

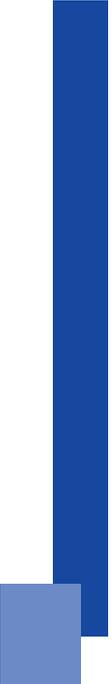


Les exceptions au droit d'auteur aux Etats-Unis et en Europe

Comment l'utilisation du *fair use* et des autres exceptions aident les musées à accomplir leurs missions

Copyright flexibilities in the US and EU

How fair use and other flexibilities are helping museums to fulfill their mission



Les exceptions au droit d'auteur aux Etats-Unis et en Europe

Comment l'utilisation du *fair use* et des autres exceptions aident les musées à accomplir leurs missions

Copyright flexibilities in the US and EU

How fair use and other flexibilities are helping museums to fulfill their mission



POUR UNE REFORME JUSTE DU DROIT D'AUTEUR !

Luis Raposo, ICOM Europe

La rencontre consacrée aux « Exceptions du droit d'auteur aux États-Unis et en Europe », organisée par ICOM Europe avec le soutien d'ICOM France, d'ICOM Germany et de la College Art Association, a réuni une centaine de personnes au musée des Arts et Métiers, à Paris, qui ont suivi avec un grand intérêt les interventions des conférenciers invités.

Après le discours de bienvenue de Juliette Raoul-Duval, présidente d'ICOM France, et les remarques introductives de Luís Raposo, président d'ICOM Europe (faisant référence à une note de Rina Pantalony, présidente du LEAC, qui a été distribuée à tous les participants), les conférenciers ont montré à quel point la question des droits d'auteur était diversifiée et comment « l'usage loyal et d'autres exceptions aidaient les musées à remplir leur mission. »

Paul Klimpel (Allemagne) a souligné les ambiguïtés présentes dans la législation sur le droit d'auteur. À ce propos, il a déclaré expressément qu'en matière de droit d'auteur, la clarté était l'exception qui confirmait la règle de l'incertitude. Il a également fait remarquer que la plupart des différences entre les États-Unis et l'Union européenne découlaient de perceptions diverses, voire opposées, de l'accès aux données culturelles.

Claire Le Henaff a présenté le cas particulier du droit d'auteur en France : un cas de réglementation extrême, favorable aux droits des auteurs, mais qui prévoit des exceptions à des fins éducatives et de recherche, qui peuvent s'appliquer aux musées.

Hunter O'Hanian et Peter Jaszi (CAA) ont été très persuasifs dans leur explication de l'usage loyal (fair use) aux États-Unis. Selon eux, c'est une conquête de ces dernières décennies. Ils ont par ailleurs insisté sur l'idée que, dans ce contexte, ce n'est pas tant le cadre juridique propre aux États-Unis qui mérite d'être pris en compte, et encore moins reproduit, mais la motivation psychologique et citoyenne qui en est à l'origine.

Charlotte Waedle a mentionné de récents projets de recherche menés au Royaume-Uni sur le droit d'auteur, notamment des applications tirant profit de certaines zones grises du droit. Pour finir, Ronan Deazley, professeur de droit d'auteur à l'université de Belfast, a confirmé les propos de Paul Klimpel concernant la prédominance de l'ambiguïté juridique, exprimant une forme de plaidoyer en faveur d'une « rébellion citoyenne » aboutissant à des actions de facto, afin d'étendre la libre utilisation des données du patrimoine culturel.

De manière générale, les conférenciers et participants étaient du même avis : la législation en matière de droit d'auteur reflète avant tout des attitudes culturelles et citoyennes. Aux États-Unis, la tendance est à une prévalence de la pratique par rapport à la norme ; dans l'Union européenne, c'est peut-être le contraire. En outre, aux États-Unis, l'accent est mis sur les utilisateurs, tandis que dans l'UE, il est mis sur les auteurs.

Pour conclure la rencontre, Luís Raposo a cité la pétition qui circule dans l'UE, à l'initiative d'enseignants et d'agents éducatifs, plaidant en faveur d'une réforme juste de la législation européenne sur le droit d'auteur. C'est sur cette forme de consensus que les participants se sont séparés.



LET'S MAKE COPYRIGHT... RIGHT !

Luis Raposo, ICOM Europe

The Information Session on “Copyright Flexibilities in the US and EU”, promoted by ICOM Europe, with the support of ICOM France, ICOM Germany and the US College of Art Association, assembled almost one hundred in the Musée des Arts et Métiers, in Paris, and who followed with deep attention the interventions of invited speakers.

After the initial welcoming words by Juliette Raoul-Duval, Chair of ICOM France, and the introductory framing remarks by Luís Raposo, President of ICOM Europe (including here the reference to a note addressed to the Session by Rina Pantalony, Chair of LEAC, which was distributed among all participants), invited speakers showed how diverse can the subject of copyright be envisaged and “how fair use and other flexibilities are helping museums to fulfill their mission”.

Paul Klimpel, from Germany, emphasized the ambiguities lying behind copyright legislations. He expressly said that in this theme “uncertainty is the rule; clearness, the exception”. He also pointed out that most of the differences between US and EU derive from diverse, even opposed, perceptions of access to cultural data.

Claire Le Henaff exposed the particular situation relating the law of “droit d’auteur” in France – a case of extreme regulation in favour of author rights, but where exceptions for educational and research purposes do exist and can be used by museums.

Hunter O’Hanian and Peter Jaszi, both from CAA, explained in a very persuasive way the US situation regarding “fair use” – a conquest of the last decades, they said. They also insisted on the idea that in this experience it is not so much the particular legal US frame which deserves to be considered, less more copied, but the mental and citizen motivation lying behind it. Charlotte Waedle, referred to recent research projects on copyright in UK, including some applications taking advantage of the fringes of law.

Finally, Ronan Deazley, professor of copyright in the University of Belfast, agreeing with the postulate of the dominance of legal ambiguity in these domains, expressed a sort of plea in favour of “citizen rebellion”, conducting to de facto actions, allowing to enlarge free use of cultural heritage data.

In general, all speakers and participants in the debate agreed that laws of copyright express first of all cultural and citizen postures. The US one is much more oriented by the predominance of practice over norm; and the EU is maybe the opposite. Also, the US one is axed on users; and the EU one, in authors.

In closing the Session, Luís Raposo, quoted the petition currently in course in EU, promoted by teachers and education agents, claiming that in any future revision of these themes in EU, copyright has to be addressed... rightly. And this was a kind of closing consensus of the session.



LES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR POUR LES MUSEES

Claire Le Hénaff, Musée National Picasso (Paris)

Comme nous avons pu le voir, en droit anglo-saxon, le juge effectue une balance des intérêts en présence pour déterminer si un intérêt particulier doit primer sur le droit d'auteur. Le « fair use » permet ainsi une prise en compte des intérêts inhérents aux musées qui s'opposeraient aux intérêts de l'auteur.

Le droit d'auteur français consacre, quant à lui, une place centrale à l'auteur. Toute la construction législative est fondée sur sa personne. Que chaque exploitation nécessite l'autorisation de l'auteur ou que la durée du droit soit liée à la vie de l'auteur, ce dernier apparaît comme la pièce centrale du dispositif. Ainsi, les œuvres sans auteur bénéficient d'une protection plus imparfaite car il leur manque cet élément essentiel. L'auteur est au centre du dispositif de protection accordé. Il dispose d'un droit exclusif sur son œuvre. C'est à lui, et dans une certaine limite temporelle à ses ayants droit, d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de l'œuvre. Dans ce système, les intérêts de l'auteur priment sur ceux des tiers et notamment sur ceux du public et, par conséquent, les exceptions qui peuvent être portées au droit de l'auteur doivent être limitativement énumérées et strictement encadrées.

Le droit d'auteur français a privilégié une approche qui vise à définir préalablement toutes ses exceptions. L'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle en dresse une liste, qui se veut exhaustive. Cette liste devant être exhaustive, de nouvelles exceptions sont constamment ajoutées au gré des évolutions technologiques ou sociétales.

En d'autres termes, le droit d'auteur est traditionnellement présenté comme un système hiérarchique où l'auteur prime sur le public et le système anglo-saxon de copyright comme un système recherchant un constant équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux des utilisateurs. La recherche d'un équilibre des intérêts en droit d'auteur pourrait paraître injustifiée car cette recherche est censée avoir été effectuée en amont par le législateur. Néanmoins, le droit d'auteur a progressivement évolué.

Issu de la pensée personnaliste du XIXe siècle, il s'avère moins adapté que le copyright pour répondre aux enjeux contemporains. Le copyright dont les contours sont moins définis que ceux du droit d'auteur s'avère en effet plus adapté pour répondre aux enjeux liés aux nouvelles créations, aux nouvelles pratiques ainsi qu'aux nouvelles manières de consommer des œuvres. Je me propose donc de vous présenter dans un premier temps les exceptions au droit d'auteur qui ont un impact pour les musées et dans un second temps l'évolution du droit d'auteur vers une prise en compte grandissante des intérêts des autres utilisateurs et des intérêts que cela peut présenter pour les musées.

I. Les exceptions au droit d'auteur listées à l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle

Plusieurs exceptions présentes dans la liste de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle ont eu un impact direct pour les musées. Pour les établir, le législateur a effectué une balance des intérêts entre les différents droits en présence afin de déterminer dans quels cas, le droit d'auteur doit s'effacer.

Si certaines de ces exceptions sont relativement anciennes, de nouvelles exceptions ont été introduites en 2016 par la loi pour une République numérique. De plus, une réflexion est actuellement en cours en vue d'une refonte de la directive sur le droit d'auteur. Sous l'impulsion européenne, de nouvelles exceptions pourraient ainsi voir prochainement le jour.

A. Les premières exceptions qui ont eu un impact pour les musées

Si certaines exceptions ne présentent pas d'intérêt direct pour les musées, comme l'exception de parodie, d'autres jouent parfois en faveur des musées qu'il s'agisse des reproductions d'œuvres dans les catalogues de vente aux enchères ou de la diffusion dans un but d'information immédiate.

Le législateur a accordé une place spécifique aux œuvres d'art en droit d'auteur. Plusieurs exceptions concernent ainsi les œuvres d'art.

Le 2° de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit que l'auteur ne peut interdire : « Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ». Cette exception de copie privée se justifiait initialement dans une hypothèse de reproduction restreinte. Lors de la création de cette exception en 1957, les moyens de reproduction étaient moins répandus. Le copiste était le plus souvent une personne qui recopiait à la main une œuvre. Comme dans le fair use ou le fair dealing, cette exception était justifiée par l'impossibilité de tout contrôle, par l'absence de valeur supposée de la reproduction et par l'exploitation non-commerciale de ces copies. Toutefois, la copie numérique est désormais semblable à l'original et se diffuse avec facilité. Pour tenir compte de ces évolutions, l'article L.122-5 a été modifié. Cependant, au sein même de cette exception, figure une exception spécifique aux œuvres d'art. Il y a un retour au principe pour les copies d'œuvres des arts plastiques lorsqu'elles sont destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée. Ainsi lorsque les copies sont destinées à être présentées, comme l'œuvre originale, dans un musée, l'exception ne joue plus. Une autorisation de l'auteur sera donc requise. Néanmoins cette exception présente un intérêt pour les ateliers pédagogiques des musées qui se proposent de reproduire des œuvres présentes des collections. Ces reproductions, dans la mesure où elles ne sont pas destinées à une utilisation collective, peuvent être effectuées en application de cette exception.

L'exception d'information immédiate a, quant à elle, été créée au profit des médias à la suite de la jurisprudence dite Utrillo. Cette exception autorise la reproduction ou la représentation d'une œuvre d'art par voie de presse dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette information. La genèse de la création de cette exception est la demande en dédommagement des héritiers d'Utrillo à l'encontre de la chaîne de télévision France 2 pour avoir montré douze peintures protégées par le droit d'auteur dans une émission d'actualité de deux minutes consacrée à une exposition du peintre. Saisi de cette affaire, le tribunal de grande instance s'était fondé sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression considérant que le droit du public à être informé l'emportait sur les intérêts des titulaires du droit d'auteur. Or, ce raisonnement n'a pas été retenu par les juges d'appel et de cassation. La cour d'appel et la Cour de cassation¹ considèrent que la société de télévision aurait dû « solliciter l'autorisation de représenter les œuvres du peintre auprès des ayants droit de celui-ci préalablement à la réalisation et à la diffusion du reportage ».

Toutefois, à la suite de cette affaire, le législateur a consacré une nouvelle exception au droit d'auteur pour permettre la reproduction d'œuvres aux fins d'illustration d'un sujet d'actualité. La jurisprudence a donc permis de pointer une défaillance du pouvoir législatif qui n'avait pas effectué une balance des intérêts entre le droit à l'information sur les expositions en cours et les droits des auteurs sur les œuvres présentées dans ces expositions. Ainsi, la loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information a introduit au 9° de l'article L.122 5 du Code de la propriété intellectuelle une nouvelle exception au droit d'auteur pour permettre la reproduction ou la représentation des œuvres « d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière ».

Plusieurs conditions sont donc requises pour mettre en œuvre cette exception. Elle est limitée aux médias, pour une communication exclusivement liée à un événement d'actualité et portant sur une œuvre d'art, qu'elle soit graphique, plastique ou architecturale. Ainsi en est-il par exemple de l'annonce d'une exposition temporaire. L'autorisation des titulaires de droits n'est désormais pas requise pour filmer dans des salles d'expositions en vue d'une communication audiovisuelle couvrant l'ouverture de l'exposition. Cela permet aux musées de bénéficier d'une meilleure communication sur l'ouverture de leurs expositions ou des événements qu'ils organisent.

Par ailleurs, le 3° d/ de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle permet la reproduction intégrale des œuvres d'art dans les catalogues de ventes judiciaires. Cette exception introduite par la loi du 27 mars 1997 a permis de mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui refusait le bénéfice de l'exception de citation aux reproductions d'œuvres d'art². Cette exception a un intérêt indirect pour les musées qui peuvent, dans le cadre de leur politique d'acquisition, feuilleter les catalogues de ventes aux enchères et identifier les œuvres susceptibles d'être acquises sans se rendre sur place. Néanmoins cela conforte l'idée que les œuvres d'art ne peuvent bénéficier de l'exception de courte citation afin d'être reproduites et intégrées dans une autre œuvre.

