

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

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

Table des matières

1	Les œuvres orphelines.....	2
1.1	Introduction.....	2
1.2	Définitions.....	4
1.3	Sur le caractère protégé d'une œuvre orpheline.....	5
1.4	La recherche des ayants droit.....	5
2	Intérêt moral et intérêt patrimonial.....	6
3	Droit exclusif et volonté de l'auteur.....	9
4	La tutelle des œuvres orphelines.....	13
4.1	Introduction.....	13
4.2	Les rôles de la tutelle.....	14
4.3	Le choix d'une politique de tutelle.....	16
4.4	La rémunération.....	18
4.4.1	La crainte de la concurrence.....	19
4.4.2	Usages, points de vue et analyses.....	20
4.5	La contrefaçon et le contrôle des usages.....	25
4.6	La gestion collective obligatoire.....	26
4.7	La conformité avec les instruments internationaux.....	27
5	Conclusion.....	29
	Constats.....	30
	Recommandations.....	31

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

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

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

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

1 Les œuvres orphelines

1.1 Introduction

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

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

Il est donc important de prendre conscience des divers problèmes que peut poser

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

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

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

- **réponses préventives** : évolutions techniques ou juridiques permettant de réduire *a priori* le nombre des œuvres orphelines, par exemple par la création de registres d'œuvres ou d'auteurs, ou par l'obligation – dans certaines limites – de documenter les œuvres.
- **réponses palliatives** : prévoir des mécanismes juridiques permettant d'utiliser les œuvres orphelines sans s'exposer à une insécurité juridique et économique excessive et en minimisant l'atteinte aux droits exclusifs des titulaires introuvables. Cela n'élimine pas l'orphelinat mais le rend plus supportable.
- **réponses curatives** : développer des moyens contribuant à faire sortir les œuvres de l'orphelinat, notamment lorsqu'elles sont déjà utilisées en tant qu'œuvres orphelines ou simplement classées comme telles, par exemple par la création de registres publics d'œuvres orphelines destinés à recueillir des informations sur ces œuvres.

Il convient aussi de considérer que le problème de l'orphelinat ne se pose que dans la mesure où l'accord d'ayants droit est requis pour un usage donné. Typiquement, la simple numérisation des œuvres par des bibliothèques ou des musées est autorisée par l'article 1 de la loi DADVSI⁴ (article L 122-5, alinéa 8^o du CPI) au titre des exceptions et limitations aux droits exclusifs prévues dans l'article 5 de la directive européenne 2001/29/CE⁵. Il est donc possible que certains problèmes posés par les œuvres orphelines puissent être traités de façon plus générale par des solutions dépassant le cadre des seules œuvres orphelines.

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

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

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

4 LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O n° 178 du 3 août 2006 page 11529.
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>

5 Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001, p. 0010 - 0019.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>

6 Article 9(2) de la Convention de Berne.
http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P144_29304
Cet article est repris dans l'article 5-5 de la directive européenne 2001/29/CE (note 5).

7 Article 5(2) de la Convention de Berne.
http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P113_19806

1.2 Définitions

Nous proposons la définition suivante :

