

Prise de position de la Conférence des bibliothèques universitaires suisses sur le jugement du Tribunal de commerce de Zurich dans l'affaire de la bibliothèque de l'EPFZ

Rédigée à la demande de la CBU par Danielle Kaufmann, lic. iur., Bibliothèque universitaire de Bâle, le 12 novembre 2014

Le 7 avril 2014, le Tribunal de commerce de Zurich a partiellement admis les demandes en justice de trois éditeurs scientifiques qui souhaitaient voir interdire la reproduction et l'envoi d'articles de périodiques par la bibliothèque de l'EPFZ. Une confirmation de ce jugement par le Tribunal fédéral serait lourde de conséquences pour les bibliothèques et pour la science financée par les pouvoirs publics. L'accès au savoir et sa transmission seraient encore plus mercantilisés et monopolisés par les éditeurs scientifiques. C'est pourquoi la Conférence des bibliothèques universitaires suisses (CBU) prend la position suivante sur le jugement du Tribunal de commerce.

Résumé

Dans le cas du service de livraison de documents de la bibliothèque de l'EPFZ, le Tribunal de commerce de Zurich considère – contrairement à la jurisprudence suivie jusqu'à maintenant – qu'un article individuel d'un journal ou d'un périodique constitue un «exemplaire d'œuvres disponibles sur le marché» au sens de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA et interdit par conséquent la reproduction de la totalité de l'article par les bibliothèques pour leurs utilisateurs, ce qui était autorisé jusqu'alors. Cette position se fonde sur l'évolution technologique et les nouvelles possibilités de distribution éditoriales d'articles individuels par internet. Ce faisant, le Tribunal s'abstient de faire la distinction entre les formes de publication et modes de distribution possibles des articles de journaux et de périodiques. Pour les nombreux fonds de bibliothèques constitués de numéros de journaux et de périodiques imprimés, qui sont toujours en grande partie uniquement produits et distribués sous forme papier, un changement de pratique ne se justifie pas concrètement. Il en va de même lorsque ces œuvres sont ensuite numérisées par les éditeurs et commercialisées en ligne. Un tel changement de pratique conduit à une violation de la sécurité juridique et fait obstacle à la poursuite par les bibliothèques d'un service ayant fait ses preuves, fourni à la science depuis des décennies. Le fait de définir des articles de journaux individuels comme «exemplaires d'œuvres» et d'interdire ainsi que ceux-ci soient intégralement copiés pourrait s'imposer, si tel devait être le cas, pour les seuls articles originellement produits et commercialisés sous forme numérique.

Mais le Tribunal va encore plus loin et interdit également l'envoi de copies électroniques par les bibliothèques. Tenir compte de l'évolution technologique au seul bénéfice des éditeurs, à savoir en ce qui concerne la définition de ce qu'est un «exemplaire d'œuvres disponibles sur le marché» sans le faire également pour les possibilités de diffusion des copies sous forme numérique revient à cantonner les bibliothèques et leurs utilisateurs à l'époque prénumérique et ne pas leur accorder les

bénéfices des changements technologiques et de leurs indéniables avantages pour la science. La comparaison par le Tribunal des intérêts respectifs des éditeurs et des utilisateurs des bibliothèques, qui ne laisse pas d'autre choix à ces derniers que de se rendre à la bibliothèque et de photocopier eux-mêmes les articles, montre à quel point la possibilité de bénéficier de l'évolution numérique est reconnue de manière unilatérale aux seuls éditeurs commerciaux. En reproduisant et en envoyant des articles, les bibliothèques remplissent une mission essentielle pour la science et le grand public. La fourniture par les bibliothèques de ce service non commercial ne fait pas concurrence aux éditeurs. En revanche, les bibliothèques acquièrent fidèlement les produits d'édition et versent à ProLitteris les redevances liées aux reproductions en application des tarifs communs resp. s'acquittent de frais de licence élevés pour l'utilisation de médias numériques.

1. Changement de pratique problématique et non différencié dans l'interprétation de la notion d'«exemplaire d'œuvres disponibles sur le marché»

La loi sur le droit d'auteur suisse (LDA) vise à établir un juste équilibre entre les intérêts des auteurs et des éditeurs d'une part et ceux des utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur d'autre part. Aux termes de l'art. 10 al. 2 LDA, l'auteur a le droit exclusif de reproduire et de diffuser des exemplaires de l'œuvre, resp. de céder ce droit à un éditeur en application de l'art. 16 LDA. Afin de ne pas porter atteinte de manière exagérée aux intérêts des utilisateurs, la LDA connaît une restriction au droit d'auteur, à savoir l'usage à des fins privées (art. 19 LDA) sur la base duquel des œuvres publiées peuvent être utilisées, notamment à des fins personnelles ou pédagogiques (y compris d'enseignement). Cette restriction liée à l'usage privé est cependant à son tour limitée, dans la mesure où la reproduction intégrale d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché est interdite en dehors du cercle des personnes étroitement liées.

