

Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines

par *Stef van Gompel*

EDITORIAL

Imaginez que vous trouviez, dans un grand aéroport international, un jeune enfant perdu, en larmes, à la recherche de ses parents. Vos chances de retrouver rapidement ces derniers dépendront, notamment, de la quantité d'informations que vous parviendrez à obtenir de l'enfant et du soutien que vous accordera ou non l'administration aéroportuaire dans vos recherches.

Identifier les ayants droit des œuvres audiovisuelles "devenues orphelines" n'est guère différent. Les recherches peuvent dans ce cas être facilitées par les éventuelles données que contient l'œuvre sur ses auteurs. Même si c'est le cas, il vous restera à les retrouver. Contrairement à un enfant, en effet, une œuvre audiovisuelle peut avoir plus d'un couple de parents et bon nombre d'entre elles n'offrent aucune précision sur leur identité ou leur nombre. Pire encore, réaliser que l'œuvre audiovisuelle en question est effectivement orpheline peut prendre du temps, car les films ne pleurent pas. A l'évidence, retrouver les ayants droit peut aisément se transformer en cauchemar malgré la meilleure volonté du monde.

Les œuvres orphelines sont nombreuses et leur utilisation présente énormément d'intérêt, notamment parce qu'elles représentent une part substantielle de notre culture. Mais comment les utiliser sans se heurter à la législation en vigueur en matière de droit d'auteur ? Le droit communautaire est-il à même de résoudre cette question ? La législation nationale peut-elle offrir des solutions ? Comment trouver un juste équilibre entre les intérêts des titulaires du droit d'auteur et des éventuels utilisateurs et, en définitive, ceux du grand public ? Le présent IRIS *plus* nous offre un exemple de réponses qui peuvent être apportées à ces questions.

Strasbourg, avril 2007

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

*Responsable du département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel*

IRIS *plus* est un supplément à IRIS, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2007-4



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines

Stef van Gompel

Institut du droit de l'information (IViR),
Université d'Amsterdam

1. Introduction¹

L'avènement des nouveaux médias et technologies numériques a favorisé la rapide croissance du marché de la réutilisation des œuvres existantes. La technologie numérique moderne en réseau offre la possibilité de numériser et de réutiliser, à grande échelle et à un coût relativement faible, des œuvres déjà existantes. Les contenus, qui ne pouvaient autrefois faire l'objet d'une nouvelle exploitation commerciale sur les canaux de distribution analogiques, peuvent à présent être diffusés sur des canaux de distribution numériques à peu de frais. Les fournisseurs de services et de modèles commerciaux qui connaissent une nouvelle évolution exploitent de plus en plus l'immense potentiel des contenus existants. Citons, par exemple, le cas de *BBC Creative Archive* qui offre au public britannique l'accès intégral en ligne aux anciennes émissions radiophoniques et télévisuelles de la BBC², ainsi que la base de données *INA-Média*, qui fournit aux utilisateurs professionnels un accès en ligne aux documents numérisés de l'Institut national de l'audiovisuel (INA)³ en France.

La généralisation de la diffusion numérique des œuvres préexistantes inspire également la création de nouvelles œuvres, qui s'appuient en grande partie ou entièrement sur les précédentes. Le film documentaire amateur *Tarnation*, plébiscité lors du Festival Sundance et du Festival du film de Cannes en 2004, en offre un exemple. Il s'agit d'une compilation en mouvement de photographies, vidéos personnelles, extraits de films et d'émissions télévisées, messages de répondants téléphoniques et séquences d'entretiens individuels, le tout mixé et monté à l'aide du logiciel vidéo iMovie⁴. Il illustre les possibilités pratiques d'utiliser et re(produire) un contenu créatif qu'offre la technologie à chacun.

L'environnement numérique actuel fournit ainsi de nombreuses possibilités de numérisation et de réutilisation des contenus préexistants. Les archives, bibliothèques et musées nationaux peuvent jouer un rôle clé dans l'exploitation de ces possibilités. En leur qualité d'archives palpables et concrètes du passé, ils fourmillent de documents culturels et scientifiques, tels que livres, journaux, cartes, films, photographies et musique. Cet ensemble représente la richesse de la diversité du patrimoine culturel européen. A l'issue de la numérisation et de la mise à disposition, en ligne, des documents conservés par ces établissements, les citoyens, les chercheurs et les industries du secteur créatif peuvent tirer partie de cette manne, en l'utilisant pour leurs études, travaux ou loisirs, ou encore comme matériel brut dont ils pourraient avoir besoin pour de nouvelles créations. Pour donner un élan à la numérisation et à l'accès en ligne des collections des institutions culturelles, la Commission européenne a lancé en septembre 2005 l'Initiative "i2010 : Bibliothèques numériques"⁵.

La numérisation et la réutilisation des contenus existants supposent différents actes limités par le droit d'auteur ou les droits voisins. La numérisation implique la réalisation d'une copie, normalement soumise au consentement de l'ayant droit concerné. La diffusion, la communication ou tout autre forme de mise à disposition du public du document numérisé exige également une autorisation. Hormis les situations dans lesquelles le contenu est tombé dans le domaine public ou lorsque les activités de reproduction ou de communication font l'objet d'une exception ou d'une limitation, l'utilisateur potentiel est tenu de libérer l'ensemble des droits attachés à l'utilisation qu'il compte en faire.

Le processus de libération des droits peut toutefois être entravé, si un ou plusieurs ayants droit d'une œuvre ou d'un autre objet protégé demeurent impossibles à identifier ou à retrouver à l'issue d'une recherche raisonnable menée par la personne qui souhaite utiliser cette œuvre. Il s'agit en l'espèce de la problématique dite des "œuvres orphelines". L'impossibilité d'obtenir l'autorisation du ou des titulaires des droits en question empêche la réutilisation légale de l'œuvre. Cette situation devient particulièrement délicate en cas de propriété multiple des œuvres, telles que les productions télévisuelles ou autres œuvres audiovisuelles, qui pourraient imposer de retrouver leurs nombreux ayants droit en vue de négocier et d'obtenir l'autorisation de les utiliser.

L'obligation d'imposer la libération des droits d'auteur et des droits voisins des œuvres orphelines peut par conséquent compromettre des projets de réutilisation tout entiers et empêcher de puiser dans de précieux contenus culturels ou scientifiques pour la création de nouvelles œuvres. Libérer le potentiel des contenus préexistants impose, dès lors, avant tout de dégager des solutions juridiques, afin de remédier correctement à ce problème. La question des œuvres orphelines est pourtant largement négligée aujourd'hui en Europe.

C'est la raison pour laquelle nous examinerons et évaluerons dans le présent article les solutions qui pourraient être apportées à l'échelon européen ou national pour surmonter les difficultés liées à la libération des droits des œuvres orphelines. Bien que ces solutions visent en général à répondre aux inquiétudes des utilisateurs, elles accordent une attention particulière à la manière dont les différents modèles préservent également les intérêts légitimes des auteurs et des ayants droit. Nous examinerons cependant plus en détails, dans un premier temps, la problématique des œuvres orphelines et de sa pertinence au regard des archives audiovisuelles.

2. Les œuvres orphelines

Définition

Une œuvre orpheline peut se définir comme une œuvre protégée par le droit d'auteur (ou un objet protégé par des droits voisins)⁶, dont l'ayant droit ne peut être identifié ou localisé par une personne désireuse de faire usage de l'œuvre d'une manière qui requiert le consentement de l'ayant droit. Lorsqu'il est impossible de trouver le titulaire du droit, et ce même après avoir raisonnablement effectué des recherches, le potentiel utilisateur n'a d'autre choix que de réutiliser l'œuvre, tout en courant le risque qu'une action soit engagée à son encontre pour cette infraction, ou de renoncer totalement à son intention de faire usage de l'œuvre en question. Ce dernier cas de figure empêcherait une utilisation fructueuse et bénéfique de l'œuvre. Cette solution n'est pas conforme à l'intérêt général, notamment lorsque le titulaire du droit, s'il avait été retrouvé, ne se serait pas opposé à l'utilisation de son œuvre⁷.

