Bibliothèques et droit d'auteur : quelle adaptation au numérique ?

Lionel Maurel

> *Les bibliothèques continueront à jouer un rôle fondamental en permettant l'accès à tous dans la société de l'information. […] Dans l'environnement traditionnel, les bibliothèques ont toujours été capables de donner un accès acceptable à des copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur, qu'elles ont achetées et qui font partie de leurs collections. Mais, à l'avenir, si tous les accès et les usages de l'information sur support numérique sont soumis à paiement, la possibilité pour une bibliothèque de fournir un accès à ses usagers sera sérieusement limitée.*
>
> Position de l'IFLA sur le droit d'auteur des documents numériques. 2000[1].

A l'entrée dans le 21ème siècle, l'IFLA (Fédération Internationale des Associations de Bibliothécaires) publie une déclaration de principe énonçant sa doctrine en matière d'application du droit d'auteur dans l'environnement numérique. Dans ce texte, une phrase se détache : *Digital is not different* (Le numérique ne doit pas être différent). Par cette formule, l'IFLA entend affirmer que les bibliothèques devraient rester en mesure de poursuivre dans l'environnement numérique leurs missions traditionnelles en matière d'accès à l'information et à la connaissance. Pour ce faire, il importe que le droit d'auteur continue à être conçu comme un équilibre entre d'une part une garantie de contrôle accordée aux ayants droit et d'autre part une latitude d'usage reconnue aux utilisateurs d'œuvres.

L'avènement du numérique et la question du droit d'auteur

Cette question est à vrai dire aussi ancienne que le droit d'auteur lui-même. Néanmoins, l'avènement du numérique a profondément bouleversé les équilibres de la propriété intellectuelle et les bibliothèques se sont retrouvées prises dans un conflit les dépassant largement.

[1] IFLA. Comité sur le droit d'auteur. Position de l'IFLA sur le droit d'auteur des documents numériques, 2000 [En ligne] : https://www.ifla.org/files/assets/clm/position_papers/pos-dig-fr.pdf

La bibliothèque, en tant qu'institution, constitue la garantie d'un droit d'usage collectif sur la culture et sur la connaissance. Pendant des siècles, ses activités sont restées dans une sorte d'état « d'apesanteur juridique », dans la mesure où aucun corpus de règles n'interférait avec ses missions. Même après l'introduction du droit d'auteur en France au début du XIXème siècle[2], les activités des bibliothèques ont relevé d'une forme de « tolérance de fait », alors même qu'elles étaient susceptibles d'entrer en contradiction avec le droit d'auteur.

Ce compromis « historique » a fini par être remis en cause, mais la première alerte n'est pas survenue à cause du numérique. C'est à propos de la question du prêt des documents sous forme physique qu'un premier débat s'est ouvert au milieu des années 80, conclu en 1992 par l'adoption d'une directive européenne sur le droit de prêt public[3]. Pour la première fois, l'activité de la bibliothèque était assimilée juridiquement à un préjudice causé aux titulaires de droits et, même si les Etats-membres de l'Union gardaient la faculté de mettre en place un régime de licence légale pour organiser l'activité de prêt, elle serait désormais soumise à rémunération. Il a fallu ensuite plus de 10 ans pour que la loi française promulguée en 2003 tire les conséquences de cette directive[4], mais sans se pencher sur les aspects numériques.

Dans le même temps, les règles du droit d'auteur ont fait l'objet d'une profonde reformulation au niveau international, sous la pression des industries culturelles souhaitant se protéger de la menace du piratage en ligne. En 1996, l'OMPI adopte ainsi un traité « Internet »[5] dont les principes seront repris en 2001 par une directive européenne sur le droit d'auteur. La France transposera ce texte en 2006 par le biais de la loi DADVSI[6]. C'est à ce moment que les bibliothèques apparaissent explicitement dans la loi en lien avec les questions numériques, en tant que bénéficiaires de plusieurs

[2] La tournerie, Anne. Petite histoire des batailles du droit d'auteur. Multitudes, 2001/2 (n°5).
[3] Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:31992L0100
[4] Loi n° 2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000411828&categorieLien=id
[5] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté à Genève le 20 décembre 1996 : http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295168
[6] Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350

exceptions au droit d'auteur[7]. Depuis cette date, le sujet des bibliothèques a été remis en discussion à chaque réforme touchant au droit d'auteur, que ce soit au niveau français, européen ou même mondial.