Dans le cadre du présent litige, la question précise qui se pose est donc de savoir si un article individuel issu d'un périodique scientifique constitue en tant que tel un exemplaire d'une œuvre disponible sur le marché et donc si la prestation fournie par la bibliothèque de l'EPFZ tombe sous le coup de l'exception à l'exception prévue à l'art. 19 al. 3 lit. a LDA. Du point de vue de la bibliothèque, la question soulevée ne concerne pas seulement les périodiques et les articles qu'ils contiennent, mais tous les recueils en général au sens non purement juridique du terme, notamment les journaux, les ouvrages commémoratifs et les mélanges, les actes de colloques et les annales. Dans un souci de simplicité, les recueils de toutes sortes sont repris sous le terme générique de «périodiques» dans les développements qui suivent.

Le Tribunal de commerce de Zurich redéfinit le concept d'«exemplaire d'œuvres disponibles sur le marché» au sens de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA en se référant à l'évolution technologique et dans un sens contraire à la jurisprudence suivie jusqu'alors par le Tribunal fédéral. Dans l'arrêt ATF 133 III 473, le Tribunal fédéral a défini l'exemplaire d'une œuvre comme «le journal ou le périodique en question et non l'article de presse individuel qu'il contient» (ATF 133 III 478), conformément à la définition figurant dans le message de 1989 selon laquelle peuvent être copiés «des extraits d'exemplaires que l'on trouve dans le commerce [...] (un article paru dans une revue scientifique [...])». (FF 1989 III 465 ss., p. 525). S'agissant des articles de périodiques, le fait qu'à l'ère numérique le concept d'«exemplaires que l'on trouve dans le commerce» ne s'applique plus uniquement aux canaux et aux modes de distribution (par numéro) imprimés traditionnels, mais puisse s'appliquer également à la diffusion d'articles individuels par internet pourrait justifier matériellement un changement de pratique.

En tout état de cause, le Tribunal de commerce de Zurich s'abstient de faire la distinction entre les articles de périodiques produits dès l'origine sous forme numérique (digital born) et individuellement diffusés en ligne (a.), les articles faisant partie d'un périodique qui étaient

exclusivement produits et distribués en version papier ou le sont encore (b.), les articles imprimés parus à l'origine en tant que partie d'un périodique et distribués comme tels et qui n'ont été numérisés qu'ultérieurement (sous la forme d'un article pouvant être acheté individuellement ou de recueil) (c.) et les articles parus simultanément en ligne et en version papier sous la forme d'un article individuel ou d'un recueil (d.).

(a.) La plupart des articles de périodiques «digital born» mis à la disposition des utilisateurs dans les bibliothèques font partie de bases de données ou de journaux électroniques pour l'utilisation desquels les bibliothèques versent des redevances élevées. Ce n'est que dans de rares exceptions que les bibliothèques acquièrent la propriété d'articles électroniques individuels. Dans le présent jugement, le Tribunal de commerce de Zurich ne fait malheureusement à cet égard aucune distinction entre les exemplaires d'œuvres achetées par les bibliothèques – et dont l'utilisation est régie par la loi sur le droit d'auteur – et les exemplaires d'œuvres sous licence dont l'utilisation est soumise en première ligne à l'application de contrats de licence.

L'évolution technologique ne concerne pas uniquement la définition de l'exemplaire d'une œuvre et des canaux de distribution, mais également les changements de mode d'acquisition d'exemplaires d'œuvres par les bibliothèques. Tandis qu'à l'époque prénumérique seule la propriété de périodiques imprimés s'achetait, de plus en plus d'articles de périodiques faisant partie de bases de données ou prenant la forme de journaux électroniques sont aujourd'hui sous licences. L'utilisation permise des œuvres protégées, en particulier leur reproduction et leur diffusion, est régie par les contrats de licence. En règle générale, ces contrats vont plus loin que l'usage privé concédé par la loi et autorisent expressément les bibliothèques à reproduire en totalité les articles contenus dans les bases de données et les journaux électroniques pour leurs utilisateurs et à les leur envoyer sous forme numérique, ainsi que l'envoi de copies entre bibliothèques. Cette coexistence entre licence légale et licence contractuelle était déjà prévue lors de la dernière révision de la loi sur le droit d'auteur.