Le problème des œuvres orphelines ne se pose pas lorsque le consentement des ayants droit n'est pas exigé. C'est le cas, par exemple, si la reproduction ou la communication fait l'objet d'une exception ou d'une restriction. L'article 5(2)(c) de la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁸ ("Directive droit d'auteur"), qui prévoit une exception de reproduction spécifique des œuvres dans un but non lucratif en faveur des archives ou des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées, en offre une illustration. Les Etats membres sont par conséquent autorisés à inscrire dans leur législation une exception permettant à ces institutions de réaliser des reproductions analogiques ou numériques des œuvres disponibles dans leurs collections aux fins de conservation ou de restauration. La plupart des pays européens ont de fait adopté une disposition de ce genre. La question des œuvres orphelines ne se pose pas en l'espèce, dans la mesure où la numérisation de documents conservés au sein des bibliothèques, archives ou musées nationaux s'inscrit dans le cadre de cette exception.

Certains pays ont néanmoins mis en œuvre cette exception en l'interprétant de manière assez étroite. Au Royaume-Uni, par exemple, la reproduction d'enregistrements sonores, d'émissions ou de films à des fins de conservation n'est pas autorisée⁹. Reproduire légalement ces documents sans le consentement du/des titulaire(s) des droits est par conséquent impossible. La question des œuvres orphelines peut donc se poser dans ce cas. La solution adéquate à la question de la conservation ne se trouve à l'évidence pas dans le cadre de la problématique des œuvres orphelines, mais plutôt dans l'adoption d'une exception ou d'une restriction spécifique, comme le prévoit l'article 5(2)(c) de la Directive relative au droit d'auteur¹⁰. C'est la raison pour laquelle les questions spécifiquement relatives à la conservation des œuvres demeureront hors du champ du présent article.

Une autre situation permet la réutilisation d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur ou des ayants droit concernés : lorsque l'œuvre ou tout autre objet protégé est tombé dans le domaine public. Il arrive ainsi qu'une part considérable des documents conservés dans certains musées, établissements d'archives et bibliothèques soient effectivement dans le domaine public par suite de l'extinction des droits associés à ces documents. Ce n'est toutefois souvent pas le cas des archives audiovisuelles, car la majorité du patrimoine cinématographique et audiovisuel est assez récent. La libération du droit d'auteur et des droits voisins joue dès lors un rôle important lorsque les archives audiovisuelles sont numérisées et mises à disposition en ligne. La question des œuvres orphelines peut de ce fait représenter un obstacle de taille à la réutilisation des archives audiovisuelles.

Les œuvres orphelines et la propriété multiple

Toute œuvre, quelque soit son type, peut en théorie, devenir "orpheline". Les questions habituelles des œuvres orphelines se posent en cas de nécessité de libération des droits des œuvres dont l'origine n'est pas identifiée, à savoir dans les cas d'œuvres "anciennes" ou de celles qui ne sont plus éditées ou mises sous une autre forme à la disposition du public. Les photos sans légende, les cartes postales anciennes, les publicités parues dans des revues anciennes, les romans épuisés et les programmes informatiques obsolètes sont autant d'exemples d'œuvres susceptibles de devenir orphelines¹¹.

La problématique des œuvres orphelines peut cependant se poser de manière plus aiguë pour les œuvres dites "de collaboration" dont la propriété est multiple, telles que les films et les œuvres audiovisuelles. Comme les ayants droit sont conjointement titulaires du droit d'auteur des œuvres dont la propriété est multiple, la législation nationale exige habituellement le consentement de tous ces ayants droit pour obtenir l'autorisation d'utiliser l'œuvre¹². Par conséquent, le refus du consentement d'un seul d'entre eux ou l'impossibilité de le retrouver peut faire obstacle à la réutilisation de l'œuvre tout entière. Chaque titulaire de droit a ainsi le pouvoir d'empêcher l'utilisation de l'œuvre par un éventuel utilisateur. Il s'agit là de ce que l'on qualifie parfois de la "tragédie de l'exclusion d'une jouissance commune" : lorsque plusieurs propriétaires sont titulaires des droits effectifs d'autorisation ou d'interdiction de l'exploitation d'une œuvre et que chaque utilisateur éventuel est tenu d'obtenir l'autorisation de l'ensemble de ces ayants droit, il arrive que l'œuvre ne puisse pas être utilisée malgré sa valeur potentielle¹³.

La nécessité d'obtenir l'autorisation de chaque ayant droit d'une œuvre dont la propriété est multiple implique, pour parvenir à libérer les droits attachés à ladite œuvre, que l'éventuel utilisateur identifie et retrouve au préalable l'ensemble des ayants droit. Compte tenu du nombre possible de ces derniers, cette tâche risque de s'avérer difficile. La probabilité en pratique qu'une œuvre dont la propriété est multiple devienne en partie "orpheline" sera par conséquent plus élevée que si l'œuvre est détenue par un seul et unique ayant droit.

Le fait que le problème des œuvres orphelines se pose de manière plus aiguë pour les œuvres dont la propriété est multiple ne justifie pas cependant un traitement différent de la question. Tant qu'une éventuelle solution au problème des œuvres orphelines s'appliquera à un titulaire du droit d'auteur impossible à retrouver et concerné par une œuvre dont la propriété est multiple, le règlement de cette question n'appellera aucune disposition supplémentaire. Bien qu'il existe à l'évidence des mesures spécifiques adaptées au problème de la propriété multiple, leur examen dépasse le cadre du débat qui nous occupe ici¹⁴.

L'ampleur concrète de la problématique

Bien que la numérisation et la réutilisation des contenus déjà existants semblent offrir de vastes possibilités d'exploration au profit de la société européenne dans son ensemble, il reste encore à évaluer l'ampleur concrète du problème des œuvres orphelines d'un point de vue économique et social. L'Union européenne a organisé deux grandes consultations sur cette question. A partir d'un document de travail établi en 2001 par ses services sur certains aspects juridiques des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, les parties du secteur audiovisuel concernées ont été interrogées sur les éventuelles difficultés qu'elles rencontraient au regard de l'identification des ayants droit et qui faisaient obstacle à l'exploitation d'œuvres audiovisuelles¹⁵. Dans le cadre de l'Initiative "i2010 : Bibliothèques numériques", la Commission a demandé aux intéressés si la question des documents orphelines leur paraissait importante sur le plan économique et pertinente dans la pratique¹⁶.

Aucune de ces consultations n'a permis de recueillir un grand nombre de données. Bien que certaines estimations considèrent que bien plus de 40 % de l'ensemble des œuvres créatives existantes pourraient être orphelines¹⁷, ce chiffre n'a pu à ce jour être corroboré par manque de données. Ces enquêtes ont uniquement révélé que plusieurs parties prenantes, notamment les institutions audiovisuelles et culturelles (principalement les bibliothèques, les archives et les radiodiffuseurs publics), considéraient cette question comme un véritable problème, parfaitement fondé¹⁸. Aucun élément d'appréciation solide n'a cependant permis de déterminer jusqu'à quel point l'utilisation des œuvres orphelines posait problème ni à quelle fréquence elles entravaient la création. Les utilisateurs ne considèrent pas systématiquement en pratique que les difficultés liées à la réutilisation des œuvres orphelines soient un réel obstacle. Il arrive, par exemple, qu'ils se tournent vers d'autres solutions, par exemple en utilisant des œuvres déjà tombées dans le domaine public ou une œuvre de substitution pour laquelle l'autorisation sera plus facile à obtenir¹⁹.

Il convient également de souligner, à cet égard, que le fait de retrouver un ayant droit passe d'abord et avant tout par l'organisation de recherches approfondies. Bien que l'identification des ayants droit puisse quelquefois se révéler laborieuse et coûteuse, l'éventuel utilisateur est néanmoins tenu de consacrer des ressources et un nombre d'heures conséquents dans sa quête d'une autorisation. Il est tout à fait normal et inévitable que le processus de libération des droits s'accompagne des frais de transaction. Aussi les solutions juridiques au problème des œuvres orphelines ne devraient-elles pas être imprégnées des souhaits émis par les intéressés qui ne considèrent pas comme une priorité le fait d'investir des sommes raisonnables dans la libération des droits. Une intervention réglementaire ou législative ne pourrait en effet se justifier que dans la mesure où il existe une défaillance structurelle du marché.

C'est à l'évidence le cas de la question des œuvres orphelines. Si à l'issue d'une recherche raisonnablement conduite, un ou plusieurs ayants droit restent inconnus ou introuvables, l'éventuel utilisateur n'a aucune possibilité d'obtenir d'autorisation. Lorsque la ou les parties habilitées à négocier une autorisation ne peuvent être retrouvées, il n'existe tout simplement aucun moyen de passer contrat, ce qui aboutit à une situation où tout accord sur l'utilisation souhaitée de l'œuvre est impossible. Par conséquent, malgré la difficulté de quantifier l'ampleur du problème, une intervention réglementaire visant à remédier au problème des œuvres orphelines semble se justifier.