Cette exception de citation qui ne peut être invoquée pour la reproduction des œuvres d'art permet de reproduire, sans demander une autorisation à l'auteur, des passages d'une œuvre pour autant que cette exploitation soit justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle les citations sont incorporées. Cette exception est parfois difficile à mettre en pratique par les musées. La tentation est grande de l'utiliser pour reproduire des œuvres d'art. Mais l'œuvre d'art ne répond pas aux critères de l'exception fixés dans la loi. La citation doit s'incorporer dans une autre œuvre, être courte et être justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information. Or la condition de brièveté est incompatible avec la reproduction d'une œuvre d'art. Ni la reproduction intégrale d'une œuvre dans un format réduit, ni la représentation intégrale d'une courte durée ne respectent les conditions de la courte citation. Cette exception ne présente donc pas d'intérêt pour la reproduction des œuvres d'art par les musées. En revanche, elle reste utilisée pour les reproductions de courts extraits de textes dans les catalogues d'exposition ou sur des cartels.

Au 8° de l'article L.122-5 figure une exception qui a un intérêt pour les musées. N'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur la reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial.

Cette exception joue pour les consultations faites à partir de terminaux situés dans les locaux du musée, ce qui exclut toute fourniture en ligne mais présente l'intérêt de ne pas avoir à manipuler des documents fragiles

Encore, l'exception dite pédagogique permet l'exploitation d'œuvres à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche. Les exploitations ne doivent pas avoir une finalité commerciale et doivent être compensées par une rémunération négociée. Ainsi, des accords ont été conclus entre l'Éducation nationale et certaines sociétés de gestion collective de droits pour l'exploitation des œuvres de leur répertoire. L'impact pour les musées reste limité car les musées ne sont généralement pas gestionnaires de droits d'auteur, mais ils peuvent bénéficier de cette exception lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs missions de recherche et d'enseignement.

B. Les exceptions récemment introduites en droit d'auteur

Plus récemment, la loi pour une République numérique a consacré de nouvelles exceptions au droit d'auteur et au droit voisin. Ces exceptions concernent tant l'accès à la culture que l'accès à la recherche.

1. L'accès à la culture et l'exception de panorama

Dans son article 39, la loi a prévu que l'auteur ne pourra désormais plus interdire « les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial ». Cette disposition, désormais insérée au 11° de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle, fait écho à l'article 5.3 h) de la directive 2001/29 qui autorise les États membres à intégrer dans leur législation l'exception dite de panorama. Selon le texte européen, « l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics » peut être permise. Toutefois, à la différence du texte européen, le texte français s'est limité aux œuvres architecturales et sculpturales qui étaient citées à titre d'exemple par le texte européen, et limite la mise en œuvre de cette exception aux reproductions effectuées par les seules personnes physiques. Cette exception a un intérêt pour les musées s'ils exposent de façon permanente une œuvre sur la voie publique, qu'elle soit sculpturale (par exemple, Le Pot doré de Raynaud ou l'œuvre « horizontale » de Calder devant le Centre Pompidou) ou une œuvre architecturale, comme le bâtiment du musée du quai Branly-Jacques Chirac. Dans ce cas, le musée, s'il détient par cession les droits des auteurs des œuvres, ne pourra pas s'opposer aux reproductions non commerciales de ces œuvres.

En pratique, lors de la prise de vue, il n'est pas possible d'identifier si l'auteur de la prise de vue souhaite en faire une utilisation commerciale ou non commerciale. Ce n'est donc que lors de l'exploitation que l'exception jouera.

L'impact de cette exception est cependant limité pour les musées car elle couvre les cas très spécifiques qui ne sont pas déjà couverts par d'autres exceptions comme l'usage privé du copiste ou qui ne seraient pas couverts par la théorie dite de l'accessoire.

2. L'accès à la recherche et l'exception de l'open access et du data mining

La loi pour une République numérique a également introduit deux nouvelles exceptions relatives à la recherche publique qui peuvent avoir un impact pour les musées. La première a vocation à permettre aux chercheurs de procéder à l'exploration de données à certaines conditions (text and data mining) ; la seconde à diffuser des résultats de recherche plus librement (open access).

Text and data mining:

Les recherches effectuées de façon automatique dans une pluralité de contenus sont généralement qualifiées dans les pays anglo-saxons de Text and data mining. Même si ce terme est utilisé en France, il a été traduit par les termes de fouille de textes ou d'exploration de données³. La multiplication des contenus accessibles en ligne présente un intérêt significatif pour les chercheurs, mais ils ont besoin d'outils pour extraire les données qui les intéressent. Sans avoir à lire, visionner ou écouter l'ensemble des productions, la technique de l'extraction de données leur permet d'avoir accès aux informations qu'ils recherchent et qui peuvent être contenues dans des millions de productions différentes. Les besoins de la recherche sont immenses mais les publications ne sont pas en libre accès et les détenteurs de droits sont souvent réticents à ouvrir leurs bases de données pour permettre des recherches.

Ils considèrent que l'essentiel des contenus serait pillé sans qu'ils ne puissent en tirer aucun bénéfice et invoquent à ce titre le respect du droit d'auteur pour restreindre les explorations de données qui pourraient être effectuées sur leurs fonds. Pour répondre aux besoins de la recherche, l'article 38 de la loi pour une République numérique a inséré un 10° à l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle qui prévoit que l'auteur ne peut interdire « les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux critères scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale. ». La reproduction visée est une reproduction numérique à finalité non commerciale. L'accès aux données doit être licite, ce qui implique une négociation en amont avec les éditeurs. Cette exception a un intérêt pour les travaux de recherche menés par les musées. Un décret d'application est actuellement en cours d'examen par le Conseil d'Etat.

Open access:

Le droit d'accès à la connaissance n'est pas seulement le droit de réaliser des recherches en procédant à des explorations de données, il comprend aussi le droit de diffuser librement ces résultats.

La loi pour une République numérique a introduit une exception en faveur des reproductions de travaux scientifiques. Partant du constat que les études financées en grande partie par des fonds publics profitaient souvent à des éditeurs privés, le législateur a inséré un article L.533-4 dans le code de la recherche afin de permettre aux auteurs dont la recherche a été financée au moins pour moitié par des dotations publiques de mettre leurs œuvres gracieusement à la disposition du public. Cet article peut avoir un impact pour les musées s'ils financent pour moitié des travaux de recherche qui donneront naissance à un écrit scientifique publié dans une revue. Toutefois, ce sont les auteurs des recherches qui restent libres de publier ou non en open access leurs travaux en sachant qu'un auteur acceptant de mettre librement en ligne ses œuvres risque nécessairement de percevoir moins de droits d'auteur de la part de son éditeur.

Parallèlement à ces exceptions, le fair use tend petit à petit à s'imposer en droit d'auteur français, notamment par la mise en balance des intérêts en présence par les juges.

II. L'influence du fair use sur le droit d'auteur

Si les conflits entre les intérêts de l'auteur et d'autres droits fondamentaux sont tranchés en amont par le législateur lors de l'élaboration de la loi, cela implique que le droit d'auteur contient en son sein des exceptions. La liberté d'expression ne pourrait donc pas être opposée au droit d'auteur puisqu'elle a déjà été prise en considération lors de l'élaboration de la loi. Toutefois, en plus des exceptions limitativement énumérées par le code de la propriété intellectuelle, la jurisprudence tend à créer de nouvelles exceptions. Nous verrons ainsi l'exception prétorienne de l'accessoire et la prise en compte grandissante de la liberté d'expression par les juges.

A. Exception prétorienne de l'accessoire

Même si la loi, et notamment l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle ne le prévoit pas, il est traditionnellement admis que l'œuvre graphique ou plastique située dans un lieu accessible au public peut être licitement reproduite ou représentée, même en totalité, lorsqu'elle ne constitue pas le sujet principal de la reproduction ou de la représentation. La jurisprudence a reconnu que le droit d'auteur ne s'appliquait pas quand les œuvres d'art situées sur la voie publique, ou visible depuis la voie publique, étaient reproduites ou représentées de façon accessoire. En 2005, dans un célèbre arrêt dit Buren relatif à la place des Terreaux à Lyon, la Cour de cassation a considéré que toute création située dans un lieu public et représentée de manière accessoire ne donnait pas prise au droit d'auteur. (cass., 1re civ., 15 mars 2005, Buren : jurisprudence de la place des Terreaux à Lyon).

A la suite de cette décision, la Cour de cassation a en 2011 précisé que les œuvres représentées de manière accessoire dans une autre œuvre étaient couvertes par l'exclusion d'« inclusion fortuite » prévue par la directive de 2001. En l'occurrence, une affiche présente sur le mur d'une classe avait été reproduite dans le documentaire « être et avoir » lorsque la classe avait été filmée.

La théorie dite de l'accessoire et celles de l'inclusion fortuite d'œuvres dans d'autres œuvres permettent aux musées de ne pas demander d'autorisation lorsqu'une œuvre apparaît de manière accessoire et fortuite dans une autre œuvre. Même si elle n'occupe qu'une petite partie de l'œuvre qui la reproduit, la reproduction ne doit pas être l'objet principal de celle-ci. Ainsi, si lors d'une visite filmée d'une exposition, un conférencier présente une œuvre, même si celle-ci n'est pas représentée en plein écran dans l'œuvre audiovisuelle, elle sera considérée comme le sujet principal et donc une autorisation devra être demandée à l'auteur ou à ses ayants droit.

B. La prise en compte des autres droits fondamentaux par le législateur

La recherche effectuée par le juge d'équilibre des intérêts a conduit à mettre en balance le droit d'auteur directement avec la liberté d'expression à la recherche de la solution la plus équitable.

Pour rappel, la liberté d'expression est une liberté fondamentale contenue dans la Déclaration française de 1789 et dans toutes les chartes de droits fondamentaux du vingtième siècle. Issue du courant des Lumières du XVIIIe siècle, la reconnaissance de la liberté d'expression a clôt plusieurs siècles où la parole n'appartenait qu'aux autorités religieuses ou royales. Proclamée dès 1789 en France à la suite de l'abolition des privilèges ou aux Etats-Unis, dans le premier amendement à la Constitution, la liberté d'expression est, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, un « fondement de la démocratie ». Sans la liberté d'expression, la démocratie n'aurait pu exister.

Ainsi, l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789 prévoit que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

De même, selon l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». La lecture de cet article nous enseigne que plusieurs libertés y sont consacrées, non seulement la liberté d'avoir des idées ou des opinions, mais également la liberté de recevoir des informations ou des idées et enfin la liberté de communiquer celles-ci. La liberté d'expression est en effet une notion large qui accorde une protection tant aux journalistes à travers la liberté d'information qu'aux artistes via la libre expression artistique. C'est ainsi que la Cour européenne a pu considérer que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique » et devaient donc bénéficier d'une protection au titre de la liberté d'expression. A ce titre, les musées qui exposent des œuvres d'art bénéficient donc de la liberté d'expression.

Cette décision a suscité de nombreuses réactions en doctrine. Pour de nombreux auteurs, la liberté d'expression ne devrait pas être opposée dans le cadre d'une décision, fût-elle de cassation, au droit d'auteur car les lois particulières doivent s'appliquer. Toutefois, force est de constater que cette décision ouvre la porte à la prise en compte, par le droit d'auteur, des évolutions de la création. Elle est symptomatique d'une tendance croissante à l'exercice de balance des intérêts auxquels se prêtent les juges français. Comme l'opposition entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité dans les années 70, le droit d'auteur est désormais directement opposé à la liberté d'expression lors de procès. Ainsi, même en l'absence d'exception spécifique, la liberté d'expression pourrait permettre, à l'avenir, aux musées de s'affranchir du respect des règles inhérentes au droit d'auteur pour autant que leur intérêt soit légitime et proportionné au but poursuivi. D'ailleurs, dans la lignée de la jurisprudence dite Klarsen de 2015, la liberté d'expression a récemment été invoquée par le Centre Pompidou et Jeff Koons devant le Tribunal de grande instance de Paris pour justifier l'absence d'autorisation demandée à l'auteur d'une œuvre préexistante. En l'espèce, Jeff Koons a réalisé une sculpture en porcelaine contrefaisant une photographie de Jean-François Bauret. Pour se défendre de l'accusation de contrefaçon, l'artiste a invoqué sa liberté d'expression et le Centre Pompidou la liberté d'information du public. Les juges ont, pour l'heure, dans un jugement du 9 mars 2017, rejeté ces arguments.

En tout état de cause, les exceptions au droit d'auteur présentent un intérêt pour les musées. Il importe donc que ceux-ci puissent faire entendre leur voix à l'occasion de la refonte de la directive européenne sur le droit d'auteur. Il est primordial qu'ils soient associés aux débats sur cette directive sur les droits d'auteur, directement ou par le biais du ministère de la culture qui, en France est chargé tant des musées que des questions liées au droit d'auteur.

1. Cass. 1er civ., 13 nov. 2003, n°01-14385

2. Cass. ass. Plén., 5 nov. 1993.

3. La Délégation générale à la langue française a proposé de traduire le terme de data mining par « exploration de données ». Cette proposition a été publiée au JO du 27 février 2013. Néanmoins de nombreuses expressions sont employées pour désigner les recherches effectuées de façon automatique dans une multitude de textes, qu'il s'agisse de la fouille automatisée de textes, ou de l'exploration de données.



EXCEPTIONS TO DROIT D'AUTEUR FOR MUSEUMS

Claire Le Hénaff, Musée National Picasso (Paris)

As we have seen, judges in common-law countries in the English-speaking world weigh up the balance of interests to determine whether a particular interest should take precedence over copyright. “Fair use” thus provides the possibility of taking the inherent interests of museums into account, even if they conflict with the interests of the author.

In French droit d’auteur, however, the author’s interests are central. The entire legislative framework is based on them. Everything from the fact that each use must be authorised by the author or that the duration of rights is related to the author’s lifetime, puts them at the centre of the system. As a result, works without an author are less well protected because they lack this essential element. The author is central to the system of protection granted to them. They have an exclusive right to their work. It is the author, and within a certain period of time their successors, who have the right to authorise or prohibit the use of the work. Under this system, the author’s rights take precedence over those of third parties, in particular the public; as a consequence, any exceptions to copyright must be listed specifically and are strictly defined. The approach taken by French droit d’auteur aims to define all the possible exceptions in advance. Article L.122-5 of the French Intellectual Property Code sets out a list, which is intended to be exhaustive. Given this intention, new exceptions are constantly being added, in response to technological or societal changes.

