

Analyse des systèmes de répertoire institutionnel, en particulier l'ORBI de l'ULg

Avant de détailler l'analyse juridique concernant le système des exceptions au droit d'auteur en Belgique, voici une synthèse des réponses aux questions posées:

- *Pour les articles publiés dans des revues, le système de l'ORBI est-il conforme à la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur ?*
- En l'état actuel de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, telle que modifiée par la loi du 22 mai 2005 (ci-après « LDA » ou « loi sur le droit d'auteur »), le système de l'ORBI n'est pas tout à fait conforme aux exigences légales. Le système de l'ORBI poursuit un objectif légitime de maximisation de l'accès aux travaux des membres de la communauté universitaire, mais pose problème (notamment en ce qu'il prévoit un accès ouvert à l'œuvre sans autorisation d'un éditeur titulaire du droit d'auteur, voire un système de « tiré à part »). Le régime des exceptions à la loi sur le droit d'auteur n'est pas cohérent suite aux adaptations successives de la loi, lesquelles ont dû tenir compte des textes européens (et en particulier de l'article 5 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information). Il nous paraît que la loi sur le droit d'auteur devrait être modifiée afin (i) de clarifier et modifier le jeu des exceptions en fonction des exigences nouvelles de l'enseignement et de la recherche à l'ère du numérique et/ou (ii) de modaliser, comme le préconise l'avis du 21 septembre 2009 du Conseil de la propriété intellectuelle sur les « bibliothèques numériques », « l'exercice du droit exclusif au moyen du système de gestion collective obligatoire, voire de licences collectives étendues »¹, à condition d'assurer toute la transparence qui s'impose en la matière. L'auteur de la présente analyse participe aux travaux du Groupe de travail ad hoc qui a été institué au sein du Conseil de la propriété intellectuelle afin de repenser le système des exceptions. Des propositions précises de modification des exceptions sont actuellement discutées et seront présentées pour avis du Conseil de la propriété intellectuelle (section « droit d'auteur et droits voisins »).
- *Les possibilités offertes aux auteurs (par exemple d'envoyer des "tirés à part" électroniques ou de mettre en ligne des articles en accès ouvert) sont-elles conformes aux exceptions de l'article 22 de cette loi ?*
- L'envoi des « tirés à part » électroniques et la mise en ligne en accès ouvert, qui constituent des *communications*, supposent d'abord la *reproduction* des articles de revue dans le répertoire institutionnel. Cette reproduction est très probablement permise par les articles 22, §1^{er}, 4^oter ou 22, §1^{er}, 8^o LDA. Par contre, les actes

¹ Conseil de la Propriété intellectuelle, Section « Droit d'auteur et Droits voisins », *Avis : Pistes de réflexion relatives aux « bibliothèques numériques » dans trois cas de figure* (21 septembre 2009, ci-après « Avis du CPI »), p. 54.

qualifiés d'envoi de « *tirés à part* » ne peuvent rentrer dans les exceptions visées aux articles 22, §1^{er}, 4^oquater ou 22, §1^{er}, 9^o LDA. A cet égard, il est important d'envisager une révision de la loi sur le droit d'auteur pour faciliter la diffusion des productions scientifiques sans compromettre la mise à disposition à la demande par les éditeurs. L'*accès ouvert* n'est clairement pas couvert par les exceptions au droit d'auteur ; même modifiée, la loi ne devrait pas permettre cette possibilité par voie d'exception ; l'accord de l'éditeur (s'il est titulaire du droit d'auteur) devrait toujours être obtenu, sous peine de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Cette analyse suppose que les droits aient été cédés soit à l'association savante responsable au plan scientifique de la publication, soit à l'éditeur de la revue – les auteurs pouvant bien entendu autoriser tous les actes décrits ci-dessus s'ils ont conservé leurs droits, ce qui sera souvent le cas pour les revues francophones, lesquelles n'exigent habituellement pas que l'auteur signe un contrat de cession des droits.

- *La déclaration de Berlin promeut l'open access, mais peut-il y avoir, en droit belge, une mise à disposition gratuite à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique d'articles parus dans des revues (et donc sous droits) en risquant de porter un préjudice à l'exploitation commerciale de l'œuvre ?*
- Si préjudice est porté à « l'exploitation normale de l'œuvre », la réponse est clairement non, car l'absence d'un tel préjudice est une condition d'application de l'article 22, §1^{er}, 4^oquater LDA. Mais la question est précisément de savoir si, en fait, le système de l'ORBI porte préjudice à l'exploitation normale des œuvres. La réponse nécessite de disposer de toutes les données économiques nécessaires. En cas d'*accès ouvert* à l'œuvre sans autorisation d'un éditeur titulaire du droit d'auteur, nous pensons qu'il y aura préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre. En revanche, il n'est pas sûr que la possibilité d'envoyer des « *tirés à part* » porte nécessairement préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre; à nouveau, c'est une question qui suppose d'avoir suffisamment d'informations sur les modes d'exploitation et les pratiques de diffusion (si, par exemple, une revue est essentiellement exploitée par abonnements (pas par la vente au numéro ou à l'article) et si un grand pourcentage des abonnements sont de toute façon conclus avec des bibliothèques, il est loin d'être acquis que la pratique des « *tirés à part* » est nécessairement préjudiciable à l'exploitation normale de l'œuvre ; cela dit, les modes d'exploitation normale évoluent aussi, et il se pourrait que la vente d'articles en ligne devienne un mode d'exploitation normal et prédominant ; par ailleurs, le fait que de nombreuses revues sont tout juste rentables conduit aussi à penser que toute diminution, même marginale, des revenus, par exemple suite à l'envoi de « *tirés à part* », peut compromettre l'exploitation normale des revues). En outre, d'autres conditions, parfois mal libellées, des exceptions légales font obstacle à l'application de celles-ci aux actes ici considérés.