Le législateur européen en a également pris conscience. Dans le cadre de l'Initiative "i2010 : bibliothèques numériques", la Commission européenne a récemment adopté une recommandation sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique²⁰, dans laquelle elle invite les Etats membres à créer des mécanismes destinés à faciliter l'utilisation des œuvres orphelines (article 6(a)) et à promouvoir la mise à disposition de listes des œuvres orphelines connues et des œuvres tombées dans le domaine public (article 6(c)). Suite à cette recommandation, le Conseil européen, a adopté des conclusions qui précisent les actions prioritaires à mener par les Etats membres et la Commission²¹. Le Conseil invite les Etats membres à mettre en place, selon un calendrier indicatif, des dispositifs qui visent à faciliter la numérisation et l'accès en ligne des œuvres orphelines d'ici à la fin de l'année 2008. La Commission, par ailleurs, est invitée à proposer des solutions pour certains points de droit spécifiques, tels que les œuvres orphelines, et à assurer leur efficacité au niveau transfrontalier. L'échéance proposée à la Commission pour la formulation de ses solutions est fixée aux années 2008-2009.

Le Conseil de l'Europe a invité, à ce même titre, ses Etats membres à examiner et, si besoin est, à élaborer des initiatives en vue de remédier aux situations où il s'avère impossible pour les radiodiffuseurs publics d'obtenir les autorisations nécessaires et de libérer les droits requis pour l'exploitation de productions radiophoniques et télévisuelles protégées et conservées dans leurs archives, entre autres, en raison de l'incapacité à pouvoir identifier l'intégralité des ayants droit²².

3. Les solutions possibles à la problématique des œuvres orphelines

Plusieurs solutions alternatives à la question des œuvres orphelines sont envisageables. Elles peuvent être classées en six catégories, que nous examinerons successivement.

3.1 Les informations relatives à la gestion des droits

La difficulté de retrouver les ayants droit tient, dans une large mesure, à certains facteurs intrinsèques, parmi lesquels figurent (i) le fait que toutes les œuvres ne s'accompagnent pas d'une mention de l'auteur ou d'indications sur la propriété du droit d'auteur de l'œuvre, (ii) le caractère périmé des informations relatives à la propriété du droit d'auteur attaché à l'œuvre, dû à un changement de propriété, et (iii) l'absence générale de registres de droit d'auteur adéquats ou d'autres documents accessibles au public. On pourrait alors imaginer de prévoir des dispositifs qui favorisent la fourniture au public d'informations sur la gestion des droits²³ (métadonnées). La mise à disposition publique de données suffisantes en la matière pourrait diminuer les frais de transaction occasionnés par la recherche des ayants droit, ce qui faciliterait la libération des droits des œuvres.

Obliger les auteurs ou les titulaires de droits à fournir des informations sur la propriété du droit d'auteur serait cependant contraire à l'article 5(2) de la Convention de Berne²⁴ si l'existence ou l'exercice du droit d'auteur en devenait subordonné à des exigences formelles. Sauf lorsqu'ils s'appliquent à des situations exclusivement nationales, les régimes d'enregistrement obligatoire sont illicites au regard de la Convention de Berne, au même titre que l'obligation d'apposer une fiche de droit d'auteur, mentionnant l'identité et les coordonnées de son titulaire, sur chaque exemplaire de l'œuvre. Il n'est, en revanche, pas interdit de prendre des mesures qui incitent les ayants droit à communiquer volontairement les informations relatives à la propriété du droit d'auteur et aux conditions auxquelles est soumise l'autorisation.

Plusieurs mesures sont susceptibles d'encourager la fourniture volontaire de ces données. Les auteurs et titulaires des droits pourraient, en premier lieu, être tout simplement incités à communiquer les informations relatives au droit d'auteur ou, pour les œuvres numériques, à y intégrer des données adéquates sur la gestion des droits. S'agissant de ces dernières, les systèmes de gestion des droits numériques pourraient jouer un rôle important. Comme ceux-ci peuvent comporter de vastes bases de données sur la gestion des droits pour soutenir le processus d'autorisation et de contrôle de l'utilisation en ligne des œuvres protégées par le droit d'auteur, ils peuvent contribuer dans une large mesure à une libération efficace des droits sur Internet.

Il serait par ailleurs envisageable d'encourager les auteurs ou les titulaires de droits à recourir aux contrats *Creative Commons* (CC)²⁵ ou à des licences de même type²⁶, qui établissent un lien direct entre une œuvre et sa licence. Les contrats CC offrent une formule standardisée d'autorisation et de contrats susceptible d'être associée à une œuvre par les ayants droit, qui permet à tout utilisateur éventuel de faire usage de l'œuvre conformément aux modalités spécifiques de ce contrat. Les titulaires de droits ont le choix entre diverses modalités contractuelles CC, ce qui leur offre la possibilité de décider a priori des conditions auxquelles la réutilisation de leurs œuvres serait soumise et des droits qu'ils souhaiteraient par la même occasion réserver. Les conditions contractuelles CC jointes par la suite aux exemplaires de l'œuvre offrent une transparence à l'éventuel utilisateur et facilitent ainsi considérablement la procédure d'autorisation.

Enfin, certaines dispositions pourraient être prises pour la consignment, par les titulaires de droits, de la propriété du droit d'auteur dans des bases de données créées et conservées pour fournir des informations relatives au droit d'auteur attaché aux œuvres. Cette initiative pourrait consister à faciliter, soit la constitution de bases de données sur la gestion des droits par des entités publiques ou privées²⁷, soit la mise en place de dispositifs d'enregistrement volontaire par la législation nationale ou internationale en matière de droit d'auteur²⁸. Encourager la consignment d'informations relatives à la gestion des droits dans des bases de données ou des registres offrirait aux utilisateurs une importante source de renseignements sur une œuvre, son auteur et l'actuel titulaire du droit d'auteur. Cette solution accélérerait considérablement la réutilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur, sous réserve que ces informations soient mises à jour. A cet égard, les sociétés de gestion collective pourraient jouer un rôle important en permettant la consultation de leurs bases de données, puisqu'elles détiennent déjà une vaste documentation sur la gestion des droits relative à leur répertoire. Des courtiers en informations peuvent par ailleurs assister les utilisateurs dans la recherche de bases de données ou de registres pour les éclairer sur la propriété du droit d'auteur, voire libérer les droits des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Avantages et inconvénients

La recherche des ayants droit peut être considérablement facilitée par la généralisation de la disponibilité des informations relatives à la gestion des

droits. Une large diffusion auprès du public de données adéquates en la matière améliorerait la transparence, ce qui contribuerait à atténuer les difficultés liées à la libération des droits des œuvres protégées par le droit d'auteur, notamment pour celles qui risqueraient dans le cas contraire de "devenir orphelines". La fourniture de cette information ne saurait toutefois apporter une solution complète au problème des œuvres orphelines, dans la mesure où les données nécessaires ne sont tout simplement pas disponibles pour de nombreuses œuvres "anciennes". Aussi, bien que l'adoption de mesures destinées à inciter à la communication de données relatives à la gestion des droits puisse prévenir une extension supplémentaire du phénomène des œuvres orphelines, la seule fourniture d'informations sur la gestion des droits ne pourrait suffire à régler la question.

3.2 Les licences collectives étendues

Une deuxième alternative consisterait à favoriser la gestion collective du droit d'auteur des œuvres les plus adaptées à une réutilisation numérique. Cette solution offrirait l'avantage d'atténuer les difficultés rencontrées par les utilisateurs éventuels dans leur recherche du titulaire du droit d'auteur dont ils souhaitent utiliser l'œuvre, grâce à la concentration d'ayants droit au sein d'une société de gestion collective. En effet, lorsqu'une telle société est créée et représente une proportion importante des ayants droit dans un domaine donné, il est fort probable que cette entité représente également le titulaire du droit d'auteur que recherche précisément l'utilisateur.