In other words, French droit d’auteur is traditionally presented as a hierarchical system, where the author takes precedence over the public, while the common-law system of copyright in the English-speaking world constantly strives to achieve a balance between the author’s interests and the interests of users. Seeking a balance of interests in French droit d’auteur may not seem justified, insofar as it is deemed to have been established in advance by the legislature. Nonetheless, the concept of droit d’auteur has gradually evolved over time. Originating in the personalist thinking of the 19th century, it has proved less well-suited than copyright to respond to contemporary issues. Indeed, copyright, whose scope is less well defined than that of droit d’auteur, is better suited to respond to the issues relating to new creations, new practices and new ways of consuming works.

I would therefore like to begin by outlining the exceptions to droit d’auteur that affect museums, and then discuss how the concept has evolved to take increasing account of the interests of other users, and the benefits this may offer to museums.

I. Exceptions to droit d’auteur listed in article L.122-5 of the French Intellectual Property Code

Several of the exceptions listed in article L.122-5 of the French Intellectual Property Code have had a direct impact on museums. In establishing this list, the legislature has examined the balance of interests between the different rights involved, to determine the cases in which droit d’auteur should be superseded by other rights.

Although some of these exceptions are relatively old, some new ones were introduced in 2016, by the Digital Republic Act (Loi pour une République numérique). Moreover, discussions on a possible reform of the copyright directive are currently underway. New exceptions could therefore be added in the near future in response to European legislation.

A. Initial exceptions with an impact on museums

Although some exceptions have no direct interest for museums, such as the exception relating to parody, others are sometimes beneficial to them, such as reproducing works of art in auction catalogues or dissemination to provide immediate information.

The legislature has made specific provision for works of art in relation to droit d'auteur. As a result, there are several exceptions relating to works of art.

Point 2 of article L.122-5 of the French Intellectual Property Code provides that authors cannot prohibit: "Copies or reproductions made from a lawful source reserved strictly for the copier's private use and not intended for collective use, except for copies of works of art intended to be used for identical purposes to those for which the original work was created and copies of software other than the back-up copy produced in accordance with II, article L. 122-6-1 and copies or reproductions of an electronic database." This 'private copy' exception was initially justified on the basis of restricted reproduction. Means of reproduction were less widespread in 1957, when this exception was created, than they are now. Most commonly, the copier was an individual who copied a work by hand. As in 'fair use' or 'fair dealing', this exception was justified on the grounds that it was impossible to control, the reproduction was assumed to have no value and the copies made were not for commercial use. However, digital copies are now similar to the original and can be distributed easily. Article L.122-5 has been amended to respond to these changes. Even within this exception, however, there is a specific exception for works of art. This returns to the basic principle for copies of visual art works when they are intended to be used for purposes that are identical to those for which the original work was created. As a result, when copies are intended to be displayed, like the original, in a museum, the exception no longer applies. Permission from the author of the work will therefore be required. Nonetheless, this exception is of interest for educational workshops run by museums, which plan to reproduce works held in their collections. Provided that reproductions of this kind are not intended for collective use, they can be produced under this exception.

The exception relating to immediate information was created for the benefit of the media, following the so-called Utrillo case. This exception allows a work of art to be reproduced or represented through the press for the sole purpose of immediate information and directly related to this information. The creation of this exception originated in the claim for compensation by Utrillo's heirs against the television channel France 2, for having shown twelve paintings protected by droit d'auteur in a two-minute news item about an exhibition of the painter's work. The case was referred to the Tribunal de Grande Instance, which cited article 10 of the European Convention on Human Rights on freedom of expression, and considered that the public's right to be informed took precedence over the interests of the copyright holders. However, the judges in the Court of Appeal and the Cour de Cassation disagreed. The Court of Appeal and the Cour de Cassation¹ held that the television company should have "sought permission to represent the painter's works from his successor prior to producing and broadcasting the report". Following this case, however, the legislature created a new exception in relation to droit d'auteur to allow works to be reproduced to illustrate a news item. The case therefore highlighted a failure of legislative power, which had not examined the balance of interests between the right to information about current exhibitions and the rights of their authors in relation to the works shown in these exhibitions. As a result, the Act of 1 August 2006 on droit d'auteur and similar rights in the information society introduced a new exception to droit d'auteur in point 9 of article L.122-5 of the French Intellectual Property Code, to allow the reproduction or representation of works of "graphic, plastic or architectural art, by the press, broadcasters or online, solely for the purpose of immediate information and relating directly to such information."

Several conditions must therefore be fulfilled for this exception to apply. It is limited to the media, for communications related exclusively to a current event, and relating to a graphic, plastic or architectural work of art. An example would be the announcement of a temporary exhibition. Permission from rights holders is no longer required to film in exhibition rooms for the purpose of audiovisual communications covering the opening of an exhibition. This allows museums to benefit from better communications about their exhibition openings or the events they organise.

Moreover, point 3 d/ of article L.122-5 of the French Intellectual Property Code allows works of art to be reproduced in full in court-ordered sale catalogues. This exception, which was introduced by the Act of 27 March 1997, prevailed over the case law of the Cour de Cassation, which had previously rejected a citation exception related to reproductions of works of art². This exception has an indirect interest for museums which, in the context of their acquisition policy, may wish to consult auction catalogues and identify works they may wish to purchase without attending in person. Nonetheless, this reinforces the idea that works of art cannot take advantage of the short citation exception in order to be reproduced and incorporated into another work.

The citation exception, which cannot be invoked for the reproduction of works of art, authorises the reproduction of passages of a work without the author's permission, provided that the use of said passages is justified by their being incorporated into a work that is critical, polemical, pedagogical, academic or informative in nature. Museums sometimes find it difficult to apply this exception in practice. It is very tempting to use it to reproduce works of art, but these do not fulfil the criteria for the exception set out in the law. The citation must be incorporated in another work, be short and justified by the critical, polemical, pedagogical, academic or informative nature of the publication. However, the condition that it should be brief is incompatible with reproducing a work of art. Neither reproducing a work fully in a small size, nor for a short time, meet the criteria for a short citation. This exception is therefore irrelevant for the reproduction of works of art by museums. Conversely, it is still used to reproduce short extracts of texts in exhibition catalogues or on information panels.

Point 8 of article L.122-5 includes an exception that is of interest to museums. No authorisation from the author is required to reproduce or represent a work for conservation purposes or to preserve the conditions for it to be consulted for research purposes or private study by individuals, in the institution's premises and at dedicated terminals in libraries that are accessible to the public, in museums or archive departments, provided the latter are not seeking to gain any form of economic or commercial benefit.

This exception applies to consulting information through terminals located in the museum's premises, which excludes any form of online provision but offers the advantage of not having to handle fragile documents.

Again, the so-called pedagogical exception allows works to be used solely for illustrative purposes in the context of teaching and research. They may not be used for commercial purposes and must be compensated on the basis of negotiated remuneration. Agreements have been reached, for example, between the French Ministry of Education and rights management companies, to use the works in their lists. The impact on museums is limited, insofar as museums do not generally manage authors' rights, however they can take advantage of this exception when acting in the context of their research and teaching roles.

B. Recently introduced exceptions to droit d'auteur

More recently, the Digital Republic Act has created new exceptions to droit d'auteur and similar rights. These exceptions relate to both access to culture and access to research.

1. Access to culture and the panorama exception

The Act stipulates in article 39 that an author can no longer prohibit "reproductions and representations of architectural works and sculptures placed permanently on the public highway, produced by natural persons, excluding any form of commercial use". This provision, now inserted in point 11 of article L.122-5 of the French Intellectual Property Code, echoes article 5.3 h) of Directive 2001/29, which authorises Member States to incorporate the so-called panorama exception in their legislation.

According to the text of the Directive, the “use of works, such as works of architecture or sculpture, made to be located permanently in public places”, can be permitted. Unlike the European text, however, the French legislation is limited to the architectural and sculptural works cited as an example by the Directive, and limits implementation of the exception to reproductions produced by natural persons only.

This exception is of interest to museums if they display a work of art permanently on the public highway, whether this is sculptural (for example, Raynaud’s Golden Pot or Calder’s work “Horizontal” outside the Centre Pompidou) or an architectural work, such as the Musée du Quai Branly building. In this case, a museum that holds the creator’s rights as a result of assignment, cannot object to non-commercial reproductions of the works concerned. In practice, it is impossible to identify whether someone taking a picture intends to use it for commercial or non-commercial purposes. The exception will therefore only apply when the image is used.

However, the impact of this exception on museums is limited, because it covers the very specific cases not already covered by other exceptions, such as private use by a copier, or which are not covered by the so-called ‘accessory’ theory.

2. Access to research and the open access / data mining exception

The Digital Republic Act has also introduced two new exceptions related to public research, which may have an impact on museums. The first is intended to allow researchers to explore data under certain conditions (text and data mining), the second to disseminate the results of research more freely (open access).

Text and data mining

Searches that are carried out automatically on multiple sources of content are generally classified in English-speaking countries as ‘text and data mining’. Although the English term is used in France, it has also been translated as *fouille de textes or exploration de données*³. The increasing amount of content accessible online is of significant interest to researchers, but they need tools to extract the data that interest them. Data extraction techniques allow researchers to access the information they are looking for, which may exist in millions of different items, without having to read, view or listen to all of them. Research needs are immense but publications are not necessarily open access and rights holders are often reticent about opening up their databases for research purposes. They take the view that the most important elements of their content would be taken without any benefit to them, and therefore rely on *droit d’auteur* to restrict data mining in relation to their resources. In order to respond to research needs, article 38 of the Digital Republic Act inserted a point 10 into article L.122-5 of the French Intellectual Property Code, which stipulates that an author cannot prohibit “digital copies or reproductions produced from a lawful source, for the purpose of text and data mining included in or associated with scientific criteria for public research needs, excluding any commercial purpose.”

The type of reproduction referred to here is a digital reproduction for non-commercial purposes. The data must be accessed lawfully, which implies negotiating with editors in advance. This exception is of interest for research carried out by museums.

An implementing decree is currently being examined by the Conseil d’Etat.

II. The influence of ‘fair use’ on French *droit d’auteur*

While conflicts between the interests of the author and other fundamental rights are decided by the legislature in advance when drafting the law, this implies that exceptions are inherent in the concept of *droit d’auteur*. Freedom of expression cannot therefore be used to oppose *droit d’auteur*, because it has already been taken into account when drafting the law. However, in addition to the specific exceptions listed in the French Intellectual Property Code, various new exceptions are being created by the case law. Two examples are the judge-made ‘accessory element’ exception and the judges’ increasing recognition of freedom of expression.

A. 'Accessory element' exception

Although it is not stated in the law, notably in article L.122-5 of the French Intellectual Property Code, it has traditionally been accepted that graphic or plastic works of art located in a publicly accessible place may be lawfully reproduced or represented, even in their entirety, if they are not the principal subject of the reproduction or representation. The case law has recognised that *droit d'auteur* did not apply when works of art located on the public highway, or visible from the public highway, were reproduced or represented as an accessory element. In 2005, in the famous so-called Buren judgment relating to the Place des Terreaux in Lyon, the Cour de Cassation held that any creation located in a public place and represented as an accessory element did not give rise to *droit d'auteur* (Cass., 1st civ., 15 March 2005, Buren: ruling relating to the Place des Terreaux in Lyon). Following this decision, the Cour de Cassation stipulated in 2011 that works represented as an accessory element in another work were covered by the "incidental inclusion" exclusion referred to in the 2001 European Directive. In this case, a poster displayed on a classroom wall had been reproduced in the documentary "être et avoir" when the class had been filmed.

The so-called 'accessory theory' and the incidental inclusion of works in other works allow museums not to request authorisation when a work appears incidentally and as an accessory element in another work. Even if it only occupies a small part of the work in which it is reproduced, the reproduction must not be the main element in the work. As a result, if a speaker talks about a work during a filmed visit to an exhibition, even if the work concerned is not shown full screen in the film, it will be considered as the main element and as a result, authorisation must be requested from the author or their successors.

B. Consideration of other fundamental rights by the legislature

The efforts made by judges to determine the balance of interests has resulted in *droit d'auteur* being weighed directly against freedom of expression in order to arrive at the most equitable solution.

As a reminder, freedom of expression is one of the fundamental freedoms included in the French Declaration of 1789 and all charters of fundamental rights in the 20th century. Originating in the Age of Enlightenment in the 18th century, the recognition of freedom of expression ended several centuries when only religious or royal authorities were entitled to speak. Proclaimed in France in 1789, following the abolition of privileges and in the United States in the First Amendment to the Constitution, freedom of expression is, as the European Court of Human Rights notes, an "essential foundation of democracy". Without freedom of expression, democracy could not have existed.

Article 11 of the French Declaration on the Rights of Man (1789) states that "The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law."

Similarly, according to article 10 of the European Convention on Human Rights, "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers." Reading this article reminds us of several of the freedoms it covers, not only the freedom to have ideas or opinions but also to receive information and ideas and finally, the freedom to communicate them. Freedom of expression is thus a wide-ranging notion, which grants protection both to journalists on the basis of freedom of information, and to artists via free artistic expression. As a result, the European Court has held that "those who create, interpret, disseminate or exhibit a work of art contribute to the exchange of ideas and opinions that is essential to a democratic society," and should therefore be entitled to protection in respect of freedom of expression. In this respect, museums that exhibit works of art therefore benefit from freedom of expression.

However, the texts that proclaim freedom of expression systematically set limits on it. According to article 10-2 of the European Convention on Human Rights, these limits are laid down in law. As a consequence, the laws relating to droit d'auteur can limit freedom of expression. To do this, the legislature weighs up the interests concerned when drafting the law. This has led to the development of exceptions to droit d'auteur, as we have seen above.