Digital is not Different, proclamait la déclaration de l'IFLA en l'an 2000. En prenant du recul, peut-on dire que l'irruption du numérique n'a rien changé à la condition juridique des bibliothèques ? Ont-elles été confortées ou fragilisées dans l'exercice de leurs missions, à mesure que le droit se saisissait de leurs activités ? A cette question, on doit apporter une réponse nuancée. Un encadrement législatif s'est partiellement mais laborieusement reconstitué pour encadrer les activités numériques en bibliothèque, notamment par le biais d'exceptions au droit d'auteur. Là où la loi n'est pas intervenue, la voie du contrat est venue combler le vide législatif, mais en fragilisant souvent la position des bibliothèques face aux titulaires de droits. De plus, la tolérance de fait dont ont bénéficié pendant longtemps les bibliothèques subsiste pour certaines activités et continue à jouer un rôle non négligeable, bien que toujours susceptible d'être remis en cause.

Un encadrement législatif partiel pour les activités numériques en bibliothèque

La directive de 2001 sur le droit d'auteur a accru la portée des droits exclusifs dans l'environnement numérique et renforcé leur protection, notamment par la consécration des DRM. Mais le texte s'efforce aussi de maintenir un équilibre avec les usages, en autorisant les Etats à choisir parmi une liste de 21 exceptions pouvant être transposées (ou non) au niveau national. A l'occasion du vote de la loi DADVSI en 2006, le regroupement des professionnels de l'information au sein de l'IABD contribua à l'adoption de plusieurs de ces exceptions, dont trois concernent les bibliothèques[8]. Une exception « conservation » autorise les établissements culturels (bibliothèques, archives, musées) à numériser leurs collections encore protégées par des droits d'auteur, à condition de les communiquer ensuite sur place par le biais de terminaux dédiés. L'exception « dépôt légal » a ouvert à la

[7] Voir ENSSIB. Droit d'auteur, loi DAVDSI : les conséquences pour les bibliothèques, 2006 [En ligne] : http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notices/1150-droits-d-auteur-loi-dadvsi-les-consequences-pour-les-bibliotheques

[8] Voir Lahary, Dominique. Les bibliothèques et la loi DADVSI. BBF, n°5, septembre 2006 [En ligne] : http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2006-05-0018-003

BnF, à l'INA et au CNC la possibilité de procéder à l'archivage du Web. Enfin, une exception « handicap » permet à la BnF de jouer un rôle d'intermédiaire entre les éditeurs et des associations agréées pour la transmission de fichiers à des fins de réalisation d'éditions adaptées. Conquises de haute lutte, ces trois exceptions partagent la caractéristique d'être gratuites, c'est-à-dire sans obligation de rémunération à verser aux titulaires de droits pour compenser un préjudice subi.

En 2012, une autre directive européenne a consacré au bénéfice des établissements culturels une nouvelle exception[9], afin qu'elles puissent numériser et diffuser sur Internet des œuvres orphelines[10], à condition de réaliser auparavant des recherches diligentes. Enfin, en 2013, le traité de Marrakech, adopté dans le cadre de l'OMPI, a consacré pour la première fois une exception au droit d'auteur au niveau mondial au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap visuel, en confirmant le rôle d'intermédiaire de confiance des bibliothèques[11].

Ces avancées législatives ont donc été importantes pour assoir les activités des bibliothèques dans l'environnement numérique. Cependant, la démarche comporte aussi ses limites et, entre autres, certains dispositifs législatifs n'ont pas été adaptés aux nouveaux enjeux du numérique. C'est le cas par exemple du système de gestion collective obligatoire mis en place pour la reprographie en France à partir de 1995. Si les bibliothèques peuvent sur cette base mettre à disposition de leurs usagers des photocopieurs, le dispositif ne couvre que très imparfaitement les scanners, appareils pourtant devenus d'utilisation courante[12]. Pour la même raison, une activité aussi basique que le PEB, auparavant bien encadrée pour l'envoi d'ouvrages physiques ou de photocopies, n'a toujours pas trouvé de base juridique satisfaisante pour la transmission à distance de fichiers.

[9] Voir Œuvres Orphelines. Questions/Réponses, ENSSIB, 12 janvier 2017 : http://www.enssib.fr/content/oeuvres-orphelines

[10] Une œuvre est dite « orpheline » lorsqu'il est impossible d'identifier ou de localiser ses titulaires de droits.

[11] Voir IFLA. Un grand pas en avant en matière d'accès au savoir pour les déficients visuels, Juin 2016 [En ligne] : https://www.ifla.org/node/10572.