L'utilisateur peut néanmoins demeurer dans l'incertitude si le titulaire du droit d'auteur n'est pas représenté par cette société de gestion collective. L'accord général passé entre l'INA et cinq sociétés de gestion collective (SACEM, SADC, SCAM, SDRM et SESAM)²⁹, qui autorise l'INA à utiliser le catalogue audiovisuel et sonore des sociétés de gestion collective dans la mesure où il figure dans ses archives, et ce pour tout type d'exploitation (y compris sur Internet et par téléphonie mobile), en offre une illustration. Bien que cet accord facilite et simplifie considérablement l'exploitation des archives de l'INA, il n'est pas applicable au répertoire des ayants droit qui ne sont membres d'aucune des sociétés cocontractantes. L'INA demeure dès lors confronté à un obstacle : la nécessité d'identifier et de localiser des ayants droit, peut-être inconnus, afin de libérer les droits des œuvres qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'accord³⁰.

L'existence d'un système volontaire de gestion collective des droits, comme celui que nous venons de décrire, n'offrirait par conséquent pas de réponse complète au problème des œuvres orphelines, dans la mesure où l'ayant droit est libre d'autoriser ou non une société de gestion collective à le représenter et à exercer ses droits. Un dispositif juridique permet toutefois de remédier à cet inconvénient : la "licence collective étendue", appliquée dans divers secteurs au Danemark, en Finlande, en Norvège, en Suède et en Islande³¹.

Le système des licences collectives étendues se caractérise par la combinaison, d'une part, du transfert volontaire, par un titulaire, de ses droits à une société de gestion collective et, d'autre part, de l'extension juridique du répertoire de la société aux ayants droit qui n'en sont pas membres³². Les dispositions légales en la matière confèrent des effets étendus aux clauses d'un contrat de licence collective conclu entre une organisation représentative des ayants droit et un utilisateur ou un groupe précis d'utilisateurs. Cette solution suppose une condition préalable : la représentation par l'organisme contractant d'un nombre considérable d'ayants droit dans une catégorie donnée.

Dans les pays nordiques, les licences collectives étendues s'appliquent, par exemple, à l'utilisation d'œuvres musicales dans les émissions radiophoniques et télévisuelles. Cela signifie que, lorsqu'un radiodiffuseur obtient une licence de radiodiffusion d'œuvres musicales auprès d'une société de gestion collective représentant un nombre substantiel de compositeurs et de paroliers, cette licence est légalement étendue aux compositeurs et paroliers qui ne sont pas représentés par la société de gestion collective.

Il s'ensuit que la licence collective étendue est automatiquement applicable à l'ensemble des ayants droit d'un domaine donné. Elle vaut en principe pour les titulaires de droits à la fois nationaux et étrangers, ainsi que pour les ayants droit décédés, notamment en cas de succession non encore réglée, et inconnus ou introuvables. La libération des droits s'en trouve considérablement facilitée, puisqu'un utilisateur peut obtenir une licence pour l'ensemble des œuvres concernées par cette dernière, sans courir le risque de porter atteinte aux droits des ayants droit qui ne seraient repré-

sentés à aucun titre. De fait, le système des licences collectives étendues a toujours eu pour objet de permettre la délivrance d'autorisations en cas d'utilisation massive des œuvres, dont la libération de tous les droits nécessaires serait impossible aux utilisateurs³³.

Afin de protéger les intérêts des ayants droit qui ne sont pas membres d'une société de gestion collective et qui ne souhaitent pas être soumis au régime de licence collective étendue, la législation des pays nordiques leur offre néanmoins la possibilité, soit de demander une rémunération individuelle, soit de "se retirer" du système tout entier³⁴. Les titulaires de droits qui choisissent cette dernière option ne sont plus concernés par la licence collective étendue.

Avantages et inconvénients

Les licences collectives étendues présentent pour les utilisateurs l'avantage de s'appliquer à l'ensemble des ayants droit d'un domaine donné (à l'exception de ceux qui se sont explicitement retirés du système), grâce à leurs effets "étendus". Les réutilisateurs des œuvres existantes bénéficient ainsi, dans une très large mesure, de la sécurité juridique qu'ils exigent. Le recours à une licence collective étendue serait, en revanche, une solution assez radicale pour les ayants droit. Aussi l'application d'un système de ce type devrait-elle uniquement se limiter aux situations dans lesquelles un intérêt général évident est en jeu. Citons, par exemple, l'exploitation des productions d'archives pour les services à la demande. En outre, afin de ne causer aucun préjudice inutile aux intérêts légitimes des ayants droits qui souhaitent conserver le contrôle de leurs œuvres et des activités commerciales essentielles qui y sont associées, il convient également que la licence collective étendue s'accompagne d'une option de "retrait" facile à mettre en œuvre pour les titulaires de droits, quand bien même elle réduirait dans une certaine mesure la certitude juridique des utilisateurs.

La mise en œuvre concrète d'un régime de licence collective étendue peut cependant rencontrer des difficultés. Comme son succès dépend entièrement de la conclusion de contrats entre, d'une part, des sociétés de gestion collective qui représentent un nombre suffisant de titulaires de droits et, d'autre part, les utilisateurs, il importe que lesdites sociétés de gestion collective exercent déjà leurs activités dans les domaines où la recherche d'une solution au problème des œuvres orphelines s'impose de la manière la plus urgente. Ce n'est pas aujourd'hui le cas de tous les pays européens. La gestion collective des droits demeure en effet assez peu développée en matière de photographie et d'audiovisuel notamment. Dans ces domaines, les titulaires de droits sont réticents à la gestion collective de leurs droits, car ils préfèrent généralement s'acquitter eux-mêmes de cette tâche. La méfiance des ayants droit à l'égard de la gestion collective de leurs droits peut par conséquent empêcher le régime des licences collectives étendues d'offrir une solution parfaite et avantageuse à la question des œuvres orphelines.

3.3 Garantie ou sécurité

Il existe une autre solution partielle : autoriser un organisme privé représentatif d'une certaine catégorie d'ayants droit à accorder une garantie ou la sécurité à un éventuel utilisateur qui, à l'issue d'une recherche raisonnable, n'a pas été en mesure d'identifier et de localiser le titulaire d'un droit d'auteur. Certains pays, prévoient déjà le recours volontaire à des dispositions de ce genre. Aux Pays-Bas, par exemple, l'éventuel utilisateur d'une photographie peut demander à *Foto Anoniem*³⁵, une fondation associée à *Burafo* (une association néerlandaise de photographes professionnels), de l'aider à retrouver le titulaire du droit d'auteur d'une œuvre photographique. *Foto Anoniem* dispose à cette fin d'un immense annuaire de photographes. Elle parvient d'ailleurs, la plupart du temps, à retrouver le nom et les coordonnées du photographe, ainsi qu'à mettre l'utilisateur en contact avec ce dernier. En cas d'échec cependant, *Foto Anoniem* accordera à l'utilisateur une protection juridique sous la forme d'une garantie. La fondation s'engage au travers d'une clause de garantie à protéger l'utilisateur contre l'engagement de sa responsabilité pour infraction au droit d'auteur. Afin de bénéficier de cette garantie, l'utilisateur est tenu de verser un dédommagement équitable, qui équivaut en général au droit dont il s'acquitte pour la publication d'une photo. Cette provision est conservée pour être reversée aux ayants droit s'ils sont retrouvés. Une formule similaire est appliquée en Belgique par la *SOFAM* (la société belge de gestion collective des arts plastiques)³⁶.

Avantages et inconvénients

Bien que la garantie ou la sécurité accordée à un utilisateur lui offre une sécurité juridique, en le protégeant contre l'engagement de sa respon-

sabilité financière, elle n'empêche pas en tant que telle le titulaire du droit d'auteur de faire valoir ses droits exclusifs dans le cas où il finirait par se manifester. Cela signifie qu'en dépit de la garantie ou de la sécurité accordée à l'utilisateur, l'ayant droit conserve la faculté de demander l'interdiction de l'utilisation de l'œuvre par voie d'injonction, ce qui empêcherait toute utilisation supplémentaire de l'œuvre. En outre, l'utilisateur peut encore être poursuivi au pénal³⁷, pour infraction au droit d'auteur dans la mesure où la garantie ou la sécurité l'exonère uniquement de sa responsabilité financière au civil. Il est par conséquent évident que cette alternative ne protège pas pleinement l'utilisateur, du moins lorsque la garantie ou la sécurité, comme dans les cas précités, n'est pas renforcée par des dispositions légales supplémentaires.

