

Droit d'auteur et musées numériques

BENHAMOU, Yaniv

Reference

BENHAMOU, Yaniv. Droit d'auteur et musées numériques. *Art Law Magazine*, 2015, no. 2, p. 9-13

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:75589>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Musées numériques et droit d'auteur

Dr. Yaniv Benhamou*

Les musées numériques ont pris une telle ampleur que certaines personnes prédisent la disparition des musées traditionnels, d'autres une revitalisation de ces derniers.

Ces réflexions sont notamment dues au fait qu'il s'agit d'objets non identifiés: il existe différents types de musées numériques, tels que le «musée brochure» (site web informatif relatif au musée), «musée contenu» (base de données contenant les collections du musée) ou «musée virtuel» (appelé également «musée sans murs» proposant différents contenus en ligne). Ils couvrent différentes activités (numérisation et diffusion des collections, utilisation des réseaux sociaux, utilisation des technologies) et concernent plusieurs domaines juridiques (notamment droit d'auteur, droit à l'image, protection des données, savoirs traditionnels, droit des contrats). Parmi ces domaines juridiques, le droit d'auteur joue un rôle essentiel en tant qu'il dicte quel contenu (publications, photographies, vidéos, films, enregistrements) peut être utilisé et comment l'utiliser (traité, numérisé, reproduire, diffuser).

Cette contribution a pour but de résumer comment aborder le droit d'auteur sur la base du scénario particulier suivant¹: Un musée aimerait exploiter l'ensemble des «nouveaux» médias pour une exposition temporaire. Pour ce faire, il souhaite: (i) créer un site web et une application pour Smartphones contenant des images de l'exposition et (ii) utiliser le web participatif pour encourager les visiteurs à s'impliquer dans

l'exposition, soit via son site Internet incluant un blog permettant de poster des billets, les réseaux sociaux (facebook, twitter), des sites web de *crowdfunding* et de *crowdsourcing*.

La numérisation et mise en ligne des collections

Le principe: œuvres protégées par le droit d'auteur

Rappelons d'emblée que toute numérisation et mise en ligne d'une œuvre protégée par le droit d'auteur (que ce soit par le biais d'un site web, d'une application pour Smartphones ou autres outils virtuels) supposent en principe l'autorisation de l'ayant droit puisque cela concerne les droits patrimoniaux (droit de reproduction pour la numérisation et droit de distribution pour la mise en ligne), voire les droits moraux de l'auteur (droit à l'intégrité de l'œuvre en cas de mauvaise qualité de numérisation)².

Le musée doit donc procéder à une due diligence de sa collection. Il doit d'abord identifier pour chaque bien de sa collection s'il est protégé par le droit d'auteur. Il peut en effet s'agir de:

- bien non protégé par le droit d'auteur en raison de son manque d'originalité (p. ex. un vélo dans un musée historique) ou d'objet protégé par le droit d'auteur mais tombé dans le domaine public à l'échéance du délai de protection (p. ex. manuscrits anciens)³; ou
- bien protégé par le droit d'auteur en raison de

* Chargé de cours à l'Université de Genève, avocat, yaniv.benhamou@unige.ch.

1 Cette présentation a été rédigée dans le cadre d'un séjour de recherche au CMCL de la Melbourne Law School et fait suite à la rédaction d'une brochure sur le droit d'auteur des musées pour ICOM Suisse, rédigée conjointement avec Dr. Sandra Sykora, et à une conférence du Centre du droit de l'art de Genève, présentée conjointement avec Dr. Marie Pfammatter-Boillat. Il s'agit par ailleurs d'un résumé qui choisit certaines thématiques et ne se veut aucunement exhaustif.

2 C'est en tout cas ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris dans le procès opposant Moulinsart détenteur des droits d'auteur d'Hergé, dessinateur de Tintin, à un éditeur de catalogue, arrêté du 14 mars 2007 (n°06/03307).

3 Selon l'art. 7(1) de la Convention de Berne, la durée de protection comprend « la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort »; de nombreux Etats, dont l'Union Européenne et l'Australie ont étendu cette durée minimale de protection à 70 ans après les décès de l'auteur et les Etats-Unis à 95 ans après la première publication.

son caractère original.

