

**CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ
LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE**

Commission sur les œuvres orphelines

Rapport

Président de la Commission :
Jean MARTIN, avocat à la cour

Rapporteur de la Commission :
Sophie-Justine LIEBER, maître des requêtes au Conseil d'Etat

19 mars 2008

Sommaire

INTRODUCTION.....	4
I. LE PHÉNOMÈNE ET SES ENJEUX	5
I.1. Des enjeux culturels et sociétaux.....	5
I.2. Des enjeux juridiques	5
I.2.1. Assurer la sécurité juridique des autorisations d'exploitation d'œuvres orphelines....	6
I.2.2. ... Sans fragiliser le droit de la propriété littéraire et artistique.....	6
I.3. Des enjeux économiques	7
I.3.1. Eviter les effets d'éviction.....	7
I.3.2. Favoriser les économies d'échelle	7
I.3.3. Mettre en place un mécanisme financièrement équilibré.....	8
I.4. Le dernier enjeu, et le plus fondamental, concerne la recherche de solutions préventives pour éviter la multiplication des situations d' « orphelinat ».....	8
.....	8
II. LES ŒUVRES ORPHELINES : DÉFINITION ET ÉLÉMENTS DE MESURE.....	8
II.1. Qu'est-ce qu'une œuvre orpheline ?.....	8
II.1.1. L'œuvre orpheline est tout d'abord une œuvre protégée.....	9
II.1.2. Ses ayants droit ne peuvent être identifiés ou sont introuvables.	9
II.1.3. ... Malgré des recherches sérieuses et avérées.....	9
II.2. Œuvre orpheline et œuvre partiellement orpheline	10
II.2.1. Différentes situations peuvent être à l'origine d'œuvres orphelines, dont certaines s'avèrent d'une particulière complexité.....	10
II.2.2. Les incidences de la situation d'œuvre orpheline « partielle ».....	11
II.3. Un phénomène difficile à quantifier.....	11
II.3.1. Des difficultés de mesure, partagées dans d'autres pays.....	11
II.3.2. Les œuvres orphelines dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : un phénomène limité.....	12
II.3.3. Des œuvres orphelines nombreuses dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe ..	13
III. LA DIFFÉRENCE DES SITUATIONS ENTRE LES SECTEURS CONDUIT À PROPOSER D'UNE PART, LE RECOURS À DES SOLUTIONS SECTORIELLES, D'AUTRE PART, L'AMÉNAGEMENT DE MÉCANISMES TRANSVERSAUX.....	14
III.1. Secteurs de l'écrit et de l'image fixe : une réforme législative nécessaire pour recourir à la gestion collective obligatoire.....	15
III.1.1. L'état du droit ne permet pas de résoudre la gestion des droits des œuvres orphelines dans ces secteurs.....	15

III.1.2. Un système de gestion collective obligatoire.....	15
III.1.3. Délivrance et portée des autorisations d'exploitation	17
III.1.4. Rémunération, perception et utilisation des rémunérations.....	19
III.2. Secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : le recours aux dispositifs existants.....	20
III.2.1. Le recours au juge.....	20
III.2.2. Les accords collectifs.....	21
III.3. Mécanismes transversaux.....	22
III.3.1. Aménager le recours au juge prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle.....	22
III.3.2. Développer la prévention et de bonnes pratiques communes à tous les secteurs.....	23
ANNEXES.....	25
Annexe 1 – Lettre de mission du président du Conseil de la propriété littéraire et artistique.....	26
Annexe 2 – Participants aux travaux de la Commission.....	27
Annexe 3 – Note de la SACEM – Le cas des œuvres musicales.....	29
Annexe 4 – Contribution indépendante de M. Bernard Lang – L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe.....	32

Introduction

La Commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique relative aux œuvres orphelines s'est réunie d'octobre 2007 à avril 2008, sous la présidence de M. Jean Martin. Elle a rassemblé des représentants des sociétés de gestion de droits d'auteurs et de droits voisins, des représentants de grandes institutions culturelles, des représentants d'associations et d'organisations professionnelles d'auteurs, d'artistes, de producteurs et d'utilisateurs, notamment des bibliothèques, et des représentants de l'administration. Il a par ailleurs été procédé à des auditions.

Ses travaux se sont appuyés sur les éléments définis par la lettre de mission du 2 août 2007 du président du Conseil de la propriété littéraire et artistique ¹, notamment sur les travaux menés par le groupe d'experts de haut niveau mis en place par la Commission européenne, tout en laissant ouvert le champ des questions utiles à la progression des réflexions.

La Commission a tout d'abord souhaité souligner les enjeux liés à l'exploitation de ces œuvres, qui se caractérisent par le fait que leurs ayants droit sont inconnus ou introuvables. Ces enjeux sont très vifs, tant sur le plan culturel et sociétal que juridique ou économique, en raison notamment de l'émergence de projets de numérisation à grande échelle qui font surgir des questions nouvelles.

La Commission s'est ensuite attachée à préciser la notion d'œuvre² « orpheline », qui recouvre des réalités très diverses, difficiles à quantifier et d'importance très différente selon les secteurs envisagés.

Un constat très contrasté a émergé de cette analyse, pour les secteurs de l'écrit et de l'image fixe d'une part, dans lesquels le nombre d'œuvres orphelines est considérable, et pour ceux du cinéma, de la musique et de l'audiovisuel d'autre part, dans lesquels l'apparition d'œuvres orphelines est de moindre importance, ce qui a conduit la Commission à poser un diagnostic différent sur les besoins d'adaptation du droit et à proposer des solutions différenciées.

La Commission a par ailleurs souhaité recommander de bonnes pratiques applicables à tous les secteurs et l'aménagement d'un dispositif juridique transversal.

¹ Par souci de cohérence, l'examen des « œuvres orphelines » a été disjoint de celui des « éditions épuisées ». Le calendrier n'a pas permis de traiter ce second sujet qui pourrait faire l'objet d'une commission spécialement composée à cet effet.

² La notion d'« œuvre » elle-même désigne des réalités variées. Dans ce rapport, le terme est utilisé au sens de la définition retenue par la Commission (voir II.1.1).

I. Le phénomène et ses enjeux

Une œuvre orpheline est une œuvre dont l'auteur ou les ayants droit sont inconnus, ou ne peuvent être retrouvés. Cette situation empêche donc l'utilisation de l'œuvre, puisqu'une autorisation est indispensable en vertu du droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, l'utilisation non autorisée d'une œuvre constitue une contrefaçon, passible au maximum d'une peine de trois ans de prison et de 300 000 euros d'amende (article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle).

Or les enjeux posés par les œuvres orphelines sont multiples, tant du point de vue culturel et sociétal que juridique ou économique. Ils ont pris un caractère sensible avec l'émergence de grands projets de numérisation et de mise à disposition électronique d'un nombre considérable d'œuvres, émanant soit de puissants opérateurs numériques privés, soit d'institutions culturelles publiques, notamment dans le cadre du projet de bibliothèque numérique européenne. Ces différents projets créent une situation nouvelle porteuse de tensions entre les besoins émergents et le droit de la propriété littéraire et artistique. Ils font ressortir la nécessité de limiter l'apparition de nouvelles œuvres orphelines et de réduire le nombre de celles qui ont été identifiées comme telles.

1.1. Des enjeux culturels et sociétaux

Ces enjeux tiennent tout d'abord à la tension entre le droit de propriété intellectuelle et les besoins sociaux.

Les acteurs privés ou publics ne peuvent pas actuellement mener de projets de numérisation et d'exploitation d'œuvres orphelines en raison de l'insécurité juridique qui en découlerait. En effet, l'impossibilité d'identifier ou de localiser un ayant droit gèle automatiquement la mise à disposition d'une œuvre, puisque son consentement ne peut être recueilli. Or l'exploitation d'une œuvre protégée sans les autorisations des titulaires de droits légalement requises est un délit, pénalement sanctionné.

En conséquence, la numérisation à grande échelle et l'accessibilité en ligne sont entravées par l'absence de clarification sur les droits de propriété littéraire et artistique des œuvres orphelines. En effet, les supports de l'écrit, principalement visés par les projets en cours, incorporent souvent des œuvres dont les informations contractuelles en matière de droit de propriété intellectuelle sont incertaines ou incomplètes. C'est notamment le cas de fonds anciens détenus dans les bibliothèques, les musées ou les archives.

1.2. Des enjeux juridiques

Les enjeux juridiques posés par les œuvres orphelines tiennent à la nécessité de concilier deux objectifs a priori antagonistes :

- la sécurité juridique d'autorisation d'exploitation de ces œuvres, alors que, par construction, leur auteur n'a pu donner de consentement à cette exploitation ;
- la cohérence du droit de la propriété littéraire et artistique, construit sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins, qui repose sur l'autorisation du titulaire de droits.

I.2.1. Assurer la sécurité juridique des autorisations d'exploitation d'œuvres orphelines...

Cet enjeu est particulièrement important pour les utilisateurs potentiels d'œuvres orphelines, qui n'accepteront de numériser et de mettre à disposition ces œuvres que s'ils sont certains de la validité juridique des autorisations d'exploitation éventuellement obtenues. Le dispositif à mettre en place devra donc, de ce point de vue, être suffisamment incitatif pour que les opérateurs soient incités à faire les dépenses nécessaires en matière de recherches avérées et sérieuses puis en matière de numérisation.

Plusieurs interrogations devront être résolues, relatives tant au devenir des autorisations en cas de réapparition de l'ayant droit d'une œuvre orpheline, qu'au caractère exclusif ou non de ces autorisations, à leur champ géographique ou encore à leur durée. Ces questions peuvent s'avérer particulièrement délicates. Enfin, la question de l'étendue de la responsabilité de la personne ayant délivré les autorisations est également sensible.

I.2.2. ... Sans fragiliser le droit de la propriété littéraire et artistique

L'absence de tout mécanisme permettant de gérer les droits des œuvres orphelines, dans un contexte de mise à disposition numérique à grande échelle des œuvres, s'avère d'autant moins satisfaisante qu'elle contribue à affaiblir, de façon générale, la protection du droit d'auteur et des droits voisins. Les images fixes souffrent particulièrement de cette situation puisque l'absence de mécanisme tend à favoriser leur utilisation massive sans autorisation. Face à de tels comportements, les titulaires de droits d'œuvres orphelines ne sont, par définition, pas représentés, et les utilisateurs d'œuvres orphelines ne disposent donc d'aucun interlocuteur.

Il ne s'agit pas pour autant, en mettant en place un dispositif d'autorisation d'exploitation, de créer une brèche dans le droit de la propriété littéraire et artistique. Là encore, l'équilibre à trouver n'est pas évident.

La Commission a ainsi écarté, d'emblée, l'instauration d'un régime d'exception, autorisant une utilisation spécifique et strictement définie en contrepartie d'une rémunération forfaitaire compensatrice³. Elle a en effet estimé qu'il n'était pas opportun d'allonger la liste des exceptions au droit exclusif d'autoriser la mise à disposition de son œuvre.

En outre, un tel régime serait incompatible avec les exigences communautaires, qui prévoient notamment une liste limitative des exceptions dans la directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001, relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁴.

Par ailleurs, autoriser l'exploitation d'une œuvre sans consentement exprès de l'ayant droit revient à exproprier ce dernier d'un droit de propriété.

³ Un tel régime de licence légale a été instauré pour deux types d'utilisations, la radiodiffusion de phonogrammes du commerce et leur communication dans des lieux publics : en contrepartie de la perte du droit de l'artiste interprète et du producteur d'autoriser, l'utilisation de phonogrammes sous le régime de la licence légale ouvre droit à une rémunération perçue par une ou plusieurs sociétés de perception et de répartition des droits (article L. 214-1 du code de la propriété intellectuelle).

⁴ L'article 5-5 de cette directive dispose que : « Les exceptions et limitations prévues [au droit exclusif de reproduction ou de communication au public] ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». Ce principe communément dénommé « test en trois étapes », qui figure déjà dans la convention de Berne, s'impose aux législateurs nationaux pour la définition précise des exceptions ou limitations qu'ils entendent mettre en place.

Or le droit de propriété, qui figure aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789⁵, est protégé constitutionnellement. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs expressément indiqué, dans sa décision portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, que le droit d'auteur et les droits voisins relèvent du droit de propriété⁶. La conciliation d'un mécanisme d'autorisation avec cette exigence constitutionnelle est donc délicate.

1.3. Des enjeux économiques

Les enjeux économiques sont de plusieurs ordres. Là encore, l'objectif visé consiste à préserver les équilibres.

1.3.1. Eviter les effets d'éviction

La mise en place d'un mécanisme très incitatif sur le plan tant juridique que financier, simplifiant l'obtention des autorisations d'exploitation pour les œuvres orphelines, pourrait avoir des effets secondaires sur les œuvres protégées non orphelines⁷.

Certains opérateurs pourraient ainsi privilégier l'exploitation d'œuvres orphelines au détriment des œuvres non orphelines. Cet effet d'éviction pourrait même se traduire, à terme, par un risque de distorsion de traitement des œuvres mises à la disposition du public. Symétriquement, il importe que les autorisations qui seraient conclues dans le cadre d'un tel mécanisme le soient à des conditions équitables et non discriminatoires.

1.3.2. Favoriser les économies d'échelle

La qualification d'œuvre orpheline ne peut intervenir qu'après des recherches effectives et sérieuses. Ce type de recherche a un coût. Il paraît nécessaire de s'interroger sur les moyens d'éviter la duplication de ces efforts, afin de favoriser les économies d'échelle en mettant à disposition de tous les utilisateurs potentiels le résultat des recherches déjà effectuées.

Toutefois, il est également important de ne pas encourager les comportements de « passager clandestin » d'opérateurs se tournant exclusivement vers les œuvres pour lesquelles toutes les recherches auraient déjà été effectuées. Cela pourrait avoir un effet désincitatif pour les opérateurs initiaux.

⁵ Voir notamment l'article 17 : « La propriété est un droit inviolable et sacré. Nul ne peut y porter atteinte si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁶ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 : « Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins »

⁷ Les représentants des bibliothèques soulignent cependant qu'un catalogue composé uniquement d'œuvres orphelines serait nécessairement déséquilibré et ne correspond pas à une démarche scientifique raisonnable.

I.3.3. Mettre en place un mécanisme financièrement équilibré

La gestion des œuvres orphelines aura un coût qu'il sera nécessaire d'équilibrer pour les organismes qui, le cas échéant, seraient chargés de la gestion des droits attachés à ces œuvres.

I.4. Le dernier enjeu, et le plus fondamental, concerne la recherche de solutions préventives pour éviter la multiplication des situations d' « orphelinat »

Il s'agit en réalité d'un double enjeu, qui consiste à la fois à éviter l'apparition de nouvelles œuvres orphelines et à résorber le stock existant.

La prévention de l'apparition d'œuvres orphelines est un enjeu d'autant plus vif que l'ère numérique tend à favoriser la circulation rapide d'œuvres dont la trace des ayants droits peut devenir particulièrement fugace⁸. La mise en place de mécanisme d'identification sur les documents numérisés ou conçus et exploités, d'emblée, sous une forme numérique, paraît donc essentielle.

La résorption du stock existant des œuvres orphelines, grâce à la mise à jour systématique des bases de données mais également à des mécanismes spécifiques favorisant les démarches d'ayants droit ou de tiers pour faire sortir les œuvres de leur statut d'orphelines, reste un enjeu non négligeable afin de réduire les difficultés que pose la gestion des droits de ces œuvres en général.

Si les œuvres orphelines sont difficilement quantifiables, les enjeux qu'elles présentent ne sont pas pour autant négligeables et incitent à la mise en place de mécanismes de prise en charge des droits qui y sont attachés.

II. Les œuvres orphelines : définition et éléments de mesure

La notion d'œuvre orpheline appelle une définition à la fois rigoureuse et susceptible de s'appliquer aux nombreuses situations qu'elle recouvre. Elle doit en outre prendre en compte le caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline, dès lors que ses titulaires de droits sont susceptibles de réapparaître et qu'ils doivent alors pouvoir retrouver la maîtrise de leurs droits dans l'avenir.

II.1. Qu'est-ce qu'une œuvre orpheline ?

La Commission a adopté la définition suivante : l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés⁹, malgré des recherches avérées et sérieuses.

⁸ On peut toutefois relever que certains facteurs comme, notamment, l'adoption de contrats de type Creative Commons par un nombre croissant d'auteurs tend, en sens inverse, à limiter le nombre d'œuvres orphelines.

⁹ La SPEDIDAM est en désaccord sur cette définition. Elle considère que le fait que l'ayant droit n'ait pas pu être localisé ou joint n'a pas pour effet d'entraîner la qualification d'orphelin pour l'œuvre ou l'enregistrement en cause.

II.1.1. L'œuvre orpheline est tout d'abord une œuvre protégée

Elle ne peut donc pas, en vertu du droit de la propriété littéraire et artistique, être exploitée sans autorisation, puisque l'utilisation non autorisée d'une œuvre est une contrefaçon..

Cette protection s'applique tant au droit d'auteur qu'aux droits voisins. La Commission a donc considéré que le périmètre de sa réflexion comprenait ces deux catégories de droits, l'obstacle à l'exploitation d'une œuvre étant susceptible de trouver sa cause dans l'une ou l'autre. Par nature, elle concerne les droits patrimoniaux mais également le droit moral. Cet aspect est d'autant plus important qu'une édition sous forme numérique est susceptible de porter atteinte au droit moral dès lors que le format original de l'œuvre est modifié.

La protection de l'œuvre orpheline dure en principe jusqu'à l'entrée de cette œuvre dans le domaine public – la date exacte d'entrée dans le domaine public d'une œuvre dont les titulaires de droits ne sont pas identifiés pouvant cependant s'avérer délicate à définir.

II.1.2. Ses ayants droit ne peuvent être identifiés ou sont introuvables...

La notion d'ayant droit désigne des situations diverses, qu'il s'agisse de l'auteur, du producteur, d'artistes-interprètes, donc de titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins, voire d'un représentant ou d'un mandataire de ces derniers (y compris, le cas échéant, une société de gestion collective).

Lorsque les ayants droit ne sont pas identifiés, ou bien lorsqu'ils sont connus mais qu'il s'avère impossible de les localiser, leur volonté ne peut pas s'exprimer, ou plus exactement ne peut être recueillie. Il est donc impossible d'obtenir de leur part une autorisation d'exploitation de l'œuvre.

Il convient de relever que la distinction entre les œuvres anonymes et les œuvres orphelines peut soulever des difficultés. En vertu de l'article L. 123-3 du code de la propriété intellectuelle, les œuvres anonymes tombent dans le domaine public soixante-dix ans suivant l'année de leur publication et peuvent alors être exploitées sans soulever les difficultés posées par les œuvres orphelines¹⁰. Si elles devaient entrer dans la catégorie des œuvres orphelines, elles perdraient définitivement leur statut d'œuvres anonymes. Cela pourrait entraîner des implications financières pour les institutions culturelles détenant ce type de fonds, dès lors que la date d'entrée dans le domaine public ne serait plus déterminée selon les mêmes critères. Toutefois, l'article L. 113-6 prévoit que les auteurs d'œuvres anonymes sont représentés dans l'exercice de leurs droits « par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité ». Les droits attachés à ces œuvres sont donc exercés par un représentant de l'auteur ou de ses ayants droit. L'œuvre anonyme ne peut donc pas, en principe, être assimilée à une œuvre orpheline.

II.1.3. ... Malgré des recherches sérieuses et avérées

Il est nécessaire, pour remplir les critères de la définition, qu'une action positive ait été menée. Cette action de recherche incombe à l'utilisateur potentiel puisque c'est le projet d'utilisation qui déclenche les recherches.

Les recherches doivent avoir été effectives : l'utilisateur potentiel de l'œuvre doit pouvoir en apporter la preuve.

¹⁰ Ce cas est assez courant notamment pour les fonds de créations reproduites sur des cartes postales.

Les recherches doivent en outre avoir été menées de façon sérieuse. Le caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline – laquelle peut revenir dans le droit commun si son ou ses ayant(s) droit est ou sont retrouvé(s) – justifie que les recherches de titulaires de droit soient suffisamment poussées pour estimer qu'à la date de ces recherches, la volonté de ces derniers ne peut être connue, par exemple faute de pouvoir les joindre.

En effet, s'il s'agit de permettre, d'une manière ou d'une autre, d'autoriser un utilisateur à exploiter une œuvre sans le consentement d'un titulaire de droits, une telle dérogation à un principe essentiel de la propriété littéraire et artistique et, plus généralement, du droit de propriété, doit, compte tenu de sa gravité, être soumise à des conditions strictes.

Le caractère sérieux des recherches doit toutefois pouvoir être apprécié de façon modulée en fonction du type d'œuvre orpheline. Cette modulation pourrait également intervenir au regard d'un impératif d'intérêt général tel que la mise en valeur, par une institution culturelle publique, du patrimoine qu'elle détient¹¹.

II.2. Œuvre orpheline et œuvre partiellement orpheline

II.2.1. Différentes situations peuvent être à l'origine d'œuvres orphelines, dont certaines s'avèrent d'une particulière complexité

En effet, si le cas dans lequel l'auteur ou l'unique titulaire de droits n'est pas identifié ou n'est pas joignable paraît relativement simple, les cas probablement les plus nombreux d'œuvres orphelines proviennent de situations dans lesquelles plusieurs ayants droit sont en jeu.

Les œuvres à auteurs multiples, qu'il s'agisse d'œuvres de collaboration ou d'œuvres collectives, peuvent ainsi donner prise à des situations complexes. Pour une œuvre de collaboration, si l'on ne peut disposer de l'accord de tous les ayants droit pour une exploitation, faute de pouvoir identifier ou joindre l'un d'entre eux, alors que le consentement de chacun est requis, l'œuvre ne peut être exploitée. Dans le cas d'une œuvre collective, l'éditeur est titulaire des droits, mais l'on pourrait imaginer une situation d'œuvre non exploitable si l'éditeur disparaissait – et ce, alors même que les différents contributeurs de l'œuvre seraient identifiés.

Ces difficultés surgissent également lorsque ne sont pas seulement en jeu des droits d'auteur, mais également des droits voisins dès lors que les prestations et fixations à ayants droit multiples posent des problèmes d'identification.

Ces questions sont particulièrement sensibles pour les artistes-interprètes du secteur de la musique, car les enregistrements ne permettent pas toujours d'identifier tous les artistes et notamment les artistes non principaux, ce qui oblige à des recherches très étendues.

En définitive, le régime légal de l'œuvre collective et de la présomption de cession ne règlent pas nécessairement toutes les questions, en raison du périmètre limité de l'attribution du droit d'auteur sur l'œuvre collective et de l'exclusion de certains droits de la présomption de cession prévu par le législateur pour l'œuvre audiovisuelle¹².

¹¹ La SPEDIDAM est en désaccord sur ce point, estimant que ces conditions de recherches sérieuses et avérées ne doivent pas être modulées selon la finalité de l'utilisation.