Nonetheless, in its so-called Klarsen decision of 15 May 2015, the Cour de Cassation directly weighed the right to freedom of expression against droit d'auteur, holding that freedom of expression could limit the application of droit d'auteur. In this case, several of a photographer's images had been used, without permission, by an artist who had incorporated them into a painting. The painting was held to be a derived work, which had borrowed from an original work without the author's permission, and was therefore classed as a forgery. The technique underpinning the artist's work consisted of using collage and assembling images, including three photographs taken from an Italian newspaper depicting the made-up face of a young woman, which the artist had incorporated into their works. For the artist, making use of pre-existing works prompted a reflection on contemporary society and the representation of fashion icons. A strict application of the law should have led to the work being declared a forgery. However, the Cour de Cassation, having referred to article 10, para. 2 of the European Convention on Human Rights, held that the Court of Appeal should have sought a fair balance between the rights concerned, namely between freedom of expression and droit d'auteur.

This decision prompted numerous reactions from legal experts. For many authors, freedom of expression should not be weighed against droit d'auteur in any judgment, even one made by the Cour de Cassation, because specific laws should apply. However, it should be noted that this judgment paved the way for the law on droit d'auteur to take account of changes in the nature of creative work. This is symptomatic of a growing trend among French judges towards weighing up conflicting interests. Like the opposition between freedom of expression and personality rights in the 1970s, droit d'auteur is now directly weighed against freedom of expression during court cases. As a result, even in the absence of a specific exception, freedom of expression could, in the future, release museums from compliance with the rules inherent in droit d'auteur, provided they have a legitimate interest and it is proportionate to the objective pursued. Moreover, in the wake of the so-called Klarsen judgment of 2015, freedom of expression was recently invoked by the Centre Pompidou and Jeff Koons before the Tribunal de Grande Instance in Paris, to justify the failure to seek authorisation from the author of a pre-existing work. In this case, Jeff Koons had made a porcelain sculpture, which infringed the copyright of a photograph by Jean-François Bauret. In defending himself against an accusation of forgery, the artist invoked his freedom of expression and the Centre Pompidou its freedom to provide information to the public. At present, in their judgment of 9 March 2017, the judges have rejected these arguments.

In any event, exceptions to droit d'auteur are of interest to museums. It is therefore important that their voice is heard when the European Copyright Directive is reformulated. It is essential that they are involved in the discussions on the directive in relation to droit d'auteur, either directly or through the French Ministry of Culture, which is responsible for both museums and the issues associated with droit d'auteur.

1. Cass. 1st civ., 13 Nov. 2003, no. 01-14385

2. Cass. ass. Plén., 5 Nov. 1993.

3. The General Delegation for the French Language proposed that the term 'data mining' should be translated as exploration des données. This proposal was published in the Official Gazette of 27 February 2013. Nonetheless, numerous expressions are used to designate automatic searches of multiple texts, including fouille automatisée de textes, as well as exploration des données.



ELABORATION DU CODE DE BONNES PRATIQUES D'USAGE LOYAL POUR LES ARTS VISUELS DE LA COLLEGE ART ASSOCIATION : PRESENTATION D'UN ASPECT FONDAMENTAL DU DROIT D'AUTEUR¹

Hunter O'Hanian, College Art Association

En 2012, la College Art Association (CAA), organisation à but non lucratif fondée en 1911, l'une des premières associations professionnelles d'historiens de l'art du monde, a mis en chantier l'élaboration de lignes directrices sur l'utilisation d'œuvres protégées par un copyright en vertu de la législation américaine. Répondant à ses membres qui s'interrogeaient sur l'application du principe de l'usage loyal au développement de nouveaux projets créatifs, la CAA a souhaité étudier comment les chercheurs, artistes, professionnels des musées et autres personnes travaillant dans le domaine des arts visuels pouvaient légalement et déontologiquement utiliser des éléments protégés par le droit d'auteur dans leur enseignement, leurs articles, leurs publications (imprimées ou en ligne) et leurs créations artistiques. Cette initiative s'est concrétisée quand la CAA a publié, en 2015, son Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels.

Le principe de l'usage loyal (fair use), qui tire son origine dans l'article 107, chapitre 17 du Code des États-Unis (Copyright Act de 1976), désigne le droit d'utiliser librement des éléments protégés par le droit d'auteur, sans avoir à souscrire une licence, à des fins d'analyse ou de création. La loi dispose que quatre facteurs doivent être pris en compte pour établir si une utilisation donnée d'un élément protégé par le droit d'auteur peut être considérée comme loyale :

1. l'objectif et le caractère de l'utilisation, notamment le fait qu'elle soit de nature commerciale ou serve des objectifs éducatifs sans but lucratif ;
2. la nature de l'œuvre protégée ;
3. la proportion et la substantialité de la partie utilisée par rapport à l'œuvre protégée dans son ensemble ;
4. l'effet de l'utilisation sur la valeur ou le marché potentiel de l'œuvre protégée².

Des incertitudes quant aux modalités d'application de ces facteurs et donc quant à la loi elle-même ont suscité des préoccupations inhibitrices chez de nombreux professionnels des arts visuels, contribuant à l'émergence d'une culture dissuasive de l'autorisation venant freiner la pratique créative, étouffant la recherche, mais aussi la production et les expositions de nouvelles créations artistiques. L'un des principaux objectifs de la CAA a donc été de poursuivre la démarche qu'elle avait mise en place depuis longtemps, pour sensibiliser les professionnels des arts visuels au droit d'auteur et à l'application du principe d'usage loyal³.

À l'automne 2012, grâce au soutien généreux des fondations Samuel H. Kress et Andrew W. Mellon, la CAA a réuni une équipe extraordinaire de personnes issues du domaine des arts visuels, dont Patricia Aufderheide et Peter Jaszi, respectivement professeurs de communication et de droit à l'American University de Washington, D.C., et l'a chargée de travailler avec les membres de la CAA et d'autres personnalités de la communauté des arts visuels⁴. Parmi les autres membres principaux de cette équipe, citons Anne Collins Goodyear, co-directrice du Bowdoin College Museum of Art, présidente du Comité de la propriété intellectuelle de la CAA et présidente émérite de la CAA, Jeffrey P. Cunard, directeur juridique de la CAA, Linda Downs, ancienne directrice générale de la CAA, et enfin, Janet Landay, chef de projet.

Patricia Aufderheide et Peter Jaszi se sont fait connaître en participant à l'élaboration de plusieurs codes sur le « fair use » à destination de diverses communautés créatives, pratique qu'ils décrivent en détail dans leur ouvrage de 2011, intitulé *Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright*. Ils ont également collaboré avec la CAA pour mettre au point un projet en trois étapes cherchant à savoir comment définir l'usage loyal dans l'environnement des arts visuels⁵. Ce projet est né de l'observation selon laquelle les juges, dans leurs décisions en la matière, avaient tendance à étudier les pratiques des communautés créatives pour évaluer le caractère approprié de l'utilisation d'œuvres protégées au titre du copyright à des fins de réinterprétation.

Au cours de la première étape, Patricia Aufderheide et Peter Jaszi ont réalisé une étude pour le compte de la CAA afin de déterminer comment la communauté des arts visuels comprenait les notions d'usage loyal (fair use) et de droit d'auteur (copyright). Ces travaux ont débouché sur la publication d'une étude détaillée. Intitulée *Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issues Report*, elle a été publiée en 2014 et est disponible sur le site CollegeArt.org. Dans le cadre de leurs recherches, ils ont passé en revue la littérature existante, mais aussi mené des entretiens approfondis avec une centaine de professionnels hautement respectés du domaine des arts visuels, et réalisé un sondage auprès des membres de la CAA, sondage auquel ils ont reçu près de trois cents réponses. Nous souhaitons souligner que les personnes qui ont fourni des informations sur leur expérience en matière d'œuvres protégées par le droit d'auteur au cours de cette étape du projet et des suivantes étaient soit des utilisateurs soit des créateurs d'œuvres protégées.

Ce rapport, qui a été examiné par le Comité consultatif sur les pratiques de la communauté, le Groupe de travail sur l'usage loyal, le Comité à la propriété intellectuelle et le Conseil d'administration de la CAA, confirmait et documentait un grand nombre des témoignages qui avaient poussé la CAA à commander cette étude. Patricia Aufderheide et Peter Jaszi, parmi leurs conclusions les moins réjouissantes, ont constaté qu'un tiers des professionnels des beaux-arts — au nombre desquels des chercheurs, des conservateurs et des artistes — avaient évité ou abandonné certains travaux en raison de préoccupations relatives au copyright.

Après avoir documenté les utilisations d'éléments protégés par le droit d'auteur à des fins artistiques, de recherche et d'enseignement au cours de cette première étape, Patricia Aufderheide et Peter Jaszi ont travaillé avec des membres de la CAA et d'autres personnalités du monde des arts visuels pour élaborer le Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels, disponible sur le site CollegeArt.org. Au cours de cette deuxième étape, qui s'est déroulée pendant l'été 2014, ils ont mené de brefs entretiens avec un échantillon diversifié de 150 professionnels des arts visuels de tous les États-Unis, afin de déterminer quelles pratiques ces personnes considéraient comme des usages loyaux d'éléments protégés par le droit d'auteur.

D'après les informations recueillies auprès des personnes sondées, cinq principes consensuels d'usage loyal, assortis de leurs restrictions, ont été établis dans les domaines suivants :

- écrits analytiques
- enseignement de l'art
- création artistique
- utilisations par les musées
- accès en ligne à des collections d'archives et spéciales

Pour chacun des cinq domaines couverts, le Code présente des stratégies souples qui permettent d'évaluer si un usage donné, qu'il soit classique ou innovateur, est susceptible d'être considéré comme loyal, et souligne la nécessité, pour les chercheurs, artistes, enseignants et professionnels des musées d'équilibrer l'utilisation d'éléments protégés par le droit d'auteur pour promouvoir l'accès et les réinterprétations et le nombre d'éléments protégés utilisés dans un contexte donné. Un groupe d'experts juridiques a attentivement étudié le cadre et les cinq principes énoncés dans le Code pour vérifier qu'ils étaient conformes aux pratiques juridiques avant que le conseil de la CAA l'approuve.

La troisième étape du projet consiste à diffuser le Code auprès de la communauté des arts visuels dans le monde entier. De fait, chacun des domaines couverts par le Code concerne directement les praticiens (par exemple les artistes et les historiens de l'art), mais aussi les organisations artistiques qui célèbrent, alimentent ou représentent les croisements entre recherche universitaire, conservation, pratique artistique et accès du public aux artefacts et à leur histoire.

Les chapitres du Code portent chacun sur des aspects précis de l'utilisation, par les professionnels des arts visuels, d'éléments protégés par le droit d'auteur ; pris ensemble, ils forment un tout qui constitue un outil précieux permettant d'évaluer de façon réfléchie l'usage qui est fait d'une œuvre protégée pour savoir s'il peut être considéré comme loyal. À cet effet, par exemple, le Code reconnaît que les enseignants, conservateurs, archivistes et leurs collègues ont de plus en plus souvent recours à des documents aussi bien numériques que tangibles pour stimuler leurs étudiants et leur public, afin de leur fournir des informations allant des faits les plus élémentaires (par exemple les renseignements figurant sur une tombe) à des commentaires interprétatifs. Les restrictions ou responsabilités y afférentes relèvent essentiellement du bon sens : utiliser des reproductions d'une taille et d'une résolution adaptées à l'utilisation prévue, citer les sources et métadonnées appropriées, protéger la vie privée des individus et la sensibilité culturelle des communautés ayant produit l'œuvre protégée. Cette approche équilibrée reflète le fait que le Code propose de suivre un cadre pour réfléchir quant à des usages spécifiques d'éléments protégés par le droit d'auteur, au lieu de prévoir un ensemble de règles explicites ou de lignes directrices inflexibles dictant une taille et une résolution d'image précises. L'approche de la CAA présente des avantages pragmatiques. En effet, même si les normes technologiques évoluent, les stratégies à appliquer pour établir la loyauté d'un usage donné resteront inchangées.

À ce jour, la CAA a présenté le Code dans plus de trente villes des États-Unis, touchant des milliers d'artistes visuels, universitaires, archivistes, bibliothécaires, professionnels des musées, avocats et éditeurs. Leurs réactions ont été très favorables et les effets du Code aux États-Unis se font déjà clairement sentir. Il a été largement approuvé et les témoignages de plus en plus nombreux concordent pour démontrer qu'il renforce la confiance des individus et des organisations qui souhaitent utiliser des éléments protégés par le droit d'auteur à des fins d'écriture analytique, d'enseignement, de création artistique, de création de ressources muséales et d'accès en ligne à des documents d'archives⁶. La CAA elle-même a mis à jour les contrats d'auteurs destinés à ses publications — *The Art Bulletin*, *Art Journal* et *caa.reviews* — et les a mis en ligne sur le site *CollegeArt.org*. Les auteurs qui utilisent le Code de la CAA pour évaluer la loyauté de l'usage d'éléments protégés par le droit d'auteur ne sont pas tenus de verser des droits à l'organisation. De nombreux musées, éditeurs et fondations ont commencé à modifier leurs politiques pour tenir compte de l'usage loyal. En s'attaquant à l'effet corrosif de la peur du droit d'auteur au moyen du Code et de sa diffusion, la CAA a souhaité rendre plus accessibles et donc plus influentes les ressources protégées par le droit d'auteur qui sont susceptibles d'orienter et de modeler de nouvelles perspectives créatives. Ainsi, elle a créé un cadre flexible de bonnes pratiques en matière d'usage loyal, qui bénéficiera aux musées et au domaine des arts visuels dans son ensemble.

En juin 2017, la CAA a présenté le Code au public en Europe, lors d'événements organisés à Fontainebleau et à Paris. Elle a traduit le Code en français (traduction partielle disponible sur le site *CollegeArt.org*) et participé à des débats sur les exceptions au droit d'auteur dans l'Union européenne⁷.

Même si le principe de l'usage loyal reste propre au droit américain, l'approche de la CAA, visant à clarifier son interprétation, en particulier auprès des communautés de praticiens, pourrait servir de modèle plus large pour l'étude des principes et philosophies qui sous-tendent le droit d'auteur dans un contexte international, offrant des outils permettant d'explorer les objectifs de la législation en matière de droit d'auteur dans d'autres pays. Se pourrait-il qu'elle suggère aux communautés internationales d'intellectuels de mettre en place de nouvelles stratégies pour répondre à ce que Peter Jaszi a appelé le « dialogue social au cœur du droit d'auteur », par exemple en ce qui concerne la nécessité d'équilibrer la protection des apports créatifs par rapport à la nécessité d'avoir accès aux œuvres protégées pour favoriser les innovations et les réalisations ?

