

# Open Licensing et patrimoine

## *Enjeux, contraintes légales et opportunités de l'accès numérique dans le contexte des archives et collections spéciales en bibliothèque*

Chiara Gizzi

### Introduction

*Openness* 'ouverture' est l'un des mots clé de l'époque numérique. Issu du milieu informatique, où l'utilisation massive peut être associée à des monopoles distorsifs du marché, ce concept façonne l'action des institutions culturelles en train de mettre en place des politiques adaptées au partage et à l'accès au patrimoine tout en prenant en compte les possibilités offertes par les moyens techniques, leur durabilité et le respect des droits.

La question de l'accès à l'information est souvent mise en relation avec la démocratisation du savoir qui est à son tour liée à l'essor du web 2.0 et à son évolution : le public s'attend désormais à accéder à toute information d'une façon simple et conviviale ; en même temps les institutions documentaires peuvent être perçues comme des *gardiens (gatekeepers)* encombrants et inutiles, dans l'idée que tout un chacun, grâce à la disponibilité des données, peut repérer, s'approprier et réutiliser des contenus sans médiation ni validation. Dans cette vision on tend à oublier que les algorithmes de recherche sont eux aussi conçus selon des critères précis, non anodins permettant de hiérarchiser les résultats ; la démocratisation de l'accès n'implique pas forcément une démocratisation du savoir.

Au niveau de la communication au public des fonds patrimoniaux, un des questionnements peut concerner la priorisation de ce qui est à diffuser tout en assurant la sauvegarde des droits.<sup>1</sup>

Le rapport entre les professionnels de l'information et les usagers a concrètement changé dans le sens d'une collaboration accrue.<sup>2</sup> En même temps, les possibilités

1 Le débat, à propos des archives par exemple, a parfois été défini dans le monde anglo-saxon en termes de Democratising vs. Privileging, cf. Gauld 2017 ; cette publication est la version révisée d'une présentation au colloque Democratising or Privileging : the Future of Access to Archives (University of Dundee, Centre for Archives and Information Studies, 25-26 avril, 2013) ; Gauld entend privileging comme « the process through which information is filtered by an archivist for preservation and dissemination » (p. 238). Sur le nouveau rôle des institutions patrimoniales voir aussi Suthersanen 2017, pp. 385-386 : « Many C[ultural] H[eritage] I[nstitution]s, whether public or private (commercial or non-commercial) are committed to digitising their analogue-based collections in order to enable their traditional function of preservation of heritage, as well as to facilitate a new digital research environment. In doing so, CHIs have transformed their guardianship roles from being physical, private repositories of artefacts to being innovative digital destinations and purveyors of knowledge. »

2 Certains chercheurs intéressés par les méthodes quantitatives typiques des études qui voudraient appliquer aux données patrimoniales l'approche big data regrettent toutefois l'impossibilité d'accéder

techniques de diffusion et de partage de l'information produisent un effet paradoxal : si la démocratisation et la transparence sont mises en avant, les obligations de tutelle des droits (droit d'auteur, protection des données personnelles – y inclus le droit à l'image) ne sont pourtant pas caduques ; bien au contraire : le contexte numérique a poussé à une adaptation du cadre légal encore en cours. Dans la pratique, on peut facilement constater que souvent les documents nés-numériques, qui seraient déjà adaptés à une diffusion massive, sont consultables seulement sur place et avec des ordinateurs ne permettant aucune forme de téléchargement.<sup>3</sup>

Les institutions patrimoniales sont donc appelées à se positionner et à élaborer une politique qui concilie la mise à disposition, la tutelle des droits et une gestion avisée.

Dans notre article nous faisons état des questions légales et des pratiques de mise à disposition numérique sous le profil des droits d'utilisation et de réutilisation.<sup>4</sup>

---

à l'entièreté des collections numériques : Manovic 2017, pp. 259-261 met en évidence les limitations des numérisations ne permettant pas dans la majorité des cas d'analyses massives des données car le téléchargement est souvent limité à l'item ; le même constat est formulé par Johanna Daniel en Clavert et al. 2017, pp. 124-125 : « Prenons l'exemple des sources numérisées et disponibles dans les bibliothèques numériques, sur les sites d'archives en ligne ou dans les bases de données patrimoniales : les documents sont disponibles à la consultation, parfois au téléchargement, mais seulement item par item. Or, le chercheur peut avoir besoin de télécharger en masse les données pour les exploiter dans ses propres outils de fouille de texte, d'analyse d'image ou de transcription. Ces usages-là, ces outils-là n'ont pas toujours été envisagés par les institutions patrimoniales, qui mettent un tas d'obstacles, justifiés ou non, interdisant l'enregistrement des images, restreignant le téléchargement au format PDF, empêchant l'export massif de résultats de recherches, etc. [...] N'y aurait-il pas là de nouvelles pistes de travail et de collaboration pour les institutions patrimoniales, afin de favoriser ces usages nouveaux, ces réutilisations au service de la recherche ? » Ces exigences sont pourtant prises en compte par IFLA, Guidelines for Planning the Digitization of Rare Books and Manuscript Collections, 2014 (en ligne <https://www.ifla.org/files/assets/rare-books-and-manuscripts/rbms-guidelines/guidelines-for-planning-digitization.pdf>).

3 Cf. les résultats de l'enquête de Nelson et al. 2012, pp. 17-18.

4 Ce texte a été rédigé en juillet 2018 et révisé pour la publication en juillet 2019. Si en Suisse la révision de la loi sur le droit d'auteur est encore en cours de route, en avril 2019 l'Union Européenne a approuvé une Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN>) : le débat s'est focalisé majoritairement sur les articles 11 et 13 concernant les droits voisins pour les éditeurs de presse et la responsabilité des plateformes on-line (par exemple en ce qui concerne ses retombées sur Wikipédia et Wikimedia et plus en général sur l'open access). La directive prévoit des exceptions pour les institutions culturelles et pour le Text and data mining aux fins de recherche pour les partenariats public-privé ; quant aux ouvrages dans le domaine public, l'article 14 précise que les reproductions facsimilaires ne génèrent pas un nouveau droit d'auteur (la portée de cet article au-delà de sa valeur symbolique, ne change pas dans les faits la situation actuelle, cf. le commentaire du 1er juin 2019 de Lionel Maurel, La directive Copyright mettra-t-elle fin au copyfraud ?, <https://scinfolex.com/2019/06/01/la-directive-copyright-mettra-t-elle-fin-au-copyfraud/>). La Ligue des bibliothèques européennes de recherche (Liber) a exprimé le 18 avril 2019 dans son blog une position favorable : même si y a des points critiques dans le texte, « there is much to be celebrated for libraries, universities and cultural heritage institutions in the new law, yet discussions are far from over. Work at the national level will be essential if Europe's libraries are to get the best out of this legislative text has to offer » (<https://libereurope.eu/blog/2019/04/18/european-directive-on-copyright-adopted-where-to-next/>). La directive doit maintenant être intégrée dans les législations nationales, ce qui rend difficile à l'heure actuelle d'évaluer son impact en Europe ainsi que sur la discussion en cours en Suisse.

Notre perspective d'enquête a un champ limité aux collections spéciales (y compris les archives) en bibliothèque et, dans ce domaine, aux documents textuels et iconographiques publiés ainsi qu'aux inédits. Nous examinons les problématiques posées par le droit d'auteur (et par son évolution récente dans la culture juridique et en général dans la société) et par la protection des droits de la personnalité à la croisée des pratiques bibliothécaires et archivistiques ainsi que les propositions de réforme à l'étude. Dans ce contexte une attention particulière comporte l'accessibilité aux reproductions des documents (spécialement des documents uniques) tombés dans le domaine public.

Les retours d'expérience et les réflexions dans les institutions patrimoniales montrent les enjeux et les opportunités du changement en cours.

Cet article (basé sur le travail de master) est lié à notre expérience professionnelle au service des Manuscrits de la Bibliothèque cantonale et universitaire – Lausanne. L'occasion de réfléchir aux problématiques ici prises en compte a été la participation au projet *Patrinum* : l'introduction d'un nouvel outil métier qui offre une base de données pour les collections patrimoniales de la bibliothèque et qui permettra la publication en ligne en haute définition des fichiers numériques ainsi que leur archivage à long terme.<sup>5</sup>

## Questions légales

### Droit d'auteur

#### Du privilège au droit

L'émergence du droit d'auteur est liée aux débuts de l'imprimerie et à la nouvelle possibilité de diffuser et reproduire facilement les textes en plusieurs copies.<sup>6</sup> Toutefois les *privileges* de l'Europe du XVI<sup>e</sup> siècle n'étaient pas accordés aux auteurs mais aux éditeurs : la dérogation qui concédait l'exclusivité du droit visait à protéger les investissements économiques impliqués dans la production des livres et non pas à garantir l'intégrité de l'œuvre ni à veiller à la rémunération de la création intellectuelle. Si les auteurs demandaient des privilèges, ils le faisaient en tant que promoteurs financiers de la publication. C'est seulement à partir du *Statute of Anne* en Angleterre

---

5 Patrinum est l'acronyme de Patrimoine numérique, cf. <https://www.bcu-lausanne.ch/patrimoine/patrinum/#.XVZWN1DgpN0>. L'outil est déjà en production pour certaines collections (la base de données est accessible à l'adresse [www.patrinum.ch](http://www.patrinum.ch)) ; pour les services d'archives, qui ne disposaient jusqu'à maintenant d'un vrai outil métier, le travail d'adaptation du système est encore en cours et une première publication des notices (actuellement en accès restreint) est prévue pour la fin de l'année 2019, cf. BCUL, Rapport annuel 2018, en ligne : [https://www.bcu-lausanne.ch/wp-content/uploads/2019/05/20190513\\_RA2018-BCUL\\_final\\_web.pdf](https://www.bcu-lausanne.ch/wp-content/uploads/2019/05/20190513_RA2018-BCUL_final_web.pdf). Durant la rédaction de ce texte nous avons eu l'opportunité et la chance d'en discuter avec plusieurs collègues de la BCUL auxquels va notre plus vive reconnaissance.

6 Ici et pour la suite nous utiliserons indifféremment « droit d'auteur » et « copyright » : bien qu'ils représentent deux traditions légales diverses, l'adhésion des pays avec le copyright à la convention de Berne et les traités internationaux tendent à annuler de facto cette différence, cf. Maurel 2008, p. 19.

(1710) que la propriété intellectuelle commence à être reconnue aux auteurs contre l'abus des guildes d'éditeurs.<sup>7</sup> En France elle est établie par les révolutionnaires en 1793 comme « propriété littéraire et artistique ». Le premier article du décret de la Convention nationale à ce sujet assigne la jouissance exclusive aux « auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux et dessins » et à leurs héritiers (pour une période de dix ans) du droit « de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie ».<sup>8</sup> Dans le rapport de Joseph Lakanal sont mentionnées les raisons morales et économiques de la tutelle :<sup>9</sup>

*De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive ; c'est qu'une aussi grande révolution que la nôtre ait été nécessaire pour nous ramener sur ce point, comme sur tant d'autres, aux simples éléments de la justice la plus commune. Le génie a-t-il ordonné, dans le silence, un ouvrage qui recule les bornes des connaissances humaines : des pirates littéraires s'en emparent aussitôt, et l'auteur ne marche à l'immortalité qu'à travers les horreurs de la misère.*

La reconnaissance des droits de l'auteur a, selon Lakanal, une portée révolutionnaire : il s'agit d'une propriété qui, à la différence d'autres, ne perturbe ni l'égalité ni la liberté.