¹² Ainsi, pour l'œuvre audiovisuelle, les droits graphiques ou les droits d'adaptation théâtrale ne sont pas compris dans le périmètre de la présomption légale de cession prévue à l'article L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle.

Les œuvres incluant d'autres œuvres posent le même type de question : comment traiter une œuvre « principale » dont les ayants droit sont parfaitement identifiés, mais qui inclut d'autres œuvres elles-mêmes orphelines ? La Bibliothèque nationale de France est ainsi conduite à écarter systématiquement de ses projets de numérisation les livres comportant des photographies dont les crédits ne sont pas suffisamment précis. Ce cas peut également se produire pour des œuvres audiovisuelles qui intègrent des extraits d'archives ou des images protégées.

Par ailleurs, les œuvres relevant de la littérature grise, notamment les œuvres non publiées (mémoires, etc.) peuvent également susciter des difficultés car elles sont souvent mal référencées dans les outils bibliographiques. Il n'apparaît pas cependant évident que ces œuvres, qui ne sont pas publiées, doivent être prises en compte dans le champ du dispositif visant à autoriser l'exploitation d'œuvres orphelines (voir infra).

II.2.2. Les incidences de la situation d'œuvre orpheline « partielle »

On est conduit à s'interroger sur la portée de l'appellation d'œuvre orpheline. En effet, il ressort de l'analyse que la plupart des blocages concernent moins des œuvres « intégralement » orphelines que des œuvres dont l'un (ou plusieurs) ayants droit n'ont pas été identifiés ou localisés, alors que d'autres titulaires de droits le sont. Or, même si une œuvre n'est que partiellement orpheline, son exploitation est bloquée.

Cependant, l'adoption d'un dispositif destiné à résoudre la difficulté posée par l'absence de certains titulaires de droit ne doit pas avoir d'incidence sur les autres droits attachés à l'œuvre, dont les titulaires sont identifiés et joignables. L'autorisation de ces derniers pour exploiter l'œuvre devra donc être obtenue selon les procédures habituelles.

En conséquence, le mécanisme à mettre en place pour les œuvres orphelines devra s'appliquer uniquement aux droits dont les titulaires n'ont pu être identifiés ou retrouvés, sans affecter le statut des autres droits.

Après s'être interrogée sur la pertinence de l'expression « droits orphelins », qui permet de recouvrir la diversité des réalités juridiques appréhendées, œuvres, prestations d'artistes-interprètes, prestations de producteurs – et notamment les cas dans lesquels un seul titulaire, ou quelques titulaires de droits, manqueraient – la Commission a souhaité retenir l'expression d' « œuvres orphelines » : s'il s'agit d'une commodité de langage, elle n'en est pas moins utilisée tant dans les travaux européens qu'internationaux, notamment dans son acception anglaise d' « orphan works ».

II.3. Un phénomène difficile à quantifier

II.3.1. Des difficultés de mesure, partagées dans d'autres pays

Il s'avère particulièrement délicat de mesurer la quantité des œuvres orphelines. Cette difficulté s'explique tant par la diversité des secteurs et des situations que par l'existence de droits orphelins, qui ne sont pas toujours identifiables aisément.

C'est en réalité au fur et à mesure de l'avancement des projets d'exploitation, notamment des projets de numérisation à grande échelle actuellement en cours, que ces œuvres orphelines pourront être identifiées et leur quantité évaluée. La difficulté est d'autant plus grande que la condition d'œuvre orpheline n'est pas définitive.

Aux Etats-Unis et au Canada, où des réflexions ont été menées sur les œuvres orphelines et ont débouché, au Canada, sur la mise en place d'un système ad hoc de gestion des droits, le diagnostic s'est également heurté à l'impossibilité de quantifier les œuvres orphelines. Ainsi, le responsable du Bureau des droits d'auteur des Etats-Unis, dans un rapport sur les œuvres orphelines¹³, indique que le phénomène est difficile à évaluer et à décrire de façon exhaustive. Les mesures sont d'autant plus délicates que les utilisateurs identifient parfois comme orphelines des œuvres qui ne le sont pas. Les travaux européens n'ont pas expressément abordé la question de la mesure des œuvres orphelines¹⁴.

Les travaux de la Commission ont cependant permis d'établir un diagnostic différencié selon les secteurs en cause.

II.3.2. Les œuvres orphelines dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : un phénomène limité

Le secteur du cinéma est dans l'ensemble peu concerné par les œuvres orphelines. Les problèmes d'identification des œuvres ont en effet largement été résolus par la loi du 10 mars 1944, qui a instauré l'immatriculation des producteurs au Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel (RPCA), ainsi que la publication de tous les actes modifiant la chaîne des droits relatifs à ces œuvres. Cette inscription est obligatoire pour l'obtention du visa d'exploitation en salle. Les problèmes d'identification touchent donc essentiellement des œuvres antérieures à 1944 et/ou non exploitées depuis, ou encore des œuvres étrangères non exploitées en salle (mais exploitées en vidéo)¹⁵.

Pour les œuvres audiovisuelles en général (cinématographiques ou non), deux faits tendent à limiter le nombre des œuvres orphelines :

- d'une part, le producteur concentre une partie des droits via le mécanisme de présomption de cession des droits : ceux des auteurs dans les conditions prévues aux articles L. 132-23 à L. 132-25 du code de la propriété intellectuelle¹⁶, et ceux des artistes-interprètes en vertu des articles L. 212-4 et L. 212-7 de ce même code ;
- d'autre part, l'existence de mécanismes de gestion collective volontaire et de bases documentaires bien alimentées permet, là encore, d'identifier les œuvres et leurs ayants droit.

Des questions d'identification d'artistes-interprètes peuvent toutefois se poser, notamment pour des programmes antérieurs aux années cinquante.

Certains films documentaires et les archives sonores et audiovisuelles, notamment de courte durée, des secteurs associatifs, militants, ou de petits producteurs privés (voire des œuvres auto-produites), dont les ayants droit sont difficiles à retrouver en cas de disparition de la société de production, et dont les droits peuvent ne pas être gérés par les sociétés de gestion collective, sont une autre source d'œuvres orphelines. Enfin, on rappellera que les extraits d'archives ou d'images protégées qui sont inclus dans des œuvres audiovisuelles provoquent souvent des situations

¹³ US Copyright Office, Report on orphan works, janvier 2006, p. 92.

¹⁴ La British Library a indiqué, lors des travaux du sous-groupe « droits d'auteur », que 40 % des différents types d'œuvres composant ses collections seraient des œuvres orphelines. Toutefois ce chiffre est à manier avec précaution : la British Library semble notamment intégrer, parmi ces œuvres orphelines, celles n'ayant pas été divulguées ou publiées.

¹⁵ Une estimation réalisée par l'Association des cinémathèques européennes en 2007 fait état d'environ 50.000 œuvres orphelines dans les collections en cause, mais sa fiabilité est très relative en raison de l'imprécision des réponses des questionnaires à partir desquelles ce chiffre a été évalué.

¹⁶ Il faut relever que la musique incluse dans une œuvre audiovisuelle a un statut spécifique et que le mécanisme de présomption de cession ne s'y applique pas.

d'« orphelinat partiel », notamment pour certains modes d'exploitation non envisagés initialement lors de la production de l'œuvre.

Pour la musique, il est nécessaire de distinguer entre les auteurs-compositeurs d'œuvres musicales, les producteurs de phonogrammes et les artistes-interprètes.

Pour les auteurs-compositeurs d'œuvres musicales, la gestion collective volontaire est quasiment généralisée. Compte-tenu, d'une part, de cette gestion collective, et d'autre part, de l'existence d'accords de représentation entre les sociétés d'auteur du monde entier, les œuvres inscrites au répertoire des sociétés d'auteurs représentent la quasi-totalité du répertoire musical mondial. Les œuvres orphelines sont donc extrêmement rares dans ce secteur. La SACEM, par exemple, n'a jamais eu à connaître d'un cas d'œuvre orpheline. Les systèmes d'information gérés par les sociétés d'auteur au niveau mondial permettaient, en novembre 1997, de répertorier près de 32 millions d'œuvres musicales¹⁷ et d'identifier de façon fiable les auteurs, les compositeurs, les éditeurs et les œuvres musicales elles-mêmes.

En matière de droits voisins des producteurs de phonogrammes, les situations d'orphelinat sont également peu nombreuses, pour des raisons analogues. Une partie des droits est également concentrée chez le producteur par le biais du contrat d'enregistrement exclusif, à tout le moins pour l'artiste principal. Deux sociétés, qui fonctionnent par système de mandat, sont habilitées à gérer collectivement les droits de ces producteurs. Leurs bases de données conservent les informations relatives à chaque enregistrement répertorié. Les phonogrammes sont en outre identifiés par un système de codage.

Les artistes-interprètes sont pratiquement tous inscrits auprès d'une société de gestion collective. Leurs droits sont en effet gérés par deux sociétés civiles d'artistes-interprètes, l'ADAMI et la SPEDIDAM. L'amélioration des systèmes d'information dans ce secteur permet une meilleure identification et tend à limiter également le nombre d'œuvres orphelines. Toutefois, certains problèmes peuvent se poser lorsque des artistes-interprètes ne sont pas mentionnés dans un programme, un générique ou une pochette de phonogramme. Il peut alors s'avérer difficile d'identifier les ayants droit, même si certains outils, comme les feuilles de présence pertinentes¹⁸, peuvent être mobilisés.

En définitive, dans ces différents secteurs, les œuvres orphelines ne représentent qu'une faible part de l'ensemble des œuvres sous droit.

II.3.3. Des œuvres orphelines nombreuses dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe

Le secteur de l'écrit, dont le champ, dans le cadre de ces travaux, couvre celui des œuvres publiées¹⁹, quel qu'en soit le support²⁰, est particulièrement confronté au cas des œuvres orphelines. Les secteurs du livre et de la presse ont pourtant une longue tradition d'identifiants internationaux, avec notamment la création de l'ISBN (International Standard Book Number) en

¹⁷ Cf. annexe 3, note de la SACEM, « Le cas des œuvres musicales ».

¹⁸ La question de la portée juridique de ces feuilles, actuellement pendante devant les juridictions judiciaires, n'entre pas dans le champ d'examen de la commission. La SPEDIDAM souhaite souligner son désaccord sur le terme « pertinentes », dont elle estime qu'il ne revêt pas, compte tenu du contexte, la neutralité nécessaire.

¹⁹ Ce champ intègre également les partitions musicales, conformément à la jurisprudence récente qui confirme que les partitions relèvent de la définition fiscale du livre : Conseil d'Etat, 26 novembre 2007, Société Arezzo et autres, n°300828.

²⁰ La commission a estimé que c'était l'acte de publication qui était déterminant, et non le support. Les œuvres non publiées ne peuvent, en revanche, entrer dans le champ du mécanisme envisagé pour les œuvres orphelines dans la mesure où le droit de divulgation, partie intégrante du droit moral, n'a pas été exercé pour ces œuvres inédites.

1972 pour les livres et l'ISSN (International Standard Serial Number) en 1970 pour les revues, qui permettent d'identifier, entre autres, l'œuvre et son éditeur. Toutefois, des œuvres peuvent se trouver orphelines en cas de disparition de l'éditeur par exemple, ou bien dans le cas d'œuvres à auteurs multiples ou d'œuvres incluses dans d'autres œuvres. Par ailleurs, les œuvres plus anciennes sont plus fragiles dès lors qu'elles ne comportent pas de n° ISBN ou d'ISSN.

L'image fixe connaît une spécificité importante, qui tient, d'une part, au nombre considérable d'œuvres (par exemple, un photographe peut diffuser des dizaines de milliers de clichés dans une carrière), d'autre part, à l'intégration très fréquente d'images dans des ouvrages. Or les œuvres composites sont fréquemment à la source d'œuvres orphelines ou du moins partiellement orphelines. Des fichiers existent, mais ne couvrent pas tout le secteur et relèvent d'acteurs multiples (sociétés collectives de gestion des droits, agences photographiques). Certaines agences ont cependant créé un portail internet commun²¹, mais il en demeure beaucoup en dehors de toute idée de regroupement. D'une manière générale, le secteur ne dispose que de peu d'outils d'identification des œuvres. Il faut en outre souligner que beaucoup d'images sont actuellement diffusées sans autorisation, avec la seule mention de « droits réservés », sans indication sur les ayants droit et sans recherche préalable et sérieuse avant exploitation. La généralisation de cet usage laisse penser qu'il ne concerne pas uniquement des œuvres orphelines.

Enfin, contrairement aux autres secteurs, l'écrit et l'image fixe sont de façon immédiate et massive confrontés à la gestion des droits d'œuvres orphelines dans le cadre des projets de numérisation massive actuellement en cours pour alimenter la Bibliothèque numérique européenne. La mise en place d'un mécanisme efficace et assorti de garanties suffisantes s'avère donc particulièrement urgente et importante pour ces deux secteurs.

Ces différences de situations ont donc conduit la Commission à adopter une approche sectorielle, tout en préservant la cohérence au regard des principes de la propriété littéraire et artistique et en cherchant à identifier les points de convergence. On peut relever que le sous-groupe « Droits d'auteurs » du groupe d'experts de haut niveau mis en place par la Commission européenne a également recommandé une analyse par secteurs. Des groupes sectoriels ont été créés en 2007, dont le mandat a été prolongé afin d'approfondir les réflexions sectorielles.

III. La différence des situations entre les secteurs conduit à proposer d'une part, le recours à des solutions sectorielles, d'autre part, l'aménagement de mécanismes transversaux

Compte tenu de l'analyse précédente, la Commission propose des solutions différentes selon les secteurs concernés. Cette position a donné lieu à débat, le ministère de la justice et l'ADAMI estimant qu'un régime général serait plus lisible et plus simple d'utilisation. Toutefois, après examen attentif, la Commission s'est prononcée de façon majoritaire en faveur de solutions différenciées. En effet, alors que les besoins sont importants et immédiats dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, le faible nombre d'œuvres orphelines dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique ne justifie pas d'envisager, pour ces secteurs, d'autres dispositifs que ceux qui existent.

Cette méthode est conforme à une ancienne et abondante pratique du législateur. Le code de la propriété intellectuelle contient en effet de nombreuses dispositions sectorielles afin de répondre

²¹ Cf. www.pixpalace.com

à la diversité des besoins, sans ignorer pour autant la problématique de la délimitation des frontières.

III.1. Secteurs de l'écrit et de l'image fixe : une réforme législative nécessaire pour recourir à la gestion collective obligatoire

Pour ces secteurs, l'aménagement d'un mécanisme de gestion collective obligatoire est apparu comme la solution la plus adaptée²².

III.1.1. L'état du droit ne permet pas de résoudre la gestion des droits des œuvres orphelines dans ces secteurs

En effet, l'importance du phénomène des œuvres orphelines dans ces secteurs bloque la mise à disposition du public de ces œuvres, notamment dans le cadre de projets de numérisation à l'échelle européenne.

Or le code de la propriété intellectuelle ne prévoit, à l'heure actuelle, qu'un mécanisme de recours au juge qui n'est pas adapté à la situation. Ce mécanisme, prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle, permet dans certains cas de demander au juge de prendre toute mesure appropriée pour pouvoir assurer l'exploitation d'œuvres, notamment lorsqu'il n'y a pas d'ayants droit connus.

Mais cette procédure paraît peu adaptée aux enjeux actuels qui concernent les œuvres orphelines. Les grands projets de numérisation en cours peuvent en effet conduire à demander au juge de se prononcer sur un grand nombre d'œuvres orphelines. Or ce mécanisme, prévu pour l'exploitation ponctuelle d'œuvres, paraît peu praticable dans le cas d'une demande massive et nécessiterait d'être aménagé (voir infra, paragraphe III.3.2). En outre, le recours systématique au juge peut s'avérer coûteux et long, compte tenu des risques d'engorgement des juridictions.

Le recours à des méthodes conventionnelles ne paraît pas non plus approprié. En effet, les titulaires de droits des œuvres orphelines ne peuvent pas, par construction, être représentés. Il paraît donc délicat de recourir à de telles conventions, alors même que le droit de propriété est constitutionnellement protégé. Dans une telle hypothèse, il serait nécessaire, en tout état de cause, d'obtenir une validation de ces accords par le législateur.

La Commission a donc privilégié, pour les secteurs concernés, la mise en place d'un nouveau dispositif spécifique de gestion collective obligatoire.

III.1.2. Un système de gestion collective obligatoire

La Commission propose la mise en place d'un système souple, permettant à la fois de centraliser les informations tout en s'appuyant sur les sociétés de gestion collective existantes.

a) La base de ce système reposerait sur une gestion collective obligatoire des droits des œuvres orphelines, assurée par des sociétés de perception et de répartition des droits. La représentation « d'absents » et la gestion de leurs droits requièrent des garanties.

D'une part, il paraît nécessaire de faire figurer dans le code de la propriété intellectuelle une définition de l'œuvre orpheline. La mise en place d'une gestion collective obligatoire suppose en

²² Cette solution avait notamment été avancée par un groupe de travail réunissant des représentants du secteur de l'écrit (livre et presse) sous l'égide du Centre français d'exploitation du droit de la copie (CFC).

effet de pouvoir définir précisément le périmètre d'intervention des sociétés de gestion collective concernées, donc de recourir à une définition légale.

Il est proposé de retenir la définition figurant au paragraphe II.1.1. : « Une œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont un ou plusieurs titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses. »

Cette proposition a donné lieu à débat, le ministère de la justice estimant qu'à défaut de distinguer entre les œuvres totalement et partiellement orphelines, seule la notion de « droit orphelin » aurait un sens, dans la mesure où les œuvres peuvent faire l'objet de plusieurs droits de propriété intellectuelle. Si la définition retenue ne retient pas cette terminologie d'œuvres « partiellement orphelines » et « totalement orphelines », cette idée apparaît néanmoins au travers de la mention « *un ou plusieurs titulaires de droit* ».

D'autre part, un régime de contrôle renforcé s'impose. Les sociétés candidates devront donc obtenir un agrément spécifique auprès du ministère chargé de la culture, sur le modèle de ce qui se pratique déjà pour la gestion du droit de reproduction par reprographie (article L. 122-12 du code de la propriété intellectuelle) ou pour la gestion de la rémunération au titre du droit de prêt en bibliothèque (article L. 133-2 du même code).

Pour obtenir cet agrément, les sociétés candidates devront remplir, en premier lieu, les critères retenus habituellement : diversité et représentativité des associés, qualification professionnelle des dirigeants, moyens humains et matériels prévus pour assurer la gestion des nouveaux droits, caractère équitable des modalités prévues d'utilisation et de répartition des sommes perçues.

Des critères spécifiques à la gestion des droits des œuvres orphelines doivent en outre être prévus. Il s'agit, d'une part, de l'obligation d'appliquer, par secteur, les standards permettant de retenir la qualification de recherches « avérées et sérieuses »²³, d'autre part, de l'engagement de participer à un portail Internet commun qui sera mis en place, où les informations et les bases de données permettant d'identifier les œuvres orphelines seront mutualisées. En outre, les sociétés agréées devront également s'engager à mettre à jour leurs bases de données, notamment en fonction des recherches effectuées par des utilisateurs potentiels, afin d'améliorer l'information disponible.

b) Le portail commun comporterait l'ensemble des informations nécessaires aux utilisateurs potentiels d'œuvres orphelines. Il présenterait ainsi les démarches à suivre, selon les secteurs, pour obtenir les autorisations nécessaires, indiquerait les interlocuteurs pertinents (en l'occurrence, les différentes sociétés de perception et de répartition agréées), et permettrait la consultation des informations et bases de données existantes afin de faciliter les recherches d'œuvres. Ce site devrait ainsi permettre de constituer un inventaire des sources d'information existantes et de faciliter l'accès aux bases de données pertinentes.

La création d'un portail commun présente de nombreux avantages : elle permet à la fois, sans recourir à la création d'une structure nouvelle, lourde et potentiellement coûteuse, aux utilisateurs d'identifier facilement leur interlocuteur et aux sociétés de gestion collective de mutualiser leurs informations et leurs bases de données *via* un portail Internet partagé. Enfin, elle s'inscrit dans la lignée des réflexions européennes en cours au sein du groupe d'experts de haut niveau, qui prévoient notamment la création, dans chaque Etat membre, de « centres de libération des droits » (« right clearance centers ») favorisant les recherches et l'obtention d'autorisations d'exploitation d'œuvres orphelines.

²³Une commission paritaire, instaurée par voie réglementaire, sera chargée de la définition de ces critères : voir *infra*.

c) La définition des critères permettant de qualifier des recherches de « sérieuses et avérées », pourrait relever d'une commission paritaire, instituée par voie réglementaire et composée de représentants d'utilisateurs, d'ayants droit et de l'administration. Une telle solution serait de nature à favoriser et à renforcer l'équilibre des intérêts ainsi qu'à mieux garantir, par l'intervention de l'autorité publique, les conditions de la mise en jeu de ce dispositif nécessaire mais exorbitant du droit commun.

Les sociétés de gestion collective agréées devront s'assurer que les utilisateurs potentiels d'une œuvre orpheline auront mené leurs recherches avérées et sérieuses, en conformité avec les critères déterminés par la commission paritaire.

d) Ce dispositif est apparu apte à répondre aux besoins d'intérêt général d'accessibilité et de diffusion des œuvres orphelines tout en étant compatible avec les principes qui fondent la propriété littéraire et artistique. Toutefois, une réforme législative est nécessaire. Il faudra donc introduire dans le code de la propriété intellectuelle de nouvelles dispositions définissant la notion d'œuvre orpheline et habilitant les sociétés de gestion collective à délivrer des autorisations au nom des titulaires de droits « absents » et à fixer le montant de la rémunération correspondante. Le législateur posera le principe et les conditions essentielles de l'agrément de ces sociétés, notamment la création d'un portail commun de gestion et de prévention des œuvres orphelines.

La question s'est posée de savoir si l'habilitation légale assortie de garanties était suffisante ou s'il ne fallait pas l'assortir d'une obligation de recourir au juge, sur le fondement des articles L. 122-9 ou L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, l'autorisation délivrée par la société de gestion collective serait alors subordonnée à une validation préalable du juge. La nécessité du respect du droit de propriété et la préoccupation de sécuriser par une décision judiciaire l'autorisation donnée à l'utilisateur peut légitimement conduire à envisager une telle solution. Le ministère de la justice s'oppose ainsi à la mise en place d'un dispositif permettant aux sociétés de gestion collective agréées de donner des autorisations d'exploitation sans contrôle du juge, alors que le droit de propriété est protégé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Toutefois, sous réserve d'un complément à l'analyse effectuée, la Commission a estimé, en premier lieu, que le dispositif proposé, reposant sur une habilitation légale assortie de garanties dont le respect conditionne l'agrément ministériel des sociétés de gestion collective, elles-mêmes d'ores et déjà soumises à des procédures de contrôle²⁴, ne rendait pas nécessaire l'intervention préalable du juge. La Commission a relevé, en second lieu, que le législateur a déjà fait le choix, dans l'intérêt général, de solutions de « gestion contrainte » de droits de propriété littéraire et artistique, et que le Conseil constitutionnel a validé la libération de droits par la simple conclusion d'accords collectifs syndicaux.

