

À paraître dans *Numérisation du Patrimoine*, ouvrage collectif sous la direction de Bernadette Dufrêne, Éditions Hermann, Paris, 2013

## Œuvres orphelines : intérêt patrimonial contre droit moral

Bernard Lang

INRIA – AFUL<sup>‡</sup>

*Auch wenn ich untergehe, lasst meine Bilder nicht sterben,  
zeigt sie den Menschen.*<sup>1</sup>

### Le contexte

Le concept d'œuvre orpheline n'est pas récent. L'exploitation de ces œuvres fait l'objet d'une législation au Japon depuis 40 ans et au Canada depuis 25 ans. Ces législations ont d'ailleurs été peu utilisées. Or, tout à coup, ce sujet ésotérique devient à la mode, devient un vrai problème, qui n'est pas limité à la France : on en parle, on l'étudie, on veut légiférer. Cet intérêt soudain et général est manifestement indicateur d'un changement qui le motive. Mais alors, peut-on étudier cette question *in abstracto*, comme si rien ou presque n'avait changé en un siècle dans l'univers du droit d'auteur ? Ne serait-il pas préférable de comprendre les causes profondes de ce nouvel intérêt et de chercher la réponse au problème posé dans les changements qui l'ont rendu plus aigu, plus pertinent ?

Le droit d'auteur que nous connaissons, notamment pour l'écrit et l'image, est fils de l'imprimerie. Auparavant seul le droit moral importait, pour la simple raison qu'être copié et présenté était une reconnaissance de l'œuvre et le seul moyen d'assurer son influence et sa survie. Avec l'imprimerie et les évolutions juridiques qui s'ensuivirent, les choses changèrent. La copie devint une activité industrielle demandant des investissements que l'on voulut protéger par des monopoles. Avec le *Statute of Anne* de 1710, les auteurs obtinrent leur part des bénéfices de cette activité industrielle. Ce caractère commercial, patrimonial, de la création littéraire est donc étroitement associé au caractère industriel de la diffusion des œuvres, diffusion qui reste le principal vecteur de survie et d'influence des œuvres et de leurs auteurs. Quand bien même certains auteurs n'auraient pas souhaité vivre du revenu de leurs œuvres, ils avaient besoin de cette diffusion, et donc de l'exercice du droit patrimonial pour la financer. De ce point de vue, tous les auteurs étaient logés à la même enseigne, au point que cela est devenu une *hypothèse implicite* de l'univers du droit d'auteur. Stevan Harnad a qualifié cette situation de « pacte faustien », car cela revient à mettre des entraves à la diffusion des œuvres afin d'assurer et de financer cette diffusion<sup>2</sup>.

---

<sup>‡</sup> INRIA (Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique) <http://www.inria.fr/> (jusqu'en mars 2010) – AFUL (Association Francophone des Utilisateurs de Logiciels Libres) <http://aful.org/> – [Bernard.Lang@datcha.net](mailto:Bernard.Lang@datcha.net) L'auteur remercie Jean Peyratout, René Mages, François Élie, Philippe Allart et Rosaire Amore, membres de l'AFUL et de la FFII-France, pour leurs commentaires sur les premières versions de ce texte.

1 « Même si je disparaissais, ne laissez pas mes peintures mourir, montrez-les aux hommes. » Felix Nussbaum, peintre allemand mort avec son épouse à Auschwitz en 1944. <http://www.osnabrueck.de/fnh/10709.asp>

2 Stevan Harnad, How to Fast-Forward Serials to the Inevitable and the Optimal for Scholars and Scientists. *Serials Librarian* 30: 73-81, 1997 (Reprinted in C. Christiansen & C. Leatham, Eds. *Pioneering New Serials Frontiers: From Petroglyphs to CyberSerials*. NY: Haworth Press.) <http://users.ecs.soton.ac.uk/harnad/Papers/Harnad/harnad97.learned.serials.html> . Bernard Lang, Incidences des changements de modèles ; apports du modèle alternatif des logiciels libres. Le « Pacte Faustien », in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, dir. Viviane de Beaufort, Tit. 3°, Ch. IV, pages 145-154, Vuibert, 2009. Version prélim. <http://www.datcha.net/ecrits/Exposes/essec-cede-081029/pacte-faustien.pdf>

Nous venons de vivre une nouvelle révolution, celle de l'Internet et du numérique, qui change à nouveau la donne : le coût de la diffusion est devenu nul, ou peu s'en faut. Les lois socio-économiques de la production littéraire s'en trouvent bouleversées. Or le droit n'est jamais que du génie sociétal construit sur ces lois naturelles et il est nécessairement inadapté à la situation nouvelle qui les voit changer. L'eau gelée reste de l'eau, mais elle n'est plus régie par les mêmes lois physiques et les pompes marchent beaucoup moins bien. On appelle cela un changement de phase. Et, comme parfois dans le monde physique, il est aussi accompagné ici d'une rupture de symétrie : les auteurs ne sont plus tous logés à la même enseigne. Ceux qui souhaitent une rémunération vont contrôler l'exploitation de leur œuvre pour assurer leur revenu, tandis que ceux qui souhaitent tout simplement sa diffusion la plus large vont pouvoir la rendre disponible en accès ouvert par l'Internet<sup>3</sup>. L'hypothèse implicite du droit patrimonial a disparu : tous les textes et toutes les organisations conçus sur cette hypothèse y perdent une part de leur légitimité.