[12] ENSSIB. Fournir un scanner en bibliothèque, 24 novembre 2015 [En ligne] : http://www.enssib.fr/content/fournir-un-scanner-en-bibliotheque

Le législateur s'est aussi heurté à certaines impasses, notamment en matière de numérisation des collections encore protégées par le droit d'auteur. En 2012, la France a en effet adopté une loi relative à la numérisation des livres indisponibles du XXème siècle[13]. Le texte mettait en place mise en gestion collective des droits de numérisation des ouvrages non disponibles à la vente sous forme numérique, avec la possibilité pour les auteurs et les éditeurs concernés de se manifester dans un délai de six mois pour se retirer du dispositif (système d'option de retrait ou *opt-out*).

La Bibliothèque nationale de France était chargée de maintenir la base ReLIRE (REgistre des Livres Indisponibles en Réédition Numérique) dans laquelle paraissait chaque année la liste des nouveaux ouvrages identifiés, ainsi que d'assurer la numérisation à partir de ses collections. A défaut de retrait effectué par l'auteur ou l'éditeur, la société de gestion collective SOFIA était chargée d'accorder des licences d'exploitation contre rémunération. Dès l'origine, ce système a suscité des contestations de la part d'auteurs estimant qu'il contrevenait à leurs droits en renversant le principe de l'autorisation préalable. Validée pourtant devant le Conseil Constitutionnel, la loi sur les livres indisponibles a été invalidée devant la Cour de Justice de l'Union Européenne estimant en 2016 que le texte portait une atteinte disproportionnée aux droits des auteurs.

La directive européenne sur le droit d'auteur est entrée dans une phase de révision qui devrait aboutir au cours de l'année 2018 à un nouveau texte. Plusieurs dispositions portent sur des exceptions applicables en bibliothèque (conservation et usages pédagogiques, notamment), mais sans apporter d'avancées vraiment notables par rapport à ce qui existe déjà en France. Seule une nouvelle exception obligatoire à propos du Text et Data Mining (fouille et exploration de textes et de données) pourrait ouvrir de nouvelles marges de manœuvre pour la recherche en faisant intervenir les bibliothèques pour fournir des

[13] Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&categorieLien=id

contenus à partir des ressources électronique auxquelles elles donnent accès et pour conserver les fichiers issus de ces traitements[14].

Les ambiguïtés pour les bibliothèques de la voie contractuelle

Si l'adoption d'exceptions en faveur des bibliothèques a été possible, c'est seulement de manière ponctuelle. Beaucoup d'aspects essentiels du fonctionnement des bibliothèques liés au numérique restent en dehors des mécanismes prévus par la loi. Dans ces situations, les établissements sont renvoyés au jeu normal du droit d'auteur, à savoir l'obligation d'obtenir une autorisation préalable et de payer une rémunération à la demande des ayants droit.

Cette situation de « vide législatif » n'est cependant pas le propre du numérique ; elle s'était déjà manifestée dans l'environnement analogique, notamment pour les activités de prêt de documents. En 2003, la loi française n'a instauré une licence légale que pour le prêt public de livres, laissant tous les autres types de documents sans encadrement législatif alors même qu'ils étaient concernés par la directive européenne (à l'exclusion des vidéogrammes). Plusieurs années auparavant, le prêt de documents audiovisuels avait néanmoins pu voir le jour, grâce à l'apparition d'intermédiaires prenant en charge la négociation avec les producteurs des droits de consultation et de prêt. Ce précédent a montré que la voie contractuelle pouvait être mobilisée pour organiser à large échelle une activité de mise à disposition de contenus, notamment numériques, en bibliothèque[15].

C'est principalement cette piste contractuelle que le développement du numérique en bibliothèque a emprunté. Les éditeurs scientifiques ont notamment proposé des licences aux bibliothèques universitaires et de recherche pour l'accès aux journaux électroniques et aux bases de données scientifiques. Mais, pour les bibliothèques, la voie du contrat occasionne aussi une fragilisation importante de leur position. Elles deviennent en effet

---

[14] Voir Rosati, Eleanora. The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects, 15/02/2018 : http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_BRI%282018%29604942

[15] Médiathèmes. L'audiovisuel en bibliothèque. Images en bibliothèque et ABF. 2010.

dépendantes des offres faites par les titulaires de droits, qui peuvent parfaitement choisir de ne pas en proposer, privant ainsi les établissements de l'accès aux ressources correspondantes. Par ailleurs, les tarifs et les conditions de mise à disposition des contenus sont contingents de la négociation entre les parties, et donc d'un rapport de forces rarement en faveur des bibliothèques. Si les bibliothèques universitaires ont su se rassembler en consortium (COUPERIN) pour peser dans les négociations, les bibliothèques de lecture publique n'ont jusqu'à présent pas pu mettre en place une telle structure dans des conditions équivalentes (l'association CAREL n'est pas un consortium d'achat au sens propre du terme, même si elle répertorie des offres de ressources numériques et négocie un prix indicatif avec les fournisseurs).