L'affirmation généralisée en Europe et aux Etats-Unis de la propriété intellectuelle date du XX<sup>e</sup> siècle. Il est toutefois à remarquer qu'avant la fixation des normes, le droit moral à l'intégrité et à la divulgation primaient dans certains milieux sur les droits patrimoniaux, par exemple dans le cas des compositeurs des XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles qui luttèrent contre les reproductions abusives des éditeurs : elles menaçaient la réputation des musiciens dont la source primaire de gain était indiscutablement les concerts.<sup>10</sup>

Le droit d'auteur étant normé différemment selon les pays, déjà à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, un accord international est établi (*Convention de Berne*, 1886) pour faire en sorte que la protection des œuvres soit reconnue entre les Etats contractants.<sup>11</sup> Cet accord a été révisé plusieurs fois au cours du siècle passé (la dernière fois en 1979). La préface du *Guide de la Convention de Berne* de 1978 met en relief le lien causal

7 Cf. Deazley 2008.

8 French Literary and Artistic Property Act 1793.

9 Ibid.

10 Cf. Tschmuck 2002.

11 Les pays qui adhèrent à la Convention de Berne sont actuellement au nombre de 177 (cf. <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>, état au 4 avril 2019).

direct entre l'étendue de la protection des œuvres littéraires et artistiques et le développement culturel, social et économique. En d'autres termes, tant majeure sera la tutelle d'autant plus féconde sera la création :<sup>12</sup>

*L'expérience prouve que l'enrichissement du patrimoine culturel national dépend directement du niveau de la protection accordée aux œuvres littéraires et artistiques ; plus ce niveau est élevé, plus les auteurs sont encouragés à créer ; plus il y a de créations intellectuelles, plus s'élargit le rayonnement du pays ; plus il y a de productions dans le domaine littéraire et artistique, plus s'accroît l'importance des auxiliaires de ces productions que sont les industries du spectacle, du disque et du livre ; et, en fin de compte, l'encouragement à la création intellectuelle constitue l'une des conditions premières de toute promotion sociale, économique et culturelle.*

### Du droit aux Commons

Après à peine 30 ans et avec l'essor du numérique c'est exactement le lien évoqué par le *Guide de la Convention de Berne* qui est remis en cause : certains excès de tutelle peuvent limiter le partage et la diffusion des connaissances – donc finalement le développement et l'innovation. C'est le constat de l'*Open Mouvement*, qui prend ses origines dans l'industrie informatique américaine des années '80 : pour réagir à l'inaccessibilité des codes sources favorisant des positions de monopole, Richard Stallman met à disposition à travers sa *Free Software Fondation* (créée en 1983) le software GNU sous une licence gratuite et ouverte (*General Public Licence*) qui admet les modifications et la redistribution. Le même esprit de partage caractérise l'initiative de Tim Berners-Lee et du CERN qui, en 1993, laissent leur web software au domaine public.

La mouvance de l'ouverture conquiert d'autres champs liés aux possibilités de diffusion offertes par le réseau Internet et les nouveaux moyens technologiques : les *Open Educational Resources* pour l'enseignement ; l'*Open Government* et l'*Open Government Data* pour la transparence de l'action gouvernementale et l'accès aux informations produites par l'administration publique ;<sup>13</sup> les *Open Data* (outre pour les données publiques, destinées à tout autre type de jeux de données comme les données

12 Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 1978 (en ligne : <http://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=3172&plang=FR>).

13 L'une des initiatives internationales à ce sujet est l'Open Government Partnership qui compte environ 79 pays membres (cf. <https://www.opengovpartnership.org/about/>) ; pour la Suisse l'administration fédérale a adopté et mis en œuvre entre 2014 et 2018 la stratégie Open Government Data (coordonnée par les Archives fédérales) finalisée à la mise à disposition des données publiques à travers un portail unique ([opendata.swiss](http://opendata.swiss)) pour leur réutilisation et pour favoriser « une culture de libre accès aux données publiques » (cf. <https://www.egovernment.ch/fr/umsetzung/e-government-schweiz-2008-2015/open-government-data-schweiz/>).

de recherche) et les *Linked Open Data* ; l'*Open Access* pour les publications scientifiques dont le manifeste est la déclaration de Budapest de 2002 qui définit le libre accès comme la possibilité de lire et d'utiliser la littérature scientifique sans autre barrière que celle de l'accès à l'Internet public et sans autres contraintes que le respect de l'intégrité des travaux et leur correcte citation et attribution.<sup>14</sup>

Dans ce contexte, les licences *Creative Commons* favorisent la diffusion et la réutilisation des œuvres soumises au droit d'auteur. *Creative Commons* est une fondation à but non lucratif fondée en 2001, qui depuis 2002 propose de licences standardisées.<sup>15</sup> Du point de vue juridique, il s'agit de licences non exclusives et irrévocables qui règlent le rapport entre l'auteur et l'utilisateur (le rapport avec la fondation se limite à la mise à disposition d'un contrat innomé *sui generis*) ; il est généralement admis que l'utilisation de l'œuvre entraîne une acceptation implicite du contrat de la part de l'utilisateur. Une partie considérable de la doctrine juridique considère les *Creative Commons* comme non opposées au copyright, mais plutôt comme l'une des possibilités prévues par le droit d'auteur.<sup>16</sup> Ces licences présentent l'avantage de fournir un cadre standardisé adapté à la diffusion numérique, avec un graphisme simple et compréhensible. Cela ne permet évidemment pas d'appréhender certaines subtilités du droit souvent liées aux législations nationales mais favorise un échange clair et plus correct entre auteurs et utilisateurs.<sup>17</sup>

---

14 Cf. Budapest Open Access Initiative (BOAI): « By "open access" to this literature, we mean its free availability on the public internet, permitting any users to read, download, copy, distribute, print, search, or link to the full texts of these articles, crawl them for indexing, pass them as data to software, or use them for any other lawful purpose, without financial, legal, or technical barriers other than those inseparable from gaining access to the internet itself. The only constraint on reproduction and distribution, and the only role for copyright in this domain, should be to give authors control over the integrity of their work and the right to be properly acknowledged and cited » (<http://www.budapestopenaccessinitiative.org/read>). Les autres épisodes fondateurs sont le Bethesda Statement on Open Access Publishing (2003) et la Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in Sciences et Humanities (2003).

15 Jusqu'en 2017, 1.4 billion d'ouvrages ont été licenciés, cf. la page The Data du site <https://stateof.creativecommons.org/>.

16 Cf. Jaccard/Cellina 2017, p. 235 : « Le mouvement Creative Commons ne tend pas à rejeter le droit d'auteur. Au contraire, les licences permettent de faciliter la communication entre les auteurs et les utilisateurs des œuvres, tout en précisant les conditions d'utilisation. L'idée principale est de permettre la publication, la diffusion et la modification d'œuvres sans devoir faire une demande spécifique à chaque auteur pour chaque utilisation de ses œuvres. » Dans le même sens Dreier 2004 par rapport à l'Open Access et au rôle du copyright : « There is often much confusion about the workings and mechanisms of copyright protection. Copyright is a framework and not much more. Copyright can be used in order to favour access and it can also be used at the disadvantage of open access; it can have an enabling effect or a locked-in effect » (p. 19).

17 Pour un examen des licences Creative Commons aussi en rapport à la loi suisse sur le droit d'auteur, nous renvoyons à Jaccard/Cellina 2017.

### Droit d'auteur et numérique : opportunités d'une révision

La dernière révision sur la Loi sur le droit d'auteur (LDA)<sup>18</sup> en vigueur en Suisse date de 2008. Un groupe de travail pour la modernisation de la loi, institué en 2012, aboutit en 2015 à un premier projet de révision ensuite mis en consultation. En conséquence des remarques reçues, le groupe élabore entre 2016 et 2017 un deuxième projet présenté au Conseil fédéral avec un message du Département fédéral de justice et police. Le 22 novembre 2017 le Conseil fédéral adopte le projet et le transmet aux Chambres fédérales pour approbation.<sup>19</sup>

Le but déclaré de la révision est la lutte contre le piratage et l'adaptation aux évolutions technologiques et juridiques. Le deuxième volet revêt un intérêt particulier pour les institutions documentaires et leurs utilisateurs avec l'introduction de la restriction pour les inventaires et pour la recherche scientifique ainsi qu'une démarche permettant l'utilisation des œuvres orphelines. Dans le sens d'une utilisation plus aisée des données, sont à étudier les propositions d'introduire une licence collective étendue et de simplifier les procédures pour les sociétés de gestion. En contrepartie, la durée de la protection pour les droits voisins est étendue, toutes les photographies (également celles dépourvues de caractère individuel) sont protégées et une rémunération pour les vidéos à la demande est prévue pour les artistes et les artistes-interprètes.<sup>20</sup>

La LDA définit en tant qu'œuvre « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel » (art. 1). La protection est accordée sans aucune formalité ou inscription dans un registre : l'apposition du © avait du sens avant l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne (1989), mais maintenant elle n'a qu'une utilité pratique pour indiquer qu'une œuvre est protégée, toutefois l'absence ou la présence du symbole n'affecte pas sa qualification en tant que telle.<sup>21</sup> L'art. 2 propose une liste non exhaustive d'œuvres protégées respectant la définition énoncée. Les photographies sont comprises dans l'*al.2, lettre g*. Comme anticipé, l'une des nouveautés introduites par la proposition de réforme du droit d'auteur est l'ajout d'un *al.3<sup>bis</sup>* qui considère comme œuvres « les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogique à la photographie d'objet tridimensionnels qui sont dépourvues de caractère individuel ».<sup>22</sup> Comme les deux autres requis de l'œuvre ne sont pour autant pas exclus, il s'agit d'une création littéraire ou artistique d'un être humain, même si dépourvue de caractère individuel. La proposition vise l'exploitation commerciale des clichés ayant souvent une valeur économique en tant que

18 Disponible en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920251/>.

19 Cf. Modernisation du droit d'auteur 2017.

20 Cf. Message 2017, p. 562.

21 Barrelet/Egloff, p. 10.

22 Projet 2017 ; comme le précise le Message 2017, p. 587, les reproductions telles que les photocopies ou d'autres documents bidimensionnels sont exclues.

témoignages de faits, d'événements. Si la modification est acceptée, la célèbre photo de l'agent de sécurité Christoph Meili, objet d'un arrêt du Tribunal Fédéral qui nie son caractère individuel et souvent mentionnée comme exemple de prise de vue non soumise au droit d'auteur, sera protégée avec une étendue de 50 ans au lieu de 70 comme si elle était une œuvre au sens de l'art. 2, al.2, lettre g.<sup>23</sup>

À la différence de l'Union Européenne, en Suisse les bases des données ne sont pas protégées par la LDA mais éventuellement par la Loi sur la concurrence déloyale.<sup>24</sup>

La révision voudrait donner la possibilité d'utiliser les œuvres orphelines, c'est-à-dire dont l'auteur « est inconnu ou introuvable à l'issue d'une recherche au prix d'un effort raisonnable »,<sup>25</sup> lesquelles constituent une partie importante des fonds d'archives et de bibliothèques.<sup>26</sup> Actuellement l'article de la LDA concernant les œuvres orphelines (art. 22b) ne fait référence qu'aux vidéogrammes et aux phonogrammes ; la révision prévoit un élargissement à toutes les œuvres avec pour limite qu'elles se trouvent dans des institutions publiques ou accessibles au public<sup>27</sup> et qu'elles soient produites en Suisse. La norme devrait résoudre un problème récurrent :<sup>28</sup>

*Dans la pratique, ce sont surtout les photographies provenant de fonds de personnalités importantes ou de collectionneurs et qui sont stockées dans des archives accessibles au public qui posent problème. Alors que la personnalité photographiée est connue dans de nombreux cas, il n'est souvent pas possible de déterminer l'identité du photographe. Comme l'accord de l'auteur ne peut pas être obtenu, il est impossible d'utiliser ces photographies malgré le grand intérêt du public. La nouvelle réglementation vise à rendre ces utilisations possibles.*

La proposition de loi adopte une « fiction juridique » en considérant les œuvres se trouvant dans une institution comme divulguées ; les droits d'utilisation sont soumis à la gestion collective et exercés par les sociétés de gestion jusqu'à ce que l'auteur se

23 Ibid., p. 588 ; la protection vaudra pour toute nouvelle utilisation mais elle n'aura pas d'effets rétroactifs sur les utilisations avant l'entrée en vigueur. Pour la photo de Christoph Meili l'arrêt du Tribunal fédéral établit : « Es fehlt ihr deshalb der individuelle Charakter im Sinne von Art. 2 URG » (cf. ATF III 130 714, consultable en ligne : <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?type=start&lang=fr>).