- A l'égard de bien protégé par le droit d'auteur, le musée doit ensuite identifier qui détient les droits d'auteur, étant rappelé que le musée propriétaire de l'objet ne détient pas nécessairement les droits d'auteur.
- Si le musée détient les droits d'auteur sur l'œuvre (p. ex. par contrat de donation ou de vente), il peut numériser l'œuvre et la mettre à disposition du public.
- Si le musée ne détient pas les droits d'auteur (p. ex. contrat de vente ou de prêt sans clause expresses ou implicites portant sur les droits d'auteur), il ne peut numériser l'œuvre et la mettre en ligne que moyennant l'autorisation de l'auteur. L'autorisation de l'auteur peut être obtenue soit par accords individuels (négociations individuelles et directes avec les ayants droit), soit par accords globaux (accord cadre proposé par certaines institutions permettant une numérisation de masse, à l'instar de l'*Europeanana Licensing Framework* du projet Europeana)⁴.

Les exceptions du droit d'auteur

Le musée doit ensuite déterminer si l'utilisation recherchée fait l'objet d'une exception. Les exceptions permettent dans certains cas l'utilisation de l'œuvre sans l'autorisation de l'ayant droit. Elles consacrent ainsi un juste équilibre entre les intérêts de l'auteur à la protection et les intérêts des utilisateurs à une libre utilisation⁵. Parmi les nombreuses

exceptions auxquelles nous pouvons songer, nous en choisissons quatre spécifiques aux musées numériques⁶.

- **Œuvres se trouvant sur le domaine public:** l'exception d'œuvres se trouvant sur le domaine public permet l'utilisation d'œuvres se trouvant à demeure sur la voie publique sans l'autorisation des ayants droit. Elle est consacrée dans de nombreuses juridictions mais son étendue varie d'une juridiction à l'autre⁷. Cette exception est particulièrement importante pour des projets culturels, tels que le *Google Street Art* qui numérise les œuvres de la rue et les met en ligne avec la technologie du *street view*.
- **Exception d'archivage:** l'exception d'archivage permet la reproduction des œuvres du musée à des fins de conservation sans l'autorisation des ayants droit. Elle est consacrée dans de nombreuses juridictions mais son étendue varie, en particulier à l'égard du format (analogue ou numérique), des buts (seules fins de conservation ou de diffusion) ou du nombre de copies (une copie de sauvegarde ou plusieurs copies avec but non commercial ou commercial indirect)⁸. En Suisse par exemple, elle permet la numérisation mais semble limitée aux seules fins de conservation à l'exclusion de la mise à disposition du

4 A ce sujet, cf. Mikolajczyk/Pfammatter-Boillat, *Online Museum Content from the U.S. and European Perspective*, Berkeley 2013.

5 A l'échelon international, les exceptions ont été initialement prévues à l'article 9(2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 qui suppose un test en trois étapes (three step test) : la reproduction d'œuvres est autorisée « dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». En droit américain, les exceptions sont consacrées à la Section 107 du Copyright Act en vertu du fair use, soit chaque fois que l'utilisation est réputée fair (catalogue ouvert d'exceptions) « fair use of a copyrighted work ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching ... scholarship, or research, is not an infringement of copyright ». En droit européen, elles sont prévues en particulier par la directive 2001/29/EC prévoyant une liste obligatoire et

facultative d'exceptions et par la directive 2012/24/EC pour les œuvres orphelines (catalogue exhaustif d'exceptions). En droit suisse, elles sont prévues aux art. 19 ss LDA selon un catalogue exhaustif de « restrictions au droit d'auteur » et font actuellement l'objet du projet de révision de la LDA (cf. Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013).

6 Pour une présentation détaillée des exceptions du droit d'auteur applicables aux musées, cf. Canat/Guibault, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Museums*, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI 23 avril 2013, qui distingue entre les exceptions spécifiques aux musées (p. ex. exception de catalogue) et les exceptions générales du droit d'auteur (p. ex. l'exception à des fins pédagogiques).

7 Elle est consacrée soit dans la Loi sur le droit d'auteur comme en Suisse (art. 27 LDA) ou en Allemagne (art. 59 UrhG) soit par la jurisprudence comme en France (Cour de cassation, arrêt n°453 du 12 mai 2011).