La persistance d'espaces de « tolérance de fait »

Comme on l'a vu, les bibliothèques sont restées pendant des décennies dans une situation de tolérance de fait, qui représentait l'essentiel de leur condition juridique avant la loi sur le droit de prêt des livres de 2003. Cette tolérance s'est maintenue après cette date pour certains types de mise à disposition de contenus, comme par exemple le prêt de CDs musicaux. En théorie illicite à défaut d'une base légale, cette activité a pu perdurer car elle n'a jamais provoqué de réactions de la part des ayants droit concernés. C'est dans des « zones grises » similaires que bon nombre d'activités numériques ont pris pied en bibliothèque et continuent à se développer. Tel est le cas par exemple de la mise à disposition de jeux vidéo, qui prend de plus en plus d'importance en France, alors que rien n'est prévu au niveau légal et que les éditeurs de jeux n'ont pas mis en place d'offre spécifique par voie contractuelle[16].

La situation est la même en ce qui concerne les applications pour tablettes, équipement qui a rapidement trouvé sa place dans les bibliothèques sans que les questions juridiques associées soient réglées. Les bibliothécaires sont en effet contraints pour se fournir d'acheter les applications comme le feraient des particuliers, en les synchronisant ensuite

[16] Legendre, Françoise. Jeu vidéo et bibliothèques : pour une conjugaison fertile. IGB, 2015 [En ligne] : http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notices/65198-jeu-et-bibliotheque-pour-une-conjugaison-fertile.

sur plusieurs machines en profitant des latitudes laissées par les constructeurs pour les usages familiaux. Ce « bricolage » a certes permis d'avoir ces contenus à disposition en bibliothèque, mais il reste illicite dans la mesure où les conditions d'utilisation des applications interdisent généralement les usages collectifs[17].

Ces tolérances de fait dont bénéficient les bibliothèques présentent cependant un caractère ambivalent. Certes, elles permettent à des pratiques de se développer, là où le cadre légal n'a pas encore été adapté pour les accompagner. Mais dans le même temps, elles constituent un facteur de fragilité pour les bibliothèques, car elles peuvent à tout moment être retirées par les ayants droit. L'exemple des lectures publiques en bibliothèque montre que même des acquis paraissant à première vue difficilement contestables peuvent faire l'objet de remises en cause soudaines. En 2016, une société d'éditeurs (la Société Civile des Editeurs de Langue Française) a ainsi manifesté sa volonté de soumettre au paiement de redevances les lectures à haute voix d'ouvrages en bibliothèque ou des activités comme les Heures du Conte, alors que ces activités étaient traditionnellement effectuées sans rémunérer les ayants droit. Or juridiquement, les lectures constituent bien des représentations des œuvres, nécessitant une autorisation préalable et un paiement si les titulaires de droits le décident, y compris lorsqu'elles s'effectuent dans un cadre commercial[18]. Même si les lectures publiques en bibliothèque pourraient continuer à bénéficier d'une exonération, on mesure bien les limites des tolérances de fait et les usages numériques bénéficiant aujourd'hui de ces marges de manœuvre pourraient tout à fait se voir contestés de la même manière.

Un encadrement *a minima*

Le numérique a amplifié certaines des failles juridiques qui affectaient déjà les bibliothèques dans l'environnement analogique. La législation sur le droit d'auteur n'a jamais encadré les activités en bibliothèque qu'*a minima*, parce que cela aurait contraint le législateur à

[17] Fourmeux, Thomas. Quand le bibliothécaire devient applithécaire. Biblio Numericus, 22 avril 2013 : http://biblionumericus.fr/2013/04/22/quand-le-bibliothecaire-devient-applithecaire/

[18] Girad, Hélène. Droits d'auteur et lectures publiques : les bibliothécaires invoquent les droits culturels. La Gazette des Communes, 18 novembre 2016 : http://www.lagazettedescommunes.com/472392/droits-dauteur-et-lectures-publiques-les-bibliothecaires-invoquent-les-droits-culturels/

multiplier les exceptions, alors que l'adoption de telles dispositions est politiquement sensible en raison de l'opposition des ayants droit. A défaut d'une approche méthodique, la législation européenne et nationale a procédé par petites touches, contraignant les bibliothécaires à emprunter la voie contractuelle et à avancer dans des zones grises pour développer leurs activités numériques.