- *Le cas échéant, les opérateurs des répertoires institutionnels pourraient-ils voir leur responsabilité engagée ?*
- Oui, soit qu'ils soient les auteurs directs de la contrefaçon éventuelle, soit qu'ils y contribuent (pour tierce-complicité sur pied de l'article 1382 du Code civil), spécialement si l'utilisation du système est rendue obligatoire pour les membres du personnel.
- *Dans l'hypothèse où aucun contrat écrit n'a été conclu avec les auteurs, qu'en est-il de l'opposabilité des mentions relatives à la reproduction des articles (par ex sur un site Internet) ?*
- En l'absence de contrat entre l'éditeur et l'auteur (à défaut d'acceptation expresse ou tacite), ces mentions ne sont pas « opposables », ou plutôt n'ont pas de force obligatoire contractuelle. La question est alors de savoir s'il peut y avoir connaissance raisonnable et acceptation tacite de ces mentions en l'absence de contrat écrit avec l'éditeur, ce qui requiert que le silence de l'auteur soit circonstancié : l'acceptation est (1) probable si l'éditeur a envoyé ces mentions en attirant spécialement l'attention de l'auteur ; (2) moins probable si les mentions figurent simplement dans les consignes aux auteurs ; (3) moins probable encore si les mentions figurent dans la revue ou sur le site internet de l'éditeur ; (4) probablement pas établie si l'auteur n'a reçu aucune information expresse au sujet des mentions. En cas de non « opposabilité », une responsabilité extra-contractuelle n'est toutefois pas à exclure.

Après cette synthèse des réponses aux questions posées, on peut passer à une analyse plus détaillée.

I. Caractéristiques du système de l'ORBI

Pour la « description du projet de répertoire institutionnel de l'ULg : ORBI », nous renvoyons à la note de M. Marc Minon qui nous a été communiquée et à ses annexes. Nous ne reprendrons ici que quelques caractéristiques (les passages entre guillemets ci-dessous renvoient à cette note).

Tout d'abord, le dépôt, dans le répertoire institutionnel, d'une copie électronique d'un article de revue (en sus de ses métadonnées), constitue une reproduction (soumise à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur). Si ce dépôt est obligatoire pour chaque article de revue, il y aura systématiquement reproduction. Cette reproduction est normalement effectuée par l'auteur de l'article, mais avec la contribution de l'ULg. La numérisation est donc effectuée à grande échelle, qu'il y ait ou non demande ponctuelle d'accès par un tiers.

Ensuite, l'accessibilité sans délai à l'ensemble de la communauté de l'ULg (après identification sur l'extranet de l'Université) constitue une communication au public, elle aussi systématique. Cette communication est autorisée par l'auteur de l'article, mais effectuée avec la contribution de l'ULg.

Enfin, « en ce qui concerne la diffusion externe, l'auteur est invité (en fonction des accords qu'il a éventuellement pris avec son éditeur) à opter pour un des trois modèles suivants :

- accès libre (ouvert donc à tout internaute) ;
- accès libre après une période d'embargo ;
- ou accès réservé. »

« Dans ces deux derniers cas, ont cependant été prévus un système permettant à tout internaute d'envoyer automatiquement – après s'être « identifié » (possibilité, évidemment, d'envoyer un pseudonyme) et après avoir accepté une licence d'utilisation (cf. annexe 1) – à l'auteur d'un article une demande (motivée ou non) d'accès au texte intégral de celui-ci (une demande de « tiré à part »), et un système de réponse, quasi-automatique de la part de l'auteur (acceptation par simple clic - cf. annexe 2). »

Cette « licence d'utilisation » (ou « tiré à part ») est donc accordée par l'auteur de l'article (mais avec la contribution de l'ULg) à tout internaute (universitaire ou non) qui en fait la demande (motivée ou non – partant, même à des fins autres que celles d'enseignement et de recherche scientifique ou d'étude privée). Le terme de « tiré à part » utilisé ici ne correspond pas au sens qu'il a dans le domaine de l'édition papier, notamment en ce que le « tiré à part » classique est imprimé et envoyé aux contributeurs au moment de la parution du livre ou de la revue (l'envoi subséquent par le contributeur à des collègues peut indirectement contribuer à faire connaître le livre) ; en outre, le « tiré à part » classique est distribué en nombre limité (ce qui n'est pas le cas ici).

En annexe 1 du descriptif figure la licence d'utilisation ORBI. Nous y renvoyons et nous limitons à quelques remarques, lesquelles montrent déjà les nombreuses difficultés posées par ces licences:

- curieusement, la licence est donnée par « l'Université, dûment autorisée par les auteurs ou leurs ayants droit » : comment l'Université obtient-elle cette autorisation ?
- l'Utilisateur n'a-t-il aucun rapport contractuel avec l'auteur ou ses ayants droit ?
- l'Utilisateur est autorisé à accomplir certains actes, selon les principes énoncés par la « Budapest Open Access Initiative », notamment à « transmettre » : qu'entend-on par là ? comment concilie-t-on cela avec le caractère (justement) « non transmissible à des tiers » de cette licence non exclusive ?
- l'Utilisateur est finalement autorisé à s'en servir « à toute fin légale » : ne conviendrait-il pas de préciser ?
- la licence, conférée à titre gratuit, « n'autorise aucune utilisation du document à des fins commerciales ».

- « par la présente licence, l'Utilisateur reconnaît avoir pris connaissance des mentions légales du site du Répertoire institutionnel de l'Université de Liège et en accepter les termes » : la référence à ces mentions sans qu'il soit nécessaire d'y accéder avant de les accepter pose problème et, du point de vue des initiateurs du système, il serait plus sûr de retranscrire ces mentions légales *in extenso* sur la même page (dans un format marquant la différence des textes) et d'ajouter un bouton ou une fenêtre d'acceptation.

L'annexe 2 est le courriel type signalant à l'auteur qu'un utilisateur souhaite un « tiré à part » d'un de ses articles. Il stipule notamment que « cette personne s'est engagée à utiliser le(s) document (s) demandé(s) dans le strict respect des exceptions légales, à savoir à des fins strictement privées, d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique et à en indiquer la source, y compris le nom de l'auteur ». La licence ne donne à l'utilisateur aucune précision sur ces fins. Aucun moyen de vérifier le respect de ces formalités n'existe.

Par ailleurs, « l'Université de Liège s'est engagée verbalement auprès des éditeurs à :

- retirer de son site tout document qui y aurait été déposé en accès libre contrairement aux accords pris par l'auteur avec son éditeur ;
- intervenir (*a posteriori* donc) auprès d'un auteur qui aurait accepté de diffuser des tirés à part de ses articles, en contradiction avec les accords qu'il aurait pris avec son éditeur. »

Dans le cas le plus délicat, celui d'un accès libre contrairement aux accords pris par l'auteur avec son éditeur, l'ULg offre ainsi aux éditeurs la sanction par excellence du droit d'auteur, à savoir la cessation de la contrefaçon, par une procédure informelle de « notification et retrait » du contenu sans besoin d'agir en justice. L'intervention postérieure auprès de l'auteur semble disciplinaire et non relative à des dommages-intérêts (qui seraient très probablement minimes dans une action au fond).