Enfin, le contrôle du juge sur les autorisations accordées peut s'effectuer à tout instant, à la demande de toute personne y ayant un intérêt, qu'il s'agisse de l'utilisateur, ou du titulaire de droit qui se manifesterait ultérieurement. Le juge exercera donc, lorsque les parties intéressées en éprouveront le besoin, un contrôle *a posteriori*.

III.1.3. Délivrance et portée des autorisations d'exploitation

²⁴ La Commission de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits contrôle régulièrement la gestion de ces sociétés.

Les sociétés de perception et de répartition des droits délivreront les autorisations d'exploitation pour les œuvres orphelines relevant de leur secteur. Compte tenu du caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline, dès lors que des ayants droit peuvent réapparaître à tout moment, deux questions étroitement liées doivent être résolues : celle de la qualité en laquelle les sociétés agréées interviendront et celle de la sécurité juridique des autorisations.

a) La qualité à agir des sociétés agréées

La Commission a écarté l'idée d'une cession expresse des droits des œuvres orphelines aux sociétés de gestion agréées par une disposition législative. Le seul cas où une telle cession est prévue est celui de la reprographie²⁵ : l'article L. 122-10 du code de la propriété intellectuelle prévoit en effet la cession légale des droits de reprographie aux organismes gestionnaires de ce droit. L'éventualité de la réapparition des ayants droit et la protection constitutionnelle du droit de propriété ne permettent pas d'envisager une disposition si dérogatoire au droit de la propriété littéraire et artistique dans le cas des œuvres orphelines.

Un modèle inspiré de la gestion d'affaires paraît plus adapté aux enjeux présentés par les œuvres orphelines. La gestion d'affaires, prévue à l'article 1372 du code civil, désigne les engagements pris par un « gérant » qui, sans mandat, accomplit un ou plusieurs actes dans l'intérêt d'un tiers appelé « maître de l'affaire », afin de sauvegarder les intérêts de ce dernier, empêché de les prendre lui-même en charge. L'adaptation, par voie législative, de ce modèle à la gestion des droits des œuvres orphelines permettrait, en cas de contestation d'une autorisation par des ayants droit réapparus, de s'en remettre au juge afin qu'il apprécie si la société agréée a géré les droits en cause en « bon père de famille ». Une autorisation d'exploitation ayant respecté les principes de la gestion « en bon père de famille » ne pourrait donc pas être remise en cause par le juge. Cela étant, les sociétés de perception et de répartition des droits seront responsables financièrement si le juge donne raison au titulaire de droit qui contesterait l'autorisation attribuée, dans l'hypothèse où elles auraient accompli de façon imparfaite les fonctions qui leur sont dévolues dans le cadre de ce régime particulier.

Enfin, il est important de souligner que les sociétés agréées ne gèreront que les droits patrimoniaux attachés aux œuvres orphelines : le droit moral a en effet, en vertu de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, un caractère personnel et inaliénable. Il n'y a pas de modification de la situation actuelle. Les sociétés agréées devront néanmoins, si elles estiment que certains projets apparaissent contraires au respect du droit moral, refuser l'autorisation d'exploitation.

Par ailleurs, au cas où une œuvre orpheline serait exploitée alors même qu'aucune autorisation préalable n'aurait été obtenue, les sociétés agréées devraient pouvoir saisir le juge, sur le fondement de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle. L'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit notamment que les sociétés de perception et de répartition des droits, qui sont « des sociétés civiles régulièrement constituées », ont « qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge ». L'extension de cette habilitation aux œuvres orphelines ne va pas tout à fait de soi, puisqu'en principe le demandeur doit être titulaire des droits. Mais ces incertitudes seraient levées par l'intégration, dans le code de la propriété intellectuelle, de nouvelles dispositions prévoyant un dispositif de gestion collective obligatoire des droits des œuvres orphelines et la qualité à agir des sociétés agréées de perception et de répartition des droits pour le respect de ces droits.

²⁵ Pour la retransmission par câble, le régime de titularité des droits n'est pas défini dans les dispositions du code de la propriété intellectuelle (articles L. 214-1 à L. 214-5).

b) Des autorisations d'exploitation stables, non exclusives, accordées pour une durée limitée

La réapparition de l'ayant droit entraîne, *de facto*, la disparition de la condition d'œuvre orpheline. Cela implique que de nouvelles autorisations éventuellement demandées par des opérateurs devront être obtenues dans les conditions du droit commun de la propriété littéraire et artistique.

Quid, alors, des autorisations obtenues préalablement à ce changement de statut de l'œuvre ? Il paraît nécessaire d'assurer un minimum de sécurité juridique aux autorisations délivrées: une autorisation d'exploiter une œuvre orpheline ne pourra être remise en cause par la seule réapparition de l'ayant droit, sauf intérêt légitime avéré. Cela ne préjuge pas de la possibilité pour ce dernier de recourir au juge, s'il l'estime nécessaire. En revanche, sous réserve des autorisations délivrées et pour leur durée limitée, la maîtrise de ses droits doit lui être reconnue dès sa réapparition, pour toute nouvelle exploitation. Par ailleurs, l'ayant droit pourra faire valoir ses droits patrimoniaux auprès de la société ayant perçu les droits (cf. III.1.4).

Il paraît en conséquence raisonnable de prévoir que les autorisations auront une durée limitée, afin de prendre en compte le caractère relatif, dans le temps, de la condition d'œuvre orpheline : une œuvre peut sortir de cette condition, soit parce que ses ayants droit réapparaîtraient spontanément, soit parce que de nouvelles recherches pourraient aboutir à les identifier et/ou à les localiser. La limitation dans le temps des autorisations permettrait de « rafraîchir » des recherches, puisque lors de chaque nouvelle demande d'autorisation d'exploitation d'une œuvre, l'utilisateur potentiel devra en principe compléter les recherches précédemment effectuées. Il reviendra à chaque société agréée d'apprécier au cas par cas la durée de l'autorisation accordée. Un projet nécessitant des investissements importants pourrait ainsi bénéficier d'une durée permettant d'amortir ces investissements.

La Commission estime par ailleurs que les autorisations accordées ne pourront pas être exclusives. En effet, si la possibilité de consentir une exclusivité peut présenter l'avantage de favoriser les investissements des opérateurs (en l'occurrence, les recherches préalables et la numérisation), elle n'apparaît cependant pas compatible avec l'objectif d'intérêt général de facilitation de l'accès aux œuvres²⁶.

Une question demeure en suspens : celle du champ géographique de l'autorisation. Les sociétés agréées pourront-elles délivrer des autorisations d'exploitation pour des œuvres étrangères²⁷ ? En matière de droit de reprographie par exemple, les deux sociétés de gestion agréées par le ministère de la culture peuvent représenter également les titulaires de droits des œuvres étrangères. Des accords de réciprocité ont par ailleurs été signés. Ce mécanisme est cohérent avec les stipulations de la convention de Berne prévoyant qu'un acte d'exploitation sur un territoire est soumis au droit local. Toutefois, les projets de numérisation en cours ont pour but de mettre à disposition des œuvres qui seront consultables en tous points du globe. Les enjeux sont donc très différents. A ce stade, il a paru préférable à la Commission d'attendre l'avancée des travaux européens sur ce point, puisque les solutions adoptées par les différents Etats membres devront être interopérables. Une concertation au niveau européen paraît donc indispensable pour définir la position à adopter sur cette question.

III.1.4. Rémunération, perception et utilisation des rémunérations

²⁶ On peut relever que l'article 77 de la loi canadienne sur le droit d'auteur prévoit également que les autorisations d'exploiter des œuvres orphelines ne sont pas exclusives.

²⁷ On peut relever que la nationalité des œuvres peut s'avérer particulièrement délicate à déterminer, lorsqu'il s'agit notamment de photographies et plus généralement d'images fixes.

Le niveau de la rémunération à verser en contrepartie de l'autorisation sera fixé par voie de négociation entre la société agréée et l'utilisateur. Il sera donc fixé de façon contractuelle entre les parties. La fixation de cette rémunération devra cependant respecter le droit commun, quel que soit le secteur considéré (voir III.3.1. et III.3.2).

Le mode de fixation et le montant de la rémunération sont soumis au régime de droit commun. La négociation contractuelle, individuelle ou collective par secteur d'utilisateurs, doit pouvoir jouer pleinement son rôle de régulation, sous le contrôle du juge.

Compte tenu du dispositif choisi, c'est également au niveau des sociétés agréées que s'effectuera la perception des rémunérations.

Les sommes perçues devront être conservées afin de pouvoir, le cas échéant, être reversées aux ayants droit qui réapparaîtraient. La question qui se pose est celle de la prescription applicable à ces sommes. Il paraît logique d'aligner la durée de prescription sur celle d'ores et déjà prévue au dernier alinéa de l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit une prescription décennale. Un projet de loi actuellement en discussion au Sénat, de portée générale, ramène cependant la durée de la prescription décennale à cinq ans.

Il est en outre nécessaire de prévoir qu'une fraction des sommes perçues soit affectée au financement du dispositif, afin que les sociétés agréées puissent couvrir les frais de gestion des œuvres, de participation au guichet commun et de maintenance des bases de données. La Commission estime que l'affectation expresse d'une partie de ces sommes au dispositif présente le double avantage d'inciter les sociétés de perception et de répartition des droits à gérer les droits des œuvres orphelines et de renforcer la crédibilité du système auprès des utilisateurs.

III.2. Secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : le recours aux dispositifs existants

Pour ces différents secteurs, caractérisés notamment par une gestion collective volontaire quasiment généralisée, des bases de données extensives et des mécanismes de concentration des droits auprès du producteur, la mise en place d'un dispositif *ad hoc* pour gérer les droits des œuvres orphelines est apparue peu pertinente. Il semble préférable de recourir, au cas par cas, aux dispositifs existants.

Outre la gestion collective volontaire qui, en appui de la gestion collective individuelle, permet la gestion de la quasi-totalité des droits dans ces secteurs, ces solutions sont principalement de deux ordres : la voie du recours au juge prévue par les articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle, d'une part, et les accords collectifs, d'autre part.

III.2.1. Le recours au juge

Cette possibilité est offerte par les dispositions des articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle. Comme il a été indiqué précédemment, ces dispositions permettent, en cas de non-usage des droits d'exploitation, notamment parce que les ayants droit d'une œuvre ne sont pas connus, de recourir au juge pour qu'il ordonne les mesures appropriées.

Le Centre National de la Cinématographie a recouru à ce mécanisme en 1984 pour obtenir la possibilité de conclure une convention avec la Société des Auteurs Compositeurs Dramatiques afin de pouvoir exploiter des films dont les ayants droit étaient inconnus. Malgré l'autorisation

conférée par le juge, qui portait sur un petit nombre d'œuvres²⁸, l'accord entre le CNC et la SACD n'a finalement pas été conclu.

Depuis, cette procédure apparaît être utilisée pour une dizaine de cas par an, notamment en cas de successions non régularisées. Ainsi, à la demande d'un producteur, la SACD peut être nommée mandataire de justice pour un auteur, ce qui lui permet de conclure les conventions de cession de droits nécessaires à l'exploitation d'une œuvre.

Il est renvoyé sur ce point au paragraphe III.3.2 qui étudie les aménagements envisageables de ce mécanisme de recours au juge pour l'adapter au cas des œuvres orphelines.

III.2.2. Les accords collectifs

Le recours à des accords collectifs peut s'avérer utile dans les secteurs considérés, pour la gestion de droits voisins dont les titulaires ne seraient pas identifiables.

L'Institut National de l'Audiovisuel, qui dispose d'un fonds de 1,2 millions d'heures d'archives audiovisuelles, est investi d'une mission de service public qui consiste à conserver et à valoriser ce fonds d'archives nationales. Au titre de cette mission de service public, l'INA a la possibilité, inscrite à l'article 44 de la loi du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), de conclure avec les artistes-interprètes ou avec les organisations représentatives des salariés des accords régissant les conditions d'utilisation de ces archives, pour tout mode d'exploitation. Ces dispositions, dérogoires au régime des droits exclusifs des artistes-interprètes prévu aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, permettent donc la conclusion d'accords par l'INA afin de faciliter l'exploitation de ses archives²⁹. Or le champ de ces accords peut comprendre des œuvres orphelines. En ce cas, les sommes correspondant à la rémunération des ayants droit inconnus ou introuvables sont versées sur un compte bloqué et peuvent être débloquées si l'ayant droit revient³⁰.

Un autre accord est par ailleurs en cours de négociation avec les artistes-interprètes dans le secteur de la musique, afin de répondre au souhait de l'industrie phonographique de pouvoir exploiter ses fonds de catalogue – notamment les enregistrements fixés avant le 1^{er} juillet 1994. L'objet des négociations est toutefois limité : il s'agit de définir les conditions dans lesquelles une autorisation d'exploitation peut être mise en œuvre, alors que les contrats ou les conventions collectives n'auraient pas prévu de rémunération au titre de ce mode d'exploitation. Or certaines œuvres potentiellement couvertes par le champ de l'accord peuvent être orphelines. Un « fonds de sécurité » serait alors mis en place : les producteurs sont présumés pouvoir utiliser la prestation, à condition de s'acquitter de recherches avérées et sérieuses et du versement d'une somme correspondant à la rémunération qu'ils auraient versée à l'artiste-interprète. Les sommes restent disponibles pendant un certain délai avant d'être reversées, le cas échéant, aux artistes-interprètes qui réapparaîtraient. La validité juridique de cet accord a cependant suscité un débat³¹. Il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur ce point.

²⁸ La requête du CNC portait ainsi sur vingt-et-un films de dix-sept auteurs.

²⁹ Cette disposition législative a été validée par le Conseil constitutionnel (Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006).

³⁰ Le SNAM et la SPEDIDAM rappellent leur opposition à ce dispositif.

³¹ La SPEDIDAM est également opposée à l'accord collectif en cours de négociation entre l'industrie phonographique et certains syndicats d'artistes-interprètes. Elle est, pour sa part, favorable à l'adoption d'un système de gestion collective obligatoire, sur le modèle existant en matière de retransmission par câble.

Il apparaît, en définitive, que pour ces différents secteurs, la solution doit être envisagée au cas par cas.

III.3. Mécanismes transversaux

La Commission estime cependant utile de prévoir l'aménagement du dispositif de recours au juge prévu par le code de la propriété intellectuelle et de recommander de bonnes pratiques applicables à tous les secteurs, notamment en matière de prévention des oeuvres orphelines.

III.3.1. Aménager le recours au juge prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle

En l'absence d'autre dispositif législatif, le recours au juge est ouvert aux secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique. Toutefois une modification des textes apparaît nécessaire.

L'article L. 122-9 du code de la propriété intellectuelle dispose : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi par le ministre chargé de la culture³² ».

L'article L. 211-1 du même code prévoit un mécanisme comparable pour les droits voisins : « Outre toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, le ministre chargé de la culture peut saisir l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou de déshérence ».

Une première question concerne les conditions dans lesquelles le mécanisme peut être mis en œuvre. En particulier, la rédaction de l'article L. 122-9 peut prêter à penser que le recours au juge n'est possible que lorsque l'auteur est décédé. Il pourrait être utile d'aménager la rédaction de cet article afin de lever cette ambiguïté : la diversité des cas d'œuvres orphelines conduirait nécessairement à saisir le juge alors que le sort de l'auteur n'est pas connu.

Une deuxième incertitude tient à l'intérêt à agir. Dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, les sociétés de perception et de répartition des droits peuvent ester en justice en application des dispositions précitées de l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle. L'introduction de nouvelles dispositions instituant une gestion collective obligatoire pour la gestion des droits des œuvres orphelines, préconisée par la Commission, permettra aux sociétés agréées de se prévaloir de leur mission de gestion des droits attachés à ces œuvres.

L'intérêt à agir pour les demandeurs des autres secteurs serait en principe constitué dès lors qu'un projet d'exploitation d'une œuvre est bloqué en raison de son statut d'orpheline. L'appréciation du juge portera alors moins sur la recevabilité de la requête que sur le fond : le point central du dispositif reste en réalité le respect des critères permettant au juge d'apprécier si les recherches menées par l'utilisateur sont avérées et sérieuses.

La rédaction actuelle de ces articles laisse au juge une grande latitude de choix dans les mesures à ordonner, puisqu'aucune précision n'est apportée à ce sujet. Il pourrait être utile d'indiquer, pour

³² Une disposition identique figure à l'article L. 121-3 du code de la propriété intellectuelle pour l'exercice du droit de divulgation. Cette disposition n'est pas reprise ici, la Commission ayant exclu du champ du nouveau dispositif les œuvres non divulguées.

le seul cas des œuvres orphelines, le type de mesure attendu (par exemple, comme dans le cas du CNC, la possibilité d'accord avec une société agréée).

L'aménagement de ces dispositions législatives consisterait donc à inclure de façon expresse dans leur champ les œuvres orphelines.

III.3.2. Développer la prévention et de bonnes pratiques communes à tous les secteurs

a) Encourager de bonnes pratiques en matière de tarification

La rémunération des droits d'exploitation sera fixée de façon contractuelle lors des négociations entre les utilisateurs potentiels et les sociétés de perception et de répartition des droits.

Toutefois, plusieurs critères doivent entrer en ligne de compte pour fixer le niveau de cette rémunération : type d'utilisation envisagée, nombre d'autorisations demandées, recherches menées par le demandeur ou utilisation de recherches déjà effectuées.

Il est par ailleurs nécessaire de veiller à ce que l'exploitation d'œuvres orphelines ne concurrence pas artificiellement l'exploitation d'œuvres sous droits non orphelines. Afin de préserver l'équilibre entre les deux types d'œuvres, les conditions de rémunérations des droits doivent demeurer comparables, sous réserve des possibilités de modulation précédemment évoquées.

b) L'amélioration des dispositifs préventifs

Le principal enjeu en matière d'œuvres orphelines est d'en limiter l'apparition et d'en réduire le nombre. Ce double objectif doit se traduire par la mise en œuvre de plusieurs types de dispositifs préventifs.

En premier lieu, la prévention de l'apparition de nouvelles œuvres orphelines suppose de pouvoir identifier de façon efficace les œuvres. Il apparaît ainsi nécessaire de promouvoir les solutions techniques qui permettront, à l'avenir, d'identifier les œuvres et tout particulièrement les œuvres disponibles en format numérique, grâce à l'intégration de métadonnées. Tous les secteurs ont exprimé leur intérêt à la réalisation de cet objectif. Certains ont pu faire des suggestions sectorielles dont l'examen ne peut relever du présent rapport.

Les travaux relatifs à la mise en place de mécanismes d'identification des auteurs et des ayants droit pour les futurs livres et œuvres du secteur de l'écrit sont d'ores et déjà bien engagés, avec la mise en place notamment d'un Digital Object Identifier (DOI). Des systèmes d'identification, harmonisés au niveau international, sont déjà appliqués dans le secteur de la musique, grâce, notamment, à un identifiant unique approuvé par l'ISO, l'International Standard Musical Work Code (ISWC³³) pour les œuvres, et l'International Standard Recording Code (ISRC³⁴) pour les phonogrammes et les vidéomusiques. Il en va de même en matière cinématographique et audiovisuelle, avec un autre identifiant ISO, l'International Standard Audiovisual Number (ISAN³⁵).

En second lieu, la diminution du nombre des œuvres orphelines existantes suppose de faciliter, lorsque cela n'est pas déjà le cas, l'accès aux bases de données et plus généralement aux

³³Voir annexe 3, note de la SACEM, « Le cas des œuvres musicales ».

³⁴ Voir www.scpp.fr

³⁵ Voir www.isan.org et www.france-isan.org

informations existantes, de mettre à jour de façon systématique ces informations et de favoriser les échanges d'information sur les œuvres orphelines.

Ainsi, dans le secteur de l'écrit, si de nombreuses ressources bibliographiques existent, certaines bases ne sont pas toujours aisément accessibles.

Le secteur de l'image fixe est en outre confronté à des difficultés particulières en matière d'identification des œuvres. Les ressources existantes sont en effet dispersées et le nombre d'œuvres non numérisées est considérable. Enfin, les outils de reconnaissance d'image sont actuellement encore coûteux et d'une fiabilité relative.

Il est donc nécessaire de veiller à ce que les bases de données soient inventoriées, mises à jour et accessibles.

Enfin, il serait utile de mettre en place, notamment sur le site du portail unique pour les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, un espace permettant aux différents acteurs de fournir des informations sur les œuvres orphelines permettant de mutualiser les données sur des ayants droit qu'ils auraient pu identifier ou localiser. Cet espace pourrait être alimenté, notamment, par une liste des œuvres présumées orphelines que des opérateurs (notamment des bibliothèques) envisageraient de numériser, mais dont les titulaires de droits n'auraient pas été retrouvés après une première série de recherches (recherches bibliographiques et consultation des bases de données des sociétés de perception et de répartition des droits). Les titulaires de droit pourraient ainsi se manifester au vu de la liste, laquelle serait établie œuvre par œuvre.

ANNEXES

1. Lettre de mission

2. Participants aux travaux de la Commission

3. Note de la SACEM, « Le cas des œuvres musicales »

4. Contribution indépendante de M. Bernard Lang, « L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe »

Le 2 août 2007

Maître,

Dans le cadre de sa stratégie globale de renforcement de l'économie numérique, la Commission européenne a engagé une initiative portant sur les bibliothèques numériques et visant à promouvoir l'accès au patrimoine culturel et scientifique de l'Europe.

La recommandation de la Commission du 24 août 2006 et les conclusions du Conseil du 7 décembre 2006 encouragent la conservation numérique et l'accessibilité en ligne des données culturelles. Un groupe d'experts de haut niveau a été chargé par la Commission d'examiner les moyens de développer les bibliothèques numériques et d'améliorer la collaboration entre le secteur public et le secteur privé.

Le rapport consultatif présenté par ce groupe d'experts le 18 avril 2007 porte notamment sur les modalités d'acquisition des droits afférents aux œuvres orphelines, c'est-à-dire les œuvres dont il n'est pas possible d'identifier ou de trouver les titulaires de droit et sur les éditions épuisées. Le rapport préconise la conclusion, au niveau des Etats membres, d'accords volontaires entre les bibliothèques et les titulaires de droits, pour favoriser la numérisation de ces œuvres – écrites et audiovisuelles – et leur mise en ligne sur des réseaux fermés.