8 Canat/Guibault, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Museums*, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI 23 avril 2013, p. 21 ss.

public⁹. En Europe, elle est prévue de façon optionnelle dans la directive 2001/29/EC¹⁰ et sa transposition nationale permet non seulement la numérisation mais également la mise à disposition du public sur des terminaux dédiés¹¹. Aux Etats-Unis, la numérisation et la mise à disposition du public devraient être admises, après que la jurisprudence a admis dans le procès *Google Book* comme *fair use* la numérisation et la mise à disposition des œuvres avec une fonctionnalité de recherche en plein texte¹².

• **Exception de catalogue de musées:**

l'exception de catalogue permet au musée de reproduire les images de son catalogue d'exposition sans l'autorisation des ayants droit. Elle est consacrée dans de nombreuses juridictions, mais son étendue varie. En Suisse par exemple, elle semble limitée aux catalogues en format papier, à l'exclusion de catalogue en ligne¹³. En Europe, elle est prévue de façon optionnelle dans la directive 2001/29/EC¹⁴ et la plupart des Etats membres l'ont transposée, certains sans inclure les musées, d'autres sans préciser si cela couvre l'édition en ligne¹⁵.

• **Exception d'œuvres orphelines:** l'exception d'œuvre orpheline permet au musée d'utiliser les œuvres dont l'auteur est introuvable ou injoignable. En Europe, elle est prévue par la directive 2012/28/EC¹⁶ qui permet de numériser et de mettre en ligne des œuvres orphelines mais qui suppose une recherche diligente de la part des utilisateurs afin d'identifier l'auteur¹⁷ et varie suivant les transpositions nationales. En France par exemple, elle est limitée à certains types d'œuvres, tandis qu'en Angleterre elle couvre tout type d'œuvres et fait l'objet d'une plateforme en ligne pour faciliter l'octroi de licences sur ces œuvres¹⁸. Aux Etats-Unis, malgré l'échec d'adoption d'une loi spéciale, le procès *Google Book* a permis de définir les contours de cette exception (il est autorisé selon le *fair use* de numériser et de mettre à disposition des œuvres orphelines avec une fonctionnalité de recherche en plein texte)¹⁹. Des universités américaines ont par ailleurs édicté des recommandations pour l'utilisation d'œuvres orphelines²⁰.

9 Art. 24 al. 1bis LDA. Cette interprétation restrictive est en tout cas celle du législateur (Message LDA 2006, 3302) et d'une partie de la doctrine (Barrelet/Egloff, 2008, LDA 24, N3c; CR PI-Gilliéron, LDA 24, N 15), même si l'on pourrait plaider pour une interprétation téléologique extensive incluant la mise à disposition et permettant ainsi aux musées de remplir leur mission de diffusion du patrimoine.

10 Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

11 Arrêt 117-13 de la CJUE du 11 septembre 2014, Technische Universität Darmstadt contre Eugen Ulmer KG.

12 Décision du 14 novembre 2013, Authors Guild Inc et al v. Google Inc, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 05-08136.

13 Art. 26 LDA. Cette interprétation est toutefois controversée : certains auteurs considèrent que l'exception est limitée à l'édition en format papier (Barrelet/Egloff, 2008, URG 26, N 3), pour d'autres auteurs elle s'étend à l'édition en ligne (Macchiachini/Oertli, in: Müller/Oertli 2012, URG 26, N 8).

14 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.

15 Canat/Guibault, Study on Copyright Limitations and Excep-

tions for Museums, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI 23 avril 2013, p. 25.

16 Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

17 La Commission européenne a édicté des Lignes directrices pour les critères de recherche d'œuvres orphelines propres à un secteur spécifique – Rapport conjoint, 2008.

18 Maurel, billet du 8 novembre 2014, Œuvres orphelines : l'Angleterre se dote d'une solution satisfaisante. Et la France ? accessible sur <http://scinfolex.com/2014/11/08/oeuvres-orphelines-langleterre-se-dote-dune-solution-satisfaisante-et-la-france/> (dernière consultation : 23 juillet 2015).

19 Canat/Guibault, Study on Copyright Limitations and Exceptions for Museums, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI 23 avril 2013, p. 11.