Finalement, ce répertoire institutionnel n'a pas un but lucratif mais un but d'enseignement et de recherche, ce qui constitue un objectif manifeste d'intérêt public. Comme les œuvres émanent du personnel de l'ULg, la problématique des œuvres orphelines ou épuisées ne semble pas essentielle en l'espèce, et ne sera pas discutée.

II. Les exceptions légales

A. Les exceptions dans la loi du 22 mai 2005 : généralités

Les exceptions légales pertinentes sont prévues par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, telle que modifiée par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit

belge la directive européenne² 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information,³ entrée en vigueur le 27 mai 2005.

La formulation de ces exceptions telles qu'elles résultent de la révision par la loi du 22 mai 2005 n'est pas très satisfaisante et de nombreuses incohérences existent qui en rendent la compréhension difficile. Des commentateurs ont ainsi critiqué le travail du législateur pour ses « erreurs, discordances ou oublis sans doute de nature plus technique que relevant d'un choix délibéré mais qui rendent plus difficiles encore la lecture et l'interprétation des textes. Le remaniement des exceptions aboutit à un ensemble très complexe où les contenus peuvent se chevaucher ou s'influencer l'un l'autre sans que cela fût nécessairement voulu par le législateur, et où la cohérence n'y trouve guère son compte ». ⁴ Et de conclure : « sans conteste, l'ouvrage est à remettre sur le métier ». ⁵

S'agissant plus spécifiquement des bibliothèques numériques, le Conseil de la Propriété intellectuelle a récemment relevé que « dans le cadre de projets de numérisation et d'accessibilité à grande échelle et dans le cadre d'une demande ponctuelle, l'application des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins est limitée et soulève de nombreuses questions. Un expert représentant les ETABLISSEMENTS a indiqué que cette limitation, voire cette inadéquation, résulte du fait que les exceptions n'ont pas été prévues pour les projets de « bibliothèques numériques ». » ⁶

B. Les exceptions pertinentes en l'espèce

Les exceptions légales au droit d'auteur pertinentes en l'espèce sont les suivantes (nous indiquons entre parenthèses l'exception correspondante pour les droits voisins, bien que ceux-ci ne sont a priori pas concernés par le système de l'ORBI qui vise uniquement les publications de chercheurs) :

- Article 22, §1^{er}, 4^oter (et 46, alinéa 1er, 3^obis) LDA ;

² Pour le contexte européen, voy. not. M. Iglesias, « Digital Libraries : any step forward ? », *Auteurs & Media*, 2008/5, pp. 345-363 ; M.J. Iglesias Portela et L. Vilches Armesto, « Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe : qu'en est-il ? », *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, 2007, vol. 19, n° 3, pp. 937-987 ; S. Dusollier, « Droit d'auteur et bibliothèques dans l'univers numérique », *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, 2002, n° 12, pp. 79-89.

³ *M.B.*, 27 mai 2005, p. 24997.

⁴ F. de Visscher et B. Michaux, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *J.T.*, 2006, pp. 133-144, 144. Sur cette loi, voy. ég. F. Brison et B. Michaux, « La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *Auteurs & Media*, 2005/3, pp. 212-222 ; F. BRISON et H. VANHEES (éds.), *Hommage à Jan Corbet – La loi belge sur le droit d'auteur : commentaire par article*, Larcier 2008 (2^{ème} éd.).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Conseil de la Propriété intellectuelle, Section « Droit d'auteur et Droits voisins », *Avis relatif aux « bibliothèques numériques »*, p. 41.

- Article 22, §1^{er}, 4^oquater (et 46, alinéa 1er, 3^oter) LDA ;
- Article 22, §1^{er}, 5^o (et 46, alinéa 1er, 4^o) LDA ;
- Article 22, §1^{er}, 8^o (et 46, alinéa 1er, 7^o) LDA ;
- Article 22, §1^{er}, 9^o (et 46, alinéa 1er, 8^o) LDA.

Il s'agit essentiellement des exceptions à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, ou dans le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique.

L'article 22 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dispose :

« §1^{er}. Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire : (...)

4^oter - la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres d'art plastique ou graphique ou celle de courts fragments d'autres œuvres, lorsque cette reproduction est effectuée sur tout support autre que sur papier ou support similaire, à l'aide de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée ;

4^oquater - la communication d'œuvres, lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, et à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée ;

5^o - la reproduction sur tout support autre que sur papier ou support similaire d'œuvres, effectuée dans le cercle de famille et réservée à celui-ci ; (...)

8^o - la reproduction limitée à un nombre de copies déterminé en fonction de et justifié par le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique, effectuée par des bibliothèques accessibles au public, des musées ou par des archives qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique, direct ou indirect, pour autant que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les matériaux ainsi produits demeurent la propriété de ces institutions qui s'interdisent tout usage commercial ou lucratif.

L'auteur pourra y avoir accès, dans le strict respect de la préservation de l'œuvre et moyennant une juste rémunération du travail accompli par ces institutions ;

9^o - la communication y compris par la mise à disposition à des particuliers, à des fins de recherches ou d'études privées, d'œuvres qui ne sont pas offertes à la vente ni soumises à des conditions en matière de licence, et qui font partie de collections des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement et scientifiques, des musées, ou des archives qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique, direct ou indirect, au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements.(...) »

III. Analyse des exceptions pertinentes

Nous analyserons d'abord les exceptions au droit de reproduction (A), puis celles au droit de communication au public (ou mise à disposition) (B), ensuite la condition, commune à certaines exceptions, d'absence d'atteinte ou de préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre (C), avant de conclure sur la responsabilité des opérateurs (D). Les exceptions en matière de reproduction sont avant tout importantes pour juger de la légalité de la constitution du répertoire institutionnel, tandis que les exceptions au droit de communication au public sont importantes pour se prononcer sur la légalité des envois de « tirés à part » et autres communications envisagées.

A. Les exceptions au droit de reproduction

1. Article 22, §1^{er}, 4^{ter} LDA : reproduction à des fins d'illustration de l'enseignement et de recherche scientifique

Cette exception ne permet, pour les œuvres autres que les articles⁷ ou les œuvres d'art plastique ou graphique, que la reproduction fragmentaire et non la reproduction intégrale. La reproduction intégrale d'ouvrages en est donc exclue, mais en l'espèce, n'est pas en cause dans le projet ORBI. Par ailleurs, l'exception vise les reproductions autres que sur papier ou support similaire ; les reproductions dans un répertoire institutionnel *électronique* sont donc couvertes par cette exception.