3.4 Autorisation d'utilisation d'une œuvre orpheline

Un autre moyen d'apporter une sécurité juridique serait de permettre à l'utilisateur de déposer une demande auprès d'une instance administrative pour l'obtention d'une autorisation d'utilisation d'une œuvre précise lorsque l'identité ou les coordonnées de l'ayant droit n'ont pu être établies à l'issue d'une recherche raisonnable. Ce système existe, par exemple, au Canada³⁸. Le régime d'autorisation prévoit en effet que la Commission canadienne du droit d'auteur soit convaincue des "efforts raisonnables" déployés par le requérant en vue de retrouver le titulaire du droit d'auteur avant qu'elle ne puisse accorder d'autorisation. L'utilisateur peut, en règle générale, déposer une demande unique d'autorisation pour plusieurs œuvres orphelines³⁹. Peu importe d'ailleurs les raisons qui motivent sa démarche⁴⁰.

L'auteur de la demande n'est pas tenu de "tout mettre en œuvre" pour retrouver l'ayant droit, mais il doit faire la démonstration de la "recherche complète" qu'il a menée. La Commission du droit d'auteur lui conseille à cette fin de prendre contact avec les différentes sociétés de gestion collective et maisons d'édition, de consulter les catalogues des bibliothèques, universités et musées nationaux, d'interroger les systèmes d'enregistrement des services en charge du droit d'auteur, d'examiner les registres de succession et, tout simplement, d'effectuer des recherches sur Internet⁴¹.

Une fois la Commission du droit d'auteur convaincue qu'en dépit de ses efforts raisonnables le requérant n'est pas parvenu à retrouver le titulaire du droit d'auteur, elle peut lui accorder une autorisation valable pour une œuvre aussi bien nationale que d'origine étrangère. L'autorisation ne saurait être accordée pour des œuvres non publiées ou dont le régime de publication ne peut être confirmé, et ce afin de respecter le droit moral de l'auteur, qui lui permet de décider de mettre ou non son œuvre à disposition du public. La Commission du droit d'auteur se fonde néanmoins, de temps à autre, sur des indices insuffisants au regard de la charge de la preuve en droit civil dans des affaires ou un certain nombre d'éléments d'appréciation au moins permettraient de conclure à la publication antérieure de l'œuvre⁴².

L'autorisation accordée permet au requérant d'utiliser le document protégé par le droit d'auteur sans le consentement exprès de son titulaire. Elle ne revêt aucun caractère exclusif et se limite au territoire canadien. La Commission du droit d'auteur n'est en effet pas habilitée à accorder des autorisations au-delà de son propre territoire. La délivrance d'une autorisation est habituellement soumise à des modalités et conditions spécifiques, comme le type d'utilisation autorisé, les limitations imposées à cette utilisation, la date d'expiration de l'autorisation, etc.

L'autorisation prévoit systématiquement le versement de droits d'auteur, dont le montant correspond en général à leur tarif habituel, lequel aurait été retenu si l'auteur avait donné son consentement. Il est d'ordinaire prévu que les droits d'auteur soient directement versés à une société de gestion collective qui représenterait normalement l'ayant droit introuvable, mais il peut également arriver que les utilisateurs soient tenus de déposer cette somme sur un compte bloqué ou placé dans un fond de dépôt. En cas de réapparition de l'ayant droit, celui-ci peut percevoir les droits d'auteur dont le montant a été fixé dans le cadre de l'autorisation ou, s'ils n'ont pas été versés (c'est-à-dire si l'utilisateur a refusé de s'acquitter des droits d'auteurs prévus par l'autorisation), engager une action devant une juridiction compétente pour recouvrer ces sommes. Lorsque aucun titulaire du droit d'auteur ne se manifeste dans un délai de cinq ans à compter de l'expiration de l'autorisation, les droits d'auteurs perçus peuvent être consacrés à d'autres fins que celle à laquelle ils étaient destinés.

En dehors du système canadien, d'autres régimes prévoient la délivrance d'une autorisation d'utilisation des œuvres par une autorité publique compétente en cas d'impossibilité de retrouver les ayants droit, c'est le cas,

par exemple, du Japon, de la Corée du Sud, de l'Inde et du Royaume-Uni⁴³. L'application et la portée des dispositions pertinentes varient cependant considérablement d'un pays à l'autre. Ainsi, au Royaume-Uni, le pouvoir d'accorder une autorisation se limite à la reproduction d'une interprétation ou exécution enregistrée. C'est la raison pour laquelle des régimes ne prévoient pas tous une solution au problème des œuvres orphelines.

Avantages et inconvénients

L'autorisation préalable accordée par une instance administrative au sujet d'œuvres orphelines présente l'inconvénient souvent évoqué de nécessiter un processus long et coûteux. La Commission canadienne du droit d'auteur indique cependant que sa décision est en général rendue dans un délai de trente à quarante-cinq jours après que toutes les informations nécessaires lui ont été communiquées⁴⁴. Les détracteurs du système canadien affirment que l'inefficacité de ce régime transparaît dans le faible nombre des demandes adressées à la Commission du droit d'auteur⁴⁵. Cette assertion n'est pas nécessairement exacte, dans la mesure où la rareté des demandes peut également être due à d'autres facteurs ou simplement être révélatrice de l'ampleur relativement limitée de la problématique des œuvres orphelines au Canada. L'incapacité de la Commission du droit d'auteur d'accorder des autorisations d'utilisation valables au-delà du territoire canadien est probablement une raison supplémentaire majeure de cette situation.

Malgré ces éventuels inconvénients, un système qui permet à une autorité publique de délivrer une autorisation pour l'utilisation d'une œuvre orpheline a toutes les qualités requises pour apporter une solution pratique et convenable à ce problème. Le principal avantage de ce régime consiste à fournir à l'utilisateur une sécurité juridique appropriée afin qu'il soit en mesure d'utiliser l'œuvre orpheline en question. Lorsque celui-ci obtient une autorisation, il est habilité à utiliser une œuvre orpheline sans risquer qu'une action soit engagée à son encontre en cas de réapparition de l'ayant droit. Dans le même temps, les intérêts légitimes des ayants droit concernés ne subissent pas nécessairement de préjudice. Premièrement, l'instance publique indépendante, qui a vérifié la bonne foi de l'utilisateur, peut tenir pleinement compte de la nécessité de préserver un juste équilibre entre les intérêts légitimes des ayants droit et des utilisateurs. Deuxièmement, la décision d'accorder cette autorisation est prise au cas par cas et fait ainsi exception au droit exclusif de l'ayant droit. Troisièmement, l'autorisation délivrée n'est pas générale, mais se limite à un utilisateur précis et à une utilisation particulière. Enfin, ce système n'entraîne pas une perte de revenu pour les ayants droit. Si ces derniers se manifestent, ils seront remboursés pour l'utilisation faite en vertu de l'autorisation accordée.

3.5 Principe de la limitation des voies de recours

Il existe encore une autre possibilité : limiter la responsabilité des utilisateurs d'une œuvre orpheline lorsque ceux-ci se sont livrés à une recherche infructueuse mais raisonnable de l'ayant droit. Cette solution, préconisée par un rapport de 2006 consacré aux œuvres orphelines par l'Office américain du droit d'auteur⁴⁶, a ensuite été présentée, légèrement remaniée, sous la forme d'un projet de "loi relative aux œuvres orphelines de 2006" devant la Chambre des représentants⁴⁷.

Le principe de la responsabilité permet en général aux utilisateurs de bonne foi qui ne sont pas parvenus à identifier ni à retrouver le titulaire du droit d'auteur à utiliser l'œuvre, tout en limitant les voies de recours auxquelles l'ayant droit pourrait prétendre s'il venait à se manifester ultérieurement et à engager une action à l'encontre de ceux-ci. Pour pouvoir bénéficier de cette limitation, l'utilisateur est tenu de démontrer qu'il a mené des "recherches raisonnablement diligentes" et, si les circonstances le permettent et s'y prêtent, de citer l'auteur et le titulaire du droit d'auteur de l'œuvre.

Le rapport de l'Office du droit d'auteur ne définit les mots "recherches raisonnablement diligentes". Le projet de loi, en revanche, précise qu'une recherche raisonnablement diligente suppose habituellement d'avoir au moins passé en revue les informations consignées au Registre des droits d'auteur. Elle devrait par ailleurs s'accompagner d'un recours aux services d'un expert et à une technologie raisonnablement disponibles. L'utilisateur ne saurait se prévaloir valablement du simple fait que l'exemplaire de l'œuvre ne portait aucune mention d'informations pertinentes. Il appartient, en tout état de cause, aux tribunaux de statuer sur le caractère raisonnablement diligent de recherches effectuées dans des circonstances données.