À ce point, il faut être très clair. Il ne s'agit nullement de remettre en cause le droit à rémunération des auteurs qui le souhaitent. Mais il faut prendre en compte le fait que ce n'est plus un *a priori* pour tous. On peut aussi se poser la question, dans l'intérêt même de ceux qui souhaitent être rémunérés, de comprendre quel peut être dans ce nouveau contexte le meilleur moyen d'assurer cette rémunération, en préservant et même en augmentant l'indépendance et la créativité des auteurs. En particulier, il est aussi évident que l'organisation « industrielle » de la diffusion est totalement remise en cause par cette évolution, et que cela changera « ce système qui a fini par donner aux intermédiaires un rôle plus important qu'aux artistes.<sup>4</sup> »

La diffusion n'est plus un problème et la pérennité de l'œuvre est probablement assurée avec un minimum de précautions. Mais sa visibilité et son influence ne sont nullement garanties dans cet univers où la création est surabondante. L'œuvre peut-elle être trouvée par le public qu'elle concerne ? Ce n'est pas assuré. Il est probable que l'intermédiation de visibilité va remplacer l'intermédiation de diffusion. Dans ce contexte, il est pour le moins étrange que des ayants droit s'opposent à l'indexation de leurs œuvres au motif de leurs droits exclusifs, alors même que c'est à leur bénéfice et que ne pas être indexé est aujourd'hui un handicap majeur. Les procès faits à Google, pour avoir numérisé les œuvres à des fins d'indexation, n'ont pas fini d'amuser les générations futures. Ceci dit, pour ce qui concerne les fonds des bibliothèques, on peut effectivement s'inquiéter d'une forme de monopole qui pourrait résulter du contrôle des versions numérisées des œuvres. Mais il y va aussi de la responsabilité de ces bibliothèques qui pourraient parfaitement signer avec plusieurs numériseurs et indexeurs, quitte à dupliquer le travail, ce qui resterait peut-être moins coûteux que de faire le travail elles-mêmes<sup>5</sup>.

- 
- 3 Les exemples abondent. Le plus marquant concerne le développement de l'accès ouvert à la littérature universitaire ; il est plus efficace et moins coûteux pour les universitaires de faire payer par (l'institution de) l'auteur les frais de mise en ligne, et de bénéficier ensuite d'un accès gratuit et universel au lieu de payer des abonnements ruineux ; voir : Peter Suber, Open Access Overview, Earlham College, <http://www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm> . L'exemple le plus connu est sans doute l'encyclopédie Wikipédia, figure de proue d'une quantité d'œuvres collaboratives disponibles gratuitement sur l'Internet. Enfin, prenant même pied dans l'imprimé, il y a la réalisation des manuels scolaires libres de Sésamath, gratuits sous forme numérique et bon marché sous forme imprimée. <http://www.sesamath.net/> . Ces nouveaux modèles d'exploitation des œuvres ont fait l'objet d'un rapport : La Mise à Disposition Ouverte des Œuvres de l'Esprit, Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy (Présidentes), Damien Botteghi (Rapporteur), Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), juin 2007. <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/miseadiposouverterapp.pdf> . Leur existence est reconnue par l'article L 122-7-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.
- 4 Neelie Kroes, A digital world of opportunities, SPEECH/10/619, 5 novembre 2010. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/619>
- 5 On peut aussi envisager d'autres solutions fondées sur le bénévolat. Plusieurs associations s'y sont consacrées depuis près de vingt ans comme le projet Gutenberg aux États-Unis, <http://www.gutenberg.org/> et l'Association des Bibliophiles Universels (ABU) en France <http://abu.cnam.fr/> . De plus, ce sera vraisemblablement nécessaire pour numériser le patrimoine dispersé sur le territoire.

## Les œuvres orphelines

Une œuvre orpheline est une œuvre sous droit dont on ne sait retrouver les ayants droit. Il devient dès lors juridiquement dangereux de l'exploiter car, faute d'autorisation explicite, on risque des poursuites en contrefaçon si les ayants droit viennent à se manifester. Cela se traduit souvent par le fait que ces œuvres n'ont plus de public et sont en quelque sorte exclues de notre patrimoine culturel. C'est particulièrement vrai dans un univers devenu numérique si cette situation empêche leur numérisation, et donc en pratique leur accès.