24 Cf. Barrelet/Egloff 2008, pp. 29-30.

25 Projet 2017, art. 22b.

26 Cf. Schreiber 2015. Une vision d'ensemble sur la problématique des œuvres orphelines se trouve chez Suthersanen 2017 ; il est à noter que la question des œuvres orphelines est souvent associée à celle des livres épuisés (ibid., pp. 365-366).

27 Cf. Message 2017, p. 594 : « Le terme "public" se réfère aussi bien aux collections accessibles au public (par ex. bibliothèques, musées, collections privées) qu'aux institutions en mains publiques qui, bien qu'elles remplissent un service public, ne doivent pas obligatoirement être accessibles au public (par ex. Collection d'art de la Confédération, archives littéraires, archives d'Etat). »

28 Ibid., p. 591. La directive européenne sur les œuvres orphelines exclue les photographies (cf. Suthersanen 2017, p. 372).



manifeste. Il est donné la possibilité d'avoir recours à une licence collective étendue (ECL, nouvelle prévision de l'art. 43a) qui favorise les grands projets de digitalisation. Dans ce cas spécifique l'obligation de la recherche des ayants-droits pour chaque œuvre est caduque, car la licence englobe tout et la société de gestion assume le risque d'une violation des droits en décidant l'octroi de la licence. Le modèle ECL proposé dans la révision à l'art. 43a (et inexistant auparavant dans la législation suisse) se base sur les expériences déjà faites dans certains pays d'Europe du Nord, où les licences collectives ont permis d'importants projets de mise en ligne ; les titulaires des droits peuvent toujours refuser leur accord à la licence (*opt-out*).<sup>29</sup>

La réforme voudrait mieux définir les limites de l'utilisation aux fins de recherche des copies produites pour le *Text and data mining* (ajout d'un art. 24d) qui ne peuvent entrer dans les prévisions de l'art. 19 (exceptions légales pour l'usage privé et dans un cercle restreint).<sup>30</sup>

Les institutions documentaires publient de plus en plus leurs catalogues et inventaires en ligne. En considérant le but de valorisation et de diffusion, les institutions « dépositaires de la mémoire »<sup>31</sup> peuvent publier de brefs extraits aux fins d'information qui ne perturbent pas l'exploitation normale des œuvres (art. 24e). Pour les photos, par ex., il serait possible de donner « un aperçu global de l'œuvre sous la forme d'une image de petit format à faible résolution ». <sup>32</sup>

Si la proposition de révision envisage de permettre exceptionnellement l'accès aux œuvres orphelines en les considérant comme divulguées, elle ne touche pas aux art. 9 et 10 qui statuent que « l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand, de quelle manière et sous quel nom son œuvre sera divulguée » (art. 9, *al.2*) et que « l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée » (art. 10, *al.1*). En effet, les exceptions légales définies à l'art. 19 et la citation (art. 25) ne s'appliquent qu'aux œuvres divulguées ; pour l'utilisation des inédits le consentement de l'auteur demeure indispensable, c'est pour cela qu'il est important, par exemple, quant aux archives privées de définir précisément en amont les conditions

---

29 Cf. Suthersanen 2017, pp. 381-382 et Message 2017, pp. 605-607. Les documents sous droits de la Bibliothèque nationale de Norvège, qui a adopté cette solution, sont disponibles seulement aux usagers ayant un IP norvégien (cf. <https://www.nb.no/english/why-digitize>). Le modèle ECL (Extended Collective Licensing) est examiné dans une perspective globale qui tient compte en outre des Etats-Unis, de la Chine, par Jiarui Liu 2017, qui en met en doute l'efficacité économique dans la durée et souligne le résultat paradoxal d'un système opt-out lié aux différentes législations nationales : il réintroduirait pour les auteurs la tâche de vérifier leurs droits dans plusieurs pays (« However, if the ECL system becomes widespread in numerous countries and mass digitisation projects proliferate for various purposes, an author striving to exploit her exclusive rights worldwide would have to monitor multiple projects managed by multiple collecting societies [...]. These daunting tasks are exactly the kind of formalities that the drafters of the Berne Convention envisioned while determining to completely prohibit any formality as a precondition for the enjoyment and exercise of exclusive rights », p. 1513).

30 Message 2017, pp. 594-596.

31 Ibid., p. 598.

32 Ibid., p. 597.

de consultation, de reproduction et de publication : avec l'évolution technologique, les possibilités de reproduction sont multiples et le public a des attentes accrues en termes d'accessibilité et d'utilisation des documents.

Face au besoin de conseil et de formation concernant la numérisation et les technologies digitales, Swissuniversities dans le cadre du programme P5 (*Information scientifique : accès, traitement et sauvegarde*), axe *Basis*, a financé la création d'un Centre de compétence en Droit Numérique (*Competence Center in Digital Law – CCDL*), où les fondements de la LDA et certains cas d'études sont présentés.<sup>33</sup> Le site offre un arbre décisionnel qui formalise le raisonnement juridique à appliquer, dont le premier élément est la détermination du droit national applicable : il ne faut pas oublier que la LDA vaut pour les utilisations en Suisse (principe de la territorialité de la demande de protection : *lex loci protectionis*) et que dans les cas présentant des aspects internationaux, il est nécessaire de demander un avis de droit international privé.

### Domaine public et droits d'utilisation

Passé les délais prescrits par la LDA, les œuvres (indépendamment du fait qu'elles soient publiées ou non) tombent dans le domaine public : en tant que patrimoine commun, elles peuvent être utilisées par tout un chacun « sous réserve des dispositions du droit civil sur la propriété (art. 641 CC), de la loi contre la concurrence déloyale, de la législation *pour* la protection du patrimoine ».<sup>34</sup>

Pourtant bien souvent les œuvres appartenant à des institutions patrimoniales dont le délai de protection est échu portent un symbole de copyright ou sont rendues disponibles avec des licences *Creative Commons* (alors qu'il faudrait se limiter à l'apposition de la *Public Domain Mark*). Dans ce cas-là il n'y a aucun droit d'auteur mais éventuellement un « droit de maître de maison ».<sup>35</sup> En vertu de ce droit, les institutions peuvent, par exemple, refuser pour des raisons de conservation la prise de photos ou faire payer des factures pour les reproductions, dont les conditions d'utilisation ne sont normalement contraignantes que pour le premier utilisateur mais pas pour ceux qui ensuite voudraient réutiliser la même reproduction.<sup>36</sup> L'apposition abusive d'un copyright a été définie de *Copyfraud* par le juriste américain Jason Mazzone dans un article de 2006, qui précise aussi comment les restrictions des donateurs ou déposants

33 Cf. le site du projet <https://ccdigitallaw.ch/index.php/french/about>.

34 Barrelet/Egloff 2008, p. 194, qui observent que l'idée d'un domaine public payant avec encaissement des redevances destinées au soutien financier des institutions culturelles a été abandonnée.

35 IGE, Faktenblatt Fragen zur Gemeinfreiheit (Public Domain) (en ligne : [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/schuetzen/urheberrecht/dfie/Antworten\\_auf\\_Fragen\\_zur\\_Gemeinfreiheit\\_Public\\_Domain\\_DE\\_FR\\_IT\\_EN.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/urheberrecht/dfie/Antworten_auf_Fragen_zur_Gemeinfreiheit_Public_Domain_DE_FR_IT_EN.pdf)), p. 6 ; voir aussi Memoriv 2017, p. 64.

36 Cf. Graf 2010, pp. 184-185, qui porte l'exemple paradoxal d'un utilisateur d'un livre représentant des chartes d'archives : la personne qui consulte ce livre en bibliothèque n'est pas un utilisateur des archives comme celui qui les a consultées dans leur lieu de dépôt et en a demandé la reproduction.

d'archives ne créent pas un nouveau droit d'auteur, mais sont à respecter dans le cadre du droit contractuel.<sup>37</sup>

La question qui pourrait se poser est de savoir si, par contre, la reproduction en elle-même génère un nouveau droit d'auteur. L'opinion générale est que si la copie est une simple reproduction de l'original, elle manque de l'individualité nécessaire pour engendrer un nouveau droit.<sup>38</sup> Dans le cadre du projet *Out of Copyright* (l'une des initiatives d'*Europeana Awareness*), une étude sur les éventuels droits créés lors de la digitalisation a été conduite afin de faciliter la promotion du domaine public.<sup>39</sup> L'étude distingue trois hypothèses (*scenarios*) pour établir s'il s'agit d'une œuvre dérivée (pour ce qui est encore protégé par le droit d'auteur) ou si une nouvelle œuvre (pour ce qui est dans le domaine public) est créée :

1. *fully automated digitisation* : numérisations réalisées en absence ou présence négligeable d'un opérateur humain ; méthode utilisée pour les textes et les images en deux dimensions normalement sans aucun choix créatif ;<sup>40</sup>
2. *semi-automated digitisation* : numérisations réalisées par un opérateur humain sans aucun choix créatif, même si le processus requiert des compétences techniques ;<sup>41</sup>
3. *human-operated digitisation* : numérisations de grande qualité réalisées par un opérateur humain ; normalement il s'agit d'objets tridimensionnels pour lesquels les choix de l'opérateur sont déterminants (p. ex. angle, lumière, position etc.).<sup>42</sup>

Les conclusions de l'étude, qui prend en compte la législation en vigueur dans la majorité des pays européens, sont assez nettes pour les cas 1 et 3 : respectivement pas protégé et protégé. Pour le 2, dans certaines législations (p. ex. en Allemagne, Autriche, Italie, Danemark), il existe une protection dont la durée varie de 15 à 50 ans

37 Cf. Mazzone 2006, pp. 1057-1058 : « It is wrong for archives to use their control over access to a work to assert a copyright in the work. Similarly, donor restrictions do not create copyrights. It is not unusual for donors of works, including public domain works to impose, as a condition of a donation to an archive, a prohibition on making copies of the works – along with other conditions attached to the gift. [...] If the archives ignores the donor's condition on the gift and distributes copies of a work, the archive will have breached the contract with the donor and will have to answer for the breach » ; les exemples mentionnés par Mazzone concernent les archives, ainsi que les bibliothèques et les musées. Sur le concept de Copyfraud (Schutzrechtsberühmung), voir aussi Graf 2010, en part. p. 181 : « Copyfraud liegt übrigens auch dann vor, wenn man Medien unter eine Creative Commons Lizenz stellt, die in Wirklichkeit gemeinfrei sind » ; Graf reconduit l'abus dans l'utilisation des licences à l'incertitude quant au droit des archivistes, qui en même temps « haben den Wunsch, die Nutzung ihres Archivguts umfassend zu kontrollieren und bei kommerziellen Nutzungen Geld für den Haushalt ihres Trägers zu vereinnahmen » (pp. 184-185).

38 Cf. Mazzone 2006, pp. 1038-1047 ; voir aussi Benhamou 2016, p. 27.

39 Cf. <http://outofcopyright.eu/about/> et Margoni 2015a ; comme l'auteur le précise, cette étude considère le statut « of digitised items individually », les éventuels droits concernant les bases de données ne sont pas pris en compte (p. 3).