C'est dans ce contexte que je vous propose de présider la commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, dont la création a été décidée lors de la séance plénière du 26 juin 2007. Elle explorera, en s'appuyant notamment sur les travaux menés au plan communautaire, les mesures susceptibles de favoriser la numérisation et l'accessibilité des œuvres orphelines et des éditions épuisées. Vous vous interrogerez d'abord sur les enjeux – économiques, culturels et sociétaux – de la numérisation et de la diffusion de ces œuvres, puis sur les dispositifs normatifs ou contractuels de niveau communautaires ou national, qui pourraient être nécessaires pour atteindre ces objectifs.

Vous voudrez bien associer aux travaux de la commission, de façon ponctuelle ou permanente, des personnalités extérieures au Conseil supérieur. Vous serez assisté dans votre travail par Sophie-Justine Lieber, maître des requêtes au Conseil d'Etat, qui assurera les fonctions de rapporteur.

Vous remettrez le résultat de vos travaux, sous forme d'un rapport et d'un projet d'avis à soumettre au Conseil supérieur en mars 2008, tout en présentant en décembre 2007, un rapport d'étape.

En vous remerciant d'avoir accepté d'assurer la présidence de cette commission, je vous prie de croire, Maître, à l'expression de mes salutations distinguées.

Jean-Ludovic Silicani

Composition de la commission « Oeuvres orphelines »

MEMBRES DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

ABSIRE Alain	Société des gens de lettres (SGDL)
BLANC Xavier	Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)
BOUTTERIN Emmanuel	Syndicat national des radios libres (SNRL)
BRILLANCEAU Olivier	Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)
CARLIER Thierry	Association des producteurs de cinéma (APC)
DE LA BOULAYE Vianney	Syndicat national de l'édition (SNE)
DE RENGERVE Emmanuel	Syndicat national des auteurs et des compositeurs (SNAC)
DESURMONT Thierry	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
DUVILLIER Laurent	Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
FELDMAN Isabelle	Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)
HEUSSE Marie-Dominique	Association des directeurs et personnels de direction des bibliothèques universitaires et de la documentation (ADBU)
LANG Bernard	Institut national de recherche en informatique et automatique (INRIA) ; Association francophone des utilisateurs de Linux et de logiciels libres (AFUL)
LAUME Patrice	Union des producteurs de films (UPF)
MARCOS Laurence	Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
PIRIOU Florence-Marie	Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA)
RAMONBORDES Christiane	Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
RONY Hervé	Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
TARDIF Laurent	Syndicat national des artistes musiciens (SNAM)
VAN DER PUYL Idzard	Société civile pour la perception et répartition des droits de représentation publique des films cinématographiques (PROCIREP)
ZMIROU Nicole	Société des auteurs et des compositeurs dramatiques (SACD)

**PERSONNALITES EXTERIEURES AU CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE
LITTERAIRE ET ARTISTIQUE**

ALVAREZ Jorge	Union des photographes créateurs (UPC)
DEBARNOT Jean-François	Institut national de l'audiovisuel (INA)
GAME Valérie	Bibliothèque nationale de France (BNF)
LISSARRAGUE Jean	Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)

REPRESENTANTS DES ADMINISTRATIONS

BAUDREZ Marie-Liesse	Ministère de la culture et de la communication Sous-directrice des affaires juridiques
DELFANTE Sylvie	Ministère de la culture et de la communication Direction de l'architecture et du patrimoine
DE MONTLUC Hélène	Ministère de la culture et de la communication Sous-direction des affaires juridiques
DEVILLERS-SIGAUD Chantal	Ministère de la culture et de la communication Direction de la musique de la danse du théâtre et des spectacles
FACON-SORET Laetitia	Centre national de la cinématographie (CNC)
GUILLOU Nicolas	Ministère de la Justice Direction des affaires civiles et du Sceau
PELLETIER Geoffroy	Ministère de la culture et de la communication Chef du département de l'économie du livre

Commission du CSPLA sur les œuvres orphelines et épuisées

Le cas des œuvres musicales

La présente note a pour objet d'apporter un certain nombre de précisions sur le statut des œuvres orphelines **en ce qui concerne les œuvres musicales**, notamment quant à la gestion des données relatives aux œuvres et aux titulaires de droits sur ces œuvres.

Les données fournies démontrent le caractère très détaillé et précis de l'information sur les œuvres et les ayants droit dans le domaine musical.

Les bases de données des sociétés d'auteurs ayant été conçues avec pour principal objectif de permettre une répartition optimale des redevances perçues par chaque société d'auteurs sur son territoire d'exercice à ses membres et aux autres sociétés d'auteurs, ces informations sont évidemment établies et structurées avec un maximum de fiabilité.

1. En premier lieu, la notion d'œuvre orpheline telle que la commission du CSPLA a proposé de la définir (« *L'œuvre orpheline est une œuvre protégée dont l'auteur et / ou les titulaires de droits n'ont pu être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et proportionnées à l'utilisation envisagée* ») implique que dès lors que le / les titulaire/s des droits sur une œuvre est / sont identifiable/s celle-ci ne peut être considérée comme orpheline.

Ceci a pour conséquence que les œuvres figurant au répertoire d'une société d'auteurs ne peuvent, en toute hypothèse, être considérées comme des œuvres orphelines.

Compte tenu du fait que la gestion collective est la règle en matière d'œuvres musicales, d'une part et de l'existence d'accord de représentation entre les sociétés d'auteurs du monde entier, d'autre part, les œuvres inscrites au répertoire des sociétés d'auteurs représentent la quasi-totalité du répertoire musical mondial et l'on peut sans risque d'erreur affirmer que les cas d'œuvres musicales orphelines sont extrêmement rares.

Toutefois, il est évidemment impossible de procéder à une quantification totalement exacte puisque, par construction, les ayants droit d'œuvres qui ne figureraient pas au répertoire des sociétés d'auteurs ne peuvent être connus de ces sociétés.

2. En second lieu, il est important, au regard des œuvres faisant partie du répertoire des sociétés d'auteurs, de ne pas introduire de confusion entre "œuvres orphelines" et "œuvres non identifiées".

Le fait qu'une œuvre ne peut être identifiée à partir des données que doit fournir l'exploitant au titre d'une utilisation précise n'implique ni que l'œuvre ne fasse pas partie du répertoire des sociétés d'auteurs ni que cette absence d'identification soit définitive. On devrait d'ailleurs plutôt parler d'exploitation non identifiée que d'œuvre non identifiée.

L'absence d'identification d'une exploitation n'existe qu'à un instant donné et peut être régularisée ultérieurement, la SACEM mettant en œuvre les moyens nécessaires à l'identification.

Par exemple, un auteur peut n'avoir pas encore procédé à la déclaration d'une de ses œuvres au moment de son exploitation, mais l'identification pourra intervenir dès que la déclaration aura été faite.

De même, il peut se produire que le titre déclaré par l'exploitant soit inexact ou approximatif et qu'il soit nécessaire de procéder à une recherche complémentaire auprès des membres de la SACEM ou des sociétés étrangères afin de retrouver le titre de l'œuvre concernée.

La question de l'identification des exploitations ne relève donc pas de la réflexion sur les œuvres orphelines.

3. L'identification des œuvres et de leurs ayants droit est rendue possible par les systèmes d'information gérés par les sociétés d'auteurs et ce au niveau mondial.

3.1 Il convient d'indiquer à cet égard que les sociétés d'auteurs regroupées au sein de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs compositeurs (CISAC) ont mis en place un système commun d'information (Common Information System) permettant d'identifier les œuvres de leur répertoire au niveau mondial.

Ce système repose sur un identifiant unique approuvé par l'ISO, dénommé International Standard Music Code (ISWC).

Cet identifiant unique est attribué par des agences locales, qui sont les sociétés d'auteurs compétentes dans les différents territoires concernés. Le bon fonctionnement du système est assuré par l'Agence internationale ISWC, désignée par l'ISO.

L'ISWC comporte notamment : le titre de l'œuvre, ses différents créateurs en fonction de leur rôle dans la création, les différentes versions de l'œuvre (par exemple les arrangements, les adaptations et les traductions des paroles). Dans ce dernier cas, l'ISWC permet d'identifier chaque version différente d'une œuvre et, également, l'œuvre à partir de laquelle chaque version a été réalisée.

L'ISWC n'a pas pour finalité de remplacer le système de numérotation interne de chaque société d'auteurs, mais il permet l'interconnexion entre les différentes bases de données des différentes sociétés d'auteurs et, par conséquent, l'identification rapide et fiable d'une œuvres musicale quelle que soit la société d'auteurs en charge de sa gestion.

A fin novembre 2007, il existait près de **32 millions d'œuvres** musicales répertoriées par le Système commun d'information (hors œuvres des pays asiatiques qui devraient y être intégrées dans l'avenir).

3.2 Il existe un fichier international des ayants droit (IPI) qui identifie près de **2,9 millions d'ayants droit**.

Ce fichier comporte le nom et le numéro unique de chaque ayant droit (personne physique ou personne morale) et différents éléments permettant de les identifier / localiser :

- date de naissance ou de fondation (pour les personnes morales)
- date de décès ou de dissolution
- nationalité
- qualité (auteur, compositeur, éditeur)
- société d'auteurs d'appartenance

3.3 Il existe également un Index des œuvres audiovisuelles (AV INDEX) dont l'objectif est de répertorier les titres d'œuvres audiovisuelles (films ou séries télévisées) et les informations relatives à la musique de ces œuvres.

L'AV INDEX permet notamment de :

- localiser la documentation relative à une œuvre musicale sonorisant une œuvre audiovisuelle
- établir un lien entre le titre original de l'œuvre musicale et son titre dans chacun des territoires où elle peut être exploitée

L'AV INDEX est régulièrement alimenté par les principales sociétés d'auteurs musicales dans le monde. Il comporte plus de **1,5 millions de titres**.

Compte tenu de la généralisation de la gestion collective dans le domaine musical ainsi que de l'exhaustivité et de la précision de l'information sur les œuvres et les titulaires de droits au niveau international, le recours à une gestion collective obligatoire n'apparaît pas justifié dans ce secteur pour régler la question des œuvres orphelines. Les quelques cas qui pourraient éventuellement devoir être traités peuvent l'être dans le cadre des dispositions actuelles du CPI.

Hubert Tilliet, SACEM, janvier 2008

L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe[†]

Bernard Lang[‡] (INRIA, AFUL), 17 mars 2008

Table des matières

1 LES ŒUVRES ORPHELINES.....	32
1.1 Introduction	
1.2 Définitions	
1.3 Sur le caractère protégé d'une œuvre orpheline	
1.4 La recherche des ayants droit	
2 INTÉRÊT MORAL ET INTÉRÊT PATRIMONIAL.....	36
3 DROIT EXCLUSIF ET VOLONTÉ DE L'AUTEUR.....	39
4 LA TUTELLE DES ŒUVRES ORPHELINES.....	43
4.1 Introduction	
4.2 Les rôles de la tutelle	
4.3 Le choix d'une politique de tutelle	
4.4 La rémunération	
4.4.1 La crainte de la concurrence	
4.4.2 Usages, points de vue et analyses	
4.5 La contrefaçon et le contrôle des usages	
4.6 La gestion collective obligatoire	
4.7 La conformité avec les instruments internationaux	
5 CONCLUSION.....	59
CONSTATS	60
RECOMMANDATIONS.....	61

[†] Cette note a été rédigée dans le cadre de la Commission du CSPLA sur les œuvres orphelines et les éditions épuisées, décidée le 26 juin 2007 et mise en place le 2 août 2007 sous la présidence de Me Jean Martin. Il a été estimé que les contributions qu'elle contient s'inscriraient mal dans la logique de travail de la commission et, à la demande du président de la commission, il a donc été jugé préférable de clarifier la présentation en faisant un document indépendant en annexe du rapport de la commission. L'auteur a choisi, par son intitulé, d'en limiter la portée à l'écrit et l'image fixe compte tenu de sa connaissance trop réduite des autres domaines de la propriété littéraire et artistique, à l'exception du secteur des logiciels qui ne semble pas en discussion pour le moment. Il va cependant sans dire que nombre des analyses ou remarques faites dans ce document sont applicables à tous les secteurs concernés par le droit d'auteur, y compris et particulièrement le logiciel, notamment pour ce qui relève de l'expression et du respect de la volonté des auteurs et ayants droit, ou de la défense de leur intérêt.

[‡] Bernard.Lang@datcha.net – <http://inria.fr/> – <http://aful.org/>

L'auteur a effectué la traduction des citations de documents en anglais.

Les droits que la loi accorde ou protège ne sauraient être futiles. Ils sont destinés à pouvoir être exercés par ceux qui en bénéficient pour promouvoir les intérêts qu'ils souhaitent défendre. Cependant ces intérêts peuvent être contradictoires, ce qui impose de choisir un compromis et d'exercer ses droits en fonction de ce compromis. La situation est encore plus difficile quand l'exercice des droits, et donc l'intérêt de leur bénéficiaire, est placé sous la tutelle d'un tiers. Ce « *tuteur* » doit donc choisir en son âme et conscience le compromis le plus favorable à la personne représentée, en tenant compte de sa situation et, si possible, des volontés que cette dernière aurait pu communiquer à ce sujet ou des indices disponibles concernant cette volonté. Par ailleurs, pour paraphraser l'article 396 du code civil, l'exercice tutélaire des droits devrait être retiré « *lorsqu'une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt [de l'ayant droit].* »

1 Les oeuvres orphelines

1.1 Introduction

Le concept d'œuvre orpheline a été introduit pour désigner des œuvres dont, pour des raisons circonstancielles, on ne peut déterminer qui sont les ayants droit, ou comment les contacter. L'importance du problème des œuvres orphelines vient de ce que, faute de pouvoir demander l'accord des ayants droit, tout usage ou exploitation de l'œuvre comporte un risque juridique, notamment de poursuite en contrefaçon si les ayants droit se manifestent. Il peut en résulter un « *gel* » de l'œuvre qui devient un élément mort et inerte du patrimoine culturel, voire un risque pour la préservation-même de l'œuvre, faute de pouvoir pallier le vieillissement ou l'obsolescence de son support ou de son format de fixation.¹ Ce gel est au détriment de tous les acteurs, de l'auteur dont l'œuvre reste lettre morte, du public qui est privé d'une partie du patrimoine, et des autres créateurs qui auraient pu vouloir utiliser cette œuvre.

Il faut en outre se rappeler que beaucoup d'œuvres ont des ayants droit multiples. Le fait qu'une œuvre soit orpheline pour l'un des droits concernés entraîne un blocage de son exploitation, lésant ainsi gravement les autres ayants droit du point de vue moral comme du point de vue patrimonial.²

Il est donc important de prendre conscience des divers problèmes que peut poser l'orphelinat de certaines œuvres, tant pour elles-mêmes que pour l'économie et l'écologie de la création et de la culture. Il convient ensuite d'identifier les moyens d'y répondre efficacement, en évitant de dénaturer le droit d'auteur tel qu'il existe. Trois types de réponses sont à considérer³ :

¹ Rappelons que l'alinéa 8° de l'article L.122-5 du CPI ne prévoit la conservation que « par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, » Un particulier peut recourir à la copie privée à condition d'en avoir les moyens et la compétence et de ne pas en être empêché par des mesures techniques de protection.

² Si une œuvre orpheline devait être exploitée quand même, et que cette exploitation soit ensuite mise en cause par un ayant droit retrouvé, les ayants droit connus qui auraient naturellement bénéficié de cette exploitation pourraient même être considérés comme complices de contrefaçon.

³ Nous adaptons ici une classification proposée par la Commission spécialisée du CSPLA sur l'exploitation des œuvres orphelines et des éditions épuisées.

1 réponses préventives : évolutions techniques ou juridiques permettant de réduire *a priori* le nombre des œuvres orphelines, par exemple par la création de registres d'œuvres ou d'auteurs, ou par l'obligation – dans certaines limites – de documenter les œuvres.

2 réponses palliatives : prévoir des mécanismes juridiques permettant d'utiliser les œuvres orphelines sans s'exposer à une insécurité juridique et économique excessive et en minimisant l'atteinte aux droits exclusifs des titulaires introuvables. Cela n'élimine pas l'orphelinat mais le rend plus supportable.

3 réponses curatives : développer des moyens contribuant à faire sortir les œuvres de l'orphelinat, notamment lorsqu'elles sont déjà utilisées en tant qu'œuvres orphelines ou simplement classées comme telles, par exemple par la création de registres publics d'œuvres orphelines destinés à recueillir des informations sur ces œuvres.

Il convient aussi de considérer que le problème de l'orphelinat ne se pose que dans la mesure où l'accord d'ayants droit est requis pour un usage donné. Typiquement, la simple numérisation des œuvres par des bibliothèques ou des musées est autorisée par l'article 1 de la loi DADVSI⁴ (article L 122-5, alinéa 8° du CPI) au titre des exceptions et limitations aux droits exclusifs prévues dans l'article 5 de la directive européenne 2001/29/CE.⁵ Il est donc possible que certains problèmes posés par les œuvres orphelines puissent être traités de façon plus générale par des solutions dépassant le cadre des seules œuvres orphelines.

Les réponses préventives et curatives sont bien entendu préférables, car elles respectent la lettre du droit d'auteur. Malheureusement elles restent insuffisantes, ce qui motive la recherche de solutions palliatives qui fassent le moins possible violence aux principes fondamentaux du droit d'auteur. C'est l'objet principal de ce document.

Qu'elles se limitent ou non au domaine strict des œuvres orphelines, les réponses qui peuvent être apportées doivent satisfaire les contraintes fixées par les instruments internationaux, dont notamment le triple test (article 9(2) de la Convention de Berne)⁶ et la non soumission du droit d'auteur à des formalités (article 5(2) de la Convention de Berne).⁷

1.2 Définitions

Nous proposons la définition suivante :

Une œuvre orpheline est une œuvre dont on ne peut déterminer ou joindre les titulaires de droits.

L'interprétation de cette définition (comme de toutes celles qui sont proposées par ailleurs) nécessite quelques explications.

⁴ LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O n° 178 du 3 août 2006 page 11529.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>

⁵ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001, p. 0010 – 0019.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>

⁶ Article 9(2) de la Convention de Berne.

http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P144_29304

Cet article est repris dans l'article 5-5 de la directive européenne 2001/29/CE (note 5).

⁷ Article 5(2) de la Convention de Berne.

http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P113_19806

Déterminer ou joindre les titulaires de droits, cela signifie déterminer ou joindre chacun d'entre eux. L'œuvre est donc orpheline si un seul titulaire de droit est indéterminé ou injoignable. Pour plus de précision et de commodité d'exposé, on appellera « *droit orphelin* » tout droit sur une œuvre orpheline dont le titulaire n'est pas déterminé ou joignable.⁸ Alternativement, on pourra généralement considérer dans la suite que l'expression « *œuvre orpheline* » fait référence aux contributions à l'œuvre dont les droits sont orphelins. Pour simplifier la présentation, nous ne distinguons pas les droits d'auteur des droits voisins, et nous parlons (abusivement) de l'auteur pour désigner la personne à l'origine du droit considéré, cette personne pouvant être par exemple un interprète. La difficulté à déterminer les ayants droit résulte le plus souvent d'un manque d'information explicite sur ceux-ci, que ce soit sur l'œuvre elle-même ou sur d'autres ressources documentaires permettant d'identifier les ayants droit, ces droits ayant pu faire l'objet de cessions et/ou transferts multiples (héritage par exemple). Il se peut aussi que ce soit par manque d'information sur l'existence même du droit, qui dépend de l'histoire de l'œuvre ou de son auteur.⁹ Il semble cependant que l'on s'accorde à exclure les difficultés de nature juridique plutôt que circonstanciées, par exemple les problèmes de détermination des ayants droit qui seraient liés au fait que l'on ne sait quelle est la loi applicable, sauf si cela est la conséquence d'un manque d'information concernant l'auteur.¹⁰ On peut penser qu'il faut aussi exclure les circonstances dans lesquelles les difficultés, bien que circonstanciées, ne sont pas liées à l'œuvre ou au droit d'auteur, par exemple en cas de contestation d'une cession ou d'un héritage. Par contre, le fait de ne pouvoir localiser un héritier est bien un problème de droit orphelin.

C'est le besoin de déterminer s'il existe encore un droit exclusif sur l'œuvre qui nous conduit à ne pas limiter la définition aux cas des « titulaires introuvables », selon la terminologie canadienne, ce qui serait plus simple mais semblerait exclure le cas où l'on ne sait même pas s'il y a effectivement un titulaire de droits. L'expression « *titulaires introuvables* » semble cependant adéquate pour parler des titulaires éventuels, qu'ils soient connus ou inconnus.

1.3 Sur le caractère protégé d'une œuvre orpheline

⁸ Le concept de droit orphelin est moins souvent utilisé que celui d'œuvre orpheline. À l'expérience, il semble qu'il simplifie et clarifie souvent les discussions – par exemple dans la section suivante sur le caractère protégé des œuvres orphelines – et qu'il soit plus fondamental par son atomicité. Cette atomicité le rend plus homogène en ce qui concerne les usages concernés et ses caractéristiques techniques et juridiques. En outre, le caractère orphelin d'un droit est sans effet sur les autres droits, orphelins ou non. Chaque droit orphelin est traité indépendamment en fonction de ses caractéristiques propres, et *les droits non orphelins ne sont pas concernés, si ce n'est que leur exercice et leur jouissance peuvent être entravés par l'orphelinat d'autres droits.*

⁹ En fonction de dates concernant les ayants droit présents ou passés (décès de l'auteur en particulier) ou l'exploitation de l'œuvre (première publication ou présentation par exemple), un droit peut avoir expiré ou son exploitation dépendre de textes différents. Notons cependant que, si des ayants droit potentiels sont identifiés, la question de l'existence des droits est à résoudre entre eux et les personnes souhaitant utiliser ou exploiter l'œuvre. On n'est plus dans une logique d'œuvre orpheline, mais de contestation éventuelle des droits. Cependant, il faut bien commencer par identifier les ayants droit potentiels (problème de l'orphelinat) pour pouvoir se mettre d'accord par des voies appropriées sur l'existence des droits eux-mêmes. Ceci justifie nos remarques ultérieures sur le fait qu'une œuvre orpheline n'est pas nécessairement protégée.

¹⁰ ⁰ *Report on Orphan Works. A Report of the Register of Copyrights*, janvier 2006, section III.B.5.b, page 35, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>. Pour consulter l'ensemble des documents de cette étude, voir le site : <http://www.copyright.gov/orphan/>.

Certains auteurs précisent dans leur définition qu'une œuvre orpheline doit être une œuvre *protégée*.¹¹ Du point de vue du droit moral, ce qualificatif n'apporte rien car toutes les œuvres sont protégées, même après être passées dans le domaine public. Du point de vue des droits patrimoniaux, nous aurions une définition inutilisable car une partie du problème peut être que l'existence-même des droits peut dépendre de la détermination des ayants droit éventuels. Par exemple, faute de connaître la date du décès¹² d'un auteur qui peut être identifié ou inconnu, on ne peut déterminer si une œuvre est ou n'est pas encore dans le domaine public. Le problème de l'orphelinat de l'œuvre se pose donc pleinement, mais sans que l'on sache si l'œuvre est ou non effectivement protégée du point de vue patrimonial. Plus généralement, comme nous l'avons souligné en note au paragraphe précédent, le caractère protégé ou non de l'œuvre peut faire l'objet d'une contestation, contestation qui ne peut avoir lieu que si les ayants droit potentiels sont identifiés et contactés, ce qui est précisément le problème de l'orphelinat.