Avant l'Internet et la numérisation, nul ne se souciait beaucoup des œuvres orphelines. Gérer des œuvres dans l'univers matériel de Gutenberg coûte cher en espace, en transport, en préservation, en main d'œuvre. Les bibliothèques n'étaient guère concernées car elles pouvaient utiliser leur fonds, même orphelin. Les professionnels de la diffusion commerciale n'étaient pas intéressés car le marché potentiel de ces œuvres était aléatoire<sup>6</sup> dans un contexte où les coûts ne permettent d'exploiter qu'un nombre limité d'œuvres et où l'offre d'œuvres vendeuses ne manque pas.

Tout change avec la numérisation. Les bibliothèques numérisent leur fonds pour le pérenniser, ce qui leur est permis par une exception au droit d'auteur<sup>7</sup>, mais elle voudraient aussi pouvoir en faire bénéficier leur public, ce qui ne l'est pas sans autorisation des ayants droit, souvent introuvables ou simplement coûteux à trouver. Et pourtant l'indexation et l'exploitation numérique de ces fonds en augmenteraient considérablement le rôle culturel, notamment pour les œuvres orphelines qui n'ont plus de rôle économique. Pour ce qui concerne les diffuseurs commerciaux, la situation change également. Les œuvres numérisées sont beaucoup moins chères à gérer et peuvent l'être en très grand nombre. D'où l'idée de commercialiser à nouveau la « longue traîne » des œuvres oubliées car non rentables<sup>8</sup>. Chacune représente un marché extrêmement faible, sans doute de peu d'intérêt financier pour l'ayant droit, mais l'ensemble peut être plus profitable pour le diffuseur. Leur exploitation est aussi susceptible de faire réapparaître quelques œuvres à succès. Mais la chose n'est pas aussi simple car la numérisation a un coût, et surtout les éditeurs n'ont acquis les droits numériques que depuis une quinzaine d'années<sup>9</sup>.

D'autres acteurs sont concernés : auteurs, nouveaux médiateurs et public. Les auteurs et les éditeurs actuels peuvent craindre que l'accessibilité aux nombreuses œuvres anciennes ne crée une concurrence nouvelle à leurs œuvres diffusées commercialement. Les nouveaux médiateurs de diffusion numérique, comme Apple et Amazon, menacent de prendre le contrôle de la diffusion par l'étendue de leurs réseaux et leur contrôle des formats, notamment celui des mesures techniques de protection (MTP), censées protéger les auteurs et éditeurs. Les médiateurs de visibilité peinent encore à trouver une place légitime. Enfin, dans l'intérêt même de la culture et de la recherche universitaire, il est souhaitable de maximiser l'accès public aux œuvres, y compris orphelines.

On constate cependant que les auteurs actifs et les éditeurs sont pratiquement les seuls à avoir leur mot à dire sur les œuvres orphelines qui, par définition, ne les concernent pas. Ce point fut d'ailleurs souligné dans le *Google Book Search settlement* aux États-Unis, quand les associations d'auteurs et d'éditeurs ont prétendu représenter l'ensemble des ayants droit<sup>10</sup>. Or ces deux groupes

6 On peut penser qu'une œuvre à succès engendre des revenus qui maintiennent la vigilance des ayants droit.

7 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, art. 5.2(c), 2001 J.O. (L 167/10) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>

8 Chris Anderson, *The Long Tail*, WIRED, octobre 2004. <http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html>. Trad. Natasha Dariz, *La Longue Traîne*, Internet Actu, 26 septembre 2005. <http://www.internetactu.net/2005/04/12/la-longue-traîne/>

9 « Serge Eyrolles soulignait récemment que les éditeurs ne disposaient des droits numériques que depuis une quinzaine d'années. », exposé de Michèle Battisti lors de la journée d'étude à la Bibliothèque Nationale de France (BNF) : Numérisation du patrimoine des bibliothèques, 7 décembre 2009. <http://blog.bnf.fr/lecteurs/index.php/2009/12/03/numerisation-du-patrimoine-des-bibliotheques-journees-d-etude-a-la-bnf/>, voir aussi <http://paralipomenes.net/wordpress/archives/59>

10 Plusieurs auteurs ont souligné divers conflits d'intérêt avec les ayants droit d'œuvres orphelines. Le plus cité est spécifique de l'accord proposé et concerne l'exploitation des œuvres orphelines pour le compte des ayants droit

de pression sont aussi ceux qui estiment avoir le plus intérêt à ce que les œuvres orphelines continuent à prendre la poussière pour éviter qu'elle ne leur fassent concurrence, sauf à les exploiter pour leur propre compte, comme proposé aux États-Unis. Ils ne s'en cachent d'ailleurs pas<sup>11</sup>.