20 New Statement on Best Practices in the use of orphan works by libraries, archives and other institutions.

Utilisation du web participatif (crowdfunding, crowdsourcing, réseaux sociaux)

En permettant aux internautes de participer au site web notamment par le *crowdfunding*, le *crowdsourcing* et les réseaux sociaux (p. ex. avec MuseoGeek, facebook, twitter), il est possible que des internautes chargent (*upload*) des œuvres en violation du droit d'auteur ou d'autres prescriptions légales (p. ex. droit pénal et droit de la personnalité). Afin d'éviter d'engager sa responsabilité, le musée devra attirer l'attention des internautes sur les prescriptions légales (en évidence sur le site et/ou les conditions générales d'utilisation «CGU») et, s'il a connaissance d'une quelconque violation, retirer le contenu litigieux.

Souvent les musées souhaitent réutiliser le contenu chargé par les internautes (images, textes, idées). Pour l'utilisation des sites participatifs, le musée devra demander aux internautes de donner automatiquement les autorisations nécessaires (cession ou licence) sur leur contenu via les CGU. Pour les réseaux sociaux (facebook, twitter, etc.), le musée devra alors préciser, sur la page dédiée de ces réseaux, que les internautes cèdent les autorisations nécessaires au musée. Le musée doit également être conscient qu'il ne sera pas le seul à pouvoir réutiliser ce contenu puisque les réseaux sociaux eux-mêmes ont l'autorisation de réutiliser le contenu via leurs CGU.

Utilisation des technologies (réalité augmentée, jeux vidéos, etc.)

En plus de la numérisation des collections et du web participatif, les médias utilisés sont eux-mêmes protégés par le droit d'auteur (p. ex. site internet, réalité augmentée, jeux-vidéos, app pour Smartphones ou tablettes). Le musée devra également avoir l'autorisation des concepteurs de ces médias (conception graphique et technique desdits médias). Dans ce cas :

- si le concepteur est employé du musée, il est recommandé de prévoir dans le contrat de travail une clause de cession des droits d'auteur pour la conception graphique et technique des médias (étant précisé que, pour les logiciels

créés par des employés, les droits d'auteur sont généralement automatiquement cédés)²¹;

- si le concepteur est externe au musée, le musée devra négocier une licence avec les tiers, pour utiliser librement les droits d'auteur sur le média ;
- si les médias ont été développés via des partenariats technologiques entre le musée et les universités et/ou l'industrie²², les droits d'auteur nécessaires à l'utilisation des technologies sont en principe automatiquement cédés. Il est toutefois recommandé de prévoir en détail le sort des droits d'auteur dans les contrats de partenariat.

Statut légal des copies numériques

Un enjeu, encore peu discuté aujourd'hui²³, est de savoir si la copie numérique est une œuvre protégée comme telle :

- si la copie numérique est une œuvre artistique originale (grâce au travail de lumière, angle de vue, etc.), elle est elle-même protégée par le droit d'auteur en tant qu'œuvre dérivée (p. ex. une copie numérique d'une œuvre du domaine public peut être protégée par le droit d'auteur en tant qu'œuvre dérivée).

Son utilisation suppose l'autorisation de l'auteur; et

- si la copie numérique est une simple reproduction 1:1 de l'original, elle n'est pas

21 Benhamou/Rieder, National Legal Rules: Switzerland in Szkalej/Wolk (éds), *Employees' Intellectual Property Rights*, Kluwer Law International (à paraître en 2015).

22 Pour des exemples de partenariats numériques: Louvre et Nintendo pour des guides-console 3D ; le CPV et le groupe CGI pour des bases de données utilisant le web sémantique ; le Quai Branly et Thales pour un accompagnement technologique complet (informatique, média et vidéo) ; le Château de Versailles et Orange (partenaire numérique de la culture, se disant coach digital) ; le Museum of Fine Arts, l'Université de Harvard et Dassault pour un projet de pyramides 3D.

23 A notre connaissance, il n'existe pas d'arrêt sur la question, sauf deux arrêts américains ayant conclu que la copie numérique d'une œuvre préexistante est dénuée d'originalité en tant que le but de l'auteur est de reproduire aussi fidèlement que possible l'œuvre préexistante : *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* 1999 (« no copyright for photographic transparencies of public domain works of art in an art museum when the "creator" merely intended to replicate, as faithfully as possible, the original artwork ») ; *Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales*, 2008.

protégée par le droit d'auteur car dénuée d'individualité.