Par ailleurs, préciser que l'œuvre est protégée introduit une complexité supplémentaire dans la définition, car une telle précision n'a de sens que si la protection concerne le même droit que l'orphelinat éventuel.¹³ En effet, une œuvre peut parfaitement être « *protégée* » au regard d'un droit non orphelin, ce qui la rendrait acceptable quant à la contrainte de protection, tandis qu'elle ne le serait pas au regard d'un autre droit qui est la cause de l'orphelinat de l'œuvre. Le caractère protégé est à l'évidence non pertinent dans un tel cas, et il faudrait donc énoncer la définition de façon à l'exclure, en précisant que le caractère protégé doit être vérifié pour chacun des droits concernés par l'orphelinat.

1.4 La recherche des ayants droit

Un autre aspect important de la définition de l'œuvre orpheline concerne le fait de « *ne [pouvoir] déterminer ou joindre les titulaires de droits.* » À l'évidence, cela implique que l'on ait fait des efforts pour les « déterminer et les joindre », et donc que l'on ait procédé à des recherches. Il nous paraît cependant inutile et même nuisible de faire explicitement référence à ces recherches dans la définition, car on peut craindre que cela n'ait pour effet de compliquer le discours et de figer le débat.

Si l'on indique la nature des recherches à effectuer de façon trop générale, on n'apporte en fait pas grand chose à la définition qui implique déjà l'idée de recherche, et donc bien sûr de recherches appropriées. Si l'on est trop précis, on complique la définition et son usage en introduisant des modalités complexes dès lors que l'on envisage – ce qui est vraisemblable – que la nature des recherches appropriées dépende de divers facteurs, tels que la nature de l'œuvre ou du droit concerné, l'usage ou le mode d'exploitation envisagé, le type d'utilisateur, les caractéristiques de l'orphelinat (ayant droit inconnu ou seulement injoignable) ou encore la durée des droits restant à courir. Il serait par exemple tout à fait plausible pour le législateur de

¹ ¹ Voir par exemple : *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*, Stef van Gompel, IRIS Plus, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Édition 2007-4. http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.fr

¹ ² L'existence des droits peut même dépendre des conditions du décès, par exemple en raison des dispositions de l'article L 123-10 du CPI concernant les créateurs morts pour la France.

¹ ³ Cette confusion peut bien sûr être évitée si par « œuvre » on entend systématiquement « contribution à une œuvre correspondant à un droit unique », comme nous le proposons pour l'expression « œuvre orpheline » afin de préserver les usages linguistiques actuels. Mais cela risque de poser d'autres problèmes d'expression.

décider que la simple numérisation d'une œuvre par quiconque à des fins de préservation et sans objectif d'exploitation est permise avec un minimum de recherche.¹⁴

Par ailleurs, si une définition précise peut être envisageable ou souhaitable dans un texte de loi, elle ne saurait l'être dans un document destiné à permettre l'analyse et la discussion. En effet, comme le montre la diversité des études sur le sujet, les points de vue peuvent varier sur la nature des recherches à effectuer.¹⁵ Mais on ne saurait en discuter librement et efficacement, en analysant les effets des différents choix possibles, si on est d'emblée contraint par une définition de l'œuvre orpheline qui fixe ces choix *a priori*, mettant ainsi hors sujet toute proposition alternative que l'on pourrait être amené à considérer. En évitant d'évacuer la question de la recherche des ayants droit dans une définition, nous entendons préserver son rôle et son importance dans l'élaboration de solutions au problème de l'orphelinat.¹⁶

2 Intérêt moral et intérêt patrimonial

La tradition française du droit d'auteur repose sur deux composantes complémentaires, les droits moraux et les droits patrimoniaux. Les droits moraux défendent l'intégrité de l'œuvre et son rattachement à la personne de son auteur. Les droits patrimoniaux protègent les bénéfices concrets que l'auteur peut retirer de son œuvre. Le droit moral contribue à l'existence de sa personne intellectuelle, tandis que le droit patrimonial contribue à l'existence de sa personne physique. Le fait que le droit moral soit perpétuel traduit en particulier le fait que la personne intellectuelle d'un auteur (au sens le plus large) continue à vivre indéfiniment, au travers de ses contributions, en dépit de la disparition de sa personne physique.

Cela est vrai d'un auteur après sa mort, mais c'est tout aussi vrai d'un auteur vivant qui serait introuvable. Et c'est même vrai dans le cas d'un auteur inconnu, qui existe ou survit au travers de son œuvre même si nul ne connaît son nom. On peut rapprocher cette situation d'un thème récurrent de la littérature et du cinéma, celui du parent qui, obligé socialement de cacher sa paternité, veille néanmoins sur la vie de son enfant et se réjouit de ses succès. L'œuvre d'un créateur est un peu comme son enfant.

La pire des choses que l'on puisse faire à un créateur est de porter atteinte à la diffusion de son œuvre, comme la pire chose que l'on puisse faire à un parent est d'empêcher le succès de ses enfants - même s'il existe certainement des parents et des auteurs dénaturés.

De ce point de vue, il y a un réel conflit entre les droits moraux et patrimoniaux. En effet, un auteur doit souvent vivre de son travail d'auteur, et il ne peut généralement le faire qu'en se garantissant un revenu par le contrôle de la diffusion de son œuvre. Cela se traduit par un compromis entre son intérêt moral (faciliter au maximum la

¹⁴ Bien entendu, cela est permis dans le cadre de la copie privée. Cependant, on peut vouloir avoir recours aux services d'un tiers plus compétent, ce que ne permet pas la copie privée. Cela aurait au moins le mérite de permettre la préservation des photos de famille anciennes, problème récurrent qui est discuté dans le *Report on Orphan Works*, section II.B.1, page 24.

¹⁵ *Report on Orphan Works (note 10)*, section V.C.1.a, pp. 71 à 79.

¹⁶ Nous ne pouvons malheureusement développer ce volet essentiel dans le cadre de cette note. Pour les mêmes raisons, notre définition ne mentionne pas la nécessité d'une divulgation préalable pour que l'œuvre soit considérée comme orpheline, afin de ne pas évacuer dans la définition le débat encore ouvert sur cette importante question de droit moral, que nous ne pouvons non plus développer ici. En outre cela contraindrait par trop l'usage même du concept et du terme d'œuvre orpheline.

diffusion et l'usage de son œuvre) et son intérêt patrimonial (contrôler et donc restreindre cette diffusion pour en tirer un revenu).

Si l'auteur n'a pas besoin de ce revenu il peut être plus raisonnable pour lui de diffuser son œuvre gratuitement. Ainsi M. Olivennes a publié un livre sur les méfaits de la gratuité qui n'est, bien évidemment, pas disponible gratuitement.¹⁷ Mais on peut se demander s'il est plus important pour M. Olivennes de faire connaître ses idées ou pour un lecteur éventuel de passer du temps à en prendre connaissance. Il n'est donc pas évident de savoir lequel devrait rémunérer l'autre ou, pour simplifier, s'il ne serait pas plus sage que l'œuvre soit gratuite. Il est vrai, et on doit peut-être en tenir compte, que certains n'accordent de valeur qu'à ce que l'on paye. Quoi qu'il en soit, l'auteur a manifestement un compromis à établir entre ses intérêts, ne serait-ce que pour fixer un prix raisonnable ou choisir un mode de diffusion économiquement adéquat.

Le problème se complique quand l'auteur doit passer par un éditeur pour diffuser son œuvre, même s'il ne retire aucun bénéfice direct de sa diffusion, comme c'est le cas de la plupart des écrits universitaires, et notamment de la littérature scientifique publiée en revues. L'édition et la diffusion ont (ou plutôt avaient) un coût, qui conduit à ce que Étienne Harnad qualifie de « *pacte faustien* ».¹⁸ Pour assurer la simple diffusion de l'œuvre et en couvrir le coût, même sans rechercher de profit direct, il faut utiliser les droits patrimoniaux afin de contrôler, et donc de restreindre, cette diffusion pour en retirer un revenu. Même sans chercher à vivre de son œuvre, on peut donc être confronté à ce conflit entre intérêt moral et intérêt patrimonial de l'auteur, sauf si l'auteur est assez riche pour se faire publier à compte d'auteur comme le fit Marcel Proust.

Les choses ont cependant beaucoup changé avec l'apparition de l'Internet et la baisse spectaculaire des coûts de publication qui s'en est ensuivie. Typiquement, les auteurs d'articles scientifiques ont maintenant la possibilité de se libérer du « pacte faustien » et d'assurer la gratuité de l'accès à leurs œuvres par la mise à disposition sur des archives ouvertes comme l'archive HAL¹⁹ en France ou arXiv²⁰ aux États-Unis et dans le monde, et par la publication de revues numérisées gratuites comme celles de PLoS (Public Library of Science).²¹ Cette évolution participe d'une tendance forte, formalisée en particulier par la Déclaration de Berlin²² dont sont aujourd'hui signataires les plus grandes institutions scientifiques et universitaires, voire des institutions muséographiques. Cette évolution a aussi permis d'évaluer quantitativement, pour le domaine considéré, les effets du compromis entre droit moral et droit patrimonial : les œuvres publiées en accès libre sur l'Internet sont citées nettement plus souvent et plus rapidement que les autres.²³ Or le nombre de citations est un élément important de la réputation et de l'influence d'un article, d'un chercheur, d'un laboratoire ou de la science d'un pays. Cela contribue, conjointement

¹⁷ *La gratuité c'est le vol*, Denis Olivennes, Petite Collection Blanche, Grasset, février 2007, ISBN:2246718910 – 9€.

¹⁸ Scholarly Communication; Taking Control, Stevan Harnad, Library Symposium September 29, 1999, Rozsa Centre. <http://www.ucalgary.ca/lib-old/plans/lecture3.html>

¹⁹ HAL - Hyper Articles en Ligne, <http://hal.archives-ouvertes.fr/>

²⁰ <http://fr.wikipedia.org/wiki/ArXiv>

²¹ <http://www.plos.org/journals/>

²² Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales, 22 octobre 2003. http://openaccess.inist.fr/article.php3?id_article=38

²³ Citation Advantage of Open Access Articles, Gunther Eysenbach, PLoS Biol 4(5): e157 doi:10.1371/journal.pbio.0040157, pp 0692-0698, 2007. <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pbio.0040157>

avec le simple effet de la circulation rapide des résultats, à l'efficacité et à la productivité de la recherche. D'où la récente décision du Conseil Scientifique de l'European Research Council (ERC) de demander que les publications des résultats de projets de recherche financés par l'ERC soient déposées dans des archives ouvertes dans les six mois qui suivent la publication.²⁴ Une décision similaire vient d'être prise par la Faculté des Arts et Sciences de l'université Harvard.²⁵

On ne saurait oublier que la question des œuvres orphelines nous est posée dans le cadre des Bibliothèques Numériques Européennes, « *l'une des initiatives phares de l'initiative de Viviane Reding « i2010 – une société de l'information européenne pour la croissance et l'emploi »* »,²⁶ i2010 étant elle-même « *la première initiative de la Commission adoptée dans le cadre de la stratégie de Lisbonne renouvelée.* »²⁷ Or l'efficacité de notre recherche scientifique et technique est un élément majeur de la stratégie de Lisbonne.

En outre, si cette évolution est vitale pour la créativité scientifique et technologique, au bénéfice de tous, il n'y a pas de raison de croire que la créativité artistique a moins besoin de diffusion. Certes le conflit moral-patrimonial persiste pour les créateurs qui vivent uniquement de la publication de leurs œuvres, mais ce n'est pas le cas de tous, soit qu'ils créent en amateurs tout en disposant d'autres ressources, soient qu'ils vivent principalement d'un autre volet de leur métier, comme c'est par exemple souvent le cas pour le spectacle vivant ou différemment pour certains spécialistes des arts plastiques. Et l'on ne peut que constater une propension croissante à diffuser des œuvres gratuitement, privilégiant l'intérêt moral au détriment de l'intérêt patrimonial, particulièrement dans un contexte où la concurrence pour l'attention du public se fait d'autant plus rude que la diffusion devient plus accessible.

Cette évolution montre clairement que, pour nombre d'auteurs, le succès de leur œuvre et la défense de leur intérêt moral, notamment de leur influence intellectuelle ou de leur réputation, prime de plus en plus sur leur intérêt patrimonial. En outre, même s'il est possible que l'effet en soit moins important pour la création artistique que pour la création scientifique où il est indéniable, une large circulation et une plus grande facilité d'usage des œuvres favorise la création originale.

Si l'on considère le cas des œuvres orphelines, leurs auteurs introuvables ont généralement peu de chance de jamais bénéficier patrimonialement de leur création.²⁸ On peut donc penser que le minimum est d'assurer le plus possible leur

² ⁴ ERC Scientific Council Guidelines for Open Access, 17 décembre 2007.

http://erc.europa.eu/pdf/ScC_Guidelines_Open_Access_revised_Dec07_FINAL.pdf

² ⁵ Harvard to collect, disseminate scholarly articles for faculty, Robert Mitchell, Harvard University Gazette Online, 13 février 2008. <http://www.news.harvard.edu/gazette/2008/02.14/99-fasvote.html>

² ⁶ Bibliothèque numérique européenne: les experts se penchent sur le droit d'auteur, communiqué de presse IP/07/508, 18/04/2007.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/508&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>

² ⁷ La Commission lance une stratégie à cinq ans pour dynamiser l'économie numérique, communiqué de presse IP/05/643, 01/06/2005.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/643&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>

² ⁸ **Il serait utile de disposer de statistiques sur cette question de la sortie de l'orphelinat.** Les Sociétés de Gestion et Répartition des Droits (SPRD) gèrent probablement des droits d'auteur ou des droits voisins pour des personnes devenues injoignables. Elles devraient pouvoir apporter quelques données statistiques partielles sur ces questions, même si le fait-même qu'une œuvre, ou un droit sur une œuvre, ou le titulaire d'un tel droit, soit déjà géré par une SPRD ne peut qu'apporter un biais à l'échantillon statistique. Il serait aussi intéressant de décliner de telles statistiques par types de droits et d'œuvres concernés. Par ailleurs

intérêt moral et la pérennité de leur contribution en faisant vivre leurs œuvres dans les meilleures conditions de diffusion et d'usage. Le conflit toujours existant entre l'intérêt moral et l'intérêt patrimonial devrait donc se résoudre préférentiellement en faveur de l'intérêt moral et donc de la diffusion et de l'usage des œuvres, si tant est que l'on veuille le résoudre à la place de l'auteur absent, ce que rien ne justifie dans le droit actuel.

Il est de l'intérêt de tout auteur que son œuvre soit pérennisée par la numérisation et rendue plus accessible par l'indexation. C'est encore plus vrai de l'auteur absent d'une œuvre orpheline, peu susceptible d'en assurer la pérennité et la préservation de son intérêt moral. Il serait donc étrange de vouloir pénaliser cet effort, déjà coûteux pour les bibliothèques ou d'autres acteurs, au nom d'un droit patrimonial dont l'auteur est peu susceptible de jamais bénéficier. Si tant est que la loi doive être modifiée en ce qui concerne les œuvres orphelines pour permettre numérisation et indexation, le plus simple ne serait-il pas de tout simplement l'autoriser, **pour tous**, dès lors que l'œuvre est reconnue orpheline.²⁹ Il ne semble pas que cela pose problème, même au regard du triple test.

On peut vouloir être plus prudent en ce qui concerne la diffusion numérique de l'œuvre, notamment en fonction de son intérêt commercial et de sa probabilité de sortir de l'orphelinat, mais en gardant à l'esprit que l'obscurité peut être pour une œuvre, et pour son auteur, bien plus à craindre qu'un hypothétique manque à gagner.

3 Droit exclusif et volonté de l'auteur

La tendance à préférer la promotion des intérêts moraux a pour une part son origine dans le logiciel libre et la littérature – notamment scientifique – en libre accès. Quelles qu'aient pu en être les motivations initiales, le fait est que cette approche « libre » de la production littéraire et artistique se généralise, notamment grâce à la numérisation et aux réseaux. Par la quasi élimination des coûts de publication et de diffusion, elle a pu surmonter la nécessité du « pacte faustien » que nous avons évoqué. Ces nouveaux modes de création, en pleine évolution, ont été étudiés en 2006 et 2007 par une commission du CSPLA sur la diffusion ouverte des œuvres de l'esprit.³⁰

Ce rapport rappelle, en ce qui concerne le droit exclusif de l'auteur sur son œuvre, que « *la finalité de ce droit, centré sur la personne de l'auteur, est de permettre à ce dernier d'opérer un choix sur les formes de communication au public de son œuvre au titre des prérogatives morales comme patrimoniales. Or le droit exclusif ne s'entend pas uniquement comme un droit d'interdire mais constitue également un droit d'autoriser, qui peut le cas échéant s'exercer à titre gratuit si telle est la volonté de l'auteur.* » Ceci est réaffirmé explicitement par la loi n° 2006-961 du 1er août 2006³¹, qui insère dans le Code de la Propriété Intellectuelle un article L. 122-7-

il serait aussi utile de documenter les techniques utilisées par les SPRD pour rechercher des ayants droit et de voir dans quelle mesure elles sont applicables au problème des œuvres orphelines.

² ⁹ Il faut cependant prévoir des réserves, comme pour tout autre traitement des œuvres orphelines, par exemple en ce qui concerne les œuvres non divulguées.

³ ⁰ *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, Valérie-Laure BENABOU et Joëlle FARCHY (présidentes de la commission), Damien BOTTEGHI (rapporteur), CSPLA, juin 2007.
<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/CO.pdf>

³ ¹ Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350>

1 selon lequel « *L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.* »

L'un des problèmes que posent ces nouveaux modes de création est l'absence d'un cadre légal simple, fiable et pérenne permettant aux auteurs plus soucieux de création que de revenus ou de juridisme de faire connaître (et bien sûr faire respecter) leur volonté et, le cas échéant, de donner aux intérêts moraux la priorité sur les intérêts patrimoniaux. Cela est d'ailleurs tout aussi vrai pour tout autre volonté que souhaiterait exprimer l'auteur quant à ce qui doit ou peut être fait de son œuvre, en précisant au besoin dans quelles circonstances.

En effet, si le premier principe du droit d'auteur est que l'auteur jouit d'un droit exclusif sur son œuvre, le deuxième principe, réaffirmé par les instruments internationaux,³² est que ce droit naît du seul fait de la création, indépendamment de toute formalité que l'on pourrait vouloir imposer à l'auteur.

Ce droit exclusif ne comporte d'autres limitations que celles explicitement prévues par la loi, mais rien dans la loi ne prescrit de quelle façon ce droit doit être exercé, bien au contraire, comme nous le rappelons plus haut.

Toute tutelle qui pourrait être décidée pour éviter le gel d'une œuvre dont l'auteur est introuvable est par nature une violence faite au droit exclusif de cet auteur. Pour minimiser cette violence, il apparaît donc essentiel qu'une telle tutelle ait l'obligation de limiter au mieux les atteintes au droit exclusif, et de tenir compte dans toute la mesure du possible de la volonté de l'auteur et de ce qu'il considère être son intérêt légitime, obligation qui est d'ailleurs conforme au triple test de la convention de Berne.

Le droit d'auteur étant sans formalité, et pouvant s'exercer librement pour ou contre une utilisation sans contrainte de l'œuvre et selon des modalités dont il est seul juge, il va de soi que **l'on ne saurait préjuger des choix de l'auteur** quant à la façon dont il entend l'exercer. Si tant est que dans des circonstances particulières ce choix puisse être exercé par une tutelle, il importe alors que, pour respecter au mieux le deuxième principe, l'auteur ait pu faire connaître sa volonté par tous moyens, et que soient minimisées les formalités utiles à la manifestation de sa volonté, quel que soit le sens dans lequel elle s'oriente. Il importe en particulier que ces moyens ou formalités puissent être gratuits.³³

On ne peut que regretter que, en dépit de l'article L. 122-7-1 du CPI, rien dans les pratiques juridiques actuelles ne facilite une telle manifestation de la volonté de l'auteur ni sa prise en compte et que l'on en soit encore – par exemple – à disserter sur la nature et la validité juridique des licences permettant la diffusion ouverte des œuvres de l'esprit.³⁴

³ ² Article 5(2) de la Convention de Berne (note 7).

³ ³Ce point de vue concernant le respect de l'article 5(2) de la Convention de Berne est partagé, sous une autre forme concernant la sortie de la Gestion Collective Étendue, par divers auteurs dont les conclusions sont reprises dans la section 5.4.2.2, page 183, de l'étude de l'IViR, commissionnée par la Commission Européenne (Direction du Marché Intérieur) : *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, novembre 2006. http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf

³ ⁴ Ce vide juridique manifeste est clairement dû au caractère récent de la dématérialisation quasi totale de certaines œuvres permise par l'existence conjointe de la numérisation et de l'Internet. Antérieurement, la nécessité de ce que nous avons appelé le « pacte faustien » permettait difficilement d'assurer la dissémination d'une œuvre sans en protéger les droits, et le problème ne s'était donc pas encore vraiment posé.

Si donc le législateur devait décider que tout ou partie de la gestion d'une œuvre orpheline est obligatoirement confiée à un mandataire qui en exerce la tutelle au nom d'un auteur ou ayant droit introuvable, il serait nécessaire de définir et instituer corrélativement une procédure simple permettant à tout auteur ou ayant droit potentiel de pouvoir formellement publier et officialiser sa volonté – globalement ou pour une œuvre spécifique – quant à la gestion des œuvres qui lui seraient attribuées au cas où il ne serait plus joignable, volonté qui devrait nécessairement être respectée par la tutelle de l'œuvre. Pour tout auteur inconnu ou n'ayant pas explicité publiquement son choix, il faudrait à tout le moins que la tutelle utilise tous les indices disponibles pour déterminer le sens probable de la volonté de l'auteur, *si tant est que le but poursuivi est de préserver ses intérêts*. Faute d'un choix publiquement exprimé, ou d'indices probants quant à la volonté de l'auteur (par exemple sous forme de métadonnées associées aux œuvres et/ou rassemblées dans un registre public), une tutelle peut difficilement être exercée de façon légitime, et on peut craindre qu'elle ne soit exercée pour satisfaire d'autres intérêts que ceux de l'auteur, même si un choix de gestion par défaut était imposé³⁵.