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

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

Déterminer ou joindre les titulaires de droits, cela signifie déterminer ou joindre chacun d'entre eux. L'œuvre est donc orpheline si un seul titulaire de droit est indéterminé ou injoignable. Pour plus de précision et de commodité d'exposé, on appellera « *droit orphelin* » tout droit sur une œuvre orpheline dont le titulaire n'est pas déterminé ou joignable⁸. Alternativement, on pourra généralement considérer dans la suite que l'expression « *œuvre orpheline* » fait référence aux contributions à l'œuvre dont les droits sont orphelins. Pour simplifier la présentation, nous ne distinguons pas les droits d'auteur des droits voisins, et nous parlons (abusivement) de l'auteur pour désigner la personne à l'origine du droit considéré, cette personne pouvant être par exemple un interprète. La difficulté à déterminer les ayants droit résulte le plus souvent d'un manque d'information explicite sur ceux-ci, que ce soit sur l'œuvre elle-même ou sur d'autres ressources documentaires permettant d'identifier les ayants droit, ces droits ayant pu faire l'objet de cessions et/ou transferts multiples (héritage par exemple). Il se peut aussi que ce soit par manque d'information sur l'existence même du droit, qui dépend de l'histoire de l'œuvre ou de son auteur⁹. Il semble cependant que l'on s'accorde à exclure les difficultés de nature juridique plutôt que circonstancielles, par exemple les problèmes de détermination des ayants droit qui seraient liés au fait que l'on ne sait quelle est la loi applicable, sauf si cela est la conséquence d'un manque d'information concernant l'auteur¹⁰. On peut penser qu'il faut aussi exclure les circonstances dans lesquelles les difficultés, bien que circonstancielles, ne sont pas liées à l'œuvre ou au droit d'auteur, par exemple en cas de contestation d'une cession ou d'un héritage. Par contre, le fait de ne pouvoir localiser un

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

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

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

héritier est bien un problème de droit orphelin.

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

1.3 Sur le caractère protégé d'une œuvre orpheline

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

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

1.4 La recherche des ayants droit

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

11 Voir par exemple : *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*, Stef van Gompel, IRIS Plus, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Édition 2007-4.

http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.fr

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

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

référence à ces recherches dans la définition, car on peut craindre que cela n'ait pour effet de compliquer le discours et de figer le débat.

Si l'on indique la nature des recherches à effectuer de façon trop générale, on n'apporte en fait pas grand chose à la définition qui implique déjà l'idée de recherche, et donc bien sûr de recherches appropriées. Si l'on est trop précis, on complique la définition et son usage en introduisant des modalités complexes dès lors que l'on envisage – ce qui est vraisemblable – que la nature des recherches appropriées dépende de divers facteurs, tels que la nature de l'œuvre ou du droit concerné, l'usage ou le mode d'exploitation envisagé, le type d'utilisateur, les caractéristiques de l'orphelinat (ayant droit inconnu ou seulement injoignable) ou encore la durée des droits restant à courir. Il serait par exemple tout à fait plausible pour le législateur de décider que la simple numérisation d'une œuvre par quiconque à des fins de préservation et sans objectif d'exploitation est permise avec un minimum de recherche¹⁴.

Par ailleurs, si une définition précise peut être envisageable ou souhaitable dans un texte de loi, elle ne saurait l'être dans un document destiné à permettre l'analyse et la discussion. En effet, comme le montre la diversité des études sur le sujet, les points de vue peuvent varier sur la nature des recherches à effectuer¹⁵. Mais on ne saurait en discuter librement et efficacement, en analysant les effets des différents choix possibles, si on est d'emblée contraint par une définition de l'œuvre orpheline qui fixe ces choix *a priori*, mettant ainsi hors sujet toute proposition alternative que l'on pourrait être amené à considérer. En évitant d'évacuer la question de la recherche des ayants droit dans une définition, nous entendons préserver son rôle et son importance dans l'élaboration de solutions au problème de l'orphelinat.¹⁶

2 Intérêt moral et intérêt patrimonial

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

Cela est vrai d'un auteur après sa mort, mais c'est tout aussi vrai d'un auteur vivant qui serait introuvable. Et c'est même vrai dans le cas d'un auteur inconnu, qui existe ou survit

¹⁴ Bien entendu, cela est permis dans le cadre de la copie privée. Cependant, on peut vouloir avoir recours aux services d'un tiers plus compétent, ce que ne permet pas la copie privée.

Cela aurait au moins le mérite de permettre la préservation des photos de famille anciennes, problème récurrent qui est discuté dans le *Report on Orphan Works*, section II.B.1, page 24.

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

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

au travers de son œuvre même si nul ne connaît son nom. On peut rapprocher cette situation d'un thème récurrent de la littérature et du cinéma, celui du parent qui, obligé socialement de cacher sa paternité, veille néanmoins sur la vie de son enfant et se réjouit de ses succès. L'œuvre d'un créateur est un peu comme son enfant.