Selon le Conseil de la Propriété intellectuelle, « il serait envisageable que les bibliothèques des établissements d'enseignement bénéficient de cette exception dans le cadre de projets de numérisation à grande échelle de leurs collections d'articles et/ou d'œuvres plastiques afin d'en permettre la conservation. »⁸ Mais est-il certain que les bibliothèques des établissements d'enseignement puissent bénéficier de cette disposition ? A priori, rien n'interdit de considérer que des bibliothèques, des archives ou des répertoires institutionnels puissent en bénéficier dès lors que ces institutions poursuivent des finalités d'enseignement ou de recherche.

Encore faut-il que les autres conditions légales soient réunies :

- la source, y compris le nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible, doit être indiquée ;
- la reproduction doit être réalisée par l'établissement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique ;
- la reproduction doit être réalisée dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi ;
- la reproduction ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

⁷ Le terme « article » s'entend ici au sens d'article de revue littéraire ou scientifique.

⁸ Avis du CPI, p. 45.

En l'espèce, nous pensons que ces conditions pourraient être remplies. Nous discuterons la condition d'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre dans une section commune à toutes les exceptions.⁹

2. Article 22, §1^{er}, 8° LDA : reproduction dans un but de préservation du patrimoine culturel et scientifique

Une caractéristique de cette exception est qu'elle permet la reproduction intégrale pour tous les types d'œuvres, contrairement à la précédente.

Cette reproduction est limitée à un nombre de copies déterminé en fonction de et justifié par le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique. En l'espèce, quel est le nombre de copies réalisées (vu le support électronique) ? On pourrait considérer qu'il n'y a qu'une copie durable réalisée sur le serveur central où le répertoire institutionnel se trouve hébergé.

On peut également considérer qu'un répertoire institutionnel tenu par une institution universitaire poursuit un but de préservation du patrimoine culturel et scientifique, outre sa fonction évidente pour la recherche scientifique.

Faut-il en outre que l'institution faisant les copies (la disposition parle des « bibliothèques », « musées » ou « archives ») soit accessible au public ? Cette condition d'accessibilité au public semble s'appliquer aux bibliothèques seulement (et elle est a priori remplie pour les musées), alors que les services d'archives ne sont apparemment pas soumis à cette condition¹⁰. Dès lors, un répertoire institutionnel qui se rapproche d'un service d'archive ne doit pas nécessairement être accessible au public pour bénéficier de l'exception.

Les conditions d'absence d'un « avantage commercial ou économique » et d'absence d'un « usage commercial ou lucratif » (autres termes apparaissant au second alinéa de l'article 22, §1, 8°) sont également a priori remplies pour le cas du répertoire institutionnel d'une institution universitaire.

Il convient encore de discuter l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur (voir ci-après).¹¹

3. Article 22, §1^{er}, 5° LDA : copie privée

C'est la condition du « cercle de famille » qui pose ici problème, bien que des commentateurs aient parfois suggéré que l'exception de copie privée s'étende à toute utilisation interne (à

⁹ Voir point III.C. ci-dessous.

¹⁰ On a là un autre exemple où le libellé de l'exception n'est pas clair et mériterait d'être revu.

¹¹ Voir point III.C ci-dessous.

l'institution ou l'entreprise). Elle ne peut de toute façon s'appliquer à un projet institutionnel à grande échelle tel que l'ORBI.

B. Les exceptions au droit de communication ou mise à disposition

En l'espèce, la communication pose davantage de problèmes que la reproduction.

1. Article 22, §1^{er}, 4^oquater LDA : communication à des fins d'illustration de l'enseignement et la recherche scientifique

Selon le Conseil de la Propriété intellectuelle, « dans le cadre de l'accessibilité à grande échelle des collections numérisées par les bibliothèques des établissements d'enseignement, ces dernières pourraient bénéficier des dispositions visées aux articles 22, §1^{er}, 4^oquater et 46, alinéa 1^{er}, 3^oter, LDA. En effet, ces dispositions ne limitent pas l'étendue de la communication, y compris de la mise à disposition. Cependant, l'accès à des collections numérisées implique une numérisation préalable et, le cas échéant, l'application des limitations prévues aux articles 22, §1^{er}, 4^oter¹² et 46, alinéa 1^{er}, 3^obis, LDA, relatives à la numérisation de « courts fragments » d'autres œuvres et de prestations. »¹³

Encore faut-il que les conditions légales soient réunies :

- la source, y compris le nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible, doit être indiquée;
- la communication est réalisée par l'établissement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique ;
- la communication est justifiée par le but non lucratif poursuivi ;
- la communication se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement ;
- la communication ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ;
- la communication ne peut être réalisée qu'au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement.

Concernant cette dernière condition (« au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement »), le Conseil de la propriété intellectuelle note la difficulté d'interprétation : « La question se pose de savoir comment ces termes doivent être interprétés et, par exemple, si des enseignants ou des chercheurs pourraient avoir accès aux œuvres et prestations des bibliothèques des établissements d'enseignement, depuis leur bureau ou leur maison. »¹⁴ On peut sans doute considérer que le réseau fermé « peut s'étendre à des terminaux en dehors de l'établissement pourvu qu'il soit contrôlé par l'institution concernée et accessible seulement à

¹² Voir point III.A.1, ci-dessus.

¹³ Avis du CPI, p. 45.

¹⁴ Avis du CPI, p. 47.

son personnel ou à ses étudiants ».¹⁵ Mais cette condition « vise à limiter le bénéfice de l'exception au profit des enseignants, chercheurs et étudiants qui ont accès à ces réseaux. Elle ne vise donc que les réseaux qui requièrent une identification préalable par un *log in* (nom d'utilisateur et mot de passe) ».¹⁶ A propos de la notion de « réseaux de transmission fermés de l'établissement », nous nous rallions à l'avis du Conseil de la propriété intellectuelle qui estime qu'« une précision quant à l'interprétation de ces termes de la part du législateur serait souhaitable. »¹⁷ C'est là un autre exemple qui montre la nécessité de clarifier le champ des exceptions.

S'agissant des répertoires institutionnels, la condition des « réseaux de transmission fermés de l'établissement » pose de toute manière problème dans les cas où l'utilisateur utilise des réseaux ouverts. En l'état du droit, cette exception ne peut s'étendre à des utilisateurs tiers utilisant des réseaux ouverts ou, comme dans le système ORBI, faisant une demande de « tiré à part » (sans même devoir s'identifier).