Cette dernière discussion renforce une conclusion déjà présente dans de nombreuses études³⁶ : **l'importance de développer les métadonnées concernant les œuvres**, que ce soit en annotation des œuvres elles-mêmes³⁷ ou dans des registres électroniques ou bases de données indépendants. Les métadonnées sont reconnues comme un moyen majeur de prévenir l'orphelinat en permettant de déterminer ou retrouver plus facilement les ayants droit d'une œuvre, même si l'absence de mises-à-jour régulières peut laisser persister des problèmes. Ce que souligne notre analyse ci-dessus est qu'il est également important que ces métadonnées puissent inclure des informations permettant de déterminer au mieux la volonté de l'auteur quant à l'exercice de ses droits. Les métadonnées ont d'ailleurs bien d'autres usages, comme la préservation du droit moral (paternité ou intégrité de l'œuvre), le calcul de la répartition des droits dans certains modèles de diffusion, l'aide à la gestion du patrimoine³⁸ ou l'information mécanisée du public quant aux droits d'usage des œuvres acquises.³⁹

³ ⁵ De fait, si un tel choix par défaut devait être institué aujourd'hui pour un auteur ayant eu la possibilité formelle de faire connaître sa volonté sans l'avoir exercée, ce choix par défaut devrait logiquement être de ne pas faire obstacle à l'usage de l'œuvre, dans la mesure où l'auteur manifeste peu de souci de la protection de ses droits patrimoniaux dont il est en outre devenu peu susceptible de bénéficier.

³ ⁶ Voir par exemple la section 5.4.1 « Copyright ownership and rights management information », pages 179-181 de l'étude de l'IViR, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* (note 33).

Rappelons aussi que le déploiement de systèmes de métadonnées est recommandé par la directive européenne 2001/29/CE (note 5), dans son considérant 55, et que ces métadonnées sont légalement protégées par l'article 7 de la directive.

³ ⁷ Reprenant une remarque du rapport de la mission confiée à Denis Olivennes, rappelons qu'il importe cependant que cet usage des métadonnées soit exercé « *en dehors de toute intention de filtrage ou de sanction pour éviter le recours à des solutions de contournement* » qui auraient pour conséquence leur effacement ou leur altération. *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, novembre 2007, http://medias.lemonde.fr/mmpub/edt/doc/20071123/981708_rapport.22.11.07.pdf

³ ⁸ Dans sa réponse à la « Gowers Review » (note 64), section 3.4.3, page 24, la « British Library » propose d'ailleurs d'utiliser l'expertise des bibliothécaires dans ce domaine pour contribuer à une infrastructure permettant une meilleure gestion des droits.

³ ⁹ *Enquête sur les Législations Nationales Concernant les Systèmes d'Enregistrement Volontaire du Droit d'Auteur et des Droits Connexes*, OMPI, SCCR/13/2, 9 Novembre 2005, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Treizième session (Genève, 21-23 novembre 2005). http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_13/sccr_13_2.pdf – Cette enquête concerne tous les rôles

Il semble donc qu'une initiative d'importance majeure serait de **définir un standard ouvert de métadonnées⁴⁰ pour permettre notamment à tout créateur de déclarer de quelle façon il souhaite que ses œuvres soient diffusées, utilisées ou exploitées**, que ce soit globalement pour un type d'œuvre donné ou séparément pour chaque œuvre, en tenant compte au besoin de divers paramètres, dont en particulier son éventuelle « injoignabilité ». Compte tenu des autres utilités des métadonnées, cette obligation pourrait même être rendue généralement obligatoire pour les créateurs et ayants droit français, ce qui est une formalité minimale dans la mesure où un créateur peut faire une déclaration unique pour l'ensemble de son œuvre, et ainsi se contenter d'indiquer son identité sur chacune de ses œuvres.

Une telle déclaration généralisée ne saurait cependant être imposée aux auteurs étrangers en raison de l'article 5(2) de la Convention de Berne.⁴¹

4 La tutelle des oeuvres orphelines

4.1 Introduction

La mise sous tutelle des œuvres orphelines est un traitement palliatif de l'orphelinat : il ne l'élimine pas mais doit permettre d'en limiter les effets indésirables. La nécessité d'un tel traitement palliatif résulte d'une tension entre le souci de ne pas geler l'utilisation ou l'exploitation d'une partie du patrimoine sans pour autant imposer aux exploitants éventuels une insécurité économique ou

de l'enregistrement, mais souligne son importance pour les œuvres orphelines en rappelant le « *préjudice [...] causé à l'intérêt public lorsque les œuvres ne peuvent être mises à la disposition du public en raison des incertitudes entourant la titularité des droits et leur statut, même lorsqu'il n'existe plus de personne vivante ni d'entité juridique revendiquant la titularité du droit d'auteur ou lorsque le titulaire n'oppose plus d'objection à cette utilisation.* »

Voir aussi : *Contribution des associations ADULLACT et AFUL à la Mission confiée à Denis Olivennes sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d'œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques*, 20 octobre 2007. <https://www.aful.org/media/document/contrib-MO-071020.pdf>

⁴⁰ Il importe bien sûr que ce soit un *standard ouvert*, au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>

Cela est indispensable afin que les métadonnées soient accessibles à tous, qu'il n'y ait pas de problèmes d'interopérabilité dans leur gestion, et que les créateurs puissent exprimer la nature de leurs droits et leur volonté quant à leur exercice sans dépendre du contrôle d'un logiciel ou d'un outil particulier. Ce point de vue est d'ailleurs partagé par la Commission Européenne qui note, à propos des œuvres orphelines, qu'« *un défi connexe pour les décideurs politiques est de promouvoir la transparence, en ce qui concerne l'identification des auteurs et ayants droits, au moyen de bases de données spécialisées pour les droits et utilisant des standards ouverts, ainsi que par l'usage généralisé d'identificateurs numériques standardisés, comme l'étiquetage par des métadonnées incluant des empreintes et de l'information sur les droits.* » – Commission staff working document, Document accompanying the above Communication on Creative Content Online in the Single Market, SEC(2007) 1710 – COM(2007) 836 final, Brussels, 3 janvier 2008.

http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_swp_en.pdf

⁴¹ L'article 5(2) de la convention de Berne a pour objet de garantir « *la jouissance et l'exercice [des] droits* ». Son interprétation est problématique dans le cas des œuvres orphelines, quand cet exercice et cette jouissance ne semblent pas réalisables. Toute formalité simple – par exemple l'inscription dans un registre accessible internationalement – indiquant les mesures à prendre en situation d'orphelinat pourrait ne pas être considérée comme contrevenant à l'article 5.2. Inversement, on pourrait considérer que l'impossibilité pour l'auteur de manifester sa volonté y contrevient, dans l'esprit, sinon dans la lettre.

juridique significative due à l'impossibilité de négocier les droits avec un ayant droit introuvable, et en préservant aussi les intérêts de cet ayant droit.

Nous avons délibérément choisi de parler de « *tutelle* » pour indiquer que le droit exclusif de l'auteur est exercé par un tiers, sans autre précision. Ce tiers pourrait être le législateur qui fixerait dans le marbre de la loi le mode d'exploitation des œuvres orphelines, ou bien une autorité publique, par exemple une cour de justice,⁴² ou bien encore un ensemble de personnes physiques ou morales qui se partageraient les responsabilités liées à la gestion de tout ou partie du droit exclusif de l'auteur.

Rappelons que la question posée concerne principalement l'usage des œuvres orphelines dans les bibliothèques, et notamment les conditions de leur numérisation, leur indexation et leur mise à la disposition du public.⁴³ Tout en gardant cela présent à l'esprit, mais sachant aussi que le problème de l'orphelinat a bien d'autres effets négatifs, nous pensons qu'il est plus simple de commencer par garder au problème sa généralité.

L'objectif de la tutelle est d'exercer tout ou partie du droit exclusif de l'auteur pour pallier au mieux la situation d'orphelinat. Cela ne peut se faire, dans l'intérêt de tous, que dans la mesure où **la loi encadre l'exercice de la tutelle, et en particulier sécurise économiquement et juridiquement les acteurs qui exercent la tutelle et ceux qui bénéficient de ses autorisations, tout en préservant les intérêts des ayants droit introuvables.**

Par exemple, la proposition (non adoptée) de législation américaine intitulée « *Orphan Works Act of 2006* »⁴⁴ ne prévoit aucune tutelle autre que la loi elle-même, et autorise l'exploitation d'une œuvre reconnue orpheline après une recherche sérieuse et raisonnable des ayants droit. Elle a pour objectif de permettre l'exploitation de l'œuvre en dépit de l'orphelinat en sécurisant l'utilisateur de bonne foi, en le protégeant contre les dommages punitifs (« *monetary relief* »)⁴⁵ et en protégeant raisonnablement son investissement éventuel dans l'exploitation de l'œuvre (« *injunctive relief* »). Elle protège aussi les ayants droit en prévoyant simultanément les conditions de leur dédommagement et de la cessation de l'exploitation de l'œuvre. Le texte exclut implicitement la possibilité de poursuites pénales.

4.2 Les rôles de la tutelle

Pour analyser le rôle que peut jouer une réglementation ou législation de tutelle des œuvres orphelines, il semble en outre indispensable de décomposer de façon

⁴ ² Un exemple français en est l'article L122-9 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278926>

⁴ ³ Lettre de Mission de Jean-Ludovic Silicani, président du CSPLA, à Me Jean Martin, 2 août 2007.

<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/lmoeuvres07.pdf>

⁴ ⁴ Orphan Works Act of 2006, HR 5439 IH, 109th Congress, 2d Session, 22 mai 2006.

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.5439>: Une proposition similaire, mais plus simple se trouve en fin du rapport « *Report on Orphan Works* » de l'Office américain du droit d'auteur, voir supra, section VI.C, page 127.

⁴ ⁵ L'étude de l'IViR « *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* » (note 33), section 5.2.4, page 167, remarque que le problème serait moindre en Europe, car « *les dommages récupérables sont de nature compensatoire et non punitive.* » Cela conduit les auteurs à observer qu'« *après une recherche raisonnable [des ayants droit], il est concevable que les utilisateurs décident néanmoins d'utiliser l'œuvre, prenant ainsi le risque de poursuites en contrefaçon.* » Il convient cependant de rester prudent car la contrefaçon peut être poursuivie pénalement.

analytique les différents choix, décisions et rôles que l'on peut être amené à prendre dans la gestion des œuvres. Nous avons commencé ce travail dans le précédent paragraphe, sur un aspect particulièrement important qui concerne la volonté et les priorités variables des auteurs et ayants droit. Il semble indispensable de poursuivre cette analyse de façon détaillée pour prendre conscience de chacun des choix indépendants qui peuvent constituer un traitement palliatif de l'orphelinat et du rôle, de l'utilité et des inconvénients de chacun de ces choix.

Cette analyse est d'autant plus importante que, en fonction des objectifs qui seraient fixés pour une adaptation de la législation qui prendrait en compte la question des œuvres orphelines, et comme nous l'avons déjà souligné plus haut, **il importe que la solution choisie soit minimale afin de perturber le moins possible le fonctionnement normal de la législation concernant le droit d'auteur et de préserver sa conformité avec les instruments internationaux.** Cela implique en particulier d'**expliquer clairement les problèmes que l'on souhaite résoudre**, et de **limiter les changements à ce qui est nécessaire pour résoudre ces problèmes.**

Nous avons identifié, pour ce qui concerne les œuvres orphelines, les composantes suivantes :

- **contrôle de la qualité des recherches** : l'objectif est de vérifier que l'application des dispositions éventuelles concernant les œuvres orphelines peut être légitimement invoquée par un utilisateur ou exploitant. La nature des recherches ainsi contrôlées peut être fonction de l'usage ou de l'exploitation prévu. Ce contrôle peut être exigé *a priori*, avant qu'il soit procédé à une exploitation ou utilisation de l'œuvre, ou *a posteriori*, lors d'un litige éventuel avec un ayant droit qui se manifesterait tardivement. Le contrôle *a priori* exonère les utilisateurs d'une œuvre de toute mise en cause juridique dans la mesure où les autres obligations légales seraient satisfaites, mais il ne règle en aucune façon la question des droits éventuels à verser ni les modalités de leur fixation. Le contrôle *a posteriori* a les mêmes effets dans la mesure où le résultat en est positif. Il est moins contraignant pour l'utilisateur ou exploitant, mais présente cependant une plus grande insécurité juridique, dans la mesure où les recherches peuvent être considérées comme insuffisantes, et aussi parce qu'il est plus difficile de faire valoir des éléments probants longtemps après les faits concernés (la recherche elle-même, et les difficultés qu'elle a pu rencontrer). Dans la mesure où certaines obligations de recherche se limiteraient à des catalogues ou bases de données spécifiques, il pourrait suffire d'établir que l'information nécessaire n'y était pas disponible au moment où l'utilisation de l'œuvre a commencé, sans avoir à prouver que ce fut effectivement vérifié à ce moment-là.

- **négociation d'un droit d'utilisation ou d'exploitation** : les conditions et les droits d'utilisation ou d'exploitation de l'œuvre orpheline peuvent être négociés par un organisme habilité, en fonction de ce qui est connu de la volonté de l'ayant droit. Cette négociation n'implique cependant pas que les droits soient effectivement versés à quiconque, et ce versement pourrait n'être requis qu'au moment où l'ayant droit concerné est retrouvé, éventuellement sous condition que cela ait lieu dans des conditions déterminées, par exemple dans un délai fixé. La négociation préalable des droits et conditions réduit l'insécurité financière et juridique des utilisateurs et exploitants dans la mesure où les textes la légitiment.

Il faut aussi remarquer que la négociation des droits ne se fait pas nécessairement sur les mêmes bases pour une œuvre orpheline. En particulier il n'y a pas urgence à ce que des droits soient versés pour un ayant droit qui ne peut être identifié ou joint, et on pourra donc plus facilement favoriser la rémunération proportionnelle, plus tardive, au détriment d'un minimum garanti à valoir ou non sur les droits de la rémunération proportionnelle.⁴⁶

●**versement total ou partiel des droits** : si des droits ont été négociés, ils peuvent rester dûs par l'utilisateur ou l'exploitant à l'ayant droit pour lui être remis le jour où celui-ci devient joignable, éventuellement dans un délai fixé.⁴⁷ Il peuvent aussi devoir être remis, *en tout ou en partie* (et cela peut être également négocié ou déterminé par les textes), à un organisme habilité à gérer ces fonds. Il faut dans ce cas que la législation précise ce qui doit en advenir si, dans une période de temps déterminée, ces fonds n'ont pu être remis à l'ayant droit concerné. Il n'est pas nécessaire que les organismes habilités à recevoir et gérer ces fonds soient les mêmes que ceux qui négocient le montant des droits, et il est même probablement bon de veiller à ce que les deux types d'organismes soient toujours indépendants de façon à éviter le risque de conflits d'intérêts.

●**contrôle limitatif de l'utilisation ou de l'exploitation de l'œuvre** : les points précédents concernent des mesures éventuelles pour permettre d'utiliser ou d'exploiter une œuvre orpheline en dépit de l'impossibilité de joindre un ayant droit concerné. À l'inverse, on peut se poser la question de l'interdiction de l'utilisation ou de l'exploitation d'une œuvre orpheline, au besoin par voie de justice, si certaines conditions ne sont pas remplies. Le fait de pouvoir obtenir la sécurité juridique par des formalités déterminées n'entraîne pas nécessairement que l'obtention de cette sécurité juridique soit une obligation. Le fait de rendre obligatoire, sous des formes à définir, tout ou partie des formalités précédemment décrites doit faire l'objet pour chacune d'une décision spécifique du législateur. Le législateur doit aussi préciser quel organisme aura la charge de veiller à la satisfaction de chaque obligation et de s'opposer éventuellement à l'utilisation ou l'exploitation de l'œuvre, cet organisme pouvant être distinct de celui qui gère la formalité correspondante. Un tel organisme peut aussi avoir pour mission de veiller à ce que l'utilisation ou l'exploitation de l'œuvre soit conforme à ce que l'on sait de la volonté de l'auteur, comme par exemple le respect des obligations de réciprocité de certaines licences libres⁴⁸. Le législateur peut faire le choix, plus libéral, de n'habiliter personne à effectuer tout ou partie des contrôles limitatifs. Cela laisse alors à chacun le choix entre la sécurité juridique offerte par le respect de certaines formalités et la prise d'un risque juridique susceptible de se révéler plus coûteux si l'ayant droit se manifeste.

Chaque composante de la gestion des droits discutée ci-dessus est indépendante des autres, si ce n'est qu'il faut avoir négocié des droits pour pouvoir les verser. Pour

⁴ ⁶ Ce genre de différence peut poser problème pour définir ce que serait une gestion impartiale des œuvres orphelines par une société de gestion qui générerait aussi des œuvres non orphelines. Une gestion à l'identique, fondée sur le mode de gestion des œuvres non orphelines, ne serait pas nécessairement dans l'intérêt des titulaires des droits sur les œuvres orphelines.

⁴ ⁷ L'article 77 de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada prévoit pour le recouvrement des droits un délai de 5 ans après l'expiration de la licence. <http://cb-cda.gc.ca/info/act-f.pdf>, page 81.

⁴ ⁸ Il s'agit notamment des licences réciproques de type « *copyleft* », qui sont les plus utilisées, comme la licence GNU GPL ou CeCILL A pour le logiciel, la licence Art Libre pour la création artistique, les licences « *Creative Commons Share-Alike* » pour l'écrit et l'image fixe entre autres. – *Licences libres*, AFUL, 2 janvier 2008. <http://www.aful.org/ressources/licences-libres>

chacune de ces composantes on peut donc prendre ou non la décision de mise sous tutelle, **tutelle positive** pour accorder une sécurité juridique aux utilisateurs ou exploitants qui se plient à la formalité correspondante, **tutelle négative** pour habiliter un organisme à empêcher éventuellement une utilisation ou exploitation qui ne se plierait pas à cette formalité ou à d'autres fixées antérieurement par l'ayant droit. De même, le choix du ou des organisme(s) pouvant ou devant assurer chacune de ces tutelles peut faire l'objet de décisions indépendantes, un même organisme pouvant en assurer plusieurs sous réserve d'éviter tout conflit d'intérêt.

4.3 Le choix d'une politique de tutelle

L'ensemble forme un large spectre de possibilités pour une législation ou réglementation concernant les œuvres orphelines, spectre que l'on peut en outre décliner en fonction de la nature des œuvres et des droits orphelins concernés, en fonction des usages ou exploitations prévus, et *en fonction des caractéristiques de l'orphelinat*. Un ayant droit connu mais injoignable a sans doute plus de chances d'être retrouvé et de faire valoir ses droits – ou d'être remplacé par un héritier parfaitement joignable – qu'un ayant droit inconnu. Les deux cas ne justifient donc pas nécessairement du même traitement. Notre propos ici n'est bien sûr pas de proposer une accumulation de cas particuliers, mais simplement de prendre conscience des très larges marges de manœuvre qui s'offrent au législateur, dans la mesure où il est envisagé de revenir sur le principe d'un droit exclusif et où il reste donc important que cela se fasse avec un minimum de perturbation.

À l'extrémité la plus libérale du spectre des solutions, il y a la possibilité de ne rien faire : chaque acteur souhaitant utiliser une œuvre orpheline procède à des recherches pour minimiser son risque de voir surgir un ayant droit oublié, puis utilise l'œuvre à sa guise, sous réserve des limites fixées par les ayants droit identifiés et joignables, limites qui bien entendu s'exercent dans tous les cas, les droits non-orphelins ne pouvant être affectés par les droits orphelins d'une même œuvre. Cela laisse une insécurité juridique en cas de réapparition d'un ayant droit, insécurité qui peut être ou non réduite par la preuve que des recherches des ayants droit ont été adéquatement effectuées, même si la bonne foi ne peut en principe être invoquée en matière de contrefaçon. Cette solution est proche de la législation proposée aux États-Unis par le « *Register of Copyright* », solution extrêmement minimale, sans contrôle *a priori*, reposant sur la preuve de recherches faites de bonne foi, sanctionnées éventuellement par les tribunaux. Cela revient à permettre, dans le cas spécifique de l'orphelinat, d'invoquer la bonne foi pour éviter les aspects punitifs de poursuites en contrefaçon, au civil comme au pénal.

La solution canadienne, en œuvre depuis vingt ans, s'appuie sur l'article 77, « Titulaires introuvables », de la loi sur le droit d'auteur.⁴⁹ Cet article institue une tutelle des œuvres orphelines qui est exercée par la Commission du droit d'auteur, organisme public dont les décisions peuvent « être assimilées à des actes de la Cour fédérale ou de toute cour supérieure, » selon l'alinéa (2) de l'article 66.7 de la loi. Cette commission décide de l'applicabilité de l'article 77 en fonction de la qualité des recherches des ayants droit et d'autres critères (notamment la divulgation antérieure de l'œuvre) et peut accorder une licence non-exclusive. La loi ne fixe pas de modalités particulières, et la commission peut fixer une rémunération (recouvrable

⁴ ⁹ Loi sur le droit d'auteur (L.R., 1985, ch. C-42), article 77 : « Titulaires introuvables ». http://lois.justice.gc.ca/fr/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l_VII-gb:s_77//fr#anchorbo-ga:l_VII-gb:s_77

par les ayants droit dans un délai de cinq ans après expiration de la licence), ce qu'elle fait généralement. La Commission peut aussi imposer un versement immédiat de la rémunération (généralement à une SPRD) ou ne fixer la rémunération que pour le cas où les ayants droit seraient retrouvés.⁵⁰ On constate donc que cette loi est très sobre, comme la proposition des États-Unis, mais impose un contrôle *a priori* de la qualité des recherches, et non *a posteriori*, avec la possibilité d'avoir à verser une rémunération même si les ayants droit ne sont pas retrouvés, sans que cela soit systématique ou imposé par la loi. La Commission a le loisir d'utiliser pratiquement tout le spectre des possibilités que nous avons décrites ci-dessus en fonction des paramètres du contexte de la demande.

À l'autre extrémité du spectre, on a une tutelle complète, éventuellement partagée entre plusieurs organismes, incluant la possibilité de s'opposer au nom de l'ayant droit introuvable à l'utilisation ou à l'exploitation d'une œuvre sans en avoir négocié préalablement les droits, ou sans les verser en conséquence, ce qui ne respecte pas nécessairement la volonté de l'ayant droit légitime.

Diverses études européennes, notamment celle de l'IVI R⁵¹ et celle de l'Observatoire européen de l'audiovisuel⁵² présentent diverses propositions, suggérées ou effectivement utilisées, pour gérer les œuvres orphelines. Il serait utile de les analyser en fonction de la grille que nous proposons ci-dessus. Cela dépasse cependant le cadre de cette note, et nous n'abordons ci-après que quelques aspects qui nous semblent plus importants. Nos remarques doivent cependant être modulées par le respect de la volonté de l'auteur, dans la mesure où elle peut être connue. À cet égard, une partie de notre analyse consistera à déterminer, dans le spectre des politiques de tutelle des œuvres orphelines, le périmètre compatible avec les contraintes des instruments internationaux.