La solution qu'ils proposent est donc assez simple : la gestion des œuvres orphelines est confiée à des sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD), représentant précisément ceux qui considèrent avoir intérêt à leur disparition. Ces sociétés imposent des recherches approfondies, donc coûteuses, pour déterminer le caractère orphelin des œuvres, ce qui est légitime si leur rôle ne concerne que les œuvres orphelines. Cela étant établi, elles bénéficient d'une exception surréaliste<sup>12</sup> aux droits exclusifs des ayants droit introuvables en assurant l'exercice de ces droits. Elles imposent donc le paiement d'une rémunération que les ayants droit introuvables sont peu susceptibles de jamais percevoir, de façon « que l'exploitation d'œuvres orphelines ne concurrence pas artificiellement l'exploitation d'œuvres sous droits non orphelines, »<sup>13</sup> alors que diverses études étrangères recommandent plutôt que la rémunération soit perçue par les ayants droit en cas de réapparition<sup>14</sup>. En outre, ces sociétés ont la faculté de poursuivre en contrefaçon toute exploitation non autorisée, faisant donc usage d'une exception au droit d'interdire<sup>15</sup>, ce qui n'est nullement nécessaire à l'objectif initial qui est précisément de favoriser l'exploitation. Mais cela est bien utile pour éliminer des œuvres jugées concurrentes.

Les œuvres orphelines étant peu susceptibles d'être des succès commerciaux, cette complexité et ces coûts ne peuvent que décourager leur exploitation. Le principal acteur visé, ce sont en fait les bibliothèques qui ont pour mission de maintenir la culture vivante et donc la rendre accessible au public indépendamment de tout intérêt commercial et qui seront les seules à avoir à assumer des coûts massifs avec la solution proposée par le CSPLA<sup>16</sup>. Dans le monde numérique, il n'y a pas

---

actifs. James Grimmelmann, *The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books*, The American Constitution Society for Law & Policy, 10, avril 2009, page 15.

<http://www.acslaw.org/files/Grimmelmann%20Issue%20Brief.pdf>. Mais ils évoquent également le conflit d'intérêt lié à la diversité des modèles d'exploitation numérique qui est analysé ici : Pamela Samuelson, *Academic Author Objections to the Google Book Search Settlement*, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 8, Is. 2, Spring 2010, page 491-522, § III.A.

[http://www.jthtl.org/content/articles/V8I2/JHTTLv8i2\\_Samuelson.PDF](http://www.jthtl.org/content/articles/V8I2/JHTTLv8i2_Samuelson.PDF) ; Bernard Lang, *Orphan Works and the Google Book Search Settlement: An International Perspective*, 55 *New York Law School Law Review* (à paraître, Novembre 2010). <http://www.datcha.net/ecrits/liste/orphan-gbs.pdf>

11 Le Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, 22 février 2007, pages 70 et 71.

<http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/page8/files/Livre%20Blanc%20CPI.pdf>

Note d'étape du Groupe de travail du CFC, 2 octobre 2007, Les œuvres orphelines dans le secteur de l'écrit, page 2.

<http://ow.ffii.fr/CFC-NOTE-D-ETAPE-2007.10.02.pdf>

12 Selon le Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, note 11 supra, il s'agit bien d'instituer « dans le Code de la propriété intellectuelle un nouveau régime de gestion collective obligatoire pour les œuvres dites *orphelines*. » De fait, la solution proposée par le CSPLA en a toutes les caractéristiques. Mais ce serait alors une exception ou limitation au droit d'auteur non permise par la directive 2001/29/CE, note 7 supra. En outre, elle devrait satisfaire au triple test, ce qui n'est pas le cas en raison de l'existence de nouveaux modèles d'exploitation normale de l'œuvre, les SPRD ayant elles-mêmes affirmé que « les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement ... » dans *La Mise à Disposition Ouverte des Œuvres de l'Esprit*, note 3 supra. Tout en se réclamant à plusieurs reprises des « principes de la propriété littéraire et artistique », le rapport du CSPLA, note 13 infra, choisit de se placer en dehors pour en éviter les contraintes, en ayant recours à la technique surréaliste illustrée par le tableau de René Magritte : *Ceci n'est pas une pipe*.

13 Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines, Jean Martin (Président) et Sophie-Justine Lieber (Rapporteur), Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, § III.3.2.a, 19 mars 2008.

<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>

14 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](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf)

Report on Orphan Works. A Report of the Register of Copyrights, janvier 2006, page 114.

<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>

15 Directive 2001/29/CE, note 7 supra, art. 2, 3 et 4 : « Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire ... ».

16 Les autres acteurs peuvent se contenter d'ignorer les œuvres orphelines, comme en témoignent sur 40 ans les effets négligeables des lois canadienne et japonaise. Avec les bibliothèques, les victimes collatérales seront les œuvres orphelines elles-mêmes, leurs auteurs et leur public, c'est-à-dire ce qui compte vraiment du point de vue culturel. Le

grande différence entre une bibliothèque et un diffuseur commercial, si ce n'est leurs tarifs et la mission qu'ils s'assignent. Il est clair que les diffuseurs commerciaux considèrent que la diffusion de centaines de milliers d'œuvres orphelines par les bibliothèques constitue une menace pour leur propre activité et que le seul but des procédures envisagées et déjà proposées au législateur<sup>17</sup> est d'éviter cette concurrence<sup>18</sup>.