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

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

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

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

Les choses ont cependant beaucoup changé avec l'apparition de l'Internet et la baisse spectaculaire des coûts de publication qui s'en est ensuivie. Typiquement, les auteurs d'articles scientifiques ont maintenant la possibilité de se libérer du « pacte faustien » et d'assurer la gratuité de l'accès à leurs œuvres par la mise à disposition sur des archives ouvertes comme l'archive HAL¹⁹ en France ou arXiv²⁰ aux États-Unis et dans le monde, et

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

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

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

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

par la publication de revues numérisées gratuites comme celles de PLoS (Public Library of Science)²¹. Cette évolution participe d'une tendance forte, formalisée en particulier par la Déclaration de Berlin²² dont sont aujourd'hui signataires les plus grandes institutions scientifiques et universitaires, voire des institutions muséographiques. Cette évolution a aussi permis d'évaluer quantitativement, pour le domaine considéré, les effets du compromis entre droit moral et droit patrimonial : les œuvres publiées en accès libre sur l'Internet sont citées nettement plus souvent et plus rapidement que les autres²³. Or le nombre de citations est un élément important de la réputation et de l'influence d'un article, d'un chercheur, d'un laboratoire ou de la science d'un pays. Cela contribue, conjointement avec le simple effet de la circulation rapide des résultats, à l'efficacité et à la productivité de la recherche. D'où la récente décision du Conseil Scientifique de l'European Research Council (ERC) de demander que les publications des résultats de projets de recherche financés par l'ERC soient déposées dans des archives ouvertes dans les six mois qui suivent la publication.²⁴ Une décision similaire vient d'être prise par la Faculté des Arts et Sciences de l'université Harvard.²⁵

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

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

21 <http://www.plos.org/journals/>

22 Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales, 22 octobre 2003.

http://openaccess.inist.fr/article.php3?id_article=38

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

<http://dx.doi.org/10.1371/journal.pbio.0040157>

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

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

25 Harvard to collect, disseminate scholarly articles for faculty, Robert Mitchell, Harvard University Gazette Online, 13 février 2008.

<http://www.news.harvard.edu/gazette/2008/02.14/99-fasvote.html>

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

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

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

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

contexte où la concurrence pour l'attention du public se fait d'autant plus rude que la diffusion devient plus accessible.

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

Si l'on considère le cas des œuvres orphelines, leurs auteurs introuvables ont généralement peu de chance de jamais bénéficier patrimonialement de leur création²⁸. On peut donc penser que le minimum est d'assurer le plus possible leur intérêt moral et la pérennité de leur contribution en faisant vivre leurs œuvres dans les meilleures conditions de diffusion et d'usage. Le conflit toujours existant entre l'intérêt moral et l'intérêt patrimonial devrait donc se résoudre préférentiellement en faveur de l'intérêt moral et donc de la diffusion et de l'usage des œuvres, si tant est que l'on veuille le résoudre à la place de l'auteur absent, ce que rien ne justifie dans le droit actuel.

Il est de l'intérêt de tout auteur que son œuvre soit pérennisée par la numérisation et rendue plus accessible par l'indexation. C'est encore plus vrai de l'auteur absent d'une œuvre orpheline, peu susceptible d'en assurer la pérennité et la préservation de son intérêt moral. Il serait donc étrange de vouloir pénaliser cet effort, déjà coûteux pour les bibliothèques ou d'autres acteurs, au nom d'un droit patrimonial dont l'auteur est peu susceptible de jamais bénéficier. Si tant est que la loi doive être modifiée en ce qui concerne les œuvres orphelines pour permettre numérisation et indexation, le plus simple ne serait-il pas de tout simplement l'autoriser, **pour tous**, dès lors que l'œuvre est reconnue orpheline²⁹. Il ne semble pas que cela pose problème, même au regard du triple test.

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

3 Droit exclusif et volonté de l'auteur

La tendance à préférer la promotion des intérêