons usages». Le «but poursuivi» du commentaire peut ne pas être l'analyse de l'œuvre proprement dite. Cependant, la présence d'un extrait raisonnable dans un commentaire sur cette œuvre en particulier peut se muer en pratique déloyale s'il s'agit de formuler des commentaires sur une question plus générale. Une autre exception autorisant une certaine souplesse est celle de l'article 5, paragraphe 3, point k), de la directive, qui prévoit une exception pour les utilisations «à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche». Bien que ces utilisations ne soient pas définies, elles permettent aux utilisateurs de réutiliser des éléments d'œuvres antérieures pour leur propre travail de création ou de transformation.

Questions:

- (24) Faut-il instaurer des règles plus précises en ce qui concerne les actes que les utilisateurs finals peuvent effectuer ou non lorsqu'ils utilisent des matériels protégés par le droit d'auteur?**
- (25) Faut-il introduire dans la directive une exception pour le contenu créé par l'utilisateur?**

4. APPEL A COMMENTAIRES

La combinaison de larges droits exclusifs avec des exceptions précises et limitées conduit à se demander si la liste exhaustive d'exceptions figurant dans la directive permet de maintenir «un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits [...] et les utilisateurs»⁴⁴.

Avant de réaliser une analyse prospective, il faut examiner si l'équilibre visé par la directive est toujours en harmonie avec un environnement en évolution rapide. Les technologies ainsi que les pratiques sociales et culturelles remettent constamment en question l'équilibre établi par la législation, tandis que de nouveaux acteurs du marché, tels que les moteurs de recherche, cherchent à tirer parti de ces changements pour élaborer de nouveaux modèles d'activité. Ces développements pourraient également bouleverser les rapports de valeur entre les différents acteurs de l'environnement en ligne et perturber l'équilibre entre ceux qui possèdent les droits sur le contenu numérique et ceux qui fournissent les technologies permettant de naviguer sur l'internet.

C'est dans ce contexte que le présent Livre vert se propose de collecter les points de vue de toutes les parties concernées sur les développements technologiques et juridiques décrits plus haut. Les questions soumises sont de nature purement indicative, et les parties intéressées sont libres de soumettre des commentaires sur toute autre question qui est abordée ou évoquée dans le Livre vert.

Les réponses et les commentaires, qui peuvent porter sur tout ou partie des points évoqués ci-dessus, devront parvenir à l'adresse suivante au plus tard le 30 novembre 2008:

markt-dl@ec.europa.eu

⁴⁴ Considérant 31.

Si les parties intéressées souhaitent soumettre des contributions confidentielles, elles doivent indiquer clairement quels en sont les éléments confidentiels qui ne doivent pas être publiés sur le site web de la Commission. Toutes les autres contributions qui ne sont pas clairement désignées comme confidentielles peuvent être publiées par la Commission.