«[...] actes de reproduction liés au téléchargement d'une œuvre mise à disposition licitement par le biais de services à la demande tels que iTunes. Il lève les restrictions légales visées [à l'art. 19] al. 1, lit. c et al. 3 [LDA] pour les reproductions d'œuvres réservées à l'usage privé afin que les personnes morales (établissements d'enseignement, entreprises, administrations publiques, bibliothèques, instituts, etc.) puissent, tout comme les personnes physiques, se procurer des œuvres par le biais de transactions électroniques conformément aux conditions régissant la reproduction à des fins privées.»
(FF 2006, p. 3301)

Ainsi, en pareils cas, l'autorisation contractuelle prévaut sur le droit à l'usage privé reconnu par l'article 19 LDA et l'exception à l'exception relative à l'utilisation à des fins personnelles prévue à l'art. 19 al. 3 lit. a LDA n'est pas appliquée aux «articles digital

born» diffusés en ligne par l'intermédiaire de bases de données ou de journaux électroniques sous licence.

- (b.) S'agissant des numéros de périodiques imprimés faisant partie d'un recueil qui étaient exclusivement produits et distribués en version papier ou le sont encore, l'évolution de la technologie ne peut pas justifier un changement d'interprétation de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA.

Les documents existants exclusivement en version papier jouent toujours un rôle important, en particulier dans le domaine des sciences humaines. Depuis des années, le nombre des œuvres publiées, acquises ou prêtées par les bibliothèques est globalement stable. Contrairement à ce que le Tribunal de commerce suppose implicitement, l'évolution des modes de distribution n'est que très limitée et ne concerne pas, loin s'en faut, l'ensemble des publications.

En outre, la production de beaucoup de ces périodiques a été arrêtée. Dans la grande majorité des cas, il ne faut pas s'attendre à ce que les éditeurs eux-mêmes numérisent ces titres qui ne sont plus publiés et pour un grand nombre de ces collections, il s'agit de plus d'œuvres orphelines.

- (c.) Il en va autrement des articles imprimés qui sont resp. étaient commercialisés avant d'être ensuite numérisés entièrement ou en partie sous la forme d'articles individuels par les éditeurs et commercialisés en ligne. La question qui se pose ici est celle de savoir si le fait de fournir ultérieurement l'article sous forme numérisée modifie la nature des articles des périodiques imprimés en question resp. si, dans ce cas, un article individuel devient un exemplaire d'une œuvre. Au fil des décennies, les bibliothèques ont constitué des fonds volumineux de périodiques imprimés. Elles proposent actuellement quelque 600 000 titres de journaux et de périodiques (y compris de nombreux titres dont la publication a été arrêtée). Des œuvres ont été acquises compte tenu de la pratique juridique jusqu'alors en vigueur, qui se caractérise par le fait que seul un numéro complet d'un périodique constitue un exemplaire d'une œuvre au sens de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA et que des articles individuels peuvent donc être intégralement reproduits. Un changement de pratique dans l'interprétation du concept d'«exemplaire partiel d'œuvres disponibles sur le marché» au sens du Tribunal de commerce, qui s'appliquerait également aux périodiques papier acquis en tenant compte de la pratique juridique en vigueur jusqu'à présent conduirait à une violation de la sécurité juridique.

- (d.) Dans le quatrième cas, dans lequel les éditeurs publient simultanément les périodiques resp. les articles qu'ils contiennent à la fois sous forme papier et au format électronique, on peut considérer que le plus souvent les bibliothèques, moyennant un supplément, acquièrent la licence de l'édition numérique en plus de celle de l'édition papier et ont ainsi le droit, conformément au contrat de licence, de faire des copies des articles

électroniques.

Cependant, lorsque, pour des raisons techniques ou financières, les bibliothèques continuent à ne pouvoir acquérir que l'édition papier et doivent renoncer à l'offre en ligne, la reproduction en totalité d'articles individuels issus des périodiques papier doit rester possible, en application de la pratique juridique en vigueur jusqu'à maintenant.

2. L'évolution technologique touche aussi les bibliothèques et leurs utilisateurs

Outre une nouvelle interprétation moderne de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, le Tribunal de commerce de Zurich examine aussi en détails l'art. 19 al. 2 LDA et parvient ici à la conclusion que la réalisation par les bibliothèques de copies pour l'utilisation personnelle de leurs utilisateurs dans les limites prévues à l'art. 19 al. 3 lit. a LDA est autorisée, mais que l'envoi de ces copies par voie électronique ne l'est pas.