On peut cependant se demander si c'est bien le rôle du législateur d'instituer un tel protectionnisme qui, ici comme ailleurs, décourage l'initiative et la création originale. Cela vaut pour les éditeurs comme pour les auteurs. Que des œuvres orphelines puissent faire concurrence aux œuvres nouvelles, quels que soient leurs prix respectifs, n'est certainement pas un indicateur d'originalité des œuvres récentes qui justifierait des mesures particulières de protection contre cette concurrence, si tant est qu'elle existe. En outre, l'allongement de la durée des droits, qui est la cause principale de l'abondance d'œuvres orphelines, avait pour but de rémunérer les ayants droit et non de stériliser leurs œuvres au bénéfice des auteurs futurs.

## Les auteurs d'œuvres orphelines

Les seuls qui n'ont pas la parole, et pour cause, sont les auteurs et ayants droit introuvables des œuvres orphelines. Quel est leur intérêt en cette affaire ? Pour la plupart ils ne seront pas retrouvés et ne sont donc guère concernés par la rémunération, qui « revient à [imposer] une taxe inutile »<sup>19</sup> « qui décourage plus qu'elle n'encourage l'utilisation de ces œuvres. »<sup>20</sup> Mais comme tous les auteurs, du moins ceux qui ont quelque chose à dire, les auteurs d'œuvres orphelines, et bien souvent leurs héritiers, souhaitent que leurs œuvres leur survivent, que leurs idées, leur vision, leur création persistent et les fassent eux-mêmes survivre en continuant à parler aux hommes. C'est le fondement même du droit moral. C'est bien plus que la paternité de l'œuvre : c'est l'œuvre en elle-même<sup>21</sup>.

Contrarier la diffusion d'une œuvre sans en avoir reçu mandat de l'auteur ou de ses ayants droit, c'est porter atteinte à la divulgation de l'œuvre, à ce qu'il y a de plus fondamental dans le droit moral. Ce n'est pas respecter l'œuvre que de la réduire au silence. Rien ne peut le justifier, et surtout pas un droit patrimonial inutile – car non perçu – dans un pays où l'on se fait gloire de la prééminence du droit moral<sup>22</sup>.

Cette objection n'avait pas lieu d'être avant l'Internet et la numérisation. Toute exploitation avait

---

montrer est l'objet de cet article. Le problème des fausses orphelines, particulièrement sensible pour les œuvres visuelles, est évoqué dans la conclusion, notamment dans la note 34 infra.

17 Proposition de Loi relative aux œuvres visuelles orphelines et modifiant le code de la propriété intellectuelle, Sénat (2009-2010), N° 441, 12 mai 2010. <http://www.senat.fr/leg/pp109-441.html>

18 En fait on peut sérieusement douter de la réalité de cette concurrence, particulièrement pour ce qui concerne les usages non commerciaux, à condition que les œuvres orphelines ne soient rémunérées que sur demande des ayants droit eux-mêmes. Notons en passant que le problème particulier des images fixes, l'abus de la mention « Droits Réservés », concerne les usages professionnels comme le précise l'exposé des motifs de la Proposition de Loi, note 17 supra. La solution envisagée par le CSPLA a plutôt pour effet de priver le public d'accès aux œuvres orphelines, sans bénéfice pour les autres acteurs. Ironiquement, tout coût des œuvres orphelines, notamment pour les bibliothèques, crée une concurrence et est autant de perdu pour les autres ayants droit. Bernard Lang, L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, § 4.4, 17 mars 2008, Annexe 4 au rapport du CSPLA, note 13 supra. <http://www.datcha.net/orphan/oeuvres-orphelines-BLang.pdf>

19 Lettre de Paul Aiken, The Authors Guild, Inc., à Jule L. Sigall, U.S. Copyright Office, 9 mai 2005. <http://www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0135-AuthorsGuild.pdf>

20 Lettre de Allen Adler, Association of American Publishers et al., à Jule L. Sigall, U.S. Copyright Office, 25 mars 2005. <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0605-AAPP-SIIA.pdf>

21 Il en va des œuvres comme des enfants : on peut sacrifier sa paternité pour leur prospérité.

22 Cela ne vaut, bien sûr, que pour les œuvres dont l'auteur aura manifesté sa volonté de les divulguer.

Après ma présentation orale à la BNF, note 9 supra, M<sup>e</sup> Jean Martin a étrangement voulu préciser que l'interdiction de l'exploitation de l'œuvre ne serait pas une usurpation de la qualité de l'auteur, car il y aurait un « mandat légal ». Voilà une conception bien élastique d'un droit moral perpétuel, inaliénable et imprescriptible que l'on bafoue légalement au nom d'intérêts financiers tiers. S'agit-il à nouveau de cette conception surréaliste du droit qui enlève aux mots toute signification et aux choses toute identité ?

nécessairement un coût substantiel<sup>23</sup> et le fait de payer une rémunération ne changeait pas la structure économique de la diffusion de façon significative. Cela explique que les législations canadienne et japonaise, antérieures à l'Internet, n'aient pas soulevé d'objection.