Les conditions de fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, de justification par le but non lucratif poursuivi, et du cadre des activités normales de l'établissement paraissent remplies.

Mais l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre doit être discutée ; elle le sera dans une section commune à toutes les exceptions.¹⁸

Par ailleurs, le Conseil de la Propriété intellectuelle a émis les remarques suivantes qui sont pour partie pertinentes pour l'analyse des répertoires institutionnels, en tout cas pour leur usage au sein d'une université ou par d'autres communautés universitaires: « il convient de prendre en compte les spécificités des universités, dès lors que leurs bibliothèques ne disposent pas de statut juridique en tant que tel et que leurs bibliothèques peuvent se trouver sur des sites géographiques différents.

Il conviendrait également de s'interroger sur les possibilités offertes, par les bénéficiaires des dispositions précitées, aux « tiers-utilisateurs » en termes de reproduction des œuvres et prestations auxquelles ils ont accès. Différentes possibilités sont envisageables (seule ou cumulée) :

- la consultation en tout ou en partie ?
- une reproduction partielle ou intégrale sur papier ou support similaire ?
- une reproduction partielle ou intégrale sur support numérique ?

¹⁵ F. de Visscher et B. Michaux, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *J.T.*, 2006, pp. 133-144, 138, citant « Doc. Parl., Ch., 2004-2005, n° 51-1137/008 (amendement n°89, point D), pp. 14-15 ; Rapport, 34 ; considérant n° 42 de la Directive ».

¹⁶ F. Brison et B. Michaux, « La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *Auteurs & Media*, 2005/3, pp. 212-222, 214, citant amendement n°89, point D, et DOC 51 1137/013, p. 34.

¹⁷ Avis du CPI, p. 50.

¹⁸ Voir point II.C. ci-dessous.

En effet, cette question n'est pas anodine dès lors qu'elle permettrait à un particulier ou un autre ETABLISSEMENT, en tant que « tiers-utilisateur », d'avoir accès à une œuvre numérisée et, le cas échéant, de la reproduire à des fins propres, d'illustration de l'enseignement ou de recherche. Cette possibilité pourrait notamment permettre aux ETABLISSEMENTS d'éviter les doublons, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'exploitation normale des œuvres, dans le cadre de projets de numérisation lorsqu'ils disposent de l'œuvre mais pas des moyens techniques et financiers pour pouvoir numériser eux-mêmes ». ¹⁹

En l'espèce, le système de l'ORBI permet à l'utilisateur la reproduction intégrale sur tout support. Seule l'utilisation à des fins commerciales lui est interdite, à peine de retrait de la licence.

2. Article 22, §1^{er}, 9^o LDA : communication à des particuliers, à des fins de recherches ou d'études privées

Selon le Conseil de la Propriété intellectuelle: « dans le cadre d'une demande ponctuelle d'accès à une œuvre ou à une prestation numérisée, l'exception de communication au public, y compris de mise à disposition, à des fins de recherches et d'études privées, visée aux articles 22, §1^{er}, 9^o et 46, alinéa 1^{er}, 8^o, LDA, est également susceptible de s'appliquer. Toutefois, (...) l'objet de la communication, y compris de la mise à disposition, est extrêmement limité. Il ne peut s'agir que d'une œuvre publiée ou d'une prestation de la collection de l'établissement qui n'est pas offerte à la vente ni soumise à des conditions en matière de licence (...). En outre, la communication, y compris la mise à disposition (telle que la consultation sur ordinateur), ne peut se faire qu'au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements ». ²⁰

La condition de l'objet de la communication, « une œuvre (...) qui n'est pas offerte à la vente ni soumise à des conditions en matière de licence », peut recevoir au moins deux interprétations :

- la première (restrictive) considère que seules sont visées les éditions épuisées et peut-être orphelines : *a contrario*, toute œuvre protégée disponible sur le marché (même sur support analogue) ne pourrait être communiquée en vertu de cette exception ;
- la seconde (extensive, et « plus équilibrée » selon des commentatrices²¹) considère que sont visées les œuvres non offertes à la vente (épuisées) ou offertes à la vente mais non commercialisées pour l'acte spécifique de communication, y compris la mise à disposition : *a contrario*, l'exception ne s'applique pas dans les seuls cas où l'œuvre

¹⁹ Avis du CPI, p. 46.

²⁰ Avis du CPI, p. 48.

²¹ M.J. Iglesias et S. Dusollier, « Comments of the CRID on the Note by OPRI on the Digital Libraries », p. 3.

est soumise à des conditions en matière de licence interdisant la communication y compris la mise à disposition.

L'exception est également limitée à la communication « au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements ». Cette condition doit-elle s'interpréter « raisonnablement », comme incluant l'accès par le personnel de l'établissement de leur bureau (dans les locaux, mais sur des terminaux généraux) ou de leur domicile privé (à distance) dès lors que cet accès est justifié par leurs activités au sein de l'établissement,²² ou bien, « à la différence de l'exception précédente, le réseau à distance (*extranet*) n'est[-il] ici pas envisagé » ?²³ Un doute subsiste qui montre encore une fois la nécessité de clarifier le texte législatif en matière d'exceptions.

Nous pensons que, dans l'état du texte, l'exception ne peut être invoquée pour les communications envisagées des articles du répertoire institutionnel.

Contrairement aux exceptions précédentes, cette exception n'est pas (expressément du moins, sans préjudice d'un test des trois étapes éventuellement imposé par des dispositions communautaires ou internationales) soumise à la condition l'absence d'atteinte ou de préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre.

C. L'absence d'atteinte ou de préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre : une condition commune à certaines exceptions

Comme on l'a souligné ci-dessus, certaines des exceptions pertinentes pour le cas d'espèce sont soumises à la condition qu'elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Cette condition trouve son origine dans le test dit « des trois étapes » qui provient lui-même des textes communautaires et internationaux (tels que la Convention de Berne, les accords ADPIC et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur).²⁴ Par exemple, l'article 5.5 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, prévoit que : « Les exceptions et limitations (...) ne sont applicables que (1) dans des cas spéciaux qui (2) ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni (3) ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».²⁵

La question demeure controversée de savoir si le « test des trois étapes » est « non seulement un précepte pour le législateur mais aussi (...) un guide d'application concrète des exceptions

²² M. J. Iglesias et S. Dusollier, « Comments of the CRID on the Note by OPRI on the Digital Libraries », p. 4.