Cette publication, qui décrit les objectifs et la méthode du Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels, constitue une première étape importante dans l'exploration de cette question. Cette tentative de servir les communautés créatives aux États-Unis sera-t-elle pertinente pour nos consœurs et confrères d'autres nations ? La CAA espère avoir un jour la réponse à cette question.

« Code de bonnes pratiques : situations, principes et restrictions » (extrait du Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels, disponible sur le site CollegeArt.org)

Le Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels s'applique à cinq grands domaines d'usage :

1. Écrits analytiques

Les écrits analytiques s'intéressent aux artistes, aux œuvres et aux mouvements. Ils englobent les analyses artistiques s'insérant dans un contexte culturel, politique et théorique plus étendu. Ces écrits s'accompagnent le plus souvent de reproductions intégrales ou partielles d'œuvres pertinentes sous quelque forme que ce soit, qu'il s'agisse de textes, d'images historiques, de phénomènes numériques ou d'autres éléments visuels. Ces éléments, dont la plupart sont protégés par le droit d'auteur, peuvent provenir de diverses sources, notamment de collections appartenant à des bibliothèques ou des archives (que nous désignons ici par le terme générique « institutions de conservation de la mémoire collective »), de notes et de photographies prises par l'auteur ainsi que de reproductions documentaires réalisées ou publiées par des tiers. Certaines œuvres sont créées sous forme analogique tandis que d'autres sont nativement numériques. Dans certains cas, l'objet d'étude est précisément l'œuvre visuelle ou textuelle reproduite dans le cadre de l'écrit analytique, alors que dans d'autres, la reproduction sert à éclairer un développement plus large relatif à un courant ou une tendance artistique, ou bien à illustrer un point particulier ou une conclusion. L'édition de ces écrits peut passer soit par les filières universitaires classiques soit par d'autres filières qui sont aujourd'hui en développement constant. Ils sont publiés sur tous types de supports, que ce soit dans des revues ou des livres imprimés ou électroniques, des catalogues d'exposition ou de collection, des blogs ou des posts sur les réseaux sociaux, ou des contributions à des projets numériques collaboratifs, tels que des « wikis » (projets qui sont souvent hébergés par des archives institutionnelles) ; enfin, ils peuvent faire l'objet d'une présentation dans le cadre de conférences universitaires ou autres événements similaires. Le propos des écrits analytiques sur l'art est renforcé par les reproductions des œuvres qu'ils citent. Dans de nombreux cas, et particulièrement en ce qui concerne les œuvres des arts visuels, les auteurs peuvent décider que la reproduction intégrale de l'œuvre constitue la meilleure manière d'illustrer leur argument. Dans leurs écrits analytiques sur l'art, les chercheurs et autres auteurs (et par extension leurs éditeurs) peuvent invoquer l'usage loyal pour citer ou reproduire des œuvres protégées par le droit d'auteur, sous réserve de certaines restrictions :

- L'utilisation de l'œuvre, qu'elle soit partielle ou intégrale, doit être justifiée par l'objectif analytique de l'auteur qui doit être en mesure d'en exposer la motivation.

- L'objectif analytique de l'auteur doit prévaloir sur la simple représentation des œuvres présentées.

- Le nombre et le type d'éléments utilisés et, concernant les images, la taille et la résolution de la reproduction publiée, doivent rester dans les limites nécessaires à la réalisation de l'objectif analytique.

- Dans le cas de reproductions numériques d'œuvres numériques natives, le nombre d'éléments utilisés et les motifs de l'utilisation doivent être examinés avec une attention particulière, puisqu'il existe un risque accru que les reproductions puissent servir de substitut aux originaux.

- La reproduction d'une œuvre doit représenter l'œuvre originale sous la forme la plus fidèle possible compte tenu des circonstances.

- Les écrits doivent autant que possible préciser l'attribution des œuvres originales selon les usages en vigueur en la matière.

2. Enseignement de l'art

Historiquement, l'enseignement de l'art, qu'il soit pratique ou théorique, dans un cadre universitaire ou autre, a toujours nécessité l'usage de reproductions d'œuvres à titre d'illustration. De nos jours, la technologie permet d'élargir la salle de cours : les enseignants peuvent projeter des images et des vidéos numériques pendant les cours, mais aussi donner à leurs étudiants un accès en ligne aux œuvres pertinentes, notamment par le biais de plateformes de gestion de cours. Certains établissements proposent également à leurs étudiants des cours d'art entièrement en ligne. Bien qu'il existe certaines exceptions au droit d'auteur pour certaines activités pédagogiques, les enseignants se heurtent souvent au cadre étroit de ces exceptions dans l'exercice de leur mission.

Même dans le cas où ces exceptions sont adaptées à l'enseignement classique en temps réel en face à face ou à distance, elles ne couvrent pas de nombreux supports complémentaires que les enseignants souhaitent proposer à leurs étudiants en amont ou en aval des cours. Pour les besoins de leurs activités pédagogiques, les enseignants des arts visuels compilent des collections de documentation représentative pour leur usage personnel et celui de leurs étudiants. Ils les conservent soit dans leurs propres dossiers soit dans les collections de référence de leur département universitaire ou d'autres institutions. Les personnes disposant d'une telle documentation disent souvent qu'elles aimeraient pouvoir la partager plus largement avec leurs pairs ou avec des institutions associées, pour créer des ressources d'enseignement plus riches.

Les enseignants des arts visuels peuvent invoquer l'usage loyal pour l'utilisation d'œuvres de toute nature protégées par le droit d'auteur dans différents cadres pédagogiques formels, ainsi que pour des usages s'inscrivant dans le prolongement des cours et pour des collections de référence servant de support de cours, sous réserve de certaines restrictions :

- Les œuvres choisies doivent servir les objectifs pédagogiques fondamentaux de l'enseignant.
- L'objectif pédagogique de l'enseignant doit prévaloir sur la simple représentation des œuvres présentées.
- L'accès des étudiants aux sites de gestion de cours sur lesquels les œuvres sont mises à disposition doit être réservé aux personnes inscrites au cours ou autorisées par l'enseignant.
- Les images mises à la disposition des étudiants doivent, dans la mesure du possible, représenter fidèlement les œuvres en question.
- Si ses objectifs le justifient, l'enseignant peut fournir des images téléchargeables en ligne, sous réserve que leur taille maximum permette au mieux une bonne qualité de projection ou d'affichage plein écran sur un ordinateur personnel ou un appareil mobile.
- Lors de leur affichage, dans la mesure du possible, les images doivent être accompagnées d'une mention de l'attribution de l'œuvre originale selon les usages en vigueur en la matière.
- Les images et autres éléments appartenant à une collection de référence doivent être complétés des métadonnées appropriées disponibles.
- L'accès à une collection de référence institutionnelle doit être réservé aux personnes affiliées à l'établissement et à ses établissements partenaires, notamment aux étudiants, aux enseignants et aux chercheurs autorisés, étant entendu que les éléments de la collection ne pourront être utilisés qu'à des fins légitimes.

1. Cet essai est le fruit d'une collaboration entre Hunter O'Hanian, directeur général de la CAA, et Anne Collins Goodyear, présidente émérite de la CAA. Celle-ci souhaite remercier Hunter O'Hanian et Betty Leigh Hutcheson, directrice des publications de la CAA, pour lui avoir permis de donner une conférence intitulée « L'élaboration du Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels : un aperçu de son développement, de ses revendications et de ses applications », lors de la séance « Les œuvres protégées par le droit d'auteur dans les musées : sur la voie de l'usage loyal », présidée par Hunter O'Hanian lors de l'assemblée annuelle de l'American Alliance of Museums (AAM), tenue du 7 au 10 mai 2017 à Saint-Louis (Missouri, États-Unis).

2. Pour un développement sur cet article du Code des États-Unis, voir Peter Jaszi, « Appendix A: Fair Use Today » (Annexe A : l'usage loyal de nos jours), dans Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts (Code de bonnes pratiques d'usage loyal pour les arts visuels), 2015, disponible à l'adresse <http://www.collegeart.org/programs/caa-fair-use>.

3. Christine L. Sundt aborde ce domaine des travaux de la CAA dans « Visual Resources for the Arts » (Ressources visuelles pour les arts), The Eye, the Hand, the Mind: 100 Years of the College Art Association (L'œil, la main, l'esprit : centenaire de la College Art Association), éd. Susan Ball (New York, College Art Association, 2011), p. 181-192. Voir également « Intellectual Property and the Arts » (La propriété intellectuelle et les arts), disponible à l'adresse <http://www.collegeart.org/standards-and-guidelines/intellectual-property>, ainsi que le Comité à la propriété intellectuelle, à l'adresse <http://www.collegeart.org/committees/ip>.

4. Cette initiative est décrite dans Christopher Howard, « CAA Receives Major Mellon Grant » (La CAA reçoit une importante subvention de la fondation Mellon), CAA News Today, 14 janvier 2013, à l'adresse <http://www.collegeart.org/news/2013/01/14/caa-receives-major-mellon-grant/>.

5. Patricia Aufderheide et Peter Jaszi, Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright (Réhabilitation de l'usage loyal : comment rééquilibrer le droit d'auteur) (Chicago, University of Chicago Press, 2011).

6. Pour en savoir plus sur l'accueil réservé au Code, voir Janet Landay, « Learning From Experience: Fair Use in Practice » (Tirer des leçons de l'expérience : l'usage loyal dans la pratique), CAA News Today, 14 mars 2017, à l'adresse <http://www.collegeart.org/news/2017/03/14/learning-from-experience-fair-use-in-practice/>, et Janet Landay, « CAA Celebrates National Fair Use Week » (La CAA célèbre la semaine nationale de l'usage loyal), CAA News Today, 22 février 2016, à l'adresse www.collegeart.org/news/2016/02/22/caa-celebrates-national-fair-use-week/.

7. Parmi les conférences de Hunter O'Hanian, citons : « Fair Use and Open Content » (Usage loyal et contenu libre), Festival de l'histoire de l'art, 2-4 juin 2017, et « Copyright Flexibilities in the U.S. and E.U.: How Fair Use and other Flexibilities are Helping Museums to Fulfill their Mission » (Exceptions au droit d'auteur aux États-Unis et dans l'Union européenne : comment l'usage loyal et d'autres exceptions aident les musées à remplir leur mission), Alliance régionale de l'ICOM pour l'Europe, 6 juin 2017.



CREATING THE COLLEGE ART ASSOCIATION'S CODE OF BEST PRACTICES IN FAIR USE FOR THE VISUAL ARTS: A DOCUMENT ADDRESSING A CRITICAL ASPECT OF COPYRIGHT LAW IN THE UNITED STATES¹

Hunter O'Hanian, College Art Association

In 2012, the College Art Association (CAA), a nonprofit organization founded in 1911 and one of the largest professional art history associations in the world, undertook an effort to create guidelines on the use of materials protected by copyright under the law of the United States. Responding to questions from its members about how and when the doctrine of fair use might apply to the development of new creative projects, CAA wished to address how scholars, art makers, museum professionals, and others working in the visual arts could legally and ethically use copyrighted materials in teaching, scholarly writing, publications (both in print and online), and making art. This endeavor resulted in the 2015 publication of CAA's Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts.

The doctrine of fair use, growing out of the U.S. Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. sec. 107, refers to the right to use copyrighted materials freely, without licensing, for analytic and creative purposes. As designated in the statute, four factors must be weighed to determine whether a given use of copyrighted material can be considered fair:

1. the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
2. the nature of the copyrighted work;
3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
4. the effect of the use on the potential market for or value of the copyrighted work².

Uncertainty about when and how to apply such considerations and thus the law itself, has led to stymieing concern among many visual arts professionals, contributing to the emergence of a chilling culture of permissions that has inhibited creative practice, stifling scholarship and the production and exhibition of new art. A principle aim for CAA has thus been to continue its longstanding efforts to educate visual arts professionals about copyright and the application of fair use³.

Thanks to generous support from the Samuel H. Kress Foundation and the Andrew W. Mellon Foundation, in the fall of 2012 CAA put together an extraordinary team of colleagues from across the field of visual arts, including Patricia Aufderheide and Peter Jaszi, professors of communication and law, respectively, at American University in Washington, D.C., to work with CAA's membership and other leaders in the visual arts community⁴. Other principle participants included Anne Collins Goodyear, codirector of the Bowdoin College Museum of Art, chair of CAA's Committee on Intellectual Property, and CAA president emerita; CAA's legal counsel Jeffrey P. Cunard; Linda Downs, CAA's former executive director; and Janet Landay, project manager.

Well known for their extensive experience in the development of fair use codes for numerous creative communities, a practice described in detail in their 2011 book *Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright*, Aufderheide and Jaszi worked with CAA to fashion a three-phase project to tackle the question of how to define fair use in the visual arts environment⁵. The project proceeded from the observation that judges, in making fair use determinations, have tended to look to the practices of creative communities to assess the appropriateness of the use of copyrighted material for new interpretive ends.

In phase one, Auderheide and Jaszi conducted a study on behalf of CAA to determine how fair use and copyright were understood by the visual arts community. That work led to the publication of a detailed study: *Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issues Report*, published in 2014 and available at CollegeArt.org. Their research included not only a review of the literature but also extensive interviews with one hundred highly respected visual arts professionals and a survey of the CAA membership, which generated nearly three thousand responses. We wish to stress that all the individuals who contributed information about their experiences with copyrighted materials during this and subsequent phases of the project represented both users and creators of copyrighted work.

The Issues Report, which was reviewed by CAA's Community Practices Advisory Committee, Fair Use Task Force, Committee for Intellectual Property, and Board of Directors, confirmed and documented many of the anecdotal accounts that had led CAA to undertake the report in the first place. Among the most sobering of Aufferheide and Jaszi's findings was that a third of fine arts professionals—including scholars, curators, and artists—have avoided or abandoned work in their field due to copyright concerns.

Having documented artistic, scholarly, and educational uses of copyrighted materials in the first phase of the project, Aufferheide and Jaszi then worked with CAA members and other leaders in the visual arts to develop the Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts, which is available at CollegeArt.org. In this part of the project, Aufferheide and Jaszi conducted small discussions during the summer of 2014 with a diverse cross section of 150 visual arts experts, from across the United States, to determine what practices these individuals agreed constituted fair uses of copyrighted materials.

Based on the information gleaned from these panels, a series of five consensus-based fair use principles and attendant limitations were developed in the following areas:

- analytic writing
- teaching about art
- making art
- museum uses
- online access to archival and special collections

Each of the five areas covered by the Code provides flexible strategies to evaluate if a given use, whether traditional or innovative, is likely to be considered fair, and stresses the need for scholars, artists, teachers, and museum professionals to balance the use of copyrighted materials for advancing access and new interpretations against the amount of copyrighted material used in a specific context. A panel of legal experts carefully reviewed the Code's framework and five principles to ensure consistency with legal practice, and the CAA board then endorsed it.

The third phase of the project involves the dissemination of the Code to the visual arts community worldwide. Each of the areas covered by the Code in fact has broad relevance for individual practitioners—such as artists and art historians—as well as arts organizations, which celebrate, nurture, or represent intersections between scholarship, curation, artistic practice, and public access to objects and their histories. While each section of the Code addresses specific aspects of the use of copyrighted materials by visual arts professionals, these parts work together to form an integrated whole, providing a valuable tool for making well-reasoned assessments about whether a given use of copyrighted material is likely to be considered fair. To this end, for example, the Code recognizes that educators, curators, archivists, and allied colleagues increasingly rely on digital as well as hard copy materials to engage their students and audiences, providing information ranging from basic facts—such as tombstone data—to interpretative commentary. The attendant limitations, or responsibilities, are essentially common sense: using reproductions of a size and resolution that is appropriate to the intended end, providing appropriate attribution and metadata, and protecting the privacy of individuals and cultural sensitivities of communities that may have produced the copyrighted material. This balanced approach reflects the Code's framework for reasoning about specific uses of copyrighted material, as opposed to providing a set of bright lines or specific fixed guidelines regarding image size and resolution. CAA's approach has pragmatic benefits. Even as technological standards evolve, strategies for reasoning about whether a given use is fair will endure.

To date, CAA has presented the Code in more than thirty cities throughout the United States, reaching thousands of visual artists, scholars, archivists, librarians, museum professionals, attorneys, and publishers. The response has been quite favorable, and the Code's impact in the United States is already becoming clear. It has been widely endorsed, and a growing body of evidence demonstrates that the Code is indeed providing a greater sense of confidence to individuals and organizations wishing to use copyrighted materials for analytic writing, teaching, making art, creating museum resources, and providing online access to archival materials.⁶ CAA itself has updated the authors' agreements for its publications—The Art Bulletin, Art Journal, and *caa.reviews*—and posted them online at *CollegeArt.org*. Authors using CAA's Code to evaluate whether a given use of copyrighted material is likely to be “fair” need not indemnify the organization. Many museums, publishers, and foundations have begun to shift their policies to accommodate fair use. In addressing the corrosive effect of a fear of copyright through the Code and its dissemination, CAA has sought to render more accessible, and thus more influential, copyrighted resources that may inform and shape new creative perspectives. In this way, it has created a flexible framework of best practices in fair use that will benefit museums and the field of visual arts as a whole.

In June 2017, CAA brought the Code to audiences in Europe, with presentations in Fontainebleau and Paris, creating a French translation of the document (available at *CollegeArt.org*) and participating in discussions about copyright flexibilities in the European Union⁷. While the doctrine of fair use remains specific to U.S. law, CAA's approach to clarifying its interpretation, particularly with respect to communities of practice, may well have the potential to serve as a broader model for the examination of the principals and philosophies behind copyright in an international context, providing tools for exploring the goals of copyright legislation in other nations. Might it therefore suggest new strategies for international intellectual communities to work further to address what Peter Jaszi has described as the “social bargain at the heart of copyright law,” as in the need to balance protections of creative contributions against the need for access to promote further innovation and achievement? A critical first step to exploring this question is represented by this publication, which describes the aims and process behind CAA's Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts. Whether this attempt to serve creative communities in the United States has relevance to our colleagues in other nations is a topic CAA looks forward to exploring.

“Code of Best Practices: Situations, Principles, and Limitations” (extracted from CAA's Code of Best Practices in the Fair Use for the Visual Arts, available at *CollegeArt.org*.)
The Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts applies to five principle areas of use:

1. Analytic writing

Analytic writing focuses attention on artists, artworks, and movements; it includes analyses of art within larger cultural, political, and theoretical contexts. Such writing routinely includes reproductions, in full or in part, of relevant artworks in all media, texts, historical images, digital phenomena, and other visual culture. This material—much of it copyrighted—may be drawn from a variety of sources, including the collections of libraries and archives (generally referred to here as “memory institutions”), notes and photographs taken by the author, and documentary reproductions created or published by others; some works start out in analogue formats and others are born digital. Sometimes the visual or textual works reproduced in connection with analytic writing are the specific subjects of analysis. Sometimes they are used to illustrate larger points about artistic trends and tendencies, or to document a particular point or conclusion. Such writing is published both in traditional academic venues and in ever-expanding venues beyond them. It may be published in a variety of formats, including print and electronic books and journals, exhibition catalogues, collection catalogues, blog and social media posts, and contributions to collaborative digital projects, such as wikis (these projects often reside in institutional repositories), or it may be delivered at academic meetings or on similar occasions. The effectiveness of analytic writing about art is improved by the reproduction of the materials that it references. In many instances, particularly for works of visual art, writers may conclude that reproduction of an entire work may be the most appropriate way to make their points.

In analytic writing about art, scholars and other writers (and, by extension, their publishers) may invoke fair use to quote, excerpt, or reproduce copyrighted works, subject to certain limitations:

- The writer's use of the work, whether in part or in whole, should be justified by the analytic objective, and the user should be prepared to articulate that justification.
- The writer's analytic objective should predominate over that of merely representing the work or works used.
- The amount and kind of material used and (where images are concerned) the size and resolution of the published reproduction should not exceed that appropriate to the analytic objective.
- Justifications for use and the amount used should be considered especially carefully in connection with digital-format reproductions of born-digital works, where there is a heightened risk that reproductions may function as substitutes for the originals.
- Reproductions of works should represent the original works as accurately as can be achieved under the circumstances.
- The writing should provide attribution of the original work as is customary in the field, to the extent possible.

2. Teaching about art

Teaching about art in studio and classroom settings, whether in academia or elsewhere, has historically been achieved by using reproductions of artworks as illustrations. Today, technology has extended the classroom beyond four walls; teachers may show digital slides or videos in classrooms, while also making works that are related to their courses available to students online by means of, for example, course management platforms. Some institutions also offer their students art courses conducted entirely online. Although specific copyright exceptions are available for some teaching activities, teachers' fulfillment of their mission is often frustrated by the narrow scope of those exceptions. Even where these exceptions may be adequate to cover face-to-face teaching or distance education in real time, they fail to cover many forms of pre- and post-class support that teachers wish to provide to students. In support of their teaching activities, teachers in the visual arts long have maintained collections of exemplary documentation for their own use and that of their students. Sometimes these are maintained in their personal files and sometimes in departmental or other institutional reference collections. Those who maintain such files generally agree that they would prefer to share them more broadly, with peers or related institutions, to create more powerful teaching resources.

Teachers in the visual arts may invoke fair use in using copyrighted works of various kinds to support formal instruction in a range of settings, as well as for uses that extend such teaching and for reference collections that support it, subject to certain limitations:

- The works selected should further the teacher's substantive pedagogical objectives.
- The teacher's pedagogical objective should predominate over that of merely representing the work or works used.
- Student access to course management sites where such works are made available should be restricted to those enrolled in the course or otherwise designated by the teacher.
- Images made available to students should, to the extent possible, accurately represent the works they depict.
- If providing downloadable images online is justified by the teacher's objectives, those images should be suitable in size for satisfactory full-screen projection or display on a personal computer or mobile device, but generally not larger.
- When displayed, images should be accompanied by attribution of the original work as is customary in the field, to the extent possible.
- Images and other items in a reference collection should be augmented with appropriate and reasonably available metadata.
- Access to an institutional reference collection should be limited to persons affiliated with the institution and its partner institutions, such as students, faculty, and authorized researchers, subject to a requirement that items in the collection should be used only for legitimate purposes.

3. Making new works of art

For centuries, artists have incorporated the work of others as part of their creative practice. Today, many artists occasionally or routinely reference and incorporate artworks and other cultural productions in their own creations. Such quotation is part of the construction of new culture, which necessarily builds on existing culture. It often provides a new interpretation of existing works, and may or may not be deliberately confrontational. Increasingly, artists employ digital tools to incorporate existing (including digital) works into their own, making uses that range from pastiche and collage (remix) to the creation of new soundscapes and lightscapes. Sometimes this copying is of a kind that might infringe copyright and sometimes not. But whatever the technique and whatever is used (from motifs or themes to specific images, text, or sounds), new art can be generated.

Artists may invoke fair use to incorporate copyrighted material into new artworks in any medium, subject to certain limitations:

- Artists should avoid uses of existing copyrighted material that do not generate new artistic meaning, being aware that a change of medium, without more, may not meet this standard.

- The use of a preexisting work, whether in part or in whole, should be justified by the artistic objective, and artists who deliberately repurpose copyrighted works should be prepared to explain their rationales both for doing so and for the extent of their uses.

- Artists should avoid suggesting that incorporated elements are original to them, unless that suggestion is integral to the meaning of the new work.

- When copying another's work, an artist should cite the source, whether in the new work or elsewhere (by means such as labeling or embedding), unless there is an articulable aesthetic basis for not doing so.

4. Museum Uses

Museums regularly curate and organize temporary or permanent (i.e., long-term) exhibitions, which include works from their own, other institutional, and private collections. Exhibitions can generate new artistic and scholarly insights and attract and enhance the experience of museum visitors. Frequently, exhibitions may enhance or confirm the reputations of the artists whose works are included. Museums also routinely prepare print and graphic materials associated with exhibitions, including wall panels that display text and reproductions of related images; make available brochures and educational guides; publish catalogues; and offer related lectures and other public programs. Many museums also offer various kinds of guides (including publicly accessible databases) that reproduce images for many or all of the works in their permanent collections. Increasingly, they are doing all these things using digital and other new technologies. For example, visitors may access electronic information about exhibitions and collections with their own or a museum-supplied portable device, which may be networked. Teachers and students may access exhibition- and collection-related educational or curricular materials (text, mixed media, and video) on the museum's website and social media channels, or through third parties, including for-profit and nonprofit publishers. Physical exhibitions may be complemented by virtual counterparts or online enhancements so that remote visitors can virtually "walk through" the galleries, appreciate the curatorial narrative, and, if desired, focus their attention on particular works. Similarly, online documentation of collections (including collection catalogues and databases of images and metadata) can help to place individual artworks in a larger institutional or cultural context and provides some of the benefits of a physical visit to the museum, as well as providing access to material not currently on display. Such documentation also may prepare members of the public to interact more fully with art when they visit the museum in person.

Museums and their staffs may invoke fair use in using copyrighted works, including images and text as well as time-based and born-digital material, in furtherance of their core missions, subject to certain limitations:

- When copyrighted works are used in connection with physical or virtual exhibitions, the use should be justified by the curatorial objective, and the user should be prepared to articulate that justification.
- The amount of a work used in museum publications, the size and resolution of published reproductions, and the level of fidelity of those reproductions should be appropriate to the analytic or educational purpose.
- Downloadable images made available online should be suitable in size for full-screen projection or display on a personal computer or mobile device, but generally not larger.
- When image details and support for “close looking” are offered online through large or high-resolution images, downloading should not be facilitated unless a special justification is present.
- Images provided to the public should be accompanied by attribution of the original work as is customary in the field, to the extent possible.
- Images and other documentation of museum collections should be associated with all appropriate and reasonably available metadata.
- Images and documentation of museum collections should honor institutional policies designed to protect noncopyright interests of third parties, including the privacy of individuals and the cultural sensitivities of communities.

5. Online access to related collections in memory institutions

Many institutions, including academic libraries, art schools, museums, archives, and study centers, maintain collections of art-related documentation, including the sketches and studies, manuscripts, financial records, personal photographs, and book collections of artists, collectors, dealers, and others. Unless subject to use restrictions, including those imposed by donation agreements, these memory institutions typically make such documentation available for study and personal copying by scholars and members of the public. Much of this valuable and often unique study material—some unpublished and some difficult to trace to rights holders—may be under copyright. Online access resulting from the digitization of these collections greatly expands their utility for scholars, students, artists, and the public; it also contributes to the protection of the information they contain against theft, disaster, and decay.

Memory institutions and their staffs may invoke fair use to create digital preservation copies, enable digital access to copyrighted materials in their collections, and make those collections available online, with appropriate search tools, subject to the following limitations:

- Material made available online should be redacted to protect the privacy and other noncopyright interests of third parties, in accordance with prevailing professional standards.
- Visitors to the site should be informed that the materials they access are provided for their personal and/or scholarly use, and that they are responsible for obtaining any copyright permissions that may be required for their own further uses of that material.
- Institutions should prominently offer such users a point of contact for further information and correspondence and should respond promptly to user complaints, corrections, and questions.
- When provided, downloadable images online should be suitable in size and resolution for full-screen projection or display on a personal computer or mobile device, but generally not larger.
- Materials made available should be accompanied by attribution as is customary in the field, to the extent possible.
- Items should be augmented with all appropriate and reasonably available metadata.

-
1. This essay reflects a collaboration between Hunter O'Hanian, CAA Executive Director, and Anne Collins Goodyear, CAA President Emerita. Goodyear wishes to thank O'Hanian and Betty Leigh Hutcheson, CAA Director of Publications, for the opportunity to present a related paper, "Crafting CAA's Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts: An Overview of Its Development, Claims, and Applications," on the panel "Copyrighted Material in the Museum: A Path to Fair Use," chaired by O'Hanian at the annual American Alliance of Museums (AAM) meeting, May 7–10, 2017, St. Louis, Missouri.
 2. For a further discussion of this section of the Copyright Code, see Peter Jaszi, "Appendix A: Fair Use Today," in *Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts*, 2015, at <http://www.collegeart.org/programs/caa-fair-use>.
 3. Christine L. Sundt covers this area of CAA's work in "Visual Resources for the Arts," in *The Eye, the Hand, the Mind: 100 Years of the College Art Association*, ed. Susan Ball (New York: College Art Association, 2011), 181–92. See also "Intellectual Property and the Arts" at <http://www.collegeart.org/standards-and-guidelines/intellectual-property>; and the Committee on Intellectual Property at <http://www.collegeart.org/committees/ip>.
 4. This effort is described in Christopher Howard, "CAA Receives Major Mellon Grant," *CAA News Today*, January 14, 2013, at <http://www.collegeart.org/news/2013/01/14/caa-receives-major-mellon-grant/>.
 5. Patricia Aufderheide and Peter Jaszi, *Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright* (Chicago: University of Chicago Press, 2011).
 6. For more information about the Code's reception, see Janet Landay, "Learning From Experience: Fair Use in Practice," *CAA News Today*, March 14, 2017, at <http://www.collegeart.org/news/2017/03/14/learning-from-experience-fair-use-in-practice/>; and Janet Landay, "CAA Celebrates National Fair Use Week," *CAA News Today*, February 22, 2016, at www.collegeart.org/news/2016/02/22/caa-celebrates-national-fair-use-week/.
 7. The presentations by Hunter O'Hanian included "Fair Use and Open Content" at *Le Festival de l'histoire de l'art*, June 2–4, 2017; and "Copyright Flexibilities in the U.S. and E.U.: How Fair Use and other Flexibilities are Helping Museums to Fulfill their Mission," *International Council of Museums Europe Alliance*, June 6, 2017.



CULTURE DE L'ACCÈS OU CULTURE DE LA PEUR?

Paul Klimpel, iRights.Lab Culture

C'est le cadre juridique qui établit si les installations techniques de numérisation et d'accès en ligne peuvent servir à maintenir la pertinence de notre héritage culturel à l'ère du numérique. Ce qui n'est pas en ligne n'existe plus et s'efface de notre mémoire collective. Les musées sont les dépositaires de notre mémoire collective. Ils sont confrontés à d'énormes difficultés quand ils veulent donner accès à leurs collections — ou ne serait-ce qu'en donner un aperçu — dans le monde numérique. Dès lors qu'ils commencent à mettre leurs collections en ligne, la question la plus importante qui se pose est de savoir qui sont les ayants droit. Il n'est pas toujours facile de répondre à cette question. Il est très fréquent qu'elle ne se soit pas posée au moment où les musées ont reçu les collections qu'ils conservent. C'est au moment de leur numérisation qu'elle se pose pour la première fois. Les musées doivent alors clarifier le statut de chaque pièce de leur collection : chaque fichier, chaque photographie, chaque image, chaque article, chaque texte... Même si une œuvre n'est pas protégée par le droit d'auteur, cela doit être établi avec précision.

À chaque fois qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur est utilisée, l'historique des cessions de droits de leur créateur à l'utilisateur doit être justifié. Cette règle vaut également pour le patrimoine culturel et donc les œuvres dont le cycle d'exploitation est parvenu à son terme il y a longtemps, au moins dans la plupart des cas.

En raison de la longueur des durées de protection, la majorité des œuvres du XXe siècle ne sont pas encore tombées dans le domaine public. Néanmoins, en ce qui concerne les œuvres plus anciennes, il n'est pas toujours facile de savoir qui détient quels droits, surtout les droits relatifs aux utilisations numériques, qui n'existaient pas au moment de la création de l'œuvre. Les cessions de droits d'auteur peuvent porter sur des actes uniques ou sur des types d'utilisations de manière générale, ou sur tous types d'utilisations, à titre exclusif ou non ; elles peuvent être cessibles ou incessibles, et accordées pour une durée limitée ou illimitée. Lorsque des droits d'auteur sont cédés, il faut se poser les questions suivantes : quels sont les droits cédés ? pour quelle utilisation ? pour combien de temps ? à qui ? etc. Il faut analyser en détail tous les contrats de tous les auteurs. En outre, il ne faut pas oublier que la réglementation n'est pas la même dans tous les pays européens.

C'est la raison pour laquelle cette démarche, outre qu'elle est complexe, s'avère parfois impossible, même si tout est mis en œuvre pour effectuer des recherches diligentes. On appelle « œuvres orphelines » les œuvres dont les ayants droit n'ont pas pu être retrouvés. Cependant, elles ne représentent que la partie émergée de l'iceberg : dans les musées, l'incertitude juridique n'est pas une exception, mais la règle.

Tant qu'une œuvre est exploitée, il est indispensable de savoir qui détient quels droits, qui participe à la perception des droits, sous quelles conditions, etc. Dès que son exploitation économique prend fin et qu'aucun autre revenu n'est prévisible, les informations concernant le statut des droits perdent de leur pertinence. Pourquoi voudrait-on conserver de telles archives ? En outre, quand une entreprise dépose son bilan ou est rachetée, les documents relatifs aux droits d'auteur sont souvent perdus. Sans compter les guerres, qui ont entraîné la destruction de cette documentation : lorsque des usines ou des bâtiments administratifs ont été détruits au cours de bombardements ou d'incendies, les contrats de cession de droits d'auteur ont toutes les chances d'avoir eux aussi disparu.

Aux États-Unis, la situation est différente. Même si les institutions de gestion du patrimoine américaines ont parfois des difficultés à clarifier le statut des droits d'auteur de leurs collections, elles disposent de bien plus de latitudes quand il s'agit d'utiliser des technologies numériques pour mener à bien leur mission. Elles sont régies par un cadre juridique différent. Six éléments facilitent la numérisation du patrimoine culturel aux États-Unis et sa diffusion en ligne :

1. Dépôt de l'œuvre (copyright)

Les États-Unis ont signé la Convention de Berne en 1989. Auparavant, il existait une procédure d'enregistrement obligatoire des œuvres. De ce fait, il est plus facile de retrouver l'ayant droit d'une œuvre ancienne aux États-Unis. Si l'œuvre fait l'objet d'un dépôt, il est alors facile de le retrouver (ou au moins d'obtenir les autorisations nécessaires à l'exploitation de l'œuvre) ; dans le cas contraire, cela signifie qu'elle n'est pas protégée.

2. Œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services

En Europe, il est assez compliqué de déterminer le statut des droits d'auteur lorsque l'œuvre est le résultat d'une collaboration.

Cela est notamment le cas des films, à la production desquels participent de nombreuses personnes : le réalisateur, le directeur de la photographie, le monteur, etc.

Prenons le cas d'un producteur qui souhaite demander un nouveau type d'utilisation numérique d'un vieux film des années vingt ou soixante (par exemple pour le diffuser en flux). La Cour suprême d'Allemagne (BGH) a arrêté que les droits doivent être obtenus auprès de toutes les personnes ayant participé à la création du film, sauf s'il est attesté par écrit, à la date de la production, que les auteurs ont reçu une rémunération adéquate en échange de types d'utilisation futurs (éventuellement inconnus). Par conséquent, il est quasiment impossible de diffuser légalement en flux un film muet en Allemagne. Par contre, les sociétés de production américaines peuvent obtenir ces droits en application du principe de l'œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services.

3. Principe d'usage loyal

Le principe d'usage loyal (fair use) permet les projets de numérisation dans la mesure où ils n'ont pas d'incidence sur l'exploitation commerciale d'origine.

Google Books repose sur ce principe. Il convient de préciser lever un malentendu fréquent : l'usage loyal est le fondement légal qui permet de numériser des livres protégés par le droit d'auteur, d'en dresser un catalogue, d'en parcourir le texte et d'en afficher des extraits ; il ne permet pas de diffuser en ligne l'intégralité d'un ouvrage protégé. En outre, le projet Google Books n'est pas unique en son genre : l'Internet Archive, entre autres, numérise aussi des livres à grande échelle.

4. Article 105 de la Copyright Act américaine

Selon la définition qu'en donne la législation américaine, une œuvre du gouvernement des États-Unis est « une œuvre préparée par un fonctionnaire » du gouvernement fédéral « dans l'exercice des fonctions officielles de ladite personne ». En général, en vertu de cet article, ces œuvres n'ont pas droit à une protection nationale en vertu de la législation fédérale et appartiennent donc au domaine public.

En Europe, en particulier en Allemagne, certaines publications du gouvernement constituent des exceptions au droit d'auteur, notamment les textes législatifs. Cependant, ces exceptions sont assez rares.

Ces différences sont importantes, comme le montre l'exemple suivant. Le camp de concentration de Bergen Belsen, situé en Basse-Saxe, en Allemagne, fut libéré par l'armée britannique. Cependant, au centre de documentation du mémorial, le conservateur préfère utiliser des photographies des Archives nationales des États-Unis. En effet, elles peuvent être librement utilisées, tandis que les photographies prises par l'armée britannique doivent faire l'objet d'une licence complexe et coûteuse de la part du musée impérial de la Guerre. Le centre de documentation du mémorial possède également des photographies du camp prises par des voisins allemands. Elles ne peuvent pas être utilisées du tout, car le statut de leurs droits d'auteur n'est pas clair.

Ainsi, notre vision de la libération de ce camp de concentration est une vision américaine. Il n'y a rien de mal à cela, mais il serait bien d'en avoir aussi la vision britannique, d'avoir d'autres points de vue.

Le droit d'auteur ne devrait pas prévaloir sur les décisions des conservateurs de musées.

5. Vision utilitariste du copyright

En Europe, la notion de droit d'auteur est fondée sur l'idée d'un droit individuel (humain) de l'auteur.

Aux États-Unis, la notion de copyright est utilitariste. Des droits sont accordés aux individus pour soutenir la culture, favoriser le progrès social et scientifique. Cette différence joue un rôle important dans l'interprétation des lois dans la pratique, qui plus est s'agissant des atteintes au droit d'auteur.

Du point de vue américain, les violations du copyright sont des erreurs.

Du point de vue européen, ce sont des violations des droits de l'homme que sont les droits sacrés des auteurs, même si, dans la plupart des cas, ces droits ont été cédés à des éditeurs à orientation commerciale.

6. Avis, retrait et dérogation

Aux États-Unis et en Europe, les atteintes mineures au droit d'auteur sont traitées différemment. Aux États-Unis, les « avis, retraits et dérogations » sont considérés comme la meilleure façon de les traiter.

En Europe, les atteintes au droit d'auteur entraînent généralement des mises en demeure onéreuses. L'Europe est dominée par des « copyright trolls » qui essaient de se faire de l'argent sur le dos d'erreurs formelles mineures. De fait, en Europe, la fraude aux droits d'auteur constitue un modèle commercial à part entière. Puisque les musées ne sont jamais certains du statut de leurs collections, ils sont souvent la proie de criminels qui revendiquent des droits d'auteur uniquement pour leur extorquer de l'argent. Pour éviter de coûteuses procédures judiciaires, les musées préfèrent souvent tout simplement payer ce qu'on leur demande.

Ces six éléments du copyright américain rendent possible une culture de l'accès. Les institutions de gestion du patrimoine peuvent montrer leurs collections en ligne. Même si elles connaissent les risques juridiques auxquels elles sont confrontées, elles acceptent de les prendre. En outre, les Américains savent faire preuve d'inventivité pour trouver des solutions pragmatiques leur permettant d'éviter les inconvénients d'un régime de droit d'auteur restrictif. Les licences libres, telles que les licences Creative Commons, ont été inventées aux États-Unis, alors que les institutions européennes n'avaient même pas conscience du problème.

Si on s'intéresse à l'Europe, on constate que les institutions de gestion du patrimoine culturel sont souvent dominées par une culture de la peur. Les musées ont peur d'être attaqués pour atteinte au droit d'auteur dès qu'ils publient leurs collections en ligne.

Pourtant, en Europe aussi, des efforts sont faits pour trouver des solutions. Citons l'exemple de la Norvège : la Bibliothèque nationale numérise tous les documents antérieurs à 2002, les affiche en ligne et verse une rémunération globale aux sociétés de perception de droits d'auteur. Mais le patrimoine culturel norvégien n'est accessible qu'en Norvège. C'est donc une solution purement nationale.

D'autres initiatives ont échoué : c'est le cas de la directive européenne sur les œuvres orphelines, qui ne convient en aucun cas à la numérisation de masse. Le poids d'une recherche diligente est trop lourd à porter pour les institutions culturelles. Qui plus est, de nombreuses catégories d'œuvres, telles que les photographies, sont totalement exclues. En outre, le risque est trop élevé de voir ensuite apparaître un ayant droit qui demandera un dédommagement financier pour l'utilisation en ligne d'une œuvre qui était jusqu'alors considérée comme orpheline.

Même la Commission européenne a perçu la nécessité de prévoir des restrictions et des exceptions à la protection du patrimoine culturel. Des réformes sont à l'étude au Parlement européen et à la Commission européenne.

Manifestement, les institutions de gestion du patrimoine sont impatientes de trouver une solution.

En octobre 2015, Jill Cousins, directrice générale de la fondation Europeana, a adressé une lettre ouverte à Günter Oettinger, alors commissaire en charge du numérique. Quelques jours plus tôt, en Allemagne, treize directeurs d'institutions publiques de conservation de la mémoire collective et experts juridiques de premier plan avaient publié une déclaration sur la numérisation du patrimoine culturel, dans laquelle ils lançaient cet avertissement :

« Aucun projet de numérisation d'envergure du patrimoine culturel ne pourra voir le jour avant plusieurs décennies si les archives, les musées et les bibliothèques doivent vérifier le statut des droits d'auteur de chaque objet. »

Ils exhortaient les législateurs :

« Si nous ne parvenons pas à élaborer un cadre juridique approprié, des pièces maîtresses de notre patrimoine culturel ne pourront pas être utilisées dans un environnement numérique pour des raisons d'incertitude juridique. Cela risque d'entraîner une déformation inquiétante de notre vision de l'histoire. En outre, d'importantes ressources publiques seront consacrées à la résolution de questions juridiques. Ces ressources feront défaut dans les budgets des institutions de conservation de la mémoire collective et ne profiteront pas non plus aux auteurs. » Jusqu'à présent, la riche culture européenne du siècle dernier ressemble encore à un trou noir à l'ère du numérique. Seule une réforme du droit d'auteur peut changer la donne.

La comparaison entre les États-Unis et l'Europe montre à quel point le régime des droits d'auteur européen est déficient dans sa rigueur. L'une des solutions serait de prévoir une exonération de droits d'auteur générale pour les institutions de gestion du patrimoine culturel, ce qui leur permettrait non seulement de conserver leurs collections mais également de les afficher en ligne. Pour éviter les conflits avec des intérêts commerciaux, cette exonération pourrait être associée à des possibilités de dérogation pour les œuvres faisant encore l'objet d'une exploitation commerciale. Sans cette exonération, le patrimoine culturel restera invisible à l'ère du numérique.



ACCESS OR FEAR ?

Paul Klimpel, iRights.Lab Culture

The legal framework defines whether the technical facilities of digitalisation and online access can be used to keep our cultural heritage relevant in the digital age. What is not online does not exist anymore. It fades away from our collective memory.

Museums are responsible for our collective memory. They face enormous challenges if they want to give access to their collection – or even if they just want to give an impression of their collections – in the digital world. If they start to show their collections online the most important question is: “Who is the copyright holder?”

This question is not easy. Very often it was not asked at the time museums obtained the collections they care for. Very often it is digitalisation that raises that question for the first time. At that point of time museums have to clarify the copyright status of every piece of their collection: of every file, of every photograph, of every picture, of every article, of every text. Even if a work is not copyright protected, this must be clarified as well.

Every use of a copyright protected work needs to show a complete sequence of rights transfers from the creator to the user. It also applies to cultural heritage and as such to works whose exploitation cycle has run out a long time ago – at least in most cases.

Due to the extended protection periods, most works of the 20th century are still copyright protected. Nevertheless, as to older works, it is often unclear who holds which rights in them – in particular, the rights to digital uses which were not known at the time of the creation of the work. The copyright can be transferred covering single acts or types of uses or in general, for all types of uses exclusively or not exclusively, transferable or not transferable, for a limited-period or an unlimited period. When copyrights were transferred you need to ask the following questions: Which rights for which use, for which period, to whom etc. You have to analyse all contracts of all creators in detail. Moreover, you have to keep in mind that in different European countries there are different legal regulations.

It is not only complicated but also very often just impossible - even though much effort is put into a diligent search. Then we call those works whose copyright owner cannot be found anymore “orphan works”. But orphan works are only the tip of the iceberg. In museums, legal uncertainty is the rule, not the exception.

As long as a work is exploited, it remains crucial who holds what rights in it, who is involved in receiving revenues, under what conditions etc. As soon as the economic exploitation stops and there is no prospect of further revenues the information about the status of rights loses relevance. Why should anyone keep those records? Besides, companies may have gone bankrupt or were bought by others. Frequently, the documentation of copyright is lost in the process. Additionally, wars have caused damage to copyright documentation. Whenever production facilities or administration buildings were destroyed by bombs or fire, documents about the purchase or transfer of copyrights are likely to have been lost as well.

The situation in the United States of America is different. Even though the heritage institutions in the US sometimes have problems to clarify the copyright status of their collections, their opportunities to use digital technology for their mission are much better. Their legal framework is different. There are six aspects, that make it easier to digitise cultural heritage in the US and show it online:

1. Copyright Registration

The US joined the Bern convention in 1989. Before that, there was a mandatory copyright registration procedure. As a result, it is easier to find out who is the copyright owner of an older work in the US. Either the work is registered – then it is easy (or at least easier to clear the rights), or it is not registered – then it is not effectively protected.

2. Work made for hire

In Europe, it is quite complicated to clear the copyright status, where many authors worked together.

This applies, for instance, to film productions, where many contributors were involved: the director, the cinematographer, the cutter and others.

If a producer would like to apply a new, digital type of use (such as streaming) to an old film from the 20ties or 60ties, the German Federal Supreme Court (BGH) ruled that he will have to obtain the rights from all creators involved, unless it was documented in writing that at the time of the production these authors received adequate remuneration in exchange for future (possibly unknown) types of use. Therefore streaming of a silent movie in Germany on a sound legal basis is almost impossible. American film production companies can secure those rights thanks to the work- made-for- hire-doctrine.

3. Fair Use Doctrine

The fair use doctrine also allows digitalisation projects, as long as the original commercial exploitation is not affected.

Google Books is based on fair use. Just to clarify a common misunderstanding: fair use was the legal basis to digitise copyright protected books, to catalogue them, to browse through the text and to show snippets. It does not allow to show a complete copyright-protected book online. Moreover, the Google Books project is not the only one – for example, the Internet Archive also digitises books on a large scale.

4. Section 105 of the US Copyright Act

A work of the United States government, as defined by the US copyright law, is «a work prepared by an officer or employee» of the federal government «as part of that person's official duties.» In general, under section 105 of the Copyright Act, such works are not entitled to domestic copyright protection under US law and therefore belong to the public domain.

In Europe, particularly in Germany, there are also some copyright exemptions for government publications such as legislative texts. But these exemptions are quite narrow.

These differences are quite weighty as will be shown by the following example: Bergen Belsen was a concentration camp in Lower Saxony in Germany. It was liberated by the British Army. But at the documentation centre of the memorial, the curator prefers to use photos of the US National Archives and Records Administration. They can be used freely, while photos taken by the British army have to be licensed in a complicated and costly way through the Imperial War Museum. The documentation centre of the memorial also has some private pictures of the camp taken from German neighbours. These pictures cannot be used at all since their copyright status is not clear.

So our view on the liberation of this concentration camp is an US-American view. There is nothing wrong with this view. But it would be great to have the British view as well – to have other views.

Copyright should not dominate the decisions of museum curators.

5. The Utilitarian Concept of Copyright

The European concept of copyright is based on the idea of an individual (human) right of the author.

The American concept of copyright is a utilitarian concept. Individual rights are granted to support culture, to generate social progress and the progress of science. This difference is important for the interpretation of laws in practice. More importantly, it is important for the view on copyright infringements.

From an American viewpoint, copyright infringements are mistakes.

From a European viewpoint, copyright infringements are human rights violations of the sacred rights of the authors – even though, most of the time, those rights have been transferred to commercially oriented publishers.

6. Notice, takedown and opt out

The US and Europe treat minor formal copyright infringements differently. In the US, notice, takedown and opt outs are considered to be the appropriate way to deal with minor copyright infringements.

In Europe, copyright infringements very often lead to expensive written warnings. Europe is dominated by copyright trolls, which try to make money from minor formal mistakes. In fact, copyright fraud is a business model of its own in Europe. Since museums can never be sure about the copyright status of their collections, they are often victims of criminals, who only claim copyright to extort money. To avoid costly court cases, museums very often just pay. These six aspects of US copyright law enable a culture of access. Heritage institutions can show their collections online. Even if they know about the legal risks - they often take these risks. Furthermore, US Americans invent, find and use pragmatic workarounds to avoid the disadvantages of a restricting copyright system. Free Licensing, such as Creative Commons, was invented in the US – at a time when European institutions did not even know about the problem.

If you look at Europe, cultural heritage institutions are often dominated by a culture of fear. Museums are afraid, afraid to be sued for copyright infringement as soon as they show their collections online.

But there are some efforts to find solutions in Europe as well:

One solution is the Norwegian way. The Norwegian national library is digitising everything older than 2002, showing it online and paying general compensation to collecting societies. But the Norwegian cultural heritage is only accessible in Norway. As such, it is just a national solution.

Other initiatives failed, such as the orphan works directive of the European Union, which is by no means a suitable tool for mass digitalisation. The burdens of a diligent search are too heavy to bear for cultural institutions. What is more, many categories of works, such as photographs, are not included at all. Moreover, the risk is too high that a right holder will appear later and ask for financial compensation for the online use of a work that was defined to be orphan until then. Even the European Commission has seen the necessity for limitations and exemptions of copyright protection for cultural heritage. Reforms are being discussed in the European Parliament and the European Commission.

Clearly, heritage institutions urge to find a solution.

Jill Cusins, executive director of the Europeana Foundation, wrote an open letter to the responsible commissioner, at the time Günter Oettinger, in October 2015. Just a few days before thirteen heads of public memory institutions and leading legal experts in Germany published the Hamburg Notice on the Digitisation of Cultural Heritage, warning:

“A comprehensive process of digitisation of cultural heritage will not be possible for decades, if archives, museums and libraries will have to clarify the status of copyright for every single object.”

and urging lawmakers:

“If we do not manage to develop the relevant legal framework, important evidence of cultural heritage cannot be used digitally for reasons of legal uncertainty. This threatens to cause an alarming distortion of our view of history. Additionally, extensive public resources will be used for settling legal questions. These resources will be missing in memory institutions’ budgets and will not benefit authors either.”

Additionally, Paul coordinates several projects about cultural heritage at the Internet and Society Collaboratory. In 2013 he chaired an expert group and published the “Berlin appeal on the preservation of digital cultural heritage”. He also runs the annual international conference “Shaping Access – More Responsibility for Cultural Heritage” and initiated the “Hamburg Notice on Digitalisation of Cultural Heritage”.

Paul studied law in Bonn and Munich as well as philosophy, psychology and social sciences at the Jesuit University of Philosophy in Munich. His doctoral thesis about legal paternalism was published in 2003.



L'ICOM DEFEND LES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR POUR LES MUSEES

Legal Affairs Committee, ICOM

L'ICOM applaudit toutes les initiatives visant à expérimenter et débattre des questions concernant les exceptions au droit d'auteur pour les musées. C'est dans ce contexte que l'ICOM souhaite la bienvenue aux participants du programme d'aujourd'hui. Même si l'approche américaine du copyright et de l'usage loyal (fair use) ne convient pas forcément à tous les régimes de droit d'auteur et à tous les environnements culturels, il est tout de même profitable à tous d'étudier, de peser et d'évoquer les différents systèmes juridiques, ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients, pour mieux comprendre cette question.

Depuis 2014, l'ICOM défend les exceptions au droit d'auteur pour les musées auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), l'agence des Nations unies responsable des traités internationaux en matière de propriété intellectuelle, ainsi que des politiques et programmes connexes. La position de l'ICOM est la suivante : au XXI^e siècle, vu la façon dont les musées accèdent aux œuvres et les communiquent, ils doivent bénéficier d'exceptions au droit d'auteur pour pouvoir remplir leur mission. C'est la raison pour laquelle l'ICOM et ses organisations partenaires, la Fédération internationale des associations et institutions de bibliothèques et le Conseil international des Archives préconisent d'établir un traité international en la matière. En 2014, l'ICOM a réussi à convaincre les États membres de l'OMPI de soutenir la commande d'une étude sur le statut actuel, dans le monde, des exceptions au droit d'auteur pour les musées. Cette étude était la première en son genre. Auparavant, l'OMPI n'avait étudié la question des exceptions au droit d'auteur que pour les bibliothèques et les archives. L'étude sur les musées a été publiée en 2015.

En ma dernier, suite aux efforts considérables déployés par l'ICOM pour recueillir des soutiens en faveur des exceptions au droit d'auteur pour les musées auprès des États membres de l'OMPI, celle-ci s'est engagée à mettre à jour et réunir les études de ses experts portant sur les exceptions au droit d'auteur pour les bibliothèques, les archives et les musées. Par conséquent, les études d'experts qui serviront de référence aux États membres de l'OMPI pour négocier les exceptions au droit d'auteur réuniront ces trois types d'institutions.

Maintenant que les musées forment une coalition avec les bibliothèques et les archives pour défendre les exceptions au droit d'auteur, la reconnaissance formelle des musées en qualité de bénéficiaires de ces exceptions par les États membres de l'OMPI est la prochaine grande étape à franchir. En 2016, l'ICOM a adressé une correspondance officielle au directeur général de l'OMPI pour lui faire part de son souhait d'avancer sur ce sujet important. Depuis, on observe une importante dynamique positive chez les États membres de l'OMPI à cet égard, mais c'est aux membres de l'ICOM qu'il revient de communiquer auprès des représentants de leurs gouvernements respectifs sur la nécessité de mettre en place des exceptions au droit d'auteur pour les musées.

Pour en savoir plus sur cette question importante et consulter les déclarations officielles de l'ICOM sur les exceptions au droit d'auteur pour les musées, voir :
<http://icom.museum/news/news/article/icom-speaks-up-for-copyright-exceptions/>

Pour en savoir plus sur le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI et avoir accès à ses études, notamment à l'étude sur les musées, voir :
http://www.wipo.int/meetings/fr/topic.jsp?group_id=62

Pour en savoir plus sur les travaux de l'ICOM, voir :
Rina Elster Pantalony, « Museum Scholarly Communications and Copyright Law: A Call for Balanced and Nuanced Exceptions Premised on Museum Mission and Mandate », Museum International n° 271-272, ICOM & Blackwell Publishing, Londres, 2017, p. 110-117.

Pour participer aux travaux de l'ICOM sur le droit d'auteur et les questions connexes, veuillez contacter le Secrétariat de l'ICOM.



INFORMATION SESSION

Free participation, upon registration

Copyright Flexibilities

in the US and EU

How Fair Use and Other Flexibilities Are Helping Museums to Fulfill their Mission

Support



college art association



Charlotte Waelde, Centre for Dance Research, Coventry University

Claire Le Henaff, Musée National Picasso (Paris), ICOM France member

Hunter O'Hanian, College Art Association

Paul Klimpel, iRights.Lab Culture, ICOM Germany member

Peter Jaszi, American University, Washington College of Law

6 June 2017, 15h00

Musée des Arts et Métiers (salle de conférences)
60, rue Réaumur, Paris 3e (Metro: Arts et Métiers)

Information: www.lcomeurope.org | Registration: Info.lcomeurope@gmail.com

Directeur de la publication / Editor
Juliette Raoul-Duval

Comité de relecture / Proofreading
Louis-Jean Gachet
Emilie Girard

Traduction / Translation
Lynx Trad

Conception graphique / Graphic design
Anne-Claude Morice
Guillaume Turbiak

Impression / Printed
Conservatoire national des arts et métiers

Publication réalisée avec le soutien du Musée des arts et métiers

•
Traduction réalisée avec le soutien de la Délégation générale
à la langue française et aux langues de France

© ICOM France, 2018
Dépôt légal avril 2018
ISSN : 2496-3739 (en ligne)
ISSN : 2495-8484 (imprimé)

Imprimé en France



ISSN : 2495-3739 (en ligne)

ISSN : 2495-8484 (imprimé)



ICOM France

Comité national français de l'ICOMOS - 13 rue Marivaux - 75001 Paris - Tel. (01 42 61 32 76)
comfrance@comicos.fr - www.icom-france.fr