4.4 La rémunération

La question de la rémunération pour l'usage d'une œuvre orpheline présente deux volets : la fixation ou la négociation de son montant, et son versement effectif. Ce versement peut n'être effectif que si les ayants droit sont retrouvés (dans des conditions à fixer), ou être au contraire systématique au bénéfice d'une structure qui le reversera éventuellement aux ayants droit retrouvés ou sinon le conservera pour d'autres usages.

En ce qui concerne le montant de la rémunération, la sécurité des usagers est plus grande s'il est déterminé à l'avance. Cela n'implique pas nécessairement que ce montant soit non nul.

⁵⁰ Les décisions/licences de la Commission du droit d'auteur sont publiées, et disponibles en ligne. Sans en faire une étude exhaustive, on peut par exemple noter parmi les décisions récentes les décisions 200, 204, 206 et 213 qui n'imposent de versement qu'aux ayants droit, au cas où ils se manifesteraient.

<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-f.html>

Il est aussi intéressant d'examiner les motifs de refus : <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/denied-f.html>

⁵¹ *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* (note 33).

⁵² *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*, Stef van Gompel (note 11).

Pour ce qui est du versement effectif, alors que les ayants droit sont introuvables, la question est plus complexe. S'il y a utilisation d'une œuvre, il y a nécessairement un bénéficiaire (pécuniaire ou en nature). Ce ne peut être un ayant droit introuvable, du moins tant qu'il n'est pas retrouvé, et **il y a donc nécessairement un avantage indu** pour un acteur ou un autre.⁵³ Que cet avantage soit une économie pour l'utilisateur ou un bénéfice pécuniaire attribué à une organisation spécifique ne change rien à la chose, et n'implique pas nécessairement sa légitimité. Que, dans le cas qui nous occupe, le public soit ce bénéficiaire (en nature), directement ou par l'intermédiaire des bibliothèques – la motivation première de notre mission – n'a rien de particulièrement choquant quand on sait que toute œuvre est destinée à passer dans le domaine public. On peut tout autant s'inquiéter de la légitimité de l'accroissement répété de la durée des droits au détriment du public, voire de la création, et ce sans bénéfice pour les auteurs concernés. Si l'on considère que cette augmentation de la durée des droits contribue à l'augmentation du nombre d'œuvres orphelines⁵⁴ et à la réduction du domaine public, faciliter l'usage gratuit⁵⁵ des œuvres orphelines pourrait même être considéré comme une juste contrepartie, causant un tort patrimonial minimal aux ayants droit, et favorisant leur notoriété par l'accès à leur œuvre.

Cependant, les groupes de travail français qui se sont penchés sur cette question semblent au contraire souhaiter qu'une rémunération soit obligatoirement versée (en général par le biais d'une gestion collective obligatoire).

4.4.1 La crainte de la concurrence

La principale motivation de ce point de vue semble être la crainte d'une concurrence, jugée déloyale, des œuvres orphelines qui seraient gratuites d'usage. Cela est par exemple explicité dans une note rédigée par le groupe de travail du Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC) sur les œuvres orphelines : « *La numérisation massive et sans autorisation des œuvres orphelines ainsi que leur mise à disposition sans mécanisme de régulation constitueraient [...] un danger fort pour l'économie des œuvres en cours d'exploitation. En effet, dans un tel système, les œuvres seraient, en très large majorité, disponibles en ligne intégralement et gratuitement. Cela aurait également pour conséquence inéluctable d'inciter les utilisateurs à exiger l'accès à toutes les œuvres disponibles et de dévaloriser fortement les contenus des œuvres en cours d'exploitation.* »⁵⁶

On peut tout d'abord remarquer que ce point de vue est à relativiser. Les œuvres orphelines actuellement en cause sont souvent anciennes et peu populaires, et on peut penser qu'elles ne feront guère plus de concurrence que les œuvres bien plus nombreuses du domaine public qui ne sont, elles, soumises à aucune rémunération et sont de plus en plus largement disponibles en ligne. En outre, il est manifeste que le nombre d'œuvres en mise à disposition ouverte ira croissant et que les œuvres orphelines auront sans doute peu d'impact sur cette évolution.

⁵³ ³ Le caractère indu vient de ce que le titulaire du droit en devrait être le bénéficiaire. Cependant ce caractère indu disparaît si l'attribution de cet avantage est conforme à la volonté du titulaire des droits.

⁵⁴ ⁴ On peut également remarquer que l'augmentation de l'orphelinat se traduit par des coûts de transaction liés aux recherches, une ponction stérile sur les ressources de la création et de la culture en général.

⁵⁵ ⁵ Gratuit, sauf au cas où les ayants droit seraient retrouvés, bien entendu.

⁵⁶ ⁶ En page 2 dans : *Les œuvres Orphelines dans le Secteur de l'Écrit*, Groupe de travail CFC, note d'étape, 2 octobre 2007. <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CFC-NOTE-D-ETAPE-2007.10.02.pdf>

On peut également se poser la question de la réalité de cette concurrence.

Il est incontestable qu'elle peut exister. On en a un excellent exemple dans les relations entre la Grande-Bretagne et les États-Unis au 19^e siècle. Les États-Unis ne protégeaient pas les droits des auteurs non résidents, ignorant de façon répétée les requêtes des ayants droit, britanniques en particulier. Le Congrès américain ne modifia son attitude que quand les auteurs américains, notamment Mark Twain, se joignirent à cette demande, car les éditeurs ignoraient les œuvres américaines au « bénéfice » (si l'on ose dire) des œuvres britanniques dont l'impression, dispensée du paiement de droits, revenait moins cher.⁵⁷

Mais cela s'est produit dans un contexte où la diffusion des œuvres se faisait exclusivement par l'intermédiaire d'éditeurs commerciaux dont les choix, fondés sur leur intérêt économique immédiat, s'imposaient à tous, aux auteurs comme au public. Pour beaucoup d'acteurs commerciaux, les œuvres sont *substituables* et leurs choix sont largement motivés par des considérations économiques, notamment en jouant sur la substituabilité pour minimiser leur dépense.

Il n'en va pas de même de tous les acteurs. Un particulier ne choisit pas une œuvre parce qu'elle est moins chère, mais parce que c'est celle-là qu'il souhaite : pour lui, les œuvres sont *non-substituables*. Par ailleurs, il a en général un budget culturel plus ou moins fixe. Ce qu'il dépense pour une œuvre ne sera plus disponible pour une autre. S'il paye pour une œuvre orpheline, c'est une autre œuvre qui ne sera pas achetée. Inversement, la gratuité libère du pouvoir d'achat pour ce qui est payant.⁵⁸ Cela est probablement encore plus vrai pour les bibliothèques qui travaillent généralement à budget fixé.

On peut donc penser qu'en ce qui concerne le public et surtout les bibliothèques qui sont en fin de compte l'objet de notre étude, exiger une rémunération pour les œuvres orphelines est au mieux sans bénéfice, et plus probablement contre-productif pour les ayants droit des autres œuvres. Il en va probablement de même, pour les mêmes raisons, en ce qui concerne tous les usages non lucratifs. Cela aurait pour effet de réduire simultanément la part de patrimoine accessible au public et le montant de rémunération versé aux auteurs, au mieux au bénéfice des structures chargées de l'emploi des rémunérations orphelines, mais sans augmenter le total de ce qui est perçu. Imposer une rémunération sur les œuvres orphelines pourrait donc être un remarquable exemple de **stratégie perdant-perdant**.

Il en va peut être différemment pour certaines exploitations commerciales, mais leur nature et leur importance restent à déterminer. La distinction entre usages lucratifs et usages non-lucratifs pourrait donc être pertinente.⁵⁹ Quoi qu'il en soit, toute décision en ce domaine devrait s'appuyer sur un minimum d'analyse économique plutôt que sur des préjugés idéologiques.⁶⁰

⁵⁷ Nineteenth-Century British and American Copyright Law, Philip V. Allingham, Faculty of Education, Lakehead University, Thunder Bay, Ontario, Canada, 5 January 2001. <http://www.victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva74.html>

⁵⁸ La situation est complètement différente si les œuvres sont substituables, par exemple entre logiciels compatibles. Si un particulier dispose d'une suite bureautique gratuite, il n'a aucune raison d'acquérir une suite bureautique équivalente, mais payante.

⁵⁹ Cette distinction entre lucratif et non-lucratif, ou commercial et non-commercial, est cependant délicate à définir, comme cela a déjà été souligné dans le rapport de la Commission du CSPLA sur la diffusion ouverte des œuvres de l'esprit (note 30), section 3.2.1.3, pages 35 et 36.

⁶⁰ On a par exemple constaté que, au moins dans le contexte actuel, la diffusion gratuite sur l'Internet ne fait pas nécessairement concurrence aux autres modes de diffusion, notamment en ce qui concerne l'écrit et probablement l'image fixe, et peut au contraire favoriser l'exploitation commerciale. Voir par exemple :

La pertinence économique de l'argument de concurrence reste donc à établir, en particulier pour ce qui concerne les bibliothèques. Ce qui est peut être plus grave est que l'on peut également mettre en doute la pertinence juridique de cet argument. En effet, **l'exercice tutélaire d'un droit exclusif ne saurait se concevoir que dans l'intérêt exclusif du titulaire du droit, qu'il soit ou non trouvable, et en accord avec sa volonté dans la mesure où elle peut être connue.** Dans la mesure où les intérêts patrimoniaux du titulaire sont préservés au cas où il réapparaîtrait, ce qui est bien sûr sous-entendu dans cette discussion, nous avons même remarqué précédemment que favoriser l'exploitation de son œuvre a au moins le mérite de contribuer à son intérêt moral. Quoi qu'il en soit, **appuyer une politique de tutelle sur un argument de défense d'intérêts tiers ne saurait être juridiquement recevable.** Il serait même raisonnable de s'inquiéter de l'impartialité de la gestion tutélaire des droits sur une œuvre orpheline par un organisme qui avancerait ou admettrait un tel argument.

4.4.2 Usages, points de vue et analyses

La question du versement d'une rémunération est bien entendu abordée dans tous les rapports sur les œuvres orphelines, mais il ne semble pas y avoir de consensus dans le sens d'une rémunération obligatoire, payable même si les ayants droit ne sont pas retrouvés.

1. Le sujet est discuté par quelques-unes des contributions à l'enquête qui a précédé la rédaction du rapport du Bureau États-Unien du Droit d'Auteur,⁶¹ et les points de vue sont résumés dans le rapport en fin de section V.A.2.a, page 85. Plusieurs contributions sont défavorables à la rémunération obligatoire, dont notamment celle de la Guilde des Auteurs qui n'y voit pas de justification,⁶² et l'Association des Éditeurs Américains qui considère (avec deux autres organisations) que « les paiements *fonctionnent surtout comme une « taxe » sur les usagers qui décourage, plutôt qu'elle n'encourage, les efforts pour exploiter ces œuvres.* »⁶³ La proposition de législation qui termine ce rapport du « *Register of Copyrights* » ne prévoit aucune obligation de versement d'une rémunération, si ce n'est aux ayants droit qui seraient retrouvés. Ce type de législation est également préconisé par la British Library.⁶⁴

2. La législation canadienne sur les « *auteurs introuvables* »⁶⁵ ne prévoit pas non plus d'obligation de versement effectif d'une rémunération, sauf bien sûr au cas

Retour sur le Lyber, Michel Valensi, *Multitudes* 2004 – 5 (no 19) | ISSN 0292-0107, pp. 161-168.

https://www.cairn.info/article_p.php?ID_ARTICLE=MULT_019_0161

Autre exemple, Cory Doctorow, auteur de science-fiction à succès, récompensé par de nombreux prix, met tous ses livres en accès libre sur l'Internet sans que cela gêne apparemment son éditeur.

<http://craphound.com/>

⁶¹ *Report on Orphan Works*, Register of Copyrights, (note 10).

⁶² Page 7, dans la réponse à l'enquête : « *Notice of Inquiry Concerning "Orphan Works" – Reply Comments* » par Paul Aiken, The Authors Guild, Inc., 9 mai 2005.

<http://www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0135-AuthorsGuild.pdf>

Ce commentaire contient quelques statistiques sur la recherche des auteurs.

⁶³ Page 6, section 2, item 2, dans la réponse jointe à l'enquête : « *Notice of Inquiry Concerning "Orphan Works"* » par Allan Adler (Association of American Publishers), Peter Givler (Association of American University Presses), Keith Kupferschmid (Software & Information Industry Association), 24 mai 2005.

<http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0605-AAP-AAUP-SIIA.pdf>

⁶⁴ ⁴ Gowers Review of intellectual property – Response submitted by the British Library, page 7 et 24 à 28, 08/11/2006.

http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/6/british_library_375_132kb.pdf

où l'auteur serait retrouvé (dans les cinq ans suivant l'expiration de la licence). Cependant la loi laisse la chose au choix de la Commission canadienne du droit d'auteur, statuant comme une Cour supérieure, qui ne l'impose pas systématiquement comme nous l'avons constaté plus haut (section 4.3).

3. Par contre, la législation japonaise, très similaire à la législation canadienne par ailleurs, impose le versement systématique d'une rémunération.⁶⁶ Cette rémunération est à verser dans des caisses de dépôt, et la législation ne précise apparemment pas ce qu'il en advient en cas de non utilisation.⁶⁷

4. L'article 190 de la loi britannique sur la propriété intellectuelle,⁶⁸ qui permet au « *Copyright Tribunal* » d'accorder une autorisation de reproduction d'une fixation en lieu et place d'un interprète introuvable (ou déraisonnablement non coopératif), prévoit que ce tribunal puisse fixer une rémunération, mais selon des modalités dont il est seul à décider. C'est une approche très semblable à la législation canadienne, mais concernant uniquement le droit voisin des interprètes.

5. En Grande-Bretagne, le rapport du « *British Screen Advisory Council* »,⁶⁹ après une analyse de plusieurs solutions, ainsi que des avantages et inconvénients du dépôt *a priori*, se prononce également pour une solution par défaut qui n'impose pas le versement *a priori* d'une rémunération. Cette proposition, proche de l'« *Orphan Act* » des États-Unis, semble être celle qui a les faveurs du rapport Gowers,⁷⁰ qui note cependant qu'elle est actuellement incompatible avec l'acquis communautaire.⁷¹

● Le rapport du *Copyright Subgroup* du Projet Européen de Bibliothèque Numérique⁷² aborde également cette question dans sa section 4.1, en page 6, et recommande comme principe directeur que les législations nationales « prévoient une obligation de rémunération générale ou en cas de réapparition des ayants

⁶ ⁵ Loi sur le droit d'auteur (L.R., 1985, ch. C-42), article 77 : « Titulaires introuvables ». http://lois.justice.gc.ca/fr/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l_VII-gb:s_77//fr#anchorbo-ga:l_VII-gb:s_77
Comme celui de la loi Japonaise, encore plus ancien, cet article a été rédigé bien avant que l'on imagine les modes actuels d'exploitation par le réseau, et leurs caractéristiques économiques.

⁶ ⁶ *Copyright Law of Japan*, Copyright Research and Information Center (CRIC), mars 2008, traduit par Yukifusa Oyama et al., section 8 : « Exploitation of Works under Compulsory License », article 67 « Exploitation of works in the case where the copyright owner thereof is unknown. » et article 74 « Deposit of compensation ». http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/cl2_2.html#cl2_2+S8

⁶ ⁷ L'auteur n'a trouvé que peu de détails sur la mise en œuvre de cet article de la loi, article qui date de 1970 et serait très peu utilisé : 35 licences accordées en 38 ans. http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-/results_past.html

Selon les informations que l'auteur a pu obtenir, le fonctionnement de ces caisses de dépôt serait de garder les versements pour le compte du déposant en attendant qu'ils soient prélevés. <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/M32/M32HO015.html>

⁶ ⁸ Copyright, Designs and Patents Act, 1988. Article 190 : Power of tribunal to give consent on behalf of performer in certain cases. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880048_en_10#pt2-pb4-11g190

⁶ ⁹ Voir la section « Payment for use », pages 28-29 dans : *Copyright and Orphan Works - A paper prepared for the Gowers Review by the British Screen Advisory Council*, 31 Août 2006. <http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkspaper.pdf>

⁷ ⁰ Gowers Review of Intellectual Property, Final report, décembre 2006 (ISBN: 978-0-11-84083-9), paragraphe 4.98, page 71. http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf

⁷ ¹ Ibid. paragraphe 4.99. Cette incompatibilité est probablement vraie de toute autre solution.

⁷ ² *Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works, Selected Implementation Issues*, adopted by the High Level Expert Group (HLG) at its third meeting on 18 April 2007. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295

droit. » Il s'agit là de conclusions du premier rapport intérimaire, reprises dans ce second rapport sans que le détail des discussions soit disponible. La section 4.5 du rapport précise que « *les États Membres sont encouragés à établir un mécanisme pour permettre l'utilisation de telles œuvres [orphelines] dans un but non-commercial ou commercial, sous réserve d'accord préalable concernant les conditions et la rémunération [...]* », ce qui ne signifie nullement rémunération préalable. L'obligation du versement effectif d'une rémunération n'est donc pas considéré comme indispensable.

- Les pays scandinaves résolvent partiellement la question des œuvres orphelines par l'utilisation de la gestion collective étendue, qui s'applique automatiquement à l'ensemble des œuvres, qu'elles soient ou non orphelines.⁷³ Dans ce cas, les licences sont simplement négociées par l'organisme chargé de la gestion collective étendue, indépendamment de toute question d'orphelinat. Tout auteur ou ayant droit peut cependant demander à ne pas être inclus dans ce système, ce qui laisse alors la question de l'orphelinat ouverte. En outre le système ne s'applique que pour les secteurs et les types d'usages pour lesquels un accord de gestion collective étendue a été négocié, ce qui en limite donc encore la portée.⁷⁴ Il ne s'agit pas à proprement parler d'une réponse spécifique au problème des œuvres orphelines.

À l'évidence, il est difficile d'exploiter de façon systématique la masse très considérable de documents et d'arguments sur cette question. Les positions sont très variées. Il nous semble cependant que la tendance est plutôt contre le versement systématique d'une rémunération avant que les ayants droit n'aient été retrouvés, soit que l'opposition soit clairement affirmée, soit que les textes laissent le choix dans un sens ou dans l'autre à l'autorité décisionnelle. Il faut aussi remarquer la variété des intervenants qui sont opposés à ce versement systématique, car on y trouve aussi bien des auteurs, des bibliothèques et musées, des éditeurs, des universitaires ou des administrations.

Cela n'est guère surprenant car il y a de nombreuses raisons de n'exiger le paiement d'une rémunération qu'au cas où les ayants droit sont retrouvés, dont certaines sont la conséquence d'évolutions récentes des modes de création intellectuelle et de la diffusion numérique des œuvres :

- Comme nous l'avons analysé précédemment dans la section 4.4.1, il est probable que, dans de nombreux cas, la structure du marché est telle que le paiement de la rémunération se fait au détriment de l'usage (payant) d'autres œuvres, non orphelines, et qu'il en résulte une situation perdant-perdant : moins d'accès au patrimoine culturel et moins de ressources disponibles pour rémunérer les ayants droit.

^{7 3} *The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries*, H. Olsson, Kopinor 25th anniversary international symposium, 20 May 2005, section 6.2.
http://www.kopinor.org/hva_er_kopinor/kopinor_25_ar/kopinor_25th_anniversary_international_symposium/the_extended_collective_license_as_applied_in_the_nordic_countries

Notons que le statut de cette gestion collective étendue n'est pas clair au regard des instruments internationaux et que sa légitimité dans l'acquis communautaire semble ne se fonder que sur le considérant 18 de la directive européenne 2001/29/CE (note 5).

^{7 4} Par exemple, dans « *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines* » (note 11), section 3.2, page 5, Stef von Gompel remarque que cette solution est peu applicable à la photographie car « les titulaires de droits sont réticents à la gestion collective de leurs droits. »

● Il importe que le traitement des œuvres orphelines modifie de façon minimale les textes existants, pour minimiser le risque de contrevenir aux obligations fixées par les traités. En l'occurrence, dans la mesure où la demande du paiement d'une rémunération relève du droit exclusif, on ne saurait préjuger de la volonté de l'auteur, qui n'a, ou plutôt, étant maintenant introuvable, n'avait par ailleurs aucune obligation de la faire connaître par quelque formalité que ce soit.⁷⁵ Si la fixation préalable du montant de la rémunération est de nature à favoriser en les sécurisant l'usage ou l'exploitation de l'œuvre, ce qui est l'objectif de tout traitement spécifique des œuvres orphelines, le paiement *a priori* de cette rémunération n'y contribue nullement, et n'est donc pas utile au but recherché.

● Bien au contraire, comme le soulignent plusieurs associations états-uniennes d'éditeurs,⁷⁶ « *comme il est peu probable que les ayants droit se manifestent pour demander le versement de la rémunération dans les cas authentiques d'œuvres orphelines, les paiements fonctionnent surtout comme une « taxe » sur les usagers qui décourage, plutôt qu'elle n'encourage, les efforts pour exploiter ces œuvres.* » Ce point de vue a d'ailleurs été retenu par le rapport du « *Register of Copyrights* », très soucieux de ne pas décourager l'usage des œuvres orphelines.⁷⁷

● Il est en outre de plus en plus fréquent, avec le développement de l'Internet, qu'apparaissent des œuvres dont les auteurs souhaitent la diffusion la plus large, sans rechercher de rémunération, ce que montre en particulier l'évolution en cours des pratiques de la publication universitaire. Nombre de ces auteurs sont peu familiers des règles du droit d'auteur, et l'on peut prévoir que ces pratiques vont entraîner une multiplication de l'orphelinat de ce type de production. Non seulement il n'y a pas lieu d'imposer une rémunération, non voulue par les auteurs, mais une telle exigence serait un obstacle à la circulation de ces œuvres, contraire à leur volonté. De plus, la multiplication des copies étant encore le meilleur moyen d'assurer la préservation des œuvres,⁷⁸ toute viscosité inutile dans leur circulation est un obstacle à leur préservation, c'est-à-dire à la préservation d'une composante importante et nouvelle de notre patrimoine culturel.

● De plus nous verrons, dans la section 4.7, qu'imposer cet obstacle incompatible avec le mode d'exploitation ouvert et voulu par les auteurs, dans leur propre intérêt, est contraire au triple test.

● Comme nous l'avons déjà remarqué plus haut (début de la section 4.4), l'allongement de la durée des droits est un facteur d'apparition des œuvres orphelines, au détriment du domaine public qui est d'usage gratuit.⁷⁹ Le rapport du « *British Screen Advisory Council* » note que les œuvres orphelines sont déjà une source de coûts, et que « *dans le cas où les œuvres sont réellement orphelines, tous ces coûts sont sans aucun rôle utile.* »⁸⁰ Est-il bien utile d'y

⁷ ⁵ Article 5(2) de la Convention de Berne (note 32).

⁷ ⁶ Voir la note 63.

⁷ ⁷ *Report on Orphan Works*, Register of Copyrights (note 10), section VI.B.2.c, pages 113 et 114.

⁷ ⁸ Ce principe de préservation par multiplication des copies est le fondement du projet international LOCKSS pour la préservation des contenus numériques. <http://www.lockss.org/>

⁷ ⁹ La « British Library » fait une remarque similaire dans sa réponse à la « Gowers Review » (note 64), section 1.2.5, page 10.

⁸ ⁰ *Copyright and Orphan Works* (note 69), paragraphe 87, page 29.

ajouter un coût supplémentaire sans bénéfice pour des ayants droit introuvables, sans parler du coût de la gestion des rémunérations qui seraient versées ?

- Pour certaines œuvres orphelines, il se trouve en outre que le défaut d'information sur l'œuvre et son auteur empêche de déterminer si l'œuvre appartient ou non au domaine public. On en viendrait donc à verser une rémunération dont le destinataire serait non seulement introuvable, mais inexistant.

- Le paiement d'une rémunération qui n'aurait que très peu de chance d'être versée à un ayant droit légitime serait bien évidemment très mal perçu par nombre d'utilisateurs. Cela pourrait inciter nombre d'entre eux, particulièrement ceux qui auraient effectué des recherches sérieuses et donc probablement fiables, à ignorer les mesures leur permettant un usage sécurisé des œuvres orphelines, ce qui est précisément le contraire du but recherché. Nous verrons dans la section suivante qu'il serait juridiquement difficile d'empêcher cela et que, en outre, ces utilisateurs auraient intérêt à ne pas rendre publiques leurs recherches. Cela priverait l'écologie culturelle d'une information utile pour les autres usagers et pour le traitement curatif de l'orphelinat, et entraînerait bien sûr la duplication d'efforts de recherche coûteux et inutiles.

Nous n'avons par contre trouvé que peu d'arguments en faveur du versement *a priori* d'une rémunération. En dehors de l'argument de concurrence discuté dans la section 4.4.1, le principal argument avancé est de garantir qu'un ayant droit qui réapparaît n'aura pas de difficulté pour se faire verser sa rémunération. Cet argument reste cependant assez faible car cet ayant droit sera dans une situation contractuelle analogue à celle de tout autre ayant droit (d'œuvre non orpheline) et n'aura donc ni plus ni moins de difficulté à se faire payer.

4.5 La contrefaçon et le contrôle des usages

L'article L122-4 du CPI dispose que « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. »⁸¹ On ne saurait pour autant en inférer que quiconque peut poursuivre en contrefaçon une personne ayant représenté ou reproduit l'œuvre d'un tiers. En effet, le droit de l'auteur s'exerçant de façon exclusive et sans formalité, celui-ci n'a pas à faire connaître publiquement les conditions dans lesquelles il l'exerce, et il appartient à lui seul de décider si l'usage de son œuvre se fait avec ou sans son consentement.

Doit-on alors considérer que, si l'ayant droit est introuvable, il peut être opportun de contrôler les usages de l'œuvre orpheline en prévoyant une tutelle pour d'éventuelles poursuites en contrefaçon dans des situations identifiées ?

La réponse est à l'évidence négative, toujours en raison du principe de minimalité qui veut que l'on interfère le moins possible avec les règles générales du droit d'auteur, afin de minimiser les risques d'incompatibilité avec les instruments internationaux. En

⁸¹ Article L122-4 du Code de la Propriété Intellectuelle.
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278911&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20080117>

l'occurrence, le fait de pouvoir exercer des poursuites en contrefaçon, ou même de pouvoir simplement faire interdire l'usage ou l'exploitation d'une œuvre, est une atteinte à l'exclusivité du droit. Cette atteinte ne se justifie nullement par l'objectif déclaré d'un traitement particulier des œuvres orphelines, qui est de permettre l'usage de ces œuvres et leur accès par le public. Pas plus que les obstacles financiers, les obstacles juridiques ne sauraient prétendre être des « mesures susceptibles de favoriser la numérisation et l'accessibilité des œuvres orphelines. »⁸² Nous verrons en outre, dans la section 4.7, que cette atteinte au droit exclusif ne passe pas le crible du triple test de la convention de Berne.

Indépendamment de ces principes essentiels, à supposer que l'on accorde à une autorité le pouvoir de poursuivre ou empêcher certains usages des œuvres orphelines dans des conditions à préciser, cela devrait nécessairement se limiter aux œuvres reconnues comme orphelines. Il appartiendrait donc à cette autorité d'établir le caractère orphelin des œuvres concernées, et en particulier d'effectuer toutes les recherches appropriées concernant les ayants droit introuvables. Il semble peu probable que quiconque soit prêt à assurer le financement de cette obligation de recherche, et ce ne serait probablement pas de façon désintéressée et équitable.

Dans un tel contexte, un utilisateur potentiel d'une œuvre orpheline qui craindrait de ne pouvoir l'utiliser dans des conditions qui lui convienne aurait tout intérêt à ne pas publier le résultat de ses recherches des ayants droit pour empêcher que l'on puisse faire obstacle à son usage des œuvres, avec les conséquences que nous avons présentées dans la section précédente.

Non seulement il n'est pas souhaitable de contrôler l'usage des œuvres orphelines, mais c'est en outre difficilement praticable, et cela aurait pour effet de contrecarrer le but recherché qui est de renforcer les usages de ces œuvres en les sécurisant.

4.6 La gestion collective obligatoire

La gestion collective obligatoire est la méthode qui semble le plus souvent évoquée en France pour traiter la question de l'exploitation des œuvres orphelines. Cette méthode est présentée comme « *le mode de gestion le plus efficace* » par le groupe de travail du CFC qui estime, dans sa note de travail dont il est précisé qu'elle est sans caractère conclusif,⁸³ « *qu'il n'existe pas de système alternatif pour satisfaire l'objectif de régulation de la diffusion des œuvres.* » Il précise de plus que « *la solution de la gestion collective obligerait les utilisateurs à demander une autorisation en bonne et due forme [...].* » Nous mentionnons ce dernier point car il indique clairement que cette méthode implique que les SPRD qui seraient en charge de cette gestion pourraient s'opposer à ce que l'on utilise des œuvres orphelines sans leur autorisation, comme elle le font pour les œuvres pour lesquelles elles ont reçu mandat des ayants droit (article L321-1 du CPI).

Ce mode de gestion des œuvres orphelines est aussi proposé par la Commission pour la Relance de la Politique Culturelle (CRPC) dans son livre blanc,⁸⁴ sous la

⁸² ² Lettre de Mission de Jean-Ludovic Silicani, président du CSPLA, à Me Jean Martin (note 43)

⁸³ ³ *Les œuvres Orphelines dans le Secteur de l'Écrit* (note 56), page 4.

⁸⁴ ⁴ Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, Commission pour la Relance de la Politique Culturelle (C.R.P.C.), 22 février 2007, pages 70 à 74. http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/page8/files/LIVRE_BLANC.pdf

forme d'une « Proposition d'amendement au Code de la propriété intellectuelle, pour instaurer un régime de gestion collective obligatoire dans le domaine des œuvres orphelines. »

L'une des motivations premières de la proposition du groupe de travail du CFC, la concurrence, est irrecevable et même inquiétante pour les raisons évoquées à la fin de la section 4.4.1. La motivation de la CRPC est tout autant irrecevable, pour des raisons essentiellement similaires. Arguant de l'usage abusif et trop fréquent de la mention « Droits réservés » pour publier gratuitement et sans autorisation des œuvres prétendues orphelines, mais qui ne le seraient pas,⁸⁵ la CRPC propose de résoudre le problème en imposant un mode de gestion des œuvres orphelines, la gestion collective obligatoire en l'occurrence. Il s'agit donc d'imposer un mode de tutelle aux œuvres orphelines, non pas en prenant en compte l'intérêt des titulaires de droits sur ces œuvres, mais parce que cela semble une facilité de contrôle pour les ayants droit des œuvres qui ne sont pas orphelines.

En fait, pour les raisons que nous exposons dans la section 4.5, cette facilité est illusoire. Il n'en reste pas moins qu'il est inquiétant de constater que **les principales motivations avancées pour proposer la gestion collective obligatoire des œuvres orphelines se fondent sur des considérations qui ne concernent nullement les intérêts de leurs ayants droit.**

La proposition de la CRPC pour amender le code de la propriété intellectuelle prévoit explicitement l'obligation d'obtenir une autorisation et de verser une rémunération, tout comme le laisse présumer la note du CFC, et l'on peut donc considérer cela comme implicite dans le concept de gestion collective obligatoire. Il s'ensuit que les toutes les remarques et critiques que nous avons faites dans les sections 4.4 et 4.5 sont applicables à la gestion collective obligatoire.

En outre, un tel mode de gestion collective obligatoire est incompatible avec la volonté de certains auteurs ou ayants droit qui souhaitent une diffusion ouverte de leurs œuvres, notamment selon les modalités de certaines licences libres.⁸⁶ On pourrait envisager que la gestion collective obligatoire soit astreinte à respecter la volonté des ayants droit quand celle-ci est connue, par exemple par une licence. Cependant « *les sociétés de gestion estiment dans l'ensemble que les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas toujours compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement.* »⁸⁷

Enfin, si plusieurs modes de gestion des œuvres orphelines étaient reconnus, on ne voit pas ce qui justifierait de choisir l'un ou l'autre en l'absence de toute information sur la volonté de l'auteur.

4.7 La conformité avec les instruments internationaux

Quelle que soit la politique retenue pour permettre l'exploitation des œuvres orphelines, cette politique aura nécessairement pour objectif de sécuriser les usages. Ceci se réalisera, pour une part importante, par un statut des œuvres orphelines qui élimine le caractère contrefaisant de leur usage, soit qu'il puisse être légalement autorisé par une autorité habilitée pour cela, qu'elle soit privée (gestion collective) ou

⁸⁵ Notre propos n'est bien sûr pas de nier la réalité de ces abus, faciles à constater, ni la nécessité de les combattre. Nous affirmons seulement que la méthode choisie n'est pas la bonne, et risque de déconsidérer une bonne cause.

⁸⁶ Voir note 48.

⁸⁷ Alinéas 71, page 30 du rapport du CSPLA sur « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit » (note 30).

publique (Canada, Japon), soit qu'il soit au pire transformé en litige commercial (comme le propose l'« *Orphan Act* » aux États-Unis). L'élimination du caractère contrefaisant permet d'éviter les dommages punitifs (États-Unis) ou l'action pénale (par exemple en France).

Cela est cependant insuffisant, car bien des usages demandent un investissement important et il faut donc les sécuriser en proportion si l'on souhaite qu'ils se développent. Cela peut être obtenu par l'autorisation légale, ou par une limitation temporaire de l'exercice de ses droits exclusifs pour un ayant droit qui réapparaîtrait (comme l'« *injunctive relief* » aux États-Unis).

À l'évidence, quelles que soient les modalités retenues, elles empiètent nécessairement sur les droits exclusifs et cela ne peut être institué que par un changement législatif, Encore faut-il que ce changement soit en accord avec les instruments internationaux.

Typiquement, la gestion collective obligatoire du droit de reproduction par reprographie⁸⁸ est une exception au droit exclusif qui peut s'appuyer sur l'exception 2.a) de l'article 5 de la directive 2001/29/CE,⁸⁹ compte tenu de ce que cette mise en œuvre de l'exception répond positivement au triple test. Cependant, les exceptions au droit exclusif sont étroitement encadrées, et toute gestion collective obligatoire en est nécessairement une. Dans une analyse des situations pouvant relever de la gestion collective obligatoire, au regard des textes et des cas existants, Mihály Ficsor conclut que « *la gestion collective obligatoire n'est pas licite dans les cas où les règles internationales relatives au droit d'auteur ou l'acquis communautaire s'il s'agit d'un droit spécifique non visé par ces règles, ne l'autorisent pas expressément.* »⁹⁰

À notre connaissance, il n'existe aucune exception ou limitation dans l'acquis communautaire qui permette la gestion collective obligatoire des droits sur les œuvres orphelines en lieu et place de titulaires introuvables.

En outre, il est douteux que l'acquis communautaire puisse être amendé par de nouvelles exceptions ou limitations concernant l'écrit et l'image fixe et permettant une gestion collective obligatoire des œuvres orphelines. Ces exceptions ou limitations seraient en effet soumises au crible du triple test de la Convention de Berne.⁹¹ Or nous avons vu dans la section 2 que, si on peut considérer que l'exploitation payante est le seul mode viable de diffusion pour les œuvres imprimées, ce n'est plus le cas pour la diffusion d'œuvres numérisées. La diffusion ouverte des œuvres est en effet devenue un mode normal d'exploitation, qui favorise d'autres intérêts des ayants droit qu'un retour pécuniaire immédiat, souvent aléatoire. Si donc la gestion collective obligatoire de la reprographie peut être considérée comme ne portant pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il ne saurait en aller de même pour une gestion collective obligatoire des œuvres numérisées, car elle ferait obstacle à un mode de diffusion et d'exploitation des œuvres considéré comme normal par un nombre croissant d'utilisateurs, et notamment à titre professionnel. De fait, ce mode de diffusion est choisi par les titulaires de

⁸⁸ Article L122-10 du CPI.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278933>

⁸⁹ Voir note 5.

⁹⁰ La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ?, Mihály Ficsor, Bulletin du droit d'auteur (UNESCO), page 5, octobre - décembre 2003.

http://portal.unesco.org/culture/fr/files/14935/10718319981M._Ficsor_fr.pdf/M.+Ficsor+fr.pdf

⁹¹ Article 9(2) de la Convention de Berne (note 6).

droits parce qu'ils y trouvent un intérêt légitime, intérêt auquel la gestion collective obligatoire causerait un préjudice injustifié.

Plus généralement, ce raisonnement vaut pour tout mode de tutelle des œuvres orphelines qui imposerait le paiement immédiat d'une rémunération. Par contre, **le paiement différé, effectué sur sa demande au moment où l'ayant droit concerné se fait connaître, est le seul à respecter les divers modes d'exploitation de l'œuvre sans porter atteinte aux intérêts légitimes de l'ayant droit, dans la mesure permise par l'obstacle de son « introuvabilité. »** Si l'ayant droit souhaite une rémunération, celle-ci aura été négociée et ne pourra lui être refusée sous peine de poursuites en contrefaçon. S'il n'en souhaite pas pour favoriser l'exploitation de son œuvre, soit il l'aura fait savoir et sa volonté sera respectée, soit il ne l'aura pas fait savoir et la négociation d'une rémunération éventuelle favorisera l'exploitation de son œuvre en sécurisant les usagers qui s'y intéressent.

Mais la question se pose aussi de savoir s'il faut imposer une négociation, ou plus généralement confier à une tutelle la charge de poursuivre les exploitants d'une œuvre orpheline qui n'auraient pas satisfait à des formalités définies par la tutelle. Comme nous l'avons déjà esquissé dans la section 4.5, la réponse est négative car cela porterait atteinte à l'exclusivité du droit sans même être justifié par une utilité au but poursuivi. Plus formellement, comme dans le cas du paiement de la rémunération, cette atteinte au droit exclusif peut faire obstacle à une exploitation normale de l'œuvre, si tant est que les ayants droit en souhaitent une diffusion ouverte, et causerait un préjudice injustifié à leur intérêt légitime si cet intérêt est avant tout de voir leur œuvre exploitée le plus largement possible, comme c'est par exemple le cas pour un article scientifique.

Il s'ensuit que **ni l'obligation d'un paiement immédiat d'une rémunération aux auteurs introuvables, ni la délégation à une tutelle de l'œuvre orpheline du droit d'en empêcher l'exploitation, ne passent le triple test de la convention de Berne.** On ne saurait donc s'attendre à ce qu'elles puissent être permises par une nouvelle exception ou limitation dans le droit européen.

5 Conclusion

Cette note ne saurait prétendre avoir fait le tour de la question de l'exploitation des œuvres orphelines, même en se restreignant à l'écrit et à l'image fixe, ce qui n'a d'ailleurs pas été systématique, loin de là. De fait nous n'avons pas réellement approfondi des aspects essentiels comme la nature des recherches appropriées ou leur contrôle, ou encore la contrainte d'une divulgation préalable autorisée par les ayants droit. Nous n'avons pas non plus, par exemple, abordé la question de savoir si la tutelle doit être exercée par une autorité publique ou privée, en tout ou en partie. Il n'est donc pas question, sur cette base, de proposer un mode de tutelle spécifique des œuvres orphelines, même restreint à un secteur particulier. Cependant notre apport aura été de contribuer à cartographier l'espace des modes possibles de gestion des œuvres orphelines et, dans cet espace, à délimiter au moins partiellement le périmètre des solutions acceptables, tant du point de vue du respect de l'esprit du droit d'auteur, qui est avant tout un droit de l'auteur, que de celui du respect des conventions qui visent à encadrer sa mise en œuvre effective.

Notre méthode a reposé notamment sur un principe simple : limiter les modifications de la législation existante au minimum nécessaire pour améliorer et sécuriser

l'exploitation des œuvres orphelines, en ne portant – de notre fait – d'autre atteinte au droit exclusif des auteurs que celles qui sont inévitables du fait-même qu'ils sont introuvables. Il est heureux de constater que cette méthode nous laisse suffisamment de marge de manœuvre pour trouver un espace qui reste compatible avec la variété des pratiques d'exploitation les plus courantes dans un univers de la création et des usages en évolution rapide, en accord avec les contraintes de nos conventions internationales.

Constats

1. Une œuvre orpheline est une œuvre dont on ne peut déterminer ou joindre les titulaires de droits.
2. Cela entraîne un gel des œuvres au détriment de tous les acteurs de la culture, gel auquel il convient de remédier, pour favoriser l'exploitation de ces œuvres.
3. Les paramètres économiques et sociologiques du phénomène sont mal connus.
4. Fautes de mesures adéquates, il est à craindre que l'orphelinat des œuvres ne se développe en raison de l'Internet qui facilite la diffusion d'œuvres nouvelles tout en distendant les liens entre les œuvres et leurs ayants droit.
5. L'Internet et la numérisation favorisent le développement de nouveaux modes d'exploitation où l'intérêt des ayants droits est exclusivement dans la diffusion et la réutilisation, voire la modification des œuvres, et non dans un retour lucratif.
6. Nul ne peut préjuger des préférences d'un auteur. Mais il n'est nullement tenu de les faire connaître, et les moyens techniques et juridiques pour le faire semblent encore mal établis. On ne saurait cependant gérer son œuvre dans des formes contraires à sa volonté.
7. Toute tutelle de l'exploitation des œuvres orphelines empiète sur l'exclusivité des droits, et relève donc nécessairement d'une exception qui doit être incluse dans les textes communautaires. Cela implique aussi que la mise en œuvre de cette exception doit satisfaire le triple test [Berne 9(2)].
8. Toute tutelle des œuvres orphelines doit tenir compte de la coexistence des divers modes d'exploitation, les uns contrôlés et généralement commerciaux, les autres permissifs et gratuits. Elle ne doit porter atteinte à aucun de ces modes et ne pas causer de préjudice injustifié aux titulaires des droits. Elle doit s'exercer dans l'intérêt des titulaires des droits.
9. Les groupes de travail français n'envisagent apparemment qu'un seul type de tutelle : la gestion collective obligatoire. Les principales motivations avancées sont sans rapport avec les intérêts des titulaires des droits sur les œuvres concernées.
10. Ce type de tutelle inclut des mesures qui peuvent causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de nombreux titulaires de droits sans favoriser l'exploitation des œuvres et dont l'absence n'entraînerait aucune atteinte nouvelle aux intérêts des titulaires de droits.
11. Ces mesures sont le droit pour la tutelle d'interdire l'exploitation de l'œuvre et celui d'imposer le versement systématique d'une rémunération avant que l'ayant droit ne soit retrouvé. Elles présentent de nombreux autres inconvénients, et ne semblent nullement faire l'objet d'un consensus international.
12. La gestion collective obligatoire ne passe pas le crible du triple test et ne saurait donc être autorisée par une nouvelle exception ou limitation en droit européen.
13. Il faut néanmoins trouver un moyen juridiquement et économiquement viable de sécuriser l'usage des œuvres orphelines pour favoriser leur utilisation.

Recommandations

1. La tutelle des œuvres orphelines a pour objet de favoriser l'exploitation des œuvres, dans des conditions qui préservent les intérêts des titulaires de droits en ce qui concerne cette exploitation exclusivement.
2. Elle n'a pas pour objet d'exercer d'autres droits ou d'assurer d'autres responsabilités concernant les œuvres ou leurs ayants droit.
3. Pour ne pas dénaturer le droit d'auteur par une atteinte excessive aux droits exclusifs et éviter le risque d'incompatibilité avec les instruments internationaux, il convient de rechercher une forme de tutelle qui fasse un usage minimal des droits exclusifs dans les limites fixées par les points 1 et 2. Cela implique en particulier les deux points suivants.
4. La tutelle ne dispose pas de moyens coercitifs hors de sa mission. La sanction d'un refus de se plier aux formalités de la tutelle ne saurait être autre que le refus par la tutelle du service qu'elle est censée fournir : l'exploitation sécurisée des œuvres.
5. La tutelle peut déterminer le montant de la rémunération dans le cadre de la négociation de licence. Il appartient au titulaire des droits d'en collecter le montant, s'il le souhaite. Le refus de payer se traduit par la perte du service et donc le risque de poursuites en contrefaçon.
6. Cela n'exclut pas que la tutelle puisse être rémunérée pour son travail.
7. Il importe cependant de minimiser le recours à la tutelle en favorisant l'information sur les droits, par œuvre, par auteur, ou par tout autre classification utile.
8. Il est souhaitable que notre système juridique prévoie un moyen simple et transparent pour rendre publics les droits attachés aux œuvres, et la volonté des titulaires de droits concernant tout ou partie de leurs droits et de leurs œuvres.
9. Cela doit être fondé sur un standard ouvert de métadonnées permettant de décrire l'information concernant les œuvres, les titulaires de droits, les droits eux-mêmes, etc.
10. Ces métadonnées doivent pouvoir être associées aux œuvres individuelles, et également collectées dans des registres publics librement accessibles, en particulier pour faciliter les recherches sur les conditions d'utilisation des œuvres et, si besoin est, sur la localisation des ayants droit.
11. Pour éviter leur altération, il doit être interdit d'utiliser ces métadonnées dans un but de filtrage ou de contrôle, autre que par l'utilisateur lui-même.
12. Ce système est utilisable pour toutes les œuvres, orphelines ou non.
13. Un système ne pouvant se contrôler efficacement que si l'on dispose de suffisamment d'information, il importe d'améliorer :
 - les données statistiques et quantitatives concernant les œuvres orphelines ;
 - l'analyse des phénomènes économiques concernant les œuvres orphelines, et l'évolution de ces phénomènes, notamment dans le contexte de dématérialisation, de la numérisation et de l'Internet.