40 Cf. <http://outofcopyright.eu/fully-automatic-reproduction/>.

41 Cf. <http://outofcopyright.eu/semi-automated-reproduction/>.

42 Cf. <http://outofcopyright.eu/digitisation-with-substantial-human-intervention/>.

pour les photographies dépourvues de caractère individuel (*non-original*).<sup>43</sup> En général l'un des critères décisifs est le « dimension shifting » : c'est-à-dire que pour l'état de la technique il est normalement impossible de reproduire en deux dimensions un objet sans opérer des choix pouvant impliquer de simples compétences techniques ou atteindre le niveau d'une nouvelle création de l'esprit.<sup>44</sup>

Les recommandations exprimées soulignent la nécessité pour les institutions culturelles de clarifier les éventuels droits dérivant de la numérisation en s'assurant en amont et au niveau contractuel d'en être les détentrices.

Un projet conjoint d'Europeana et de la Digital Public Library of America (DPLA) lancé en 2016, *Rights Statements*, offre un cadre standardisé de 12 déclarations englobant l'usage du matériel qui n'est pas soumis au droit d'auteur (ou ne l'est pas dans certaines juridictions) ou dont le statut n'est pas connu ; ces déclarations sont réservées à l'usage des institutions ainsi qu'aux plateformes d'agrégation de données online et ne sont pas des licences :<sup>45</sup>



Fig. 1 : Rights Statements (source : <http://rightsstatements.org/page/1.0/?language=en>).

Chacune des trois catégories est ensuite détaillée dans quatre subdivisions, par exemple pour le *No copyright* : *Contractual restrictions* ; *Non commercial use only* ;

43 Une protection similaire serait introduite en Suisse par la révision de la LDA, art. 2, al.3bis, qui est en partie inspirée par la Lichtbildschutz (cf. supra 2.1.3). Margoni 2015b, pp. 6-7, voit dans cette différence entre les pays européens un regrettable manque d'harmonisation plutôt qu'un élément de flexibilité.

44 Cf. Margoni 2015b, p. 4.

45 « RightsStatements.org currently provides 12 different rights statements that can be used by cultural heritage institutions to communicate the copyright and re-use status of digital objects to the public. The rights statements have been designed with both human users and machine users (such as search engines) in mind and are made available as linked data. Each statement is located at a unique URI. The rights statements have been specifically developed for the needs of cultural heritage institutions and online cultural heritage platforms and are not intended to be used by individuals to license their own creations » (cf. <http://rightsstatements.org/page/1.0/?language=en>).

*Other known legal restrictions ; United States* (pour les œuvres dont le statut a été déterminé selon la loi américaine).<sup>46</sup>

Dans certains pays, outre la norme sur le droit d'auteur, il faut tenir compte du code pour la protection des biens culturels, lequel peut entraver toute diffusion et réutilisation même pour ce qui est dans le domaine public. L'Italie présente à ce titre un cas assez intéressant de modification normative produite suite à la pression d'un vaste mouvement d'opinion en faveur de l'*Open Access*. Avant les modifications de 2014 et, pour les archives et bibliothèques celles d'août 2017, toute œuvre entrant dans la définition de bien culturel était soumise à un régime particulier par les articles 107 et 108 du *Codice dei beni culturali*, qui en empêchaient la reproduction et la diffusion ou les subordonnaient à une demande d'autorisation et au paiement d'une taxe.<sup>47</sup> Le mouvement *Fotografie libere per i beni culturali*, soutenu par la communauté scientifique ainsi que par les associations professionnelles d'archivistes et bibliothécaires, a obtenu la libéralisation des reproductions (naturellement si les documents ne tombent pas sous la protection du droit d'auteur ou n'impliquent pas de données personnelles), qui sont désormais gratuites (si effectuées avec des moyens privés) et non soumises à autorisation préventive.<sup>48</sup>

### Le droit à l'image et la protection des données personnelles

Toujours en gardant à l'esprit les limitations de cette étude aux documents textuels et visuels présents dans les collections spéciales d'une bibliothèque, nous prenons ici en compte deux limitations possibles à l'accès, qui sauvegardent les droits de la personnalité : le droit à l'image et la protection des données personnelles.

En effet, nombreux fonds d'archives privées présentent des documents iconographiques qui, s'ils ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu du manque de caractère individuel, ne pourraient pourtant pas être diffusés en raison de l'éventuelle atteinte au droit à l'image ou à la protection des données personnelles. En effet, les photographies numériques avec leur métadonnées imbriquées peuvent être considérées aussi comme des données personnelles, surtout si soumises au traitement automatique.<sup>49</sup>

Même si dans d'autres législations le droit à l'image est traité avec le droit d'auteur, la loi suisse le considère tel un droit de la personne et le soumet à l'art. 28 du Code civil : « la publication et la diffusion de l'image sont constitutives » de

---

46 Ibid.

47 La situation paradoxale d'un blocage par le droit d'auteur et par la norme sur les biens culturels est décrite par Morando 2011.

48 Cf. <https://fotoliberebcc.wordpress.com/> et Modolo 2017.

49 Cf. Klein 2017, pp. 249-250 ; l'étude de Klein analyse l'impact de la nouvelle réglementation européenne sur la protection des données (en vigueur depuis le 25 mai 2018, cf. [https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules_en)) sur les images de personne, que la loi allemande traite avec le droit d'auteur.

l'atteinte à ce droit ;<sup>50</sup> une telle atteinte est illicite « à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi ». <sup>51</sup> Une limitation est constituée si la personne a un statut accessoire et n'est pas le sujet principal de l'image : la *ratio legis* est de consentir à des prises de vue dans des lieux publics ou lors d'événements. Le droit à l'image peut entrer en conflit avec le droit à l'information : cela vaut pour les personnages publics (pourvu qu'il n'y ait aucune atteinte à la sphère privée) ou pour les exigences de documentation des médias ; dans ces cas l'intérêt à l'information est généralement retenu comme prépondérant.

Pour la publication des photos, même si plusieurs années peuvent avoir passé depuis la prise de vue, il faut donc s'assurer d'avoir le consentement explicite de la personne représentée, sauf pour les cas que nous venons de mentionner.

Le droit à l'image, en tant que droit de la personnalité, prend fin avec la mort.<sup>52</sup>

Nous l'avons déjà vu, les photos peuvent porter des données personnelles ; cela vaut à plus forte raison pour des documents privés comme la correspondance. Si pour les archives étatiques les éventuelles restrictions imposent une pesée des intérêts entre la transparence administrative et la protection de la sphère privée, pour les archives qui n'ont pas d'origine officielle la convention de dépôt ou de donation fait état<sup>53</sup> (mais il peut y avoir le cas non rare en bibliothèque d'un achat pour lequel il faudra, le cas échéant, avoir le consentement des personnes concernées) ; il faut aussi tenir compte que les titulaires des droits peuvent être des tiers de la personne qui dépose un fonds : c'est notamment le cas (pour le type de matériel qui nous intéresse ici) de la correspondance ou des dossiers administratifs des éditeurs ou des associations.

La loi suisse distingue les données personnelles (« toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable » LPD, art. 3, *al.a*)<sup>54</sup> des données sensibles (« les données personnelles sur : 1. les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, 2. la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, 3. des mesures d'aide sociale, 4. des poursuites ou sanctions pénales et administratives », LPD, art. 3, *al.c*).

La révolution numérique a provoqué aussi dans ce champ un bouleversement dû à la possibilité de croiser différentes données. Dans le but d'une gestion plus transparente et plus responsable des données, l'Union européenne a adopté une nouvelle

---

50 Cf. Lévy 2002, p. 198.

51 CC art. 28B, al.2 (<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html#a28a>).

52 Pour un résumé des aspects à prendre en compte lors de la publication d'une photographie, cf. [https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/Internet\\_und\\_Computer/publication-de-photographies.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/Internet_und_Computer/publication-de-photographies.html), (dernière mise à jour 2014). La question de la fin des droits de la personnalité dans le système juridique suisse est traitée par Lévy 2002, pp. 43-55.

53 Cf. Coutaz 2012, pp. 6-7.

54 Loi fédérale sur la protection des données (LPD) (en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/index.html>).

réglementation qui est en vigueur depuis le 25 mai 2018. Elle aura un impact aussi en Suisse vu que l'application territoriale est entendue dans le dispositif normatif au sens large : elle concerne tous les établissements de l'UE et tous les traitements ayant pour objet ses ressortissants.<sup>55</sup> Si l'adéquation du traitement pour les entreprises suisses est en cours, il reste à voir quelles conséquences cela entraînera pour les institutions documentaires. Dans le projet de révision de septembre 2017 de la loi fédérale les fonds des institutions patrimoniales sont explicitement mentionnés à l'article 37, *al.5* limitant la rectification, l'effacement et la destruction des données personnelles présentes dans leurs fonds.<sup>56</sup> En effet, toute modification pourrait fausser ou entraver la recherche historique ; par contre le même article prévoit une limitation à l'accès : « cette exception – comme le souligne le message qui accompagne le projet – doit être considérée au regard de la tendance toujours plus grande de rendre accessibles les fonds d'institutions patrimoniales publiques sur Internet. Cette pratique permet de réduire le temps de travail nécessaire à des recherches ciblées, mais élargit en même temps considérablement le cercle des personnes susceptibles d'avoir accès aux documents en question. »<sup>57</sup> La solution possible est la limitation à la seule consultation sur place qui peut être ultérieurement restreinte à de précises exigences de recherche.

De toute évidence la question des dossiers nominatifs concerne en majorité les archives publiques qui sont par contre moins sensibles aux problématiques du droit d'auteur mais elle n'est pas à négliger dans le contexte des archives privées.

Si la mise en ligne de documents comportant des questions relatives aux données personnelles n'est pas envisageable, il faut définir des conditions de consultation claires permettant l'accès aux lecteurs tout en les engageant à la confidentialité que ces données exigent.

---

55 Cf. Le RPDG et ses conséquences pour la Suisse, pp. 3-4 (en ligne : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/bases-legales/Datenschutz-International/DSGVO.html>). Une première

56 Cf. Loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (Projet), en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6803.pdf>. Sur les différentes phases de la révision voir <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>.

57 Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (2017), p. 6702 (en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6565.pdf>) ; dans le texte du message il est remarqué qu'une telle exception a une portée limitée vu que souvent les institutions patrimoniales sont régies par des lois cantonales.

## Politique numérique et mise à disposition : projets internationaux et retours d'expérience

### Politique numérique : avantages et risques de l'ouverture

Hamilton/Saunderson 2017 évoquent six avantages possibles d'une approche ouverte : *impact*, *availability* (disponibilité), *creativity* (créativité), *simplicity* (simplicité), *advancing knowledge at marginal cost* (progression de la connaissance au coût marginal), *promote understanding and respect for copyright* (promotion de la compréhension et du respect du droit d'auteur).<sup>58</sup> Dans leur discussion, ils font principalement référence à la mise à disposition de contenus non soumis au droit d'auteur ou à d'autres contraintes légales externes aux institutions.

L'impact est strictement lié aux possibilités d'accès et de réutilisation. Une façon simple de gagner plus de visibilité est de libérer des contenus pour l'utilisation dans Wikipedia à travers Wikimedia Commons (contenus dans le domaine public ou avec une licence CC0). Le cas de la National Library of Wales montre bien comment la collaboration avec Wikimedia peut apporter des bénéfices : la bibliothèque a retravaillé env. 2000 images qui, étant déjà sur Flickr Commons, avaient été transférées dans Wikimedia par les usagers ; cela a été l'occasion de ressaisir et de standardiser les métadonnées, ainsi que d'ajouter un lien au site de la bibliothèque. 10'000 autres images ont été téléchargées dans le cadre de l'accueil d'un Wikipedian in Residence.<sup>59</sup> Au niveau de la politique de numérisation, la bibliothèque avait déjà opté en 2012 pour ne revendiquer aucun droit d'auteur sur les reproductions d'ouvrages dans le domaine public, selon les recommandations d'Europeana (« what goes in public domain would stay in public domain »).<sup>60</sup> Toutefois la qualité et la taille des images ont été objet de discussion : la solution adoptée a été de mettre à disposition la majorité des fichiers (81%) en basse résolution (800/1000 pixels à 72 dpi, la même pour Wikimedia et le site de la bibliothèque) en gardant la haute résolution pour les reproductions payantes fournies par la bibliothèque. Une moindre partie des images (presque 19%) étaient en moyenne résolution (3900px) et une partie minimale (moins que 1%) en haute résolution (plus de 3900px). Les statistiques d'usage montrent que l'impact des images de meilleure qualité a un effet négligeable pour la réutilisation dans Wikipedia mais est plus important pour d'autres utilisations en dehors de ce contexte. En tout cas, donner un accès ouvert aux ressources n'a pas d'effets négatifs au niveau économique et encourage même la réutilisation.<sup>61</sup> Les résultats des statistiques de

---

58 Hamilton/Saunderson 2017, p. 74.

59 Ibid., p. 122 ; pour les contenus de la bibliothèque disponibles dans Wikimedia Commons cf. [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Collections\\_of\\_the\\_National\\_Library\\_of\\_Wales](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Collections_of_the_National_Library_of_Wales).