Mais aujourd'hui, on peut légitimement se demander si une telle gestion des œuvres orphelines, qui fait exception à l'exclusivité des droits, peut passer le test en trois étapes<sup>24</sup>, alors qu'elle porte gravement atteinte aux seuls intérêts qui peuvent rester à l'auteur : on peut raisonnablement affirmer que, faute de pouvoir percevoir une rémunération pour lui-même ou ses ayants droit, il préférerait une exploitation qui favorise la visibilité de son œuvre.

En outre, l'argument même de la protection du droit patrimonial est irrecevable car il présuppose que la volonté de l'auteur serait d'exercer ce droit en demandant rémunération<sup>25</sup>. Or l'on constate aujourd'hui qu'un nombre croissant d'auteurs choisissent au contraire, maintenant qu'ils en ont la possibilité, de diffuser leurs œuvres en accès libre. C'est devenu une exploitation normale pour certains auteurs. Imposer une gestion plutôt qu'une autre est donc aussi un viol du droit patrimonial de l'auteur qui, s'il revient, peut considérer qu'il a été privé d'une visibilité qui lui serait alors utile, y compris matériellement. C'est un cas manifeste d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, interdite par la deuxième étape du triple test.

Si tant est que l'on veuille donc imposer une telle gestion des œuvres orphelines, *la seule règle acceptable serait de laisser aux seuls ayants droit le soin de décider, en cas de réapparition, s'ils demandent ou non à être rémunérés.*

## Une solution juridique, technique et économique

Comment effectuer une recherche approfondie des ayants droit des millions de documents que nos bibliothèques souhaitent mettre à disposition numériquement ? Le coût de ces recherches dépasse celui de la numérisation des œuvres, déjà difficile à financer. De plus, c'est un coût inutile pour la société quand ces ayants droit ne sont pas retrouvés, ce qui pourrait représenter jusqu'aux deux tiers des cas selon certaines estimations<sup>26</sup>.

On sait aujourd'hui créer de très grandes bases de données pour recenser les œuvres. Il sera bientôt assez facile, voire très facile, de retrouver ainsi les ayants droit qui auront pris la peine d'y enregistrer les leurs. Il serait alors cocasse que l'on s'inquiète de la rémunération des œuvres orphelines et du manque à gagner éventuellement supporté par des ayants droit négligents, mais que nul ne s'inquiète du coût pour la société de cette même négligence<sup>27</sup>. Pourquoi dépenser autant de temps et d'efforts pour retrouver des ayants droit, avec un coût et des résultats imprévisibles, alors qu'il serait plus simple et moins coûteux qu'ils se rendent eux-mêmes faciles à trouver ? Ils ont demandé une protection longue, grande responsable de l'existence d'œuvres orphelines, et l'ont

---

23 Cf. supra l'hypothèse implicite du droit patrimonial. Il faut cependant noter que l'objection est moins forte dans le cas d'une exploitation commerciale qui comporte d'autres frais, mais aussi des revenus pour les couvrir.

24 Rappelons que les exceptions et limitations aux droits exclusifs des auteurs « 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. » Voir par exemple la Directive 2001/29/CE, § 5.5, note 7 supra. Cette exigence est souvent appelée « triple test » ou « test en trois étapes ».

25 Cf. supra l'hypothèse implicite du droit patrimonial. Voir aussi Pamela Samuelson, note 10 supra.

26 Peter Brantley, *The Orphan Monopoly*, *Blogs at the UC Berkeley Library*, 15 Mars 2009. <http://blogs.lib.berkeley.edu/shimenawa.php/2009/03/15/the-orphan-monopoly>. James Grimmelman considère que 50% d'œuvres orphelines est une estimation basse, note 10 supra, page 8. Ces estimations concernent les bibliothèques états-uniennes, alors que bien plus d'œuvres étaient promues au domaine public sous le Copyright Act de 1909, avant le passage à l'actuel Copyright Act de 1978 et à une durée des droits similaire à celle de la France.

27 Cette négligence peut être le fait de l'ayant droit antérieur qui n'a pas prévenu son successeur. Mais la société ne saurait en être responsable. On ne saurait non plus rétorquer que nul ne peut imposer aux ayants droit de se rendre trouvable alors que c'est justement ce que l'on se propose de leur imposer par une gestion collective obligatoire. Et s'ils choisissent de ne pas le faire, il est légitime de penser que c'est à eux-mêmes qu'il revient d'assurer la défense de leurs droits dans les conditions prévues par la loi. Ces remarques sur la négligence ne visent pas le passé, mais le futur, seul concerné par une évolution juridique, dans un contexte technique nouveau.

obtenue. Mais on ne peut demander la protection de la société sans faire en retour un effort pour minimiser le coût de cette protection pour la société. L'article 5.2 de la Convention de Berne, qui exclut les formalités pour la jouissance et l'exercice des droits, a été prévu pour simplifier la tâche des auteurs à une époque où les formalités étaient coûteuses et très difficiles à accomplir. Il n'a pas été conçu pour faire encourir à la société des coûts dus à la négligence des ayants droit<sup>28</sup>.