²³ F. de Visscher et B. Michaux, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *J.T.*, 2006, pp. 133-144, 138.

²⁴ F. Brison et B. Michaux, « La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *Auteurs & Media*, 2005/3, pp. 212-222, 216. Voy. gén. : S. Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222.

²⁵ Chiffres ajoutés par nous.

par le juge » (et non seulement une règle d'interprétation).²⁶ S'il s'agit d'un guide d'application concrète des exceptions, alors les trois conditions doivent être vérifiées pour l'application de chaque exception par le juge, ce qui revient en fait à ajouter des conditions à celles expressément indiquées pour chaque exception. Les travaux préparatoires à la loi du 22 mai 2005 – laquelle visait à transposer la directive 2001/29 reprenant le test des trois étapes (art. 5(5)) – ne vont pas en ce sens, le Ministre de la justice ayant déclaré que « le test s'adresse avant tout au législateur » et que « ce serait un mauvais signal si (on) reprenait ce test dans la loi elle-même (car) on pourrait en conclure que le législateur n'est pas certain que les exceptions nationales sont conformes au test en trois étapes ». En mentionnant le test dans l'Exposé des motifs et non dans le corps de la loi, « le gouvernement (a) donc (voulu) éviter de créer une insécurité juridique ». ²⁷ Le débat n'est pas clos sur ce point de savoir si les trois conditions du test des trois étapes doivent être vérifiées à chaque fois. Nous tendons à considérer que, vu que certaines des exceptions de loi sur le droit d'auteur mentionnent expressément l'une des trois conditions (celle de l'absence de « préjudice à l'exploitation normale ») ou deux d'entre elles (outre l'absence de « préjudice à l'exploitation normale », celle de l'absence d'un « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »), les trois étapes du test ne doivent pas être vérifiées pour les autres exceptions (interprétation *a contrario*).

Nous n'envisageons donc l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (ou de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur) que comme condition(s) d'application des trois exceptions susmentionnées de l'article 22, §1^{er} LDA :

« 4^{ter} - la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles (...), lorsque cette reproduction (...) ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre (...);

4^{quater} - la communication d'oeuvres, lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (...) pour autant que cette communication (...) ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre (...);

8^o - la reproduction limitée à un nombre de copies déterminé en fonction de et justifié par le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique (...) pour autant que cela me porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. »

Alors que les deux premières exceptions se réfèrent uniquement à l'absence d'atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre », la troisième mentionne l'absence d'un « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

²⁶ F. de Visscher et B. Michaux, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *J.T.*, 2006, pp. 133-144, 135 ; voy. ég. F. Brison et B. Michaux, « La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *Auteurs & Media*, 2005/3, pp. 212-222, 216. *Contra*, après une analyse fouillée : S. Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222.

²⁷ Doc. Parl., chambre, 51^{ème} législature, n° 1137/13, p. 15.

La condition d'absence d'atteinte à « l'exploitation normale »

1. Premièrement, « l'exploitation normale de l'œuvre peut être existante ou potentielle ». ²⁸ Il s'agit donc de mesurer l'exploitation normale en fonction des formes d'exploitation « qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles [et en fonction des] formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable » ²⁹ à l'avenir.

En l'espèce, il paraît évident que l'exploitation des revues sur support papier et/ou électronique revêt pour les éditeurs « une importance économique ou pratique considérable » en ce sens qu'ils en tirent des recettes significatives. Il se pourrait bien que la mise à disposition en ligne d'articles de revue à la demande revête aussi pour les éditeurs « une importance économique ou pratique considérable ». Nous n'avons pas reçu les données économiques ou pratiques (par exemple quelle est l'importance des ventes ou licences d'articles de revue par rapport aux revenus provenant des abonnements et des autres sources de revenus?) qui seules permettraient de se prononcer de manière définitive sur cette question.

2. Deuxièmement, il faut examiner si l'octroi d'une exception sur certaines utilisations porte atteinte à l'exploitation normale. « L'exception ne fait concurrence à cette exploitation que si elle prive le titulaire de droits de 'gains commerciaux significatifs et tangibles' ³⁰, d'une source de revenus importante, actuelle ou potentielle, et non pas simplement parce que l'auteur pourrait obtenir une rémunération en contrepartie de l'utilisation en cause. » ³¹

En l'espèce, cette dernière précision affranchit probablement la *reproduction* dans le répertoire institutionnel. Cependant, la *communication* est plus problématique :

- Quant à *l'accès ouvert*, il est très probablement de nature à priver les titulaires de 'gains commerciaux significatifs et tangibles'.
- Mais la mise à disposition d'articles à la demande (les « *tirés à part* ») privera-elle les titulaires de 'gains commerciaux significatifs et tangibles' ? La réponse à la question relative à l'exploitation normale dépendra de la façon dont le mécanisme des envois de « *tirés à part* » fonctionnera en pratique, ainsi que de ses effets. La question n'est pas juridique, mais économique et pratique. A défaut d'avoir des données pertinentes, on peut simplement émettre quelques conjectures. Si le système des envois de « *tirés à part* » se généralise et que l'on assiste à une chute des abonnements ou des ventes d'articles en ligne que l'on puisse mettre en corrélation avec le développement de ces

²⁸ S. Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222, 218.

²⁹ Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, Etats-Unis – Article 110 5) du Copyright Act, 15 juin 2000, WT/DS160/R, § 6.180.

³⁰ Rapport du Groupe Spécial de l'OMC, Etats-Unis – Article 110 5) du Copyright Act, 15 juin 2000, WT/DS160/R, § 6.183.

³¹ S. Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222, 220.

envois, il faut effectivement considérer que le système porte atteinte à l'exploitation normale des revues. Autrement dit, les exceptions mentionnées ci-dessus ne seraient pas respectées en cette hypothèse. Mais l'effet des envois de « tirés à part » est toutefois encore difficile à anticiper. Ainsi, si ce sont des versions en pre-print qui sont envoyées, peut-être n'y aura-t-il pas d'effet significatif de substitution, la nécessité d'avoir accès, notamment pour les citations, aux versions définitives obligeant de toute manière les institutions ou particuliers à conserver les abonnements.

Notons enfin, en l'espèce, que le retrait immédiat de la licence en cas d'utilisation à des fins commerciales ainsi que le retrait du site de tout document qui y aurait été déposé en accès libre contrairement aux accords pris par l'auteur avec son éditeur ne suffisent pas en soi à éviter toute atteinte éventuelle à l'exploitation normale de l'œuvre, même s'ils y contribuent.