L'art. 19 al. 2 LDA ne mentionne effectivement que la reproduction d'exemplaires d'œuvres, mais pas leur envoi.

Cependant, si le Tribunal de commerce de Zurich procède à un changement de pratique dans l'interprétation de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA en arguant de l'évolution technologique, on ne comprend pas pourquoi il ne procède pas de la même manière s'agissant de l'application de l'art. 19 al. 2 LDA. La distinction entre la reproduction et l'envoi date de l'époque prénumérique.

Dans le cas d'exemplaires d'œuvres numériques, il semble absurde que ceux-ci puissent certes être copiés pour un usage personnel autorisé conformément à l'art. 19 al. 2 en liaison avec l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, mais ne puissent pas, alors qu'il s'agit là de leur nature même, être envoyés par voie électronique.

Même les copies d'œuvres papier sont aujourd'hui effectuées en grande majorité sous forme numériques, en étant scannées au format PDF. Ces reproductions-là sont aussi, de par leur nature, destinées au premier chef à être également envoyées par voie électronique sous forme de pièce jointe. Le Tribunal de commerce de Zurich reconnaît qu'à l'époque numérique il n'est plus possible que les reproductions numériques ne puissent pas être également expédiées par voie électronique. La solution proposée par le Tribunal de commerce à ce problème apparaît cependant de nouveau très archaïque, à savoir que l'utilisateur de la bibliothèque s'envoie lui-même à sa propre adresse e-mail sous forme de pièce jointe la copie qui lui a été fournie par la bibliothèque sur un ordinateur de la bibliothèque.

L'art. 19 al. 2 LDA s'applique également au fait d'un utilisateur de la bibliothèque qui photocopie lui-même sur des photocopieurs de la bibliothèque. Aux termes de la loi, toutes reproductions sur des photocopieurs à la bibliothèque relève de la restriction prévue à l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, c'est-à-dire que seule la reproduction partielle par l'utilisateur de la bibliothèque sur des photocopieurs de la bibliothèque est permise (art. 19 al. 2 en liaison

avec l'art. 19 al. 3 lit. a LDA).

Quant au fait pour l'utilisateur de la bibliothèque de photocopier lui-même, le Tribunal de commerce de Zurich réinterprète l'art. 19 al. 2 LDA et donne raison aux éditeurs plaignants, qui considèrent que la reproduction en totalité par l'utilisateur privé de la bibliothèque lui-même au sens de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA sur des photocopieurs de la bibliothèque est autorisée, dans la mesure où cela ne fait pas directement concurrence à l'offre des éditeurs. L'autorisation donnée à l'utilisateur de la bibliothèque de reproduire en totalité sur des photocopieurs de la bibliothèque garantirait un juste équilibre entre les intérêts financiers des éditeurs et l'intérêt des utilisateurs des bibliothèques au respect de leurs droits fondamentaux en matière de communication. Mais cela signifie concrètement que l'exercice par l'utilisateur privé d'une bibliothèque de ses droits fondamentaux en matière de communication se limite à la possibilité de se rendre lui-même à la bibliothèque. Les autres utilisateurs de la bibliothèque auxquels l'utilisation à des fins personnelles est reconnue, en première ligne les enseignants et les chercheurs, ne pourraient pas faire valoir en ce sens leur droit à l'exercice de leurs droits fondamentaux en matière de communication. La reproduction en totalité d'exemplaires d'œuvres leur serait refusée, même s'ils se déplaçaient en personne à la bibliothèque. Cela revient à contester le droit des utilisateurs des bibliothèques – à l'exception des utilisateurs privés – de bénéficier d'un avantage essentiel de l'évolution numérique, à savoir l'accès à l'information grâce à sa transmission électronique et que soient respectés leurs droits fondamentaux en matière de communication dans le cadre des prestations de services fournies par les bibliothèques.

Depuis des années, les bibliothèques scientifiques fournissent un service non commercial répondant à une demande de l'enseignement et de la recherche scientifique et adapté à l'ère numérique. Elles reproduisent et envoient des documents par voie électronique à des personnes auxquelles l'utilisation à des fins personnelles est reconnue. Ne tenir compte de l'évolution numérique que dans le cadre de la commercialisation des œuvres par les éditeurs et non dans le cadre des prestations de services des bibliothèques revient à interdire aux bibliothèques de s'adapter également à l'époque numérique et de les empêcher ainsi de fournir une contribution importante à la société de l'information dans l'intérêt de la collectivité. Sur ce point, le Tribunal de commerce protège les intérêts économiques des éditeurs au détriment des bibliothèques resp. des pouvoirs publics, qui financent les bibliothèques en grande partie.

3. La transmission de l'information est au cœur de la mission des bibliothèques

Le Tribunal de commerce de Zurich méconnaît le fait que les services d'envoi de documents sont au cœur de la mission des bibliothèques. Les missions des bibliothèques englobent la collecte, l'acquisition, la conservation et la transmission d'informations, tant sous forme papier que sous forme numérique. Par transmission d'informations, on entend beaucoup plus que le fait de donner «physiquement accès à la littérature». Contrairement à ce que

suppose le Tribunal de commerce, de nombreuses prestations de services typiques des bibliothèques ne sont plus fournies dans leurs locaux à proprement parler. Transmettre l'information signifie fournir à l'utilisateur de la bibliothèque un accès qui soit le meilleur possible, complet et technologiquement adapté. Les bibliothèques acquièrent des informations sur différents supports et les transmettent de manières toutes aussi diverses en fonction du support. C'est le cas notamment depuis toujours de la transmission de copies, sous forme papier ou numérique.

L'envoi de documents est reconnu depuis longtemps par les éditeurs et les sociétés de gestion comme une offre des bibliothèques soumise aux redevances prévues par les tarifs communs 8 et 9 (voir ci-dessous).

4. Les bibliothèques ne font pas concurrence aux éditeurs

Les statistiques suisses des bibliothèques¹ réfutent l'affirmation selon laquelle les bibliothèques, du fait de leurs services de livraison de documents, feraient concurrence aux éditeurs. Les bibliothèques contribuent énormément aux revenus des éditeurs à travers l'acquisition d'œuvres et de licences d'utilisation de médias et le paiement de redevances très élevées pour les photocopies.

Selon les statistiques suisses des bibliothèques, en 2013, les bibliothèques universitaires suisses ont dépensé au total environ CHF 80 millions pour l'achat de contenus et de licences d'utilisation, dont presque la moitié (CHF 39 millions) pour des médias électroniques sous licences. Les coûts d'acquisition des bibliothèques – et ainsi en particulier les fonds apportés aux grands éditeurs scientifiques tels que les plaignants – ont presque doublé au cours des dix dernières années. En 2003, les bibliothèques achetaient encore des médias pour un montant de CHF 44 millions, dont seulement à peine CHF 8 millions pour des œuvres électroniques. Il ne s'est par conséquent pas uniquement agi d'une augmentation des dépenses liées aux acquisitions, mais surtout également d'un déplacement des coûts d'acquisition des œuvres papier vers les œuvres électroniques.

Au cours de la période mentionnée 2003-2013, le nombre de médias imprimés détenus par les bibliothèques n'a presque pas augmenté. Alors que l'on comptait encore 20 millions de médias papier en 2003, il n'y en avait pas beaucoup plus en 2013, à savoir 29 millions. En revanche, le nombre de médias électroniques, dont l'utilisation est régie – et également rémunérée – par des contrats de licence a plus ou moins été multiplié par dix. On comptait seulement environ 300 000 médias électroniques en 2003, contre quelque 3 millions en 2013, ce qui est en corrélation avec le nombre d'accès aux bases de données et articles de journaux électroniques, qui s'élevait à environ 4 millions en 2003 et à déjà 50 millions en 2013.

¹ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/02/02.html>

D'après les statistiques des bibliothèques, les bibliothèques universitaires ont effectué en 2013 138 007 mandats de photocopie², ce qui est négligeable par comparaison à l'utilisation électronique³. Il convient en outre de relever que les indications sur le nombre des mandats de photocopie figurant dans les statistiques des bibliothèques ne font pas la distinction entre les œuvres protégées par des droits d'auteur et les œuvres entrées dans le domaine public, ni ne précisent à chaque fois si une autorisation contractuelle de reproduction a été donnée. Quantitativement, le service d'envoi de copies par les bibliothèques constitue une niche qui diminue de manière significative depuis 2003⁴.

De plus, l'activité non commerciale de copie exercée par les bibliothèques et leurs utilisateurs (qui ne permet en général même pas de couvrir les frais) ne fait absolument pas concurrence aux éditeurs scientifiques, dans la mesure où en application de l'art. 20 LDA et des tarifs communs 8 et 9 correspondants (voir ci-dessous), les bibliothèques n'ont le droit de reproduire des œuvres que moyennant le versement d'importantes rémunérations.

En ce qui concerne la question d'une éventuelle concurrence, il faut également mentionner le fait que les bibliothèques ne réalisent des photocopies que sur mandat individuel de l'utilisateur; elles ne constituent pas de «réserves» de photocopies.

5. Service de livraison de documents des bibliothèques et respect du test des trois étapes

Le Tribunal de commerce de Zurich justifie sa position en considérant que le service de livraison de documents des bibliothèques ne serait pas compatible avec le «test des trois étapes», et en particulier avec la deuxième et la troisième de ces étapes. Les bibliothèques scientifiques estiment que la deuxième étape du test en trois étapes, à savoir l'exploitation normale de l'œuvre par les éditeurs, n'est pas compromise, du fait de la nature non commerciale et «sur demande» de cette prestation. Les bibliothèques achètent les journaux et périodiques imprimés encore majoritairement proposés par les éditeurs sous forme de recueils en partie à des prix plus élevés que les utilisateurs privés pour compenser l'utilisation plus intensive qui en est faite, ou alors elles acquièrent des licences d'utilisation de périodiques, généralement contenus dans des bases de données ou des paquets de journaux électroniques, à des prix encore plus élevés. Les bibliothèques sont d'avis que la vente de périodiques imprimés et numériques qui continuent de paraître sous la forme de cahiers et de compilations annuelles à valeur de référence scientifique représente toujours au minimum la «forme traditionnelle de commercialisation», à côté de l'offre numérique d'archives en ligne nouvellement apparue et dans le cadre de laquelle des articles individuels peuvent être achetés. Tant que les éditeurs continueront de vendre les périodiques sous forme de recueils, le service fourni par les bibliothèques ne fera pas concurrence à la forme

2 Cf. statistiques des bibliothèques, à chaque fois colonne G62; dont, conformément à la définition des variables statistiques les «Articles: en demandes satisfaites. Nombre total des demandes d'articles de périodiques, de monographies, de recueils, de mélanges, etc. satisfaites (recherche, établissement d'une copie, envoi), indépendamment de la procédure de commande (prêt entre bibliothèques, commande directe auprès de la bibliothèque) ou du mode de livraison (copies papier ou électronique).»

3 D'après les statistiques des bibliothèques, colonnes G71 et G72.

4 En 2003, les bibliothèques effectuaient encore 227 422 mandats de photocopie.

traditionnelle de commercialisation resp. aux possibilités d'exploitation des éditeurs. Quant à la question de la concurrence exercée en lien avec les articles pouvant être achetés individuellement en ligne, celle-ci ne se pose généralement pas, dans la mesure où ceux-ci faisant généralement partie de bases de données et de journaux électroniques sous licence, leur utilisation par les bibliothèques est régie par les contrats de licence.

La troisième étape du test en trois étapes interdit de causer un préjudice injustifié aux intérêts du titulaire du droit d'auteur resp. exige que toute éventuelle atteinte portée à ces intérêts soit justement compensée. L'atteinte portée aux intérêts du titulaire du droit d'auteur est donc permise quand les intérêts des tiers sont considérés comme plus importants que ceux des titulaires des droits d'auteur. Sous l'angle des droits fondamentaux en matière de communication, les bibliothèques remplissent une mission essentielle pour le grand public et la science, en achetant et collectant des œuvres et en les mettant à la disposition de leurs utilisateurs, en particulier pour la simple consultation des œuvres, mais aussi pour leur reproduction et leur envoi. Ceci est d'autant plus important au fur et à mesure que les coûts d'acquisition d'œuvres protégées par des droits d'auteur augmentent et que cette augmentation est aussi en partie à l'origine de la réduction de l'offre des bibliothèques.

À cela s'ajoute le fait qu'en passant des œuvres scientifiques imprimées à des œuvres proposées en ligne, les éditeurs soustraient ces dernières au grand public. En effet, la simple consultation d'une œuvre, qui est proposée gratuitement dans le cas d'œuvres publiées, est payante dans le cas d'œuvres uniquement accessibles en ligne. La publication d'œuvres est une condition de la licence légale d'utilisation à des fins privées, dont l'exercice est compromis par le caractère payant de la consultation de l'œuvre.

Afin de compenser les atteintes portées aux intérêts des éditeurs et des auteurs, la société de gestion ProLitteris collecte des redevances auprès des services de livraison de documents des bibliothèques en application de l'art. 20 LDA et des tarifs communs (TC) 8 (II & VI) et 9 (II & VI).

Le chiffre 6.3.24 du TC 8 VI s'applique ainsi à *«la réalisation de copies [...] qui peuvent être faites en une ou plusieurs couleurs, [...] sur papier, matière plastique ou tout autre support, au moyen de photocopieurs, d'appareils multifonctions, de télécopieurs, d'imprimantes ou d'appareils similaires et ce à partir d'un modèle imprimé sur papier ou numérique»*.

6.3.24.1 *Redevance pour des reproductions en tant que tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA*
La redevance annuelle des utilisateurs qui ressortissent des services de coupures de presse, des services de surveillance de médias, des services de documentation et d'autres services comparables se calcule sur la base du nombre total de copies que ces services doivent déclarer et sur le coefficient spécifique de la branche, en l'occurrence 70%, soit comme suit: $NTC \times 70\% \times CHF 0.035$

Et le TC 9 VI décrit l'obligation de payer une redevance pour l'envoi des reproductions électroniques mentionnées au chiffre 6.3.24.1 a comme suit:

*«Redevance pour les utilisations en tant que tiers au sens de l'art 19 al. 2 LDA
Pour les services de presse, les services de surveillance des médias, les services de documentation et les autres services analogues, la redevance pour les œuvres textuelles, [...] se calcule en fonction du nombre de pages de document à annoncer par ces services [...].
a) Envoi de reproductions électroniques d'œuvres textuelles, [...] Si des reproductions électroniques réalisées dans la cadre de l'usage privé selon l'art. 19 LDA sont envoyées par [...] un service de documentation ou un autre service analogue en tant que tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA à une personne autorisée sous forme numérique (p. ex. en pièce jointe par e-mail) [...]».*

Le Tribunal de commerce de Zurich poursuit son argumentation en s'appuyant sur une comparaison juridique sélective. S'agissant de la question de l'interdiction d'envoyer des copies électroniques, il renvoie à l'art. 5 al. 2 en liaison avec le considérant 40 de la directive UE 2001/29/CE. D'une part, cette comparaison juridique est très sélective et, d'autre part, le considérant 40 évoqué ne contient qu'une disposition de principe. La directive UE laisse toutefois aux États membres une plus grande latitude que ne le mentionne le Tribunal de commerce quant à l'adoption de dispositions limitatives, pour autant que cette limitation remplisse le test des trois étapes. Selon la directive UE, la limitation ne doit s'appliquer qu'à des cas déterminés («à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique» p. ex., considérant 34) qui ne font pas obstacle à l'exploitation normale de l'œuvre («nature non commerciale de l'activité», considérant 42) et prévoient au besoin une compensation équitable sous la forme d'une indemnisation (considérant 35 p. ex.). Il en va ainsi par exemple de la loi allemande sur le droit d'auteur (UrhG), dont le § 53a autorise l'envoi de copies électroniques à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique moyennant une compensation équitable.

6. Conséquences radicales pour les bibliothèques et la science d'une confirmation du jugement par le Tribunal fédéral

Un changement fondamental par le Tribunal fédéral au niveau de l'interprétation qu'il fait depuis de nombreuses années de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, sur la base duquel il considérerait que les articles de journaux et de périodiques constituent des exemplaires d'œuvres indépendamment de la forme sous laquelle ils sont publiés, conduirait à une immense perte de valeur. Les recueils acquis et archivés au fil des décennies grâce aux fonds publics, tels que les journaux, les périodiques, les ouvrages commémoratifs et les actes de colloques ne pourraient être consultés et empruntés que sur place. Seul l'utilisateur privé de la bibliothèque aurait l'autorisation de faire lui-même des photocopies de la totalité d'articles de périodiques, à la rigueur avec l'aide du personnel de la bibliothèque. Dans le cadre de

leurs travaux scientifiques, les étudiants et les chercheurs pourraient certes comme ils l'ont toujours fait consulter les œuvres dans les locaux de la bibliothèque, mais la reproduction d'œuvres dans leur totalité à des fins de recherche ou d'enseignement serait exclue – même s'ils faisaient eux-mêmes les photocopies. L'envoi de reproductions de la totalité d'un article serait interdit. La mission des bibliothèques, à savoir la transmission d'informations, ne serait encore possible que de manière limitée et, s'agissant de leurs énormes collections de journaux et de périodiques, le rôle des bibliothèques se limiterait à celui d'archives.

En cas de changement de pratique dans l'interprétation de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, il serait particulièrement choquant que même les œuvres produites par les propres membres des universités ne puissent pas être reproduites non plus.