60 Hamilton/Saunderson 2017, p. 120.

61 Ibid., p. 123 : « releasing higher quality images, and providing open access in general, does not have a major negative impact on income generation, while clearly encouraging reuse. »



consultation des pages contenant les images de la National Library of Wales dans Wikimédia et Wikipédia dans la période du projet montrent une croissance exponentielle avec plus de 13 millions de contacts en six mois (contre les 1.3 millions de son site dans la même période). Certes, le travail de la bibliothèque ne s'est pas limité à mettre à disposition des numérisations : elle a choisi des contenus adaptés au public et à la communauté de Wikipédia, a encouragé l'utilisation et a investi dans la communication de son projet. Dans une période de coupes budgétaires, une donnée quantitative sur la valeur de l'impact peut s'avérer précieuse, même si on peut observer que l'évaluation de l'impact d'une institution culturelle devrait dans l'idéal prendre en compte aussi une vision qualitative et à long terme.<sup>62</sup>

L'*availability* fait référence à l'esprit de partage et à l'inter-connectivité toujours plus accrue de l'offre numérique. La disponibilité en ligne peut valoriser des collections difficiles à exploiter autrement pour différentes raisons dans l'espace physique. Elle est la prémisse de la *creativity* favorisée par la possibilité de faire usage des créations appartenant au patrimoine commun et de les réutiliser.

Les trois derniers avantages de l'ouverture des collections patrimoniales dans le domaine public mentionnés par Hamilton/Saunderson 2017 concernent plus précisément la gestion des droits : 1. simplicité pour l'institution de ne pas donner d'autorisations au cas par cas ou de ne pas vérifier le respect des conditions contractuelles ; 2. négligeable différence au niveau des coûts entre une approche ouverte ou fermée (*advancing knowledge at marginal cost*) vu l'absence de coût supplémentaire de réutilisation et que les coûts principaux concernent la numérisation et l'archivage ;<sup>63</sup> 3. promotion auprès des lecteurs d'une meilleure intelligence des droits et de leur respect en évitant d'ajouter des couches d'interdiction non nécessaires.

Les risques évoqués par Hamilton/Saunderson 2017 face aux avantages que nous venons de mentionner se configurent comme une perte potentielle : tant de gain (*income/the licensing risk*), que de contrôle (*control/the curation risk*), de visites (*visits/the diffusion risks*), de positionnement (*position/the competition risks*), d'*aura* (*the dilution risks*).

Les risques regardant l'*aura* (ici à entendre selon la conception de Walter Benjamin) ou concernant les visites intéressent plus les musées que les archives ou les bibliothèques, alors que le positionnement – la concurrence d'une autre source – est pertinent aussi pour ces dernières et strictement lié à la perte de contrôle. En effet, un

---

62 Europeana a récemment élaboré des outils facilitant des études d'impact, cf. <https://pro.europeana.eu/page/impact-case-studies>.

63 Cf. Hamilton/Saunderson 2017, p. 80 : « Unwarranted restrictions on access and reuse, for example if placed unnecessarily on copies of public domain works, place a confusing and irrational block on the organisation's very mission as expressed through the efforts invested in content selection, curation and digitisation. Conversely, enabling open access and reuse wherever possible adds no additional costs or time to organisation's process, yet hugely increase the potential for those efforts to be capitalised on. »

tiers pourrait s'approprier des contenus mis à disposition et par exemple utiliser les numérisations de l'institution à des fins commerciales. Paradoxalement une approche ouverte pourrait être la façon la meilleure d'éviter une telle éventualité : si l'institution offre déjà des matériels et des services de haute qualité, il n'y aura pour le public aucune raison de se tourner vers un tiers. Le cas du Rijksmuseum Amsterdam offre à cet égard un exemple assez clair : en constatant que des images de mauvaise qualité de la collection étaient déjà utilisées, l'institution a décidé de libérer des reproductions considérant que « the Rijksmuseum also gave itself the opportunity to disseminate copies accompanied with good metadata (including provenance data) and to further develop the museum as the go-to source for images of the painting ». <sup>64</sup> L'une des difficultés pour les institutions dans l'adoption d'une indication claire pour les reproductions d'ouvrage dans le domaine public est l'inquiétude quant à la mention correcte de la provenance : l'utilisation de la licence CC-BY (au-delà du fait que dans la majorité des cas elle ne présuppose pas dans l'intention de ceux qui l'appliquent l'affirmation consciente d'un nouveau droit d'auteur sur les numérisations) est principalement due à cette préoccupation. <sup>65</sup>

Le risque relatif à la perte de gain concerne la vente des reproductions. En réalité pour les archives et bibliothèques les pratiques de numérisation se sont dans la majorité des cas développées sans une stratégie relative aux aspects commerciaux, qui par contre ont été prépondérants dès le début dans le domaine muséal. <sup>66</sup> Le but des institutions a été en premier lieu de couvrir, au moins en partie, les coûts de production des numérisations au même titre que les reproductions analogiques (les photocopies, par ex.) et de différencier les utilisations pour la recherche de celles à caractère commercial. Les recommandations de 2002 de l'IFLA sont claires à ce propos : <sup>67</sup>

*The high costs involved in digitization suggest the need for cost recovery by the institution as a small compensation, in a manner similar to the provision of a photocopy service. [...] To convey adequately the intellectual content of original documents for scholarship, images are provided at no cost on the Internet, at a low resolution that encourages single use (p. 33).*

*It is generally recommended that digitization be limited to source material in the public domain, to avoid complicated copyright litigation. On that basis, a business model can be devised to license the use of digitized material. An*

64 Ibid., p. 87.

65 Cf. le cas du Statens Museum for Kunst au Danemark, où cette licence a été consciemment choisie pour des raisons de pragmatisme (Hamilton/Saunderson 2017, pp. 99-100) ou l'évolution dans les pratiques de la National Library of Scotland (ibid., pp. 137-147).

66 Cf. Aalberts/Beunen 2002.

67 IFLA, Guidelines for Digitization Projects for Collections and Holdings in The Public Domain, Particularly Those Held by Libraries and Archives (draft paper) (en : <https://www.ifla.org/files/assets/preservation-and-conservation/publications/digitization-projects-guidelines.pdf>). Il s'agit d'un document provisoire rédigé par des experts de l'IFLA (International Federation of Library Associations) et de l'ICA (International Council on Archives) pour l'UNESCO (ibid., p. 1).

*equitable model would offer free Internet access to low-resolution images, and escalating according to intended use, to secure for the library or archive a percentage of ultimate commercial profit (p. 36).*

Les lignes guides de l'IFLA suggéraient donc en 2002 de mettre à disposition des images en basse définition et de réserver la haute définition à la commercialisation. Cette approche est-elle encore équitable ? Comment couvrir les coûts de numérisation pour des matériels souvent fragiles dont les frais de traitement sont souvent élevés face à une valeur marchande limitée et affirmer la démocratisation du savoir ? Le cas du Rijksmuseum et de sa politique d'ouverture (reproductions en haute définition librement réutilisables dans n'importe quel but même pour produire du papier toilettes,<sup>68</sup> site où chaque usager peut créer son exposition virtuelle, télécharger et imprimer les images ou commander un poster<sup>69</sup>), abstraction faite des particularités d'une institution muséale, peut apporter quelques éclairages.

Comme le rappelle Pikel 2014, entre 2011 et 2012 le Rijksmuseum choisit dans un premier temps de mettre à disposition des images de moyenne qualité gratuitement et des images de haute qualité payantes : le résultat est une importante augmentation des revenus par rapport à la période où les reproductions gratuites n'étaient pas disponibles, revenus qui toutefois n'atteignent que 0,2% du total des entrées du musée. En 2013, l'institution décide de ne plus faire payer les images de haute qualité déjà numérisées et de concentrer ses efforts sur la recherche de financements pour numériser ses collections. Du point de vue stratégique la communication sur l'accessibilité numérique de la collection facilite le positionnement du musée, sa notoriété et le lance comme un laboratoire sur les évolutions possibles dans le domaine tout en favorisant l'obtention de financements.<sup>70</sup> Le musée a renoncé à investir sur un axe qui, dans les conditions spécifiques de l'institution et en vue des objectifs que la direction voulait atteindre, a finalement été considéré comme peu rémunérateur pour se tourner vers d'autres types d'investissement. Cela n'implique pas que le choix du Rijksmuseum soit la solution pour tout un chacun, comme l'observe Pikel 2014 :

*In a time where budgets are dissolving and institutions are more expected to generate their own sources of funding, any profit can greatly help, for example to continue digitizing the collection. [...] For Rijksmuseum this decision was in line with their business plan and ambitions, but it is very likely that many institutions are not in the position to do this. For this reason, the previous setup of the Rijksmuseum – where they make good quality images freely available to popularise their collection, and charged for the master files – can be a good solution for cultural institutions. This way a wide variety of audiences get*

68 Selon le constat de Tico Dibbits, directeur du Museum, cf. Hamilton/Saunderson 2017, p. 87.

69 Le Rijksstudio, cf. <https://www.rijksmuseum.nl/en/rijksstudio>.

70 Sur les possibles évolutions du cadre légal favorisées par les utilisations des images du Rijksstudio, cf. Dreier 2017.

*unrestricted access to the material and can get more familiar with it. And they pay a small fee for the highest resolution. This way the public domain images are not hidden away from the public, so the institution lives up to its public duty, and it also allows the institution to still make a profit from the commercial sector (pp. 13-14).*

Des objectifs différents peuvent conduire à des politiques différenciées selon les publics, le type de matériel, les motivations des campagnes de numérisation à l'intérieur même d'une seule institution.<sup>71</sup>

Il est à mettre en évidence que le nombre croissant de demandes d'usagers privilégie, outre l'accès, la clarté dans l'indication des droits et des obligations. En février 2018 la Newberry Library de Chicago annonce sa nouvelle politique d'Open Access aux collections digitales (1.7 million d'images) : la bibliothèque n'exigera plus de charges pour leur utilisation mais rend attentif le lecteur qu'il est de sa responsabilité de déterminer si le matériel est soumis ou non au droit d'auteur.<sup>72</sup> Un commentateur relève l'aspect contradictoire de la démarche par rapport aux engagements de l'institution :<sup>73</sup>

*Les images sont toutes en haute définition, mais la réutilisation reste donc aux risques et périls de chacun. Une bien étrange démarche : comment encourage-t-on les internautes et visiteurs à s'emparer des collections, sans donner d'indications qui faciliteraient la compréhension des usages possibles ?*

En effet, la mise à disposition d'une numérisation massive requerrait pour l'exacte détermination des droits une couteuse et longue recherche au préalable (pensons au cas des œuvres orphelines). La bibliothèque a préféré mettre l'accent sur l'ouverture, l'accessibilité de ses collections en se prévalant éventuellement de l'exception légale

71 Le financement public demeure en tout cas indispensable. Maurel 2017 présente 4 types de modèles économiques possibles : 1. l'articulation entre numérisation de masse et numérisation à la demande avec la mise à disposition des numérisations payées six mois après la commande ; 2. le recours au financement participatif ; 3. le partenariat public-privé avec des délais raisonnables sur l'utilisation commerciale ; 4. la formule « Freemium » avec une version libre et des services ajoutés dans la version payante. Pour l'instant aucun de ces modèles ne s'est avéré résolutif pour le financement : « Malgré les restrictions budgétaires, il revient aux autorités publiques de faire un choix politique en faveur du financement de la numérisation patrimoniale, car les solutions alternatives aux subventions ne pourront jouer qu'un rôle d'appoint » (p. 10).