La condition d'absence de « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »

Par ailleurs, la condition d'absence de « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » qui apparaît à l'article 22, §1^{er}, 8^o LDA (et provient elle aussi du test des trois étapes) consiste en un « test de proportionnalité entre la justification de l'exception et la protection corrélative de l'auteur ». ³² Dans la mesure où cette condition s'applique à des actes de reproduction (et non de communication) et que cette exception vise des copies réalisées par certaines institutions à des fins de préservation, la condition sera probablement respectée.

D. Risque de responsabilité pour les opérateurs des répertoires institutionnels

En cas de contrefaçon, les opérateurs des répertoires institutionnels pourraient-ils voir leur responsabilité engagée ? Oui, soit qu'ils soient les auteurs directs de la contrefaçon éventuelle, soit qu'ils y contribuent. Certes, « il n'existe pas dans la loi sur le droit d'auteur de disposition sur la 'contrefaçon indirecte' qui correspondrait au 'vicarious infringement' ou au 'contributory infringement' prévus dans le copyright américain. Néanmoins, l'article 1382 [du Code civil], par le biais de la théorie de la tierce-complicité, permet de poursuivre quelqu'un qui a contribué à un acte illégal, tel un acte de contrefaçon ». ³³ En l'espèce, le fait que le projet ORBI est clairement soutenu par les autorités universitaires et est obligatoire pour les membres du personnel renforcera probablement cette tierce-complicité. Une action pour atteinte au droit d'auteur pourrait donc être engagée. (Cela dit, une telle action n'est pas opportune pour beaucoup de raisons.)

Pour certains cas de contrefaçon néanmoins, l'ULg offre elle-même aux éditeurs la sanction par excellence du droit d'auteur, à savoir la cessation de la contrefaçon, par une procédure

³² S. Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222, 221.

³³ A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique*, Bruylant, 2001, p. 157.

informelle de « notification et suppression du contenu » sans besoin d'agir en justice. Demeure néanmoins le risque d'une action en dommages-intérêts, à charge pour un éditeur de prouver son préjudice causé par la contrefaçon. S'y ajoute le risque d'une action en cessation dans d'autres cas éventuels de contrefaçon.

IV. Aspects contractuels

A. A défaut d'exception légale, exigence d'un contrat avec l'éditeur – encadrement possible par un mécanisme de gestion collective obligatoire

A défaut d'exception légale, les bibliothèques ou établissements d'enseignement doivent conclure des contrats avec les éditeurs (s'ils sont titulaires des droits). Pour faciliter les négociations, un mécanisme de gestion collective obligatoire pourrait être introduit. Mais il comporte aussi des risques.

Le récent avis du Conseil de la Propriété intellectuelle évoque la possibilité d'introduire un système de gestion collective obligatoire du droit exclusif: « un expert invité souligne néanmoins la réticence des bibliothèques universitaires de la Communauté française d'abandonner leurs éventuels projets de numérisation au jeu de la négociation contractuelle pure et simple, en raison principalement du risque de ne pouvoir trouver un juste équilibre entre les conditions de numérisation et d'accessibilité des collections et les tarifs et conditions fixés unilatéralement par la société de gestion qui disposerait de ce monopole. Cependant, cet expert indique que la voie contractuelle est celle qui, outre qu'elle est préconisée par l'Union européenne, pose le moins de problèmes du point de vue juridique, contrairement à l'introduction d'une nouvelle exception qui se heurterait au test des trois étapes ».³⁴

L'analyse des avantages et inconvénients d'un tel système de gestion collective obligatoire dépasse le cadre de cette consultation. Il s'agit toutefois d'une piste intéressante que le Conseil du livre devrait explorer.

B. « Opposabilité » des mentions des éditeurs

Bien que l'« opposabilité » soit le terme couramment utilisé, il est plus juste de parler de « force obligatoire » contractuelle entre parties, car la notion d'opposabilité évoque plutôt le rayonnement d'un contrat sur les tiers.³⁵

³⁴ Avis du CPI, p. 38.

³⁵ D. Philippe et M. Chammas, « L'opposabilité des conditions générales », in M. Vanwijck-Alexandre et P. Wéry (éd.), CUP, Vol. 72, Larcier, 2004, pp. 189-328, 198-199.

En droit belge,³⁶ les deux conditions essentielles pour que ces mentions aient force obligatoire contractuelle (même sans contrat écrit) sont (i) la connaissance et (ii) l'acceptation.³⁷

(i) L'exigence de connaissance est souple car la possibilité (raisonnable compte tenu des circonstances) de connaissance suffit, mais également rigoureuse car cette connaissance doit exister au plus tard au moment de la conclusion du contrat. En l'espèce, si un auteur conclut un contrat d'édition (sans cession), c'est au plus tard à ce moment qu'il doit avoir connaissance des mentions pour qu'elles puissent entrer dans le champ contractuel. Il pourrait cependant y avoir un tempérament en cas d'usage différent dans cette branche d'activité ou en cas de relations suivies entre les parties.³⁸ Pour les mentions dont l'existence est seulement évoquée dans le contrat (par renvoi à un site internet, par exemple), la possibilité raisonnable de connaissance suffit, et elle peut se déduire de relations suivies entre les parties.³⁹

(ii) L'acceptation peut être expresse ou tacite, mais doit être certaine.⁴⁰ L'acceptation tacite ne peut se déduire que d'un silence circonstancié, lequel peut se déduire de relations suivies entre les parties.⁴¹ En l'espèce, tout dépendrait des circonstances, soumises à l'appréciation du juge.

Nous distinguerons les cas pratiques d'opposabilité des mentions des éditeurs en reprenant la typologie de M. Marc Minon.

C. Typologie et questions de M. Marc Minon

L'analyse de M. Marc Minon nous paraît éclairante et correcte. Nous nous contentons de la reprendre ci-dessous en répondant de manière brève aux questions que son texte comportait. Pour certaines réponses, il faudra se référer aux développements ci-dessus.

M. Marc Minon distingue quatre cas de figure en fonction de la nature des relations entre l'auteur et son éditeur (ou entre l'auteur et l'association savante responsable de la revue dans laquelle il publie) :

I. Existence d'un contrat de cession/licence de droits

a. Licence⁴² non exclusive (ou mention d'exceptions permettant le dépôt des œuvres concernées sur des sites d'archives institutionnelles, et leur diffusion via ces sites)

Ce type de situation est sans doute le plus facile à régler ; il n'appelle pas, nous semble-t-il, de remarques ou de questions particulières, l'auteur étant assurément en

³⁶ Nous n'envisageons pas ici les éventuelles questions de droit applicable.