Au cas où le Tribunal fédéral, dans le cadre de son interprétation de l'art. 19 al. 3 lit. a LDA, procéderait à une distinction en fonction de la forme de publication de l'exemplaire d'une œuvre, se poserait en outre la question de la possibilité pour les bibliothèques de procéder aux vérifications correspondantes avec les moyens dont elles disposent. Chaque article individuel issu d'un périodique imprimé devrait – en plus de la vérification standard de la disponibilité de l'article souhaité dans l'une des bases de données pour l'utilisation desquelles la bibliothèque a acquis une licence – faire l'objet d'une vérification supplémentaire afin de déterminer si celui-ci peut éventuellement être aussi acheté en ligne sur un site ou l'autre. Les bibliothèques continuant de rétronumériser les œuvres qu'elles détiennent, ces vérifications devraient être effectuées à nouveau à chaque fois. De plus, pour chaque article souhaité, les bibliothèques doivent de manière conséquente vérifier si une œuvre est encore protégée et peut donc être librement utilisée ou non ou si une autorisation de reproduction a été donnée par un éditeur. Ces vérifications représentent un travail énorme et coûtent cher. Par voie de conséquence, cela devrait être supporté par les fonds publics et les budgets d'acquisition des bibliothèques – et donc ainsi également par les éditeurs.

Si l'art. 19 al. 2 LDA n'incluait pas l'envoi d'articles par les bibliothèques, de nombreux contenus seraient inaccessibles de fait: par manque de place et par souci d'économie les bibliothèques des hautes écoles stockent de plus en plus les médias imprimés, et en particulier les journaux et les périodiques dans des entrepôts externes. Ces magasins externes sont de simples espaces de stockage, ne disposent en règle générale d'aucune salle de lecture comme les bibliothèques et, pour des raisons de conservation, l'accès physique des utilisateurs de la bibliothèque aux exemplaires papier entreposés n'est souvent pas possible non plus. Les bibliothèques universitaires resp. cantonales d'Aarau, Bâle, Lucerne, Soleure et Zurich réalisent actuellement à Büron une bibliothèque de stockage dite «coopérative» (voir à ce sujet la NZZ du 24 novembre 2013). Cette bibliothèque de stockage réunit les collections des différentes bibliothèques, les complète et réduit dans la majorité

des cas le nouveau fonds commun ainsi obtenu à un exemplaire par ouvrage. L'utilisation du fonds se fait par l'envoi de copies des exemplaires d'œuvres souhaités.

Dans le cas des projets coopératifs entre bibliothèques scientifiques destinés à mieux gérer l'espace et les ressources, comme par exemple la «Coopération en archivage des périodiques imprimés», il est impératif que la possibilité d'envoyer des articles soit maintenue. L'objectif de la Coopération en archivage des périodiques imprimés est la conservation dans de bonnes conditions et à long terme d'un dernier exemplaire imprimé de périodiques scientifiques étrangers pour le cas où la version électronique ne serait plus accessible pour une raison quelconque. Cette tâche est répartie selon les domaines entre les bibliothèques des hautes écoles et des universités de Suisse. L'archivage coordonné des imprimés permet aux autres bibliothèques de résilier leur abonnement aux périodiques pour l'archivage desquels elles ne sont pas responsables.

Dans le cas des bibliothèques de stockage, de la Coopération en archivage des périodiques imprimés, mais aussi en général, l'interdiction d'envoi des copies aurait pour conséquence concrète que les utilisateurs de la bibliothèque, y compris les scientifiques, seraient obligés de se déplacer de bibliothèque en bibliothèque, ce qui est complètement anachronique à l'ère numérique.

Dans le cas de certaines œuvres, les impératifs de conservation s'opposent à l'utilisation physique par les utilisateurs de la bibliothèque, en particulier lorsqu'il s'agit du «dernier» exemplaire archivé par une bibliothèque. Sans possibilité d'être reproduits et envoyés, ces œuvres ne seraient plus accessibles au grand public.

Tant sur le plan technologique que sur le plan de la conservation, la confirmation du jugement par le Tribunal fédéral interdirait aux bibliothèques de gérer au mieux leurs importantes collections de journaux et de périodiques et d'en assurer l'accès. D'une part, les bibliothèques seraient ainsi obligées de demeurer à l'époque prénumérique et, d'autre part, l'information et sa transmission seraient de plus en plus mercantilisées et monopolisées, au mépris du droit qu'ont le grand public et la science à un accès libre à l'information.