72 La page qui annonce ce changement de politique porte le titre « With New Open Access Policy, the Newberry's Digital Collections Are Now Available for Re-use without Licensing or Permission Fees », dans le texte sont reportées les déclarations de Jennifer Dalzin, Director of Digital Initiatives and Services qui explique comment avec cette nouvelle politique la bibliothèque « is removing barriers to innovative re-use, collaboration and new kinds of scholarship », mais il est bien précisé que « though the Newberry no longer assesses permissions fees, users remain responsible for determining whether material is in the public domain, whether it is protected by copyright law or other restrictions, or whether a particular activity constitutes fair use » (cf. <https://www.newberry.org/new-open-access-policy-newberry-digital-collections>).

73 Cf. <https://www.actualitte.com/article/patrimoine-education/1-7-million-d-images-historiques-acces-sibles-gratuitement/87748> (article de Victor De Sepausy du 10 mars 2018).

du *fair use*<sup>74</sup> (qui fait endosser la responsabilité aux lecteurs) et de la réserve d'enlever le matériel (*take-down*) qui poserait des problèmes suite à une requête documentée.<sup>75</sup> Il s'agit d'un choix politique privilégiant la visibilité et la consultation mais laissant dans l'ambiguïté les conditions de réutilisation (qui ne sont pas un aspect secondaire dans le concept d'ouverture des données).

L'ambiguïté dans les politiques est souvent le résultat non intentionnel de différentes couches de décisions, de changements dans les conditions de mise à disposition, comme peut le montrer leur emplacement à différents endroits sur le site, la taxonomie variable de leurs intitulés, le manque de correspondance entre les métadonnées des images et les termes généraux d'utilisation.<sup>76</sup> Plusieurs institutions sont en train de réviser leur politique numérique, non seulement au niveau des droits mais dans une vision stratégique plus globale prenant en compte les exigences des usagers, les possibilités d'intégration et de collaboration ainsi que les limites budgétaires.

### Un aperçu de la situation européenne : l'enquête ENUMERATE

Les enquêtes de l'observatoire ENUMERATE (englobé dès 2017 dans Europeana) permettent d'avoir un aperçu quantitatif des projets de numérisation en Europe (y compris en Suisse) : selon la dernière enquête de 2017, 84% des institutions qui ont répondu (env. 1000) ont des collections numériques ou sont engagées à en avoir une, mais seulement 42% d'entre elles ont une stratégie de numérisation écrite.<sup>77</sup>

Le rapport de 2017 présente les résultats sous six thématiques :

- Digital Collections
- Digitization Activity
- Digital Access

---

74 Le fair use permet sous certaines conditions d'utiliser les œuvres sous droits pour des fins de recherche, enseignement, usage personnel. cf. <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>. C'est en recourant au fair use que Google Books a pu mettre en ligne des parties de livres encore in-copyright : la longue bataille judiciaire initiée en 2005 par l'Authors Guild s'est conclue en 2016 par un rejet de la Supreme Court de l'instance de l'association (cf. Jiarui Liu 2017, pp. 1470 et 1512).

75 Cf. Notice and Take Down Policy : « If the Newberry is unable to determine whether it has the appropriate rights to make the material in question available online, the Newberry will remove it from its digital collection, publication, or resource pending further investigation » (<https://www.newberry.org/notice-and-take-down-procedure>).

76 Cf. Wallace/Deazley 2016, pp. 4-5 (qui soulignent le rôle des métadonnées pour la pertinence de l'offre des institutions culturelles par rapport à d'autres acteurs comme Flickr ou Wikipedia) et Wallace 2016.

77 Cf. Report Enumerate Core Survey 2017, p. 5. Le rapport, comme l'indiquent les auteurs, donne des résultats qui sont à considérer comme significatifs des tendances actuelles. En effet, l'échantillon est influencé par l'existence d'une coordination au niveau national qui favorise la collecte (et donc le taux) des réponses dans les différents pays ; en outre, au cours des années les répondants ne sont pas toujours les mêmes et les valeurs ne sont pas pondérées selon la taille de l'institution. Le rapport tient compte des collections nées-numériques et des numérisations du matériel analogique. Les résultats et les données de cette enquête sont disponibles en ligne : <https://pro.europeana.eu/resources/statistics/enumerate>. Un répertoire des initiatives de numérisation pour la Suisse (surtout pour le domaine des bibliothèques) est sur la plateforme Digicoord (<https://www.digicoord.ch/index.php/Accueil>).

- Participation
- Digital preservation
- Digitization expenditures

En 2017, pour le *Digital Access* le questionnaire introduit un point relatif aux conditions concernant le droit d'auteur sur les contenus et les métadonnées des collections numériques selon quatre valeurs : 1. domaine public ; 2. copyright détenu par l'institution ; 3. copyright détenu par d'autres ; 4. situation inconnue. Il ressort que 32% des contenus appartiennent à des tiers (valeurs 3. et 4.), alors que pour les métadonnées la situation est, pour des raisons assez compréhensibles, meilleure : 15%.<sup>78</sup> Il est à noter que, par rapport aux enquêtes précédentes, les coûts pour les questions liées au droit d'auteur montrent une augmentation de 3% à 8% du budget consacré aux projets.

Les raisons évoquées pour la mise à disposition des collections digitales sont en premier lieu la recherche académique et l'éducation (8,8 et 8,5 sur une échelle de 1 à 10), ensuite la préservation physique de l'original (7,6). L'utilisation des licences commerciales vient en toute dernière place (2,7).<sup>79</sup>

Les canaux d'accès tendent à se différencier de plus en plus.<sup>80</sup> Même si le recours au site de l'institution demeure prépondérant (51%), les agrégateurs nationaux et Europeana conquièrent des quotas importants (46% et 37%) ; les prévisions des répondants tendent à estimer une baisse d'usage du site web (-4%) et une augmentation d'Europeana (+5%), de Wikimedia/Wikipédia (+14%) et d'autres plateformes des réseaux sociaux (+25%).

Les statistiques d'utilisation des collections online sont élaborées seulement par environ la moitié des participants au questionnaire. Elles se basent en majorité sur les statistiques du site web (90%) et dans une moindre mesure sur les statistiques des réseaux sociaux et de Wikimedia (resp. 30% et 4%).<sup>81</sup> Le nombre de visites des sites web est directement proportionnel aux ressources économiques de l'institution.<sup>82</sup>

## Retours d'expérience dans des institutions suisses

Les aspects pris en compte dans le questionnaire ENUMERATE ainsi que l'analyse de l'état de l'art par rapport aux questions concernant les droits à respecter dans l'accès et *a fortiori* dans l'accès numérique nous ont été utiles pour formuler un guide d'entretien destiné à mieux connaître la vision et les pratiques quant à l'accès numérique des collections spéciales de trois bibliothèques suisses : la Bibliothèque cantonale et universitaire – Lausanne, BCUL ; l'Universitätsbibliothek de Bâle, UB Basel;

78 Report Enumerate Core Survey 2017, pp. 31-32 et 56.

79 Ibid., p. 33.

80 Ibid., pp. 35-36.

81 Ibid., p. 38.

82 Ibid., p. 40 : « If we compare the overall budgets with the number of website visits, the data show that on average, institutions with larger budgets have more website visits. »

la Zentralbibliothek de Zurich, ZB. Même si le centre de notre intérêt s'attache aux collections spéciales en bibliothèque, nous avons élargi notre enquête à un service d'archives étatique : les Archives cantonales vaudoises (ACV), qui constituent une référence au niveau cantonal et très actives dans la collecte des archives privées. Ces dernières sont un domaine de convergence entre les fonds conservés en bibliothèque et dans des institutions d'archives dont le mandat légal principal est l'acquisition et la conservation de la documentation produite par les administrations.<sup>83</sup> La problématique de l'accès se posait traditionnellement de façon différente dans les bibliothèques et les archives. Les archives ont en effet assumé la tâche de la communication et de la diffusion de leurs fonds assez récemment.<sup>84</sup>

Nous avons formulé quatre questions générales que nous avons adaptées lors des entretiens aux spécificités des différents contextes. Les trois premières questions concernent les collections numériques (politique numérique, retours d'expérience et conditions d'utilisation des documents en ligne), la dernière a pour objet les pratiques de reproduction avec des moyens privés en salle de consultation.<sup>85</sup>

1. *Politique numérique* : Avez-vous une politique numérique pour vos collections on-line ? Depuis quand ? Vous l'avez déjà changée ? Numériser pour qui ? Et pourquoi ?
2. *Retours d'expérience* : Quelles ont été vos initiatives ces dernières années et quel est votre retour d'expérience ? Pensez-vous que le mouvement *Open Access* a eu un impact aussi sur le secteur patrimonial ?
3. *Conditions d'utilisation des documents en ligne* : Quelles contraintes, quelle résolution ?
4. *Consultation et reproduction en salle de lecture* : Autorisez-vous la reproduction avec des moyens privés ? Quelles sont les règles en salle de lecture ?

Les résultats de ces entretiens confirment dans les grandes lignes les acquis de la littérature.<sup>86</sup> Après une phase qui a vu le lancement de plusieurs projets, la redéfinition d'une politique numérique s'impose et elle est en cours à la BCUL et à l'UB Basel. Les directions des projets ont été multiples et destinées à des publics variés : la mise à disposition (et la conservation) liée aux missions de l'institutions, surtout en rapport

83 En 2016 les statistiques des ACV indiquent que les archives privées (plus de 2000 fonds) sont plus consultées que les archives publiques (Coutaz 2016, p. 16).

84 Cf. l'évolution et le développement du concept de communication des archives déclinés par Coutaz 2012, pp. 1-2.

85 Les entretiens ont eu lieu entre mai et juin 2018. Nous remercions vivement Gilbert Coutaz (ACV), Silvio Corsini, Ramona Fritschi et Théophile Naito (BCUL), Elisabeth Frasnelli, Ueli Dill et Elias Kreyenbühl (UB Basel), Urs Fischer (ZB) qui nous ont généreusement fait part tant de leurs expériences que de leur vision.

86 Nous résumons ici de façon abrégée les résultats ; pour des considérations particulières nous donnons entre parenthèses l'indication de l'institution. Chacune de ces institutions a lancé ou a participé à d'importants projets de mise à disposition numérique, dont quelques-uns seront mentionnés dans les notes en bas de page. Nous renvoyons pour une première information aux sites web respectifs.

avec la valorisation du patrimoine cantonale qui vise le grand public ;<sup>87</sup> la collaboration ponctuelle avec les universités et les chercheurs ;<sup>88</sup> la meilleure diffusion des fonds historiques.<sup>89</sup> Le but de la numérisation pour les ACV a été jusqu'à maintenant la conservation et la mise en sécurité des documents fragiles et souvent demandés : même si la publication en ligne est envisagée, les numérisations sont consultables uniquement dans la salle de lecture.