³⁷ D. Philippe et M. Chammas, *op.cit.*, 199 et sq.

³⁸ D. Philippe et M. Chammas, *op.cit.*, 208.

³⁹ D. Philippe et M. Chammas, *op.cit.*, 245-246.

⁴⁰ D. Philippe et M. Chammas, *op.cit.*, 257 et sq.

⁴¹ D. Philippe et M. Chammas, *op.cit.*, 264.

⁴² Le terme « cession non exclusive » qu'utilise M. Marc Minon est un peu heureux pour exprimer l'idée d'une cession (nécessairement exclusive pour la titularité dans le chef du cessionnaire) et on lui préfère ici le terme de licence non exclusive.

droit de déposer, pour autant qu'il le désire, ses articles sur les sites d'archives institutionnelles, et d'autoriser leur diffusion via ces sites.

b. Cession exclusive (aucune exception prévue contractuellement ou exceptions très restrictives)

- *(1) la distribution de « tirés à part » via le système de requête décrit plus haut peut-elle entrer dans le cadre des exceptions légales prévues dans la loi sur le droit d'auteur ? (2) La réponse est-elle identique en ce qui concerne la « mise en ligne » en accès ouvert (et non la distribution via le système de requête) des textes concernés sur les sites d'archives institutionnelles ? (3) Le fait que les articles concernés soient ou non exploités, par ailleurs, sous forme numérique change-t-il la situation ?*

On a vu ci-dessus que (1) le système des « tirés à part » ne respectera sans doute pas les conditions restrictives des exceptions légales. (2) Le système d'accès ouvert est encore plus douteux, vu la probabilité d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. (3) L'existence d'une exploitation numérique influe certainement sur l'exploitation normale ; cependant, l'absence d'exploitation numérique n'est pas déterminante, car il faut aussi tenir compte de l'exploitation potentielle.

- *(1) au cas où la distribution de ces « tirés à part » et/ou la mise en ligne d'articles protégés n'apparaîtrait pas pouvoir entrer dans le cadre des exceptions légales, dans quelle mesure la responsabilité d'un opérateur de sites d'archives institutionnelles pourrait-elle être engagée dans l'hypothèse où un auteur l'aurait autorisé à « mettre en ligne » ses articles, et/ou dans l'hypothèse où un auteur accepterait la diffusion vers des tiers (même signataires de la licence proposée, par exemple, sur Orbi) de « tirés à part » (cad. de reproductions numériques) de ses articles ? (2) A nouveau, le fait que les articles concernés soient ou non exploités, par ailleurs, sous forme numérique change-t-il la situation ? (3) La responsabilité (si c'est le cas) des opérateurs de sites d'archives institutionnelles serait-elle également engagée (selon réponse à la question précédente) dans l'hypothèse où ils s'engagerait, en cas de problème, à retirer de leurs sites tout article qu'un auteur aurait déposé en accès ouvert en contradiction avec les accords qu'il aurait passés avec son éditeur, ou dont il accepterait de diffuser vers l'extérieur des « tirés à part » selon le système décrit ? (4) Le fait que la politique des éditeurs en la matière soit ou non publique change-t-il la donne ?*

La réponse à ces questions résulte des développements qui précèdent. (1) Il y a un risque de tierce-complicité même si l'opérateur n'est pas l'auteur de la contrefaçon. (2) L'exploitation numérique influe sur l'exploitation normale. (3) Oui, la responsabilité est engagée au plan strictement juridique, mais cela diminue notablement le risque d'actions judiciaires en pratique ; et cela peut aussi influencer l'évaluation de l'atteinte à l'exploitation normale. (4) Peut-être, selon la connaissance que l'opérateur a effectivement ou doit raisonnablement avoir de ces politiques éditoriales (en l'espèce, la note de M. Minon suggère que l'ULg en a une connaissance précise).

II. Absence de contrat explicite (signé par l'auteur) de cession de droits

- a. *Mention des conditions de reproduction des articles et des conditions de diffusion, dans la revue elle-même (par exemple dans la rubrique « Consignes aux auteurs ») ou sur un site internet (par exemple sur le site de l'éditeur ou sur le site Sherpa-Romeo)*

(1) la mention dans la revue concernée et/ou sur un site internet des conditions de reproduction et de diffusion de ses articles (la définition donc de la politique de l'éditeur en matière d'archives institutionnelles) a-t-elle une valeur juridique ? (2) Peut-on considérer que l'auteur ayant ainsi été informé de la politique de l'éditeur et ayant néanmoins soumis son ou ses articles à la revue de cet éditeur, il y a échange de consentement entre les acteurs, en l'absence de contrat écrit ? (3) Peut-on, par ailleurs, considérer que ces mentions (dans la revue ou sur un site internet public) ont, en raison de leur caractère public, une valeur quelconque vis-à-vis de tiers, en d'autres termes, seraient-elles opposables aux opérateurs de sites d'archives institutionnelles ?

(1) Oui, comme tout élément factuel pertinent ; cependant, elle n'a pas de force obligatoire contractuelle pour les tiers (à défaut de connaissance et d'acceptation ; voir ci-dessus pour quelques explications à cet égard). (2) Peut-être, s'il y a échange de consentement sur ce point précis, ce qui suppose connaissance et acceptation (expresse ou tacite lorsque le silence est circonstancié) de cette information dans le chef de l'auteur. (3) Ces mentions publiques n'ont pas de force obligatoire contractuelle vis-à-vis de tiers ; mais elles constituent un élément factuel qui pourrait être pertinent pour apprécier l'existence d'une faute éventuelle de ces tiers donnant lieu à responsabilité extra-contractuelle.

- b. *Absence de mention des conditions de reproduction et de diffusion des articles*

(1) quelle serait, enfin, la situation si l'éditeur n'a ni signé de contrat de cession de droits avec son auteur, ni fait signer de tel contrat par le comité de rédaction de sa/ses revue(s), ni fait connaître (par un encart dans la revue ou via un site internet) sa politique en matière de reproduction/diffusion des articles publiés dans sa/ses revue(s) ?

(1) La position de l'éditeur serait plus faible, mais, si sa politique est « standard » dans le secteur de l'édition ou raisonnable, une violation de cette politique pourrait éventuellement constituer une faute donnant lieu à responsabilité extra-contractuelle.