On pourrait alors considérer que la technologie (ex : pixellisation de très haut niveau) constitue un nouveau critère d'originalité et d'individualité en raison des différents éléments (p. ex. choix du nombre de pixel, clarté, contrastes). Sans prétendre résoudre la question ici, il appartiendra certainement aux historiens de l'art de trancher la question, ce qui rappelle les débats de 1839, date officielle de l'invention de la photographie, entre les photographes voulant faire reconnaître leurs images comme créations originales protégées par le droit d'auteur et les opposant à une protection de telles créations jugées trop nouvelles²⁴. Se pose-t-on le même genre de questions 150 ans après ?

Conclusion

Les questions soulevées par le développement de musées numériques sont complexes et de nombreuses années seront encore nécessaires pour que le droit arrive à appréhender ces nouvelles réalités. Dans l'intervalle, les recommandations et pistes de réflexions suivantes peuvent guider les musées dans leurs démarches.

S'agissant de gestion des droits d'auteur des musées, il est important pour les musées²⁵:

- de régler la question des droits d'auteur au moment de l'acquisition de chaque nouvelle œuvre (identifier qui détient les droits d'auteur et, le cas échéant, les demander pour pouvoir numériser et mettre en ligne librement);
- d'encourager des partenariats technologiques avec les universités et l'industrie pour tout projet de numérisation de masse, puisque cela permet à chacun d'apporter son savoir-faire et compétence en contrepartie du savoir et de la compétence de l'autre; et
- d'encourager l'*open data* (réutilisation libre

de données produites par les musées sous licence libre garantissant son libre accès et sa réutilisation par tous). L'*open data* est en effet devenu un enjeu central pour les politiques culturelles, en tant qu'il permet un meilleur partage et une plus grande diffusion de l'information. Il fait notamment l'objet de projets législatifs²⁶.

S'agissant de quelques pistes de réflexions, l'enjeu sera en particulier d'assurer une harmonisation à l'échelle internationale puisque l'utilisation des œuvres s'inscrit souvent dans des activités transfrontières (collaborations, prêts entre les musées) et que les exceptions varient fortement d'une juridiction à l'autre²⁷. Pour cela, il s'agira en particulier:

- de multiplier les codes de comportement (Codes of conduct) sachant que le droit est souvent en retard par rapport aux technologies, notamment en vue d'harmoniser les formats de numérisation de l'*open data* (type et forme des images et informations scientifiques y relatives); et
- d'harmoniser les exceptions du droit d'auteur permettant les projets de numérisation, soit en particulier de déterminer si la numérisation porte atteinte au droit moral et, si tel est le cas, prévoir une exception au droit moral ainsi que définir le rapport entre le droit des contrats et le droit d'auteur et, le cas échéant, affirmer le caractère impératif du droit d'auteur sur le droit des contrats pour éviter que les musées renoncent aux exceptions via des contrats avec les tiers.

26 P.ex. la directive 2013/37/UE modifiant la directive 2003/98/CE relative à la réutilisation des données publiques, transposée en France par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 et le Guide Data Culture du Ministère de la Culture.

27 Des efforts d'harmonisation sont à saluer et à mentionner : sous l'égide de l'OMPI, la signature d'un mémorandum d'accord du 3 mai 2011 a permis la tenue de négociations entre l'ICOM et l'OMPI en vue d'harmoniser les exceptions en faveur des musées (Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Vingt-huitième session, Genève, 30 juin – 4 juillet 2014). Sous l'égide de l'AIPPI, le récent questionnaire Q246 on Exceptions and limitations to copyright protection for libraries, archives and education and research institutions a permis d'analyser de façon détaillée le système d'exceptions en faveur des musées dans chaque pays.

24 Pour un ouvrage retraçant le caractère protégeable des photographies, cf. Girardin/Pirker/Benhamou/Blaser/Mailler, *Controversies: A Legal and Ethical History of Photography*, Arles 2012.

25 L'OMPI a par ailleurs édité un guide sur le sujet: Pantalony, *Gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées*, OMPI 2013.