Si l'utilisateur apporte la preuve de ses recherches raisonnablement diligentes et de la citation du véritable auteur ou ayant droit de l'œuvre, ce dernier dispose d'un ensemble limité de voies de recours s'il réapparaît et engage une action en justice au sujet de l'utilisation de l'œuvre. Premièrement, la réparation pécuniaire ne peut aller au-delà d'une "indemnité raisonnable" de l'utilisation faite de l'œuvre. Elle devrait en principe correspondre au montant raisonnable des droits d'auteur qui aurait été fixé à l'occasion des négociations engagées entre l'utilisateur et l'ayant droit avant le début de l'utilisation litigieuse de l'œuvre. Toutefois, lorsque cette utilisation était à but non lucratif et que l'utilisateur a promptement mis un terme à l'utilisation litigieuse après avoir été averti par l'ayant droit, aucune compensation financière n'est due.

De plus, le principe de responsabilité prévoit une limitation de l'interdiction de l'utilisation de l'œuvre par voie d'injonction. Lorsque l'œuvre orpheline a été intégrée dans une œuvre dérivée (c'est-à-dire un film ou un documentaire), le titulaire du droit d'auteur ne peut obtenir la pleine interdiction de l'utilisation de l'œuvre par voie d'injonction pour empêcher l'exploitation de l'œuvre dérivée, sous réserve que l'utilisateur lui verse une indemnité raisonnable et le cite de manière suffisante. L'interdiction complète par voie d'injonction est cependant possible dans le cas où une œuvre orpheline a simplement fait l'objet d'une nouvelle publication ou été diffusée sur Internet, sans aucune modification de son contenu. Les tribunaux ont néanmoins pour instruction, dans ce type de situation, de tenir compte de tout intérêt accessoire de l'utilisateur auquel l'injonction pourrait porter préjudice.

Avantages et inconvénients

L'avantage majeur du principe de responsabilité tient à ce qu'il prévoit une solution générale au problème des œuvres orphelines, en n'excluant aucun type d'œuvres (par exemple les œuvres non publiées ou étrangères) de son champ d'application de manière catégorique. En outre, il ne porte atteinte à aucun droit existant, ni à aucune limitation ou exception prévue en matière d'infraction au droit d'auteur. De plus, comme les utilisateurs ne sont pas tenus de dédommager les ayants droit à l'avance, mais uniquement lorsque ceux-ci se manifestent et engagent une action en ce sens, le principe de responsabilité est considéré comme présentant un meilleur rapport coût-efficacité que, par exemple, la libération ex ante des œuvres orphelines pratiquée par le système canadien.

Ce dernier argument est cependant discutable. Si l'on tient compte des frais occasionnés dès le départ à l'utilisateur par le principe de responsabilité (c'est-à-dire les frais de consultation des registres et d'évaluation de la probabilité de futures actions en justice), ainsi que du coût de la réapparition d'un ayant droit (c'est-à-dire les frais de justice et le coût du versement d'une indemnité raisonnable lorsque celui-ci obtient gain de cause), on peut se demander si le rapport coût-efficacité du principe de responsabilité est véritablement supérieur au régime canadien.

Il y a lieu, par ailleurs, de s'interroger sur la question de savoir si ce principe accorde aux utilisateurs la sécurité juridique qu'ils demandent. L'utilisateur peut en effet rencontrer des difficultés considérables s'il lui faut convaincre un tribunal du caractère raisonnable des recherches qu'il a effectuées, notamment lorsqu'elles ont été menées il y a longtemps. Il serait donc tenu, pour pouvoir apporter à une juridiction une preuve suffisante de ce qu'il avance, de consigner la moindre recherche effectuée, et ce pendant une période souvent indéfinie. Une telle contrainte peut s'avérer disproportionnée, notamment pour les utilisateurs de faible envergure.

Certaines catégories d'ayants droit ont également fait part de leurs craintes de voir les éventuels utilisateurs ne pas systématiquement mener des recherches suffisamment diligentes pour retrouver un titulaire de droits, ce qui conduirait à cataloguer de manière incorrecte de nombreuses œuvres comme orphelines. Ils redoutent que bon nombre de leurs œuvres soient finalement utilisées sans leur consentement ou sans indemnité pécuniaire, notamment dans la mesure où le principe de responsabilité impose aux ayants droit de demander réparation en justice en cas de litige et où les frais occasionnés par une action en justice visant à faire respecter leurs droits d'auteur sont souvent prohibitifs.

Enfin, la question de savoir si un principe de responsabilité identique à celui proposé aux Etats-Unis améliorerait réellement la situation de l'utilisation des œuvres orphelines en Europe est extrêmement controversée. S'agissant de la condamnation au versement de dommages-intérêts encourue par l'utilisateur, la législation de la plupart des pays européens est bien plus bienveillante pour celui-ci qu'aux Etats-Unis, puisque les dommages-intérêts

accordés en Europe présentent le caractère d'une réparation et non d'une sanction⁴⁸. Aussi le principe de responsabilité n'améliorerait-il pas la situation des utilisateurs en tant que tels, mais inciterait tout au plus un plus grand nombre d'entre eux à utiliser les œuvres orphelines. Il ne renforcerait la sécurité juridique des utilisateurs qui intègrent une œuvre orpheline dans une œuvre dérivée que dans la mesure où il limiterait, comme le projet de loi américain, l'interdiction de l'utilisation de l'œuvre par voie d'injonction.

3.6 Exception ou limitation

Une dernière alternative consisterait à mettre en place une exception ou une limitation prévue par la loi, qui permettrait la réutilisation d'œuvres orphelines sous certaines conditions restrictives. C'est la solution défendue par le *British Screen Advisory Council* (BSAC) dans un document établi pour la *Gowers Review*, étude indépendante menée dans le domaine de la propriété intellectuelle britannique en 2006⁴⁹. Le BSAC y parvient à la conclusion que la solution la plus adéquate et la plus efficace au problème des œuvres orphelines serait de privilégier, au lieu de l'une des solutions que nous venons d'examiner, une exception légale au droit d'auteur doublée de l'obligation de rémunérer les titulaires du droit d'auteur qui se manifesteraient après le début de l'utilisation d'une œuvre orpheline.

L'idée essentielle de la proposition du BSAC se résume comme suit. Toute personne qui n'est pas parvenue à retrouver le titulaire du droit d'auteur attaché à une œuvre après avoir fait "tout son possible" en ce sens, peut utiliser l'œuvre en question au titre d'une exception au droit d'auteur prévue par cette proposition. Il convient d'apprécier la question de savoir si une personne a fait "tout son possible" pour retrouver le titulaire du droit d'auteur au regard des circonstances particulières de chaque situation. Des lignes directrices relatives à l'engagement de recherches raisonnables pourraient préciser davantage les efforts qui devraient être déployés pour satisfaire à cette exigence. On ne saurait, en tout état de cause, mesurer si une personne a fait "tout son possible" à l'aune d'un critère absolu.

L'application de l'exception proposée est soumise à une condition préalable : l'œuvre doit être estampillée comme utilisée dans le cadre de cette même exception. Cette formule permettrait d'avertir l'ayant droit qui réapparaît que l'utilisation de l'œuvre s'inscrit dans ce contexte et qu'il a la faculté de demander les "droits d'auteur raisonnables" auxquels il peut prétendre à ce titre, au lieu d'engager une action en justice. Il convient de fixer le montant des droits d'auteur au moyen d'une transaction. A défaut d'accord, le BSAC préconise que la juridiction britannique compétente en droit d'auteur statue sur le montant à verser.

Lorsque le titulaire du droit d'auteur se manifeste, il appartient à l'utilisateur qui souhaite poursuivre l'utilisation de l'œuvre orpheline d'en négocier les modalités avec l'ayant droit selon la méthode habituelle. En cas d'intégration ou de transformation de l'œuvre au sein d'une œuvre dérivée, cependant, il serait déraisonnable que l'ayant droit puisse empêcher l'exploitation ultérieure de l'œuvre tout entière en se contentant de refuser l'autorisation d'utiliser l'œuvre en question. Aussi le BSAC propose-t-il dans ce cas de permettre aux utilisateurs de continuer à utiliser l'œuvre, sous réserve de verser un montant raisonnable au titre des droits d'auteur et de reconnaître de manière suffisante à l'ayant droit la place qui lui revient.