Or, si les changements techniques et économiques ont transformé l'économie culturelle et justifié l'intérêt actuel pour les œuvres orphelines, ces mêmes changements font qu'il est aujourd'hui beaucoup plus facile d'effectuer des formalités éventuelles, en passant par l'Internet. Qui plus est, ces formalités peuvent être mises en commun pour l'ensemble des pays concernés en utilisant des bases de données interconnectées. Une solution simple serait donc tout simplement d'exiger que les ayants droit déclarent et maintiennent à jour l'information, sur eux-mêmes et sur les droits dont ils sont titulaires, dans une base de données internationale qui contiendrait aussi un moyen de les contacter, indirectement, sans pour autant révéler publiquement leurs coordonnées. Les ayants droit ne bénéficieraient de la protection de l'exercice de leurs droits que dans la mesure où l'information permettant de les contacter serait à jour, ce que la base de données pourrait vérifier en leur demandant régulièrement de répondre à un message. Au bout d'un nombre d'années de silence à fixer, cinq ou dix ans par exemple, la déclaration serait considérée comme obsolète ; les œuvres dont ils possèdent les droits auraient alors le statut d'œuvres orphelines et leur exploitation serait autorisée, sous réserve de rémunérer les ayants droit qui se mettraient à jour ultérieurement et recouvreraient ainsi la pleine protection de leurs droits.

Bien évidemment, cette solution viole l'article 5.2 de la Convention de Berne et il est hors de propos de remettre en cause la Convention à l'heure actuelle. Mais est-ce réellement un obstacle ? Tout dépend de l'interprétation que l'on donne au texte de cet article. Qu'entend-on par « la jouissance et l'exercice [des] droits » qui ne seraient « subordonnés à aucune formalité. » L'interprétation peut en être plus ou moins forte. De ce point de vue, l'interprétation qui en fut donnée par les États-Unis au moment d'adhérer à la Convention de Berne le 1<sup>er</sup> mars 1989 établit un précédent qui fixe une limite très basse à l'éventail des interprétations acceptables.

Cette question des formalités apparaît dans le chapitre 4 du *Copyright Act* des États-Unis<sup>29</sup>. Dans les grandes lignes, l'article 411 précise que seules les œuvres déclarées au *Copyright Office* peuvent faire l'objet d'une action en justice. Bien entendu, en raison de l'article 5.2 de la Convention de Berne, cet article 411 ne s'applique qu'aux œuvres d'origine états-unienne. Cependant, l'article 412, qui lui s'applique à toutes les œuvres, précise que les poursuites en violation du copyright concernant des œuvres non déclarées ne pourront donner lieu ni au paiement de dommages, ni au remboursement des frais d'avocat. En d'autres termes, il existe bien une protection des œuvres non subordonnée à des formalités, mais cette protection est si minime qu'elle est économiquement inutilisable. Pas tout à fait cependant, car un auteur actif peut en fait obtenir une injonction pour faire cesser une violation, ce qui alors augmente considérablement le risque encouru si l'usage non autorisé persiste. Mais cette possibilité, par définition, ne saurait concerner les œuvres orphelines.

Dans cet esprit, il est donc possible d'utiliser une interprétation minimaliste de l'article 5.2 de la Convention de Berne de façon à fortement inciter les ayants droit à se déclarer dans une base de données publique permettant de communiquer avec eux<sup>30</sup>. Pour les œuvres non déclarées ou dont la déclaration est depuis longtemps obsolète, la protection des droits serait alors réduite à un minimum, similaire à celui de la législation des États-Unis, tout en prévoyant que les ayants droit qui se mettent à jour puissent recouvrer la protection la plus forte. En particulier, cela permettrait aux bibliothèques, dans des conditions raisonnables, de rendre accessibles numériquement les

---

28 L'un de ces coûts, généralement ignoré, est le caractère indiscret de la recherche des ayants droit, qui peut concerner bien d'autres personnes que ces derniers.

29 Copyright Law of the United States of America, Title 17 of the United States Code, Chapter 4: Copyright Notice, Deposit, and Registration. <http://www.copyright.gov/title17/92chap4.html>

30 Le système d'enregistrement ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*) est bien sûr le candidat naturel pour jouer ce rôle en Europe. <http://www.arrow-net.eu/>

œuvres orphelines dont elles disposent afin de « les montrer aux hommes »<sup>31</sup>.

## Conclusion

La solution préconisée ici n'est bien sûr qu'une ébauche. Le diable est dans les détails. Que se passe-t-il, par exemple, si les droits pour la diffusion imprimée sont déclarés alors que les droits numériques ne le sont pas et ne relèvent pas du même ayant droit<sup>32</sup>. Mais une telle solution a au moins le mérite d'être claire et d'éviter la démarche à la fois coûteuse, absurde et mal définie de la recherche des ayants droit, que l'œuvre soit ou non orpheline. Elle peut être mise en œuvre au niveau national, européen ou mondial.