Seule une refonte en profondeur du care juridique permettrait de sortir de cette situation inconfortable pour les bibliothèques, en introduisant un système complet d'exceptions couvrant l'ensemble des activités en bibliothèque (prêt, reproduction, diffusion, etc.) en embrassant à la fois l'analogique et le numérique[19]. Si un tel texte était adopté, alors pourrait-on dire : « Digital is not different ». Mais le consensus politique en faveur d'une telle (r)évolution paraît encore loin d'être atteint…

Encadré : Les licences Creative Commons et les bibliothèques

Nées à Harvard en 2001, sous l'impulsion du professeur de droit Lawrence Lessig, les licences Creative Commons[20] sont inspirées des licences de logiciel libre. A l'image de la première d'entre elles, la licence GNU-GPL, ces contrats visent à renverser la logique du droit d'auteur en accordant des libertés garanties aux utilisateurs plutôt qu'en posant des restrictions (Copyleft).

Les licences Creative Commons visent à élargir ce dispositif en offrant aux auteurs de tous types d'œuvres (textes, images, musiques, vidéos, etc.) les moyens de faciliter la réutilisation de leurs œuvres sur Internet. Fonctionnant à partir d'un système d'options, toutes les licences Creative Commons autorisent la reproduction et la communication des œuvres, y compris en ligne. L'auteur peut maintenir certaines restrictions comme le respect de la paternité, l'interdiction d'usage commercial, l'interdiction des modifications ou le partage à l'identique des créations dérivées. Ces choix se matérialisent par des icônes aisément reconnaissables par les internautes.

[19] Un tel texte existe sous la forme d'une proposition de traité international promu par l'IFLA et discuté au sein des instances de l'OMPI depuis 2011. Voir Treaty Proposal on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives : https://www.ifla.org/FR/node/5856

[20] Voir le site officiel : https://creativecommons.org/

Après plus de 15 ans d'existence, ces licences ont été largement adoptées dans le monde entier et on estime que plus d'1,2 milliards d'œuvres sous Creative Commons sont proposées sur Internet[21]. Plusieurs grandes plateformes comme Flickr, Youtube ou SoundCloud les proposent à leurs utilisateurs, et l'encyclopédie libre Wikipédia est placée sous une licence Creative Commons.

Les bibliothèques peuvent puiser dans les œuvres sous Creative Commons pour les proposer à leurs usagers, en complément des collections traditionnelles. Un nombre croissant d'établissements ont mis en place des dispositifs dédiés dans leurs emprises physiques, comme des Library Box ou des bornes de Culture libre. Néanmoins, la synergie entre bibliothèques et contenus sous Creative Commons n'est pas toujours évidente. En effet, les bibliothèques ont pris l'habitude de développer leurs collections par acquisition d'œuvres proposées par le secteur marchand. Il leur est moins naturel d'aller directement sur Internet pour sélectionner des œuvres libres, le plus souvent auto-produites par leurs auteurs, alors qu'une telle tâche constitue pourtant le prolongement naturel de leur mission de médiation.

Les bibliothèques peuvent aussi placer leurs propres productions sous licence Creative Commons (sites web, textes, contenus pédagogiques, données, etc.), contribuant ainsi à l'enrichissement des « communs culturels ». Cela peut concerner notamment les notices bibliographiques produites par les établissements. Si ces dernières ne sont pas couvertes directement par le droit d'auteur, elles relèvent de la protection du droit des bases de données. Or plusieurs grands établissements ont choisi de renoncer volontairement de libérer les données de leurs catalogues, soit en utilisant des licences Creative Commons (British Library, Bibliothèque nationale de Suède ou d'Allemagne), soit en utilisant des licences spécifiques dédiée à l'Open Data (Bibliothèque nationale de France)[22].

[21] Voir Creative Commons. State of the Commons 2017 : https://stateof.creativecommons.org/
[22] Voir Cartier, Aurore. Promesses et défis de l'Open Data en bibliothèque. In Communs du savoir et bibliothèques. Cercle de la Librarie, 2017.