Avantages et inconvénients

Le type d'exception proposé par le BSAC offrirait, à l'instar du principe de la limitation des voies de recours envisagé aux Etats-Unis, d'apporter une solution générale au problème des œuvres orphelines. Cette exception concernerait l'ensemble des œuvres protégées par le droit d'auteur et des objets protégés par les droits voisins, y compris les documents non publiés et étrangers. En outre, elle ne porterait atteinte à aucune autre obligation imposée par la législation relative au droit d'auteur, comme la protection du droit moral des auteurs impossibles à retrouver. Dans le même temps, l'ayant droit qui réapparaît n'est pas tenu d'engager une action en justice à l'encontre de l'utilisateur pour demander une indemnité raisonnable, puisque cette exception légale l'habilite directement à en obtenir le versement. Dès lors, les tribunaux ne seraient saisis que si un utilisateur manquait à son obligation de s'acquitter de cette indemnité raisonnable ou si l'ayant droit contestait le caractère raisonnable des recherches menées par celui-ci.

Il se peut toutefois que le fait d'assurer la sécurité juridique des utilisateurs en prévoyant une exception générale au droit exclusif du titulaire du droit d'auteur soit une mesure trop sévère pour remédier au problème des œuvres orphelines. Il convient, quoi qu'il en soit, que cette exception

soit conforme au triple critère de l'article 5(5) de la Directive relative au droit d'auteur. Celui-ci prévoit de n'autoriser ladite exception (1) que dans certains cas particuliers, (2) qui ne sont pas incompatibles avec l'exploitation normale de l'œuvre et (3) ne portent pas atteinte de manière déraisonnable aux intérêts légitimes de l'ayant droit. La capacité de cette exception à satisfaire au dit critère est fortement sujette à controverse. En premier lieu en effet, elle ne se limite pas exclusivement à certains cas précis et à des fins particulières, comme l'exige pourtant le premier critère. En outre, on peut se demander si cette exception offre des garanties suffisantes pour ne pas porter atteinte de manière déraisonnable aux intérêts légitimes des titulaires de droits. Aucun mécanisme n'est par exemple prévu pour vérifier la bonne foi d'un utilisateur, comme c'est le cas dans le système canadien. Il n'est par conséquent pas certain qu'il n'existe pas d'autre moyen aussi efficace d'atteindre le même objectif, tout en fixant davantage de garanties légales pour protéger les intérêts des ayants droit⁵⁰.

Enfin, il convient de noter que si les dirigeants d'un pays avaient l'intention d'adopter une exception comparable à celle que nous venons d'évoquer, il leur faudrait obtenir du législateur européen qu'il y prenne une part active, dans la mesure où l'article 5 de la Directive relative au droit d'auteur prévoit un nombre limité d'exceptions, dont aucune n'autorise à ce jour la mise en place d'une exception relative aux œuvres orphelines.

4. Evaluation des différentes solutions

Les différents modèles que nous avons examinés dans les paragraphes précédents offrent de très nombreuses alternatives. Parvenir à une solution idéale à l'échelon européen ou national exige de s'employer attentivement à peser les avantages et les inconvénients de chaque modèle. Il importe, en tout état de cause, que la solution retenue maintienne un juste équilibre entre les intérêts légitimes des ayants droit et des utilisateurs. Le sous-groupe du droit d'auteur du Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques⁵¹, chargé d'analyser et d'examiner les diverses questions relatives au droit d'auteur pertinentes pour l'Initiative "i2010 : bibliothèques numériques", a retenu ce principe comme point de départ de sa réflexion sur le meilleur moyen d'aborder la problématique des œuvres orphelines. Les premiers résultats de ces travaux ont été publiés dans un rapport provisoire en octobre 2006⁵².

Le sous-groupe du droit d'auteur souscrit, en règle générale, à certaines mesures non législatives qui apportent une solution partielle au problème des œuvres orphelines. Parmi ses recommandations essentielles figurent la constitution de bases de données qui contiennent des informations en matière de gestion des droits relatives aux œuvres orphelines et qui améliorent l'étiquetage des métadonnées dans les documents numériques et numérisés (voir plus haut le paragraphe 3.1). Ce dernier devrait prévenir à l'avenir l'aggravation du problème des œuvres orphelines.

Dans le même temps, le sous-groupe du droit d'auteur reconnaît que la sécurité juridique des bibliothèques et des archives suppose l'adoption au préalable de mesures législatives supplémentaires qui protègent la situation des utilisateurs. Deux types de solutions sont envisagés à cet égard, à savoir une solution générique et une solution dont l'application serait limitée aux institutions culturelles. On pourrait d'ailleurs imaginer de les combiner, ce qui apporterait une solution hybride au problème des œuvres orphelines.

La solution générique consisterait à habiliter une instance publique ou privée à délivrer une autorisation d'utilisation d'une œuvre orpheline. Cette instance pourrait, le cas échéant, tenir lieu de dépôt des droits d'auteur perçus ou désigner à cette fin les sociétés de gestion collective ou d'autres intermédiaires. Le sous-groupe du droit d'auteur estime que cet organisme devrait avoir l'obligation de rechercher activement les ayants droit. Une telle solution s'inspire principalement du régime en vigueur au Canada (voir plus haut paragraphe 3.4). Il apparaît, au vu de l'analyse à laquelle nous avons procédé, que ce dernier système représente effectivement l'une des meilleures solutions au problème des œuvres orphelines, puisqu'il fournit de manière adéquate la sécurité juridique réclamée par les utilisateurs, tout en prenant pleinement en compte les intérêts légitimes des ayants droit.

La solution applicable aux activités des institutions culturelles, d'autre part, reposerait principalement sur l'établissement de relations contractuelles entre elles et les ayants droit. L'accord de l'INA fait à cet égard figure d'exemple. Le sous-groupe du droit d'auteur propose, afin de dissiper toute incertitude juridique susceptible de se présenter, d'étayer ces dispositions contractuelles par un "effet d'extension" aux contrats de licence, au moyen

d'une présomption légale de représentation ou par quelque autre mesure aux effets similaires (voir plus haut paragraphe 3.2). D'autres membres du sous-groupe préféreraient cependant que les dispositions contractuelles soient complétées par le principe de la limitation des voies de recours, conformément à la solution actuellement envisagée aux Etats-Unis (voir plus haut paragraphe 3.5).

En dehors de ce principe de la limitation des voies de recours, l'Institut du droit de l'information (iViR) a recommandé une combinaison de solutions, identiques à celles du sous-groupe du droit d'auteur, dans son rapport commandé par la Commission européenne et intitulé "Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy (Le remaniement du droit d'auteur et des droits voisins de l'économie de la connaissance)"⁵³.

5. Conclusion

Si les dirigeants européens ou nationaux souhaitent permettre aux archives audiovisuelles et aux autres institutions culturelles de bénéficier pleinement des possibilités de numérisation et de réutilisation des documents conservés dans leurs collections, il serait souhaitable de rechercher des solutions adaptées à la problématique des œuvres orphelines. L'examen

de cette question doit accompagner celui des actions politiques qui visent à rendre accessibles en ligne les documents présentant un intérêt culturel.

Il serait évidemment préférable d'aboutir à une solution à l'issue d'un dialogue engagé avec les utilisateurs et ayants droit concernés. Les modèles présentés dans ce document pourront peut-être, en compagnie des recommandations formulées par le sous-groupe du droit d'auteur du Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, nourrir la réflexion en vue de définir une solution satisfaisante.

Que celle-ci soit recherchée à l'échelon européen ou national, il est en tout état de cause souhaitable que les différents pays d'Europe adoptent une conception uniforme. La mise en place d'une solution à l'échelon national exigerait au moins la reconnaissance mutuelle, par ces pays, de l'autorisation d'utiliser les œuvres orphelines accordée en vertu d'un dispositif légal en vigueur dans un autre Etat. Un tel accord prendrait en compte les difficultés susceptibles d'être rencontrées en matière d'autorisation lors de l'exploitation transfrontalière des œuvres orphelines. Par conséquent, le traitement national du problème des œuvres orphelines imposerait la prise de mesures supplémentaires ou tout au moins une approche coordonnée à l'échelon européen. Seule la satisfaction de cette condition préalable permettra de remédier efficacement au problème des œuvres orphelines.