Outre son immense utilité pour les professionnels et pour la préservation du patrimoine, une telle base de données augmenterait à la fois la protection des droits et la sécurité juridique des exploitants à moindre coût, donc au bénéfice de tous. Dans le monde numérique, il est facile de falsifier l'information sur les œuvres ; un utilisateur peut penser avoir une autorisation d'utilisation sur la foi d'informations falsifiées. Un registre des œuvres, accessible à tous, évite ce genre de méprise et rend chacun précisément responsable de ses actes<sup>33</sup>.

L'une des craintes des ayants droit est que leur œuvre ne soit considérée comme orpheline parce que l'on en aura enlevé les informations de paternité, ou en raison d'une utilisation fragmentaire. Ils ne sont donc pas satisfaits d'une législation sur les œuvres orphelines qui ne résoudrait pas ce problème<sup>34</sup>. Un registre des œuvres déclarées muni d'un bon système d'indexation et de recherche permet d'éviter cette difficulté : il est le plus souvent assez facile de retrouver un texte sur la Toile à partir d'une seule phrase ; les techniques pour faire de même avec l'image fixe sont de plus en plus efficaces. Inversement, si l'on favorise la dissémination des œuvres orphelines, il reste loisible à un ayant droit qui réapparaît et le déclare de rechercher par les mêmes moyens les occurrences de cette œuvre sur la Toile pour en prévenir la dissémination future<sup>35</sup>. Ce peut même être réalisé automatiquement par le registre des œuvres dès que sa mise à jour entraîne le changement de statut de l'œuvre.

Cette solution présente donc tous les avantages. Mais on peut comprendre qu'elle ne réponde pas aux souhaits de ceux qui, faute de savoir faire œuvre suffisamment originale, prétendent s'assurer un marché en jetant également aux oubliettes les œuvres de leur prédécesseurs disparus. Le droit d'auteur avait ses pirates<sup>36</sup> ; aura-t-il ses pilleurs de tombes ?

---

31 Voir Felix Nussbaum, exergue et note 1 supra.

Cette politique de visibilité de l'œuvre orpheline est aussi à l'avantage des ayants droit car elle peut susciter une nouvelle notoriété qui réveille leur vigilance, tout en produisant une plus forte rémunération.

32 Ce problème existe quelle que soit l'approche suivie. Un accès plus facile à l'œuvre numérisée dont l'ayant droit est inconnu peut casser le marché de la version imprimée, causant la perte de l'investissement correspondant.

33 Il est même possible de mécaniser la consultation du registre pour éviter ou détecter automatiquement la contrefaçon dans des documents publiés.

34 Cette crainte a été exprimée par les participants à l'audition sur les œuvres orphelines organisée à Bruxelles le 26 octobre 2009 par la Direction du Marché Intérieur et des Services.

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/copyright-info/copyright-info\\_en.htm#Orphan](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm#Orphan)

Cela correspond aussi au problème exprimé par les auteurs d'images fixes concernant l'abus de la mention « Droits Réservés » par les professionnels, et qui a donné lieu à une éphémère Proposition de Loi relative aux œuvres visuelles orphelines, note 17 supra. Cette loi ne résolvait en rien le problème, mais rendait la fraude moins intéressante financièrement. Notre proposition permet de détecter la fraude, d'augmenter les chances de rémunération de l'auteur et de résoudre la question du droit moral de paternité de l'œuvre.

35 Compte tenu de la facilité avec laquelle les œuvres imprimées peuvent être reproduites numériquement, cela n'augmente guère les risques de contrefaçon postérieurs à la déclaration de l'ayant droit.

36 Le terme « pirate » fut historiquement appliqué, dès le début du 17<sup>e</sup> siècle, aux professionnels, les imprimeurs, qui ne respectaient pas les droits patrimoniaux ou moraux des auteurs, avant même que ces droits ne fussent codifiés par le *Statute of Anne*. Marshall Mateer, History of IPR and copyright – The original "pirates": 1700's. (vu le 19 novembre 2010) <http://www.shapesoftime.net/pages/viewpage.asp?uniqid=12760#28615>

On ne peut que constater que ce sont ces mêmes professionnels qui veulent aujourd'hui, pour des motifs pécuniaires, violer le droit moral des auteurs disparus en s'emparant du seul bien qui leur reste : leur contact avec le public.



## **Post-Scriptum**

La réponse à ma dernière question s'est malheureusement révélée positive. Cet article a été rédigé bien avant que ne soit connu le projet/proposition de ce qui est devenu la loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, texte voté à la hussarde pour court-circuiter les dispositions modestes de la Directive Européenne 2012/28/UE du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines. Cette loi réalise les craintes exprimées dans l'article. Sous des oripeaux culturels et avec un montage juridique peu vraisemblable, elle vise à dépouiller les auteurs de quelques œuvres jugées lucratives en exploitation numérique et à s'assurer le contrôle des autres œuvres pour prévenir toute concurrence qu'elle pourraient faire aux exploitations commerciales.