Au-delà de finalités de la numérisation, toutes les institutions mettent en avant le travail de consolidation préventive de l'exemplaire physique, la révision et l'enrichissement des métadonnées, la préservation des images à long terme. Il est à relever que les chercheurs demandent de plus en plus de numérisations massives des sources : le travail de recherche est en train de vivre un changement majeur avec les *Digital Humanities*. Les institutions devraient être en mesure de l'accompagner pour ce qui est de leur compétence, même si les ressources à investir sont considérables ; pour ce faire la ZB s'est engagée dans un modèle de collaboration accrue au niveau des infrastructures, de l'enrichissement des métadonnées et de la préservation des résultats de recherche pour un projet d'édition soutenu par le Fonds national suisse.<sup>90</sup>

Les retours d'expérience quant au public sont positifs : la disponibilité en ligne favorise la différenciation des publics et l'élargissement au-delà du cercle des spécialistes ; cela peut avoir un impact positif aussi sur la consultation des documents analogiques ou favoriser la redécouverte de certains ouvrages.

Pour l'instant, il s'agit plus de pratiques différentes de consultation, auparavant impossibles, que d'un clair changement de paradigme dans l'utilisation (BCUL, UB Basel). Si l'impact du mouvement *Open access* dans le secteur patrimonial est indéniable, la mise à disposition en ligne devrait s'accompagner de la prise de conscience que seulement une partie des informations sont accessibles en forme numérique tant pour la richesse des fonds que pour les limitations légales (ACV) ; un autre aspect à prendre en compte est que les documents les plus récents sont sous-représentés, de

87 Cf. par ex. le projet DigiTUR (2013-2018) de la ZB (<https://www.zb.uzh.ch/de/services/forschung-und-digitalisierung>) ou la plateforme Scriptorium pour la presse romande de la BCUL (<https://scriptorium.bcu-lausanne.ch/browse>).

88 Cf. par ex. l'édition de la correspondance conservée à l'UB Basel des scientifiques de la famille Bernoulli (XVIIe-XVIIIe siècles) : <http://www.ub.unibas.ch/bernoulli/index.php/Hauptseite>.

89 Cf. les plateformes e-rara et e-codices respectivement pour les imprimés anciens et les manuscrits médiévaux des trois bibliothèques (<https://www.e-rara.ch/>, <https://www.e-codices.unifr.ch/fr/>) ; e-manuscripta dont la UB Basel et la ZB sont parmi les initiateurs et les partenaires principaux (<https://www.e-manuscripta.ch/>) : cette plateforme depuis 2018 a introduit deux importantes nouveautés en permettant le crowdsourcing à travers la transcription de la part des lecteurs et en intégrant le Manifest IIIIF pour les images. Le fonds imprimé de la BCUL (XVIIe-XIXe siècles) a été numérisé grâce à un partenariat avec Google books entre 2007 et 2009 (cf. Frey 2016).

90 Il s'agit de la correspondance de Johan Caspar Lavater, cf. ZB Jahresbericht 2018, en ligne : [https://www.zb.uzh.ch/storage/app/media/ueber-uns/Jahresbericht/ZB\\_Jahresbericht\\_2018\\_190516\\_web.pdf](https://www.zb.uzh.ch/storage/app/media/ueber-uns/Jahresbericht/ZB_Jahresbericht_2018_190516_web.pdf).



ce point de vue de licences collectives pour les bibliothèques pourraient réduire ce clivage (BCUL).

En effet dans toutes les institutions les efforts de mise à disposition se sont en priorité adressés aux documents libres de droits. Côté reproductions, les conditions d'utilisation pour des ouvrages dans le domaine public peuvent différer selon la collection numérique et la définition des images téléchargeables (BCUL, ZB) ; la UB Basel a adopté dès 2016 le choix de ne revendiquer aucun droit sur les reproductions qui peuvent donc être réutilisées sans limitations.<sup>91</sup> La question est plus délicate pour des plateformes de numérisation de la presse comme *Scriptorium* : le choix de ne pas limiter l'accès au seul domaine public comporte un travail préliminaire d'élaboration et d'approbation de conventions avec les éditeurs et les ayants-droit ; ces derniers endossent la responsabilité des droits d'auteur et gardent toute latitude d'autoriser ou refuser la publication d'extraits (BCUL).

La politique d'accès qui privilégie la consultation mais est attentive à la réutilisation des reproductions, est confirmée par les règles appliquées en salle de lecture dans le cas de la BCUL et de la ZB : la reproduction avec des moyens privés lors de la consultation est admise sauf si des raisons de préservation l'empêchent ; dans un souci de qualité, les reproductions destinées à la publication doivent être effectuées par le service de la bibliothèque et des conditions particulières s'appliquent pour l'utilisation commerciale.<sup>92</sup> Pour les ACV, les conditions de communication et de consultation des documents sont établies par le Règlement d'application de la Loi sur l'archivage (RLArch), qui spécifie que la reproduction « par tout moyen » est soumise à l'autorisation des ACV (art. 29) et que pour des utilisations commerciales elle peut être subordonnée à la conclusion d'un contrat (art. 31).<sup>93</sup> À l'UB Basel, les reproductions avec des moyens privés (en absence de restrictions légales et si l'état de conservation le permet) sont admises en salle de consultation et il n'est pas du tout obligatoire d'avoir recours au service de la bibliothèque pour les images à publier. La collaboration avec les usagers plus que le contrôle serait à mettre en avant : c'est à travers le bon contact qu'on a les meilleurs retours et le maximum de collaboration.

---

91 Cf. [https://www.ub.unibas.ch/ub-hauptbibliothek/newsdetail/?no\\_cache=1&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=520&cHash=0ca212a0d4fd71d25e55b3d801a9fd6](https://www.ub.unibas.ch/ub-hauptbibliothek/newsdetail/?no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=520&cHash=0ca212a0d4fd71d25e55b3d801a9fd6).

92 Cf. pour la BCUL les tarifs de numérisation ([https://www.bcu-lausanne.ch/wp-content/uploads/2019/06/20190521\\_Tarifs\\_numerisation\\_et\\_photo.pdf](https://www.bcu-lausanne.ch/wp-content/uploads/2019/06/20190521_Tarifs_numerisation_et_photo.pdf)) et l'art. 10 du Benutzungsreglement für Spezielsammlungen (valable dès le 1er décembre 2017) de la ZB ([https://www.zb.uzh.ch/Medien/benutzung/bestimmungen/benutzungsreglement\\_spezielsammlungen\\_2017\\_schlussfassung\\_mit-logo.pdf](https://www.zb.uzh.ch/Medien/benutzung/bestimmungen/benutzungsreglement_spezielsammlungen_2017_schlussfassung_mit-logo.pdf)).

93 Le RLArch est consultable en ligne : <https://prestations.vd.ch/pub/blv-publication/actes/consolide/432.11.1?key=1565962257962&id=6a67c756-74fa-4a85-8618-51d0f829c062>.

## Conclusion

Les nouvelles possibilités offertes par l'accès numérique mettent en valeur le rôle des institutions documentaire et notamment de celles patrimoniales en tant que promotrices d'une diffusion plus large de leurs collections vers des publics différents.

La facilité de reproduction et de transmission des images ainsi que des contenus impose une adaptation de politiques et de pratiques. Pour le droit d'auteur, des licences comme *Creative Commons* offrent un cadre standardisé qui, selon une partie de la doctrine, n'est pas opposé aux lois en vigueur mais est à voir comme une intégration compatible avec les normes existantes ; le projet *Rights Statements* d'Europeana et de la Digital Public Library of America essaie de répondre à l'exigence des institutions d'énoncer les conditions d'utilisation de façon claire, uniforme et compréhensible. La possibilité d'avoir recours à des prévisions législatives spécifiques par exemple pour la recherche scientifique et à des licences collectives étendues pourrait faciliter des projets de numérisation massive.

Quant aux droits de la personnalité, le débat sociétal est le plus contradictoire : d'un côté l'accès et la transparence sont mis en avant, de l'autre côté est souvent évoqué le droit à l'oubli.

L'examen des seules questions légales dans l'accès numérique pourrait donner l'impression que la situation est assez simple : tout est permis avec les documents dans le domaine public, tout, ou presque, est interdit avec les documents sous droits.

En réalité, comme le démontrent les projets réalisés et en cours, beaucoup dépend des politiques adoptées. Pour le domaine public les choix d'ouverture des institutions demeurent fondamentales ; la mise à disposition pour usage privé et éducatif est acquise mais des perplexités sur la réutilisation commerciale vue comme privatisation de biens communs demeurent. Si la *Public Domain Mark* est de plus en plus répandue, la qualité des reproductions disponibles ne favorise pas toujours la réutilisation. Des licences *Creative Commons* semi-ouvertes sont utilisées par nombre d'institutions, leur réception auprès du public est de plus en plus négative sans compter qu'on ne devrait pas prendre sous licence ce qui n'est pas soumis au droit d'auteur. Les redevances perçues pour les reproductions en haute qualité sont plus un *caveat* symbolique des coûts impliqués par les procès de numérisation qu'une véritable source de financement.

Pour l'accès aux documents sous droits il est à distinguer le cas où les titulaires sont connus de celui où ils sont inconnus. Dans le premier cas, modalités et formes de l'accès numérique peuvent être négociées : il faut garder à l'esprit qu'il s'agit d'une opération qui demande un investissement supplémentaire pour couvrir les coûts des éventuelles redevances et du temps employé par le personnel dans la définition des

accords<sup>94</sup>. Dans le deuxième cas, qui concerne par exemple les œuvres orphelines, des solutions législatives sont à l'étude (en Suisse) mais il peut y avoir une marge de prise de risque relevant des choix de l'institution qui pourrait susciter des procédures de *take down* en cas de contestation. En général, il pourrait être une bonne stratégie de produire un audit sommaire de la situation des droits qui, certes, ne fournira pas toutes les réponses, mais pourra aider la décision de l'éventuelle prise de risques. À cette fin nous proposons d'accompagner cette analyse de l'indication du niveau de risque en cas de reproduction et/ou publication.<sup>95</sup> Quant à la publication en ligne, l'établissement en amont d'une *policy* sur les licences et les conditions d'utilisation au niveau de l'institution, plutôt que par projet, rendrait le workflow plus simple.<sup>96</sup>

La plupart des efforts ont été consacrés pour des raisons compréhensibles à la numérisation du domaine public. Les tentatives de mise en ligne de documents encore sous droits de la part des institutions sont épisodiques. Un point à relever est la faible prise de conscience des coûts impliqués par l'accès numérique de la part d'un public souvent très exigeant quant aux résultats. Il y aurait peut-être une opération de sensibilisation à mener à cet égard non tant pour déplorer la situation actuelle que pour susciter un meilleur soutien de la part du public.

De l'étude de la littérature ainsi que de notre enquête sur le terrain, il émerge clairement que le travail sur les métadonnées ainsi que la perspective de longue période demeurent essentiels : contexte, fiabilité de la source et des conditions d'utilisation démarquent l'offre numérique des institutions patrimoniales, lesquelles s'ouvrent ainsi à différents utilisateurs.

Il reste à voir si les projets de numérisation massive (pour lesquels l'adaptation du cadre légal s'impose) et l'accès aux documents nés-numériques changeront le paradigme d'utilisation ainsi que le travail des institutions. Dans une société parfois obsédée par le présentisme, tant la valorisation du patrimoine que son accessibilité se doivent d'être durables et raisonnablement projetées vers la préservation et l'utilisation pour et par les générations futures.

---

94 Un cas particulier est représenté à cet égard par la Bibliothèque et Archives nationales du Québec (BAnQ), qui a choisi une voie diplomatique et contractuelle aussi en raison de l'intérêt de son patrimoine le plus récent et des limites quantitatives de la partie la plus ancienne (voir Maurel 2008, qui examine cette politique de « libération des droits », dont les coûts équivalent à ceux de la numérisation). Les conditions d'utilisation sur le site de BAnQ numérique prévoient l'utilisation sans autorisation aux seules fins éducatives, d'études et de recherche (cf. <http://numerique.banq.qc.ca/apropos/conditions.html>).

95 Cf. Stobo 2016: « A rights audit will help to determine whether rights clearance is required, and if so what kind. For example, a commitment to strict copyright compliance may be called for, or clearing rights might be simplified by prioritizing only certain rightsholders (a risk-managed approach). » En nous inspirant de Pantalony 2013, pp. 24-25, nous présentons un tableau dans l'annexe 1 qui pourrait être utilisé pour des fonds d'archives privées ou des pièces isolées.

96 Un modèle de workflow – même si on peut s'interroger sur le pour résultat CC-BY de la licence attribué dans l'exemple choisi – pour déterminer la licence à appliquer selon les choix politiques définis en amont est donné par Hamilton/Saunderson 2017, p. 177 (reproduit dans l'annexe 2).

## Bibliographie

Note : Tous les liens ont été vérifiés au 30 juillet 2019. Les renvois isolés à des sites Internet sont indiqués en note en bas de page et ne sont pas donnés à nouveau ici.

Aalberts/Beunen 2002 = B. Aalberts, A. Beunen, « Exploiting Museum Images », in Towse 2002, pp. 221-232.

Barrelet/Egloff 2008 = D. Barrelet, W. Egloff, *Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, Berne, Stämpfli.

Benhamou 2016 = Y. Benhamou, « Copyright and Museums in Digital Age », *WIPO Magazine*, 2016/3, pp. 25-28. En ligne : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:85259>.

Clavert *et al.* 2017 = F. Clavert *et al.*, « Histoire et humanités numériques : nouveaux terrains de dialogue entre les archives et la recherche », *La Gazette des archives*, 245, 1/2017, pp. 121-134.

Coutaz 2012 = G. Coutaz, *Communication et communicabilité. De nouveaux environnements pour les Archives cantonales vaudoises* (Dossier thématique), Chavannes-près-Renens, Archives cantonales vaudoises. En ligne : [https://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/chancellerie/ACV/fichiers\\_pdf/Dossier-thematique-2012.pdf](https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/chancellerie/ACV/fichiers_pdf/Dossier-thematique-2012.pdf).

Coutaz 2016 = G. Coutaz, *Fédéralisme ou archivistes en cause dans le débat sur l'archivage en Suisse? Le point de vue des Archives cantonales vaudoises* (Dossier thématique), Chavannes-près-Renens, Archives cantonales vaudoises. En ligne : [https://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/chancellerie/ACV/fichiers\\_pdf/Dossier-thematique-2016.pdf](https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/chancellerie/ACV/fichiers_pdf/Dossier-thematique-2016.pdf).

Deazley 2008 = R. Deazley, « Commentary on the *Statute of Anne* 1710 », in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, éd. L. Bently/M. Kretschmer [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org). En ligne : [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_uk\\_1710](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1710).

Dreier 2004 = T. Dreier, « Overview of Legal Aspects in the European Union », in National Research Council, *Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science: Proceedings of an International Symposium*, Washington DC, The National Academies Press, pp. 19-23.

Dreier 2017 = T. Dreier, « Das Digitale Museum », in P. Mosimann, B. Schönenberger, *Kunst & Recht* 2017. Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 16. Juni 2017, Bern, Stämpfli Verlag, pp. 19-46.

Frey 2016 = J. Frey, « Googlos : un partenariat public-privé pour la mise en ligne du patrimoine imprimé », *Arbido* 2016/2. En ligne :

<https://arbido.ch/de/ausgaben-artikel/2016/ausgelagert-eingekauft-fremdbeschafft/googlos-un-partenariat-public-priv%C3%A9-pour-la-mise-en-ligne-du-patrimoine-imprim%C3%A9>.

*French Literary and Artistic Property Act 1793 = French Literary and Artistic Property Act*, Paris, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds. L. Bently/M. Kretschmer [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org). En ligne : [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=record\\_f\\_1793](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=record_f_1793).

Gauld 2017 = C. Gauld, « Democratizing or Privileging: The Democratization of Knowledge and the Role of the Archivist », *Archival Science*, 17/3, pp. 227–245. En ligne : <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10502-015-9262-4>.

Graf 2010 = K. Graf, « Die Public Domain und die Archive », in H. Schmitt *et al.* (eds.), *Archive im digitalen Zeitalter. Überlieferung, Erschliessung, Präsentation* (79 Deutscher Archivtag in Regensburg), Neustadt a.d. Aisch, VDS, pp. 177-185. En ligne : <http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/artdok/1790/>.

Hamilton/Saunderson 2017 = G. Hamilton, F. Saunderson, *Open Licensing for Cultural Heritage*, London, Facet Publishing.

Jaccard/Cellina 2017 = M. Jaccard, E. Cellina, « Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ? », *La semaine judiciaire* II, 2017, pp. 229-255.

Jiarui Liu 2017 = Jiarui Liu, « Copyright Reform and Copyright Market: A Cross-Pacific Perspective », *Berkeley Technology Law Journal*, 31/3/2, pp. 1461-1514. En ligne : <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ch/&httpsredir=1&article=2145&context=btlj>.

Klein 2017 = F. Klein, *Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz*, Frankfurt am Main/Bern, PL Academic Research.

Lévy 2002 = V. Lévy, *Le droit à L'image : définition, protection, exploitation : étude de droit privé suisse*, Zurich, Schulthess.

Manovic 2017 = L. Manovic, « Cultural Data. Possibilities and Limitation of Digitized Archives », in O. Grau with W. Coones and V. Rühse (eds.), *Museum and Archive on the Move. Changing Cultural Institutions in the Digital Era*, Berlin/Boston, De Gruyter, pp. 259-276.

Margoni 2015a = T. Margoni, *The Digitisation of Cultural Heritage: Originality, Derivative Works and (Non)Original Photographs*, Amsterdam, Institute for Information Law (Faculty of Law, University of Amsterdam). En ligne : [http://outofcopyright.eu/wp-content/uploads/2015/03/digitisation\\_cultural\\_heritage-thomas-margoni.pdf](http://outofcopyright.eu/wp-content/uploads/2015/03/digitisation_cultural_heritage-thomas-margoni.pdf).

Margoni 2015b = T. Margoni, *The Digitisation of Cultural Heritage: Originality, Derivative Works and (Non)Original Photographs. Executive Summary*, Amsterdam, Institute for Information Law (Faculty of Law, University of Amsterdam).

En ligne : <http://outofcopyright.eu/wp-content/uploads/2015/02/Thomas-Margoni-ExecSummary-Rights-created-during-ditigisation.pdf>.

Maurel 2008 = L. Maurel, *Bibliothèques numériques : le défi du droit d'auteur*, Villeurbanne, Presses de l'Enssib.

Maurel 2017 = L. Maurel, « Quel modèle économique pour une numérisation patrimoniale respectueuse du domaine public ? », in L. Dujol (dir.), *Communs du savoir et bibliothèques*, Paris, Cercle de la Librairie. En ligne : [http://numerique.editionsducercledelalibrairie.com/product\\_details/140/9782765415329/Communs%20du%3C%20hal-01528096](http://numerique.editionsducercledelalibrairie.com/product_details/140/9782765415329/Communs%20du%3C%20hal-01528096).

Mazzone 2006 = J. Mazzone, « Copyfraud », *New York University Law Review*, 81, pp. 1026-1100. En ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=787244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787244).

Memoriav 2017 = Memoriav, *Recommandations Photo*, Bern.

Message 2017 = Message relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur, à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à leur mise en œuvre. En ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/559.pdf>.

Modolo 2017 = M. Modolo, « Il dibattito sulla liberalizzazione della fotografia digitale in archivi e biblioteche quattro anni dopo l'appello di Reti Medievali », *Reti Medievali*, 18/1, pp. 13-38.

Morando 2011 = F. Morando, « Diritti sui beni culturali e licenze libere (ovvero, di come un decreto ministeriale può far sparire il pubblico dominio in un paese) (Cultural Heritage Rights and Open Licenses (i.e. How a Ministerial Decree Can Obliterate the Public Domain in a Country) », *Quaderni del Centro Studi Magna Grecia*, II, pp. 1-14. En ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2148343](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2148343).

Nelson *et al.* 2012 = N.L. Nelson *et al.*, *Managing Born-Digital Special Collections and Archival Materials*, Washington, Association of Research Libraries. En ligne : <http://publications.arl.org/Managing-Born-Digital-Special-Collections-and-Archival-Materials-SPEC-Kit-329>.

Pantalony 2013 = R.E. Pantalony, *Managing Intellectual Property for Museum*, WIPO. En ligne : <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=166>.

Pekel 2014 = J. Pekel, *Democratising the Rijksmuseum : Why did the Rijksmuseum Make Available Their Highest Quality Material Without Restrictions, and What are the Results*, Europeana Professional. En ligne : <https://pro.europeana.eu/post/democratising-the-rijksmuseum>.

Projet 2017 = *Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*. En ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/655.pdf>.

*Report Enumerate Core Survey* 2017 = G.J. Nauta, W. van den Heuvel, S. Teunisse, *Report on ENUMERATE Core Survey 4*, Europeana DSI 2 – Access to

Digital Resources of European Heritage. En ligne : [https://pro.europeana.eu/files/Europeana\\_Professional/Projects/Project\\_list/ENUMERATE/deliverables/DSI-2\\_Deliverable D4.4\\_Europeana\\_Report on ENUMERATE Core Survey 4.pdf](https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Projects/Project_list/ENUMERATE/deliverables/DSI-2_Deliverable D4.4_Europeana_Report on ENUMERATE Core Survey 4.pdf).

Schreiber 2015 = A.R. Schreiber, « Verwaiste Werke: Dornröschenschlaf in den Magazinen der Bibliotheken und Archive », *Arbido* 2015/2. En ligne : <http://arbido.ch/de/ausgaben-artikel/2015-1/herausforderung-urheberrecht/verwaiste-werke-dornroeschenschlaf-in-den-magazinen-der-bibliotheken-und-archiv>.

Stobo 2016 = V. Stobo, « Risky Business: Copyright and Making Collections Available Online », in Wallace/Deazley 2016, pp. 281-287.

Suthersanen 2017 = U. Suthersanen, « Who owns the Orphans? Property in Digital Cultural Heritage Assets », in P. Torremans (éd.), *Research Handbook on Copyright Law*, Cheltenham/Northampton, Elgar Publishing, pp. 359-390.

Towse 2002 = R. Towse (éd.), *Copyright in the Cultural Industries*, Cheltenham/Northampton, Elgar Publishing.

Tschmuck 2002 = P. Tschmuck, « Creativity Without Copyright: Music Production in Vienna in the Late Eighteenth Century », in Towse 2002, pp. 210-220.

Wallace 2016 = A. Wallace, « Exhibition Methodology », in Wallace/Deazley 2016, pp. 9-27.

Wallace/Deazley 2016 = A. Wallace, R. Deazley, *Display at Your Own Risk. An Experimental Exhibition of Digital Cultural Heritage* (Full Exhibition Companion). En ligne : <http://displayatyourownrisk.org/download/>.

## Annexe : Audit sommaire des droits applicables

<b>Nom</b>	<b>Cote</b>	<b>Accès</b>	<b>Droit d' auteur</b>	<b>Données sensibles / droit à l' image</b>	<b>Reproduction</b>	<b>Publication</b>	<b>Niveau de risque</b>	<b>Ayants-droit</b>	<b>Échéance des droits</b>	<b>Remarques</b>
[Nom du fonds / intitulé de la pièce]	[Cote du fonds / pièce]	[libre / part. libre / autorisation]	[oui / non]	[oui / non]	[oui / non]	[oui / non]	[0/1/2/3]	[nom / adresse]	[date]	[autres informa- tions ]

Niveau de risque en cas de reproduction/publication par l'institution :

0 = Domaine public ; aucune restriction contractuelle.

1 = Droit d'auteur proche de l'échéance (3 ans ou moins), valeur commerciale modeste, voire nulle ; aucune restriction contractuelle.

2 = Droit d'auteur à prendre en compte et/ou restrictions contractuelles ; conditions négociables.

3 = Droit d'auteur et/ou données sensibles à prendre en compte, restrictions contractuelles ; conditions non négociables.