- 1) Le présent article se fonde sur les recherches effectuées dans le cadre d'une étude menée par l'Institut du droit de l'information (iViR) pour la Commission européenne, intitulée "The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy" (Le remaniement du droit d'auteur et des droits voisins de l'économie de la connaissance) en novembre 2006, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf
- 2) BBC Creative Archive, <http://creativearchive.bbc.co.uk>
- 3) INA-Média, <http://www.inamedia.com>
- 4) iMovie (Apple), <http://www.apple.com/ilife/imovie>
- 5) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, "i2010 : Bibliothèques numériques", COM (2005) 465 final, Bruxelles, 30 septembre 2005.
- 6) Par souci de simplification terminologique, le terme "œuvres orphelines", tel qu'il est utilisé dans le présent article, sera considéré comme englobant les objets protégés par les droits voisins.
- 7) US Copyright Office, "Report on Orphan Works" (janvier 2006), <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>, p. 15.
- 8) 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, JO L 167/10 du 22 juin 2001.
- 9) Art. 42 UK Copyright, Designs and Patents Act.
- 10) C'est également ce que demande la British Library. Voir : British Library, "Intellectual Property : A Balance - The British Library Manifesto" (septembre 2006).
- 11) US Copyright Office Orphan Works Report (2006), voir plus haut la note 7, p. 9.
- 12) F.J. Cabrera Blazquez, "A la recherche des ayants droit perdus : les œuvres audiovisuelles européennes et la liquidation des droits pour la vidéo à la demande", IRIS plus 2002-8, p. 2, http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2002.pdf.
- 13) J.M. Buchanan et Y.J. Yoon, "Symmetric tragedies : commons and anticommons", 43 Journal of Law and Economics 1 (2000), p. 4.
- 14) Pour un examen complet de la question, voir le chapitre 5 du rapport de l'iViR, "The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy" (2006), voir plus haut la note 1.
- 15) Document de travail des services de la Commission relatif à certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, SEC(2001) 619, Bruxelles, 11 avril 2001.
- 16) Document de travail des services de la Commission, Annexe à la Communication de la Commission "i2010 : Bibliothèques numériques", Questions sur la consultation en ligne, SEC (2005) 1195, Bruxelles, 30 septembre 2005.
- 17) Estimation fournie par la British Library. Voir la British Library Manifesto, plus haut dans la note 10.
- 18) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur certains aspects juridiques liés aux œuvres audiovisuelles cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, COM (2001) 534 final, Bruxelles, 26 septembre 2001, p. 14 ; Résultats de la consultation en ligne "i2010 : Bibliothèques numériques", <http://tinyurl.com/yujl54>, p. 5.
- 19) Même aux Etats-Unis, où l'Office du droit d'auteur a effectué une vaste enquête, il n'existe aucun chiffre détaillé pour quantifier le problème de l'exploitation des œuvres orphelines. Voir US Copyright Office Orphan Works Report (2006), voir plus haut la note 7, p. 92.
- 20) Recommandation 2006/585/CE du 24 août 2006 de la Commission sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, JO L 236/28, 31 août 2006.
- 21) Conclusions du Conseil sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, JO C 297/1, 7 décembre 2006.
- 22) Conseil de l'Europe, Déclaration sur l'exploitation des productions radiophoniques et télévisuelles protégées contenues dans les archives des radiodiffuseurs, adoptée par le Comité des Ministres le 9 septembre 1999 lors de sa 678^e réunion des Délégués des Ministres.
- 23) Les informations relatives à la gestion des droits ne recouvrent pas seulement celles qui permettent l'identification de l'œuvre, de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur, mais également les informations qui précisent les modalités et les conditions de l'utilisation d'une œuvre particulière, ainsi que tous les numéros ou codes qui représentent cette information. Voir l'article 7(2) de la Directive droit d'auteur.
- 24) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- 25) Creative Commons, <http://creativecommons.org>
- 26) Parmi les autres licences figure la "Creative Archive Licence" utilisée par la BBC pour autoriser l'exploitation du contenu de ses Creative Archive (archives créatives), http://creativearchive.bbc.co.uk/licence/nc_sa_by_ne/uk/prov
- 27) Voir par exemple, "Marché du film de Cannes", une base de données en ligne sur les droits relatifs aux films, <http://www.cannesmarket.com>
- 28) Voir l'enquête sur les législations nationales concernant les systèmes d'enregistrement volontaire du droit d'auteur et des droits connexes, document de l'OMPI (SCCR/13/2), 9 novembre 2005. Le Registre international des œuvres audiovisuelles, comme le prévoit le Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles, Genève, 18 avril 1989, en offre une illustration à l'échelon international.
- 29) "LIIna et la SACEM, la SACD, la SCAM, la SDRM et SESAM s'accordent sur les conditions d'utilisation des œuvres audiovisuelles et sonores sur de nouveaux modes d'exploitation d'image et de son", 3 octobre 2005, <http://www.scam.fr/Telecharger/DocumentsInfos/Communiqués/cp03-10-05-accord INA-SPRD.pdf>
- 30) J.-F. Debarnot, "Les droits des auteurs des programmes du fonds de l'INA exploités sur son site Internet", Legipresse n° 232 (2006), p. 93 et 94.
- 31) T. Koskinen-Olsson, "Collective management in the Nordic countries", in D. Gervais (sous la direction de.), *Collective management of copyright and related rights*, The Hague : Kluwer Law International 2006, p. 257-282.
- 32) D. Gervais, "The changing role of copyright collectives", in Gervais (2006), voir plus haut la note 31, pages 3-36 à p. 28.
- 33) H. Olsson, "The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries", colloque international organisé pour le 25^e anniversaire du Kopinor, Oslo, 20 mai 2005, paragraphe 3.
- 34) Olsson (2005), voir plus haut la note 33, paragraphe 6.4.
- 35) Stichting Foto Anoniem, <http://www.fotoanoniem.nl>
- 36) SOFAM, <http://www.sofam.be/main-nl.php?ID=104&titel=Borgstelling>
- 37) Koskinen-Olsson (2006), supra note 31, p. 267.
- 38) Article 77 de la loi canadienne sur le droit d'auteur.
- 39) Voir par exemple, *Canadian Institute for Historical Microreproductions (Re)*, Commission canadienne du droit d'auteur, 18 septembre 1996, 1993-UO/TI-5, où une licence autorisant la reproduction de 1 048 œuvres a été octroyée.
- 40) L. Carrière, "Unlocatable copyright owners: some comments on the licensing scheme of section 77 of the Canadian Copyright Act" (1998), <http://www.robic.com/publications/Pdf/103-LC.pdf>, p. 9.
- 41) Commission canadienne du droit d'auteur, "Unlocatable Copyright Owners Brochure" (juillet 2001), <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html>
- 42) Voir par exemple, *Canadian centre for architecture (Re)*, Commission canadienne du droit d'auteur, 17 janvier 2005, 2004-UO/TI-32 (demande rejetée).
- 43) Article 67 de la loi japonaise relative au droit d'auteur ; article 47 de la loi sud-coréenne relative au droit d'auteur ; article 31a de la loi indienne relative au droit d'auteur ; article 190 de la loi britannique relative au droit d'auteur, loi britannique sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets.
- 44) *Unlocatable Copyright Owners Brochure*, voir plus haut la note 41.
- 45) Depuis l'entrée en vigueur de ce régime au Canada en 1990, seules 197 demandes ont été déposées et 191 autorisations ont été délivrées. Par contre, au Japon, seules 29 autorisations ont été délivrées depuis que le régime est entré en vigueur en 1970.
- 46) Rapport sur les œuvres orphelines de l'Office américain du droit d'auteur (2006), voir plus haut la note 7.
- 47) Loi relative aux œuvres orphelines de 2006, H.R. 5439, présentée devant la Chambre des représentants, 109^e Congrès, 2^e session, 22 mai 2006.
- 48) Aux Etats-Unis, les utilisateurs sont passibles d'une condamnation au versement de dommages-intérêts prévus par la loi d'un montant pouvant aller jusqu'à 150 000 USD pour toute infraction commise de manière volontaire (article 504 de la loi américaine sur le droit d'auteur). En Europe, en revanche, le montant des dommages-intérêts est d'ordinaire fixé en fonction du préjudice réellement causé par l'infraction.
- 49) "Copyright and orphan works", document établi pour la *Gowers review* par la British Screen Advisory Council, 31 août 2006, <http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkspaper.pdf>
- 50) M. Sentfleben, *Copyright, limitations and the three-step test : an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, The Hague : Kluwer Law International 2004, p. 236.
- 51) Décision 2006/178/CE de la Commission du 27 février 2006 instituant un groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, JO L 63/25 du 4 mars 2006.
- 52) Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques, "Rapport provisoire du sous-groupe du droit d'auteur" (octobre 2006), http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/minutes_of_hleg_meet/copyright_subgroup/interim_report_16_10_06.pdf, annexe 1.
- 53) Voir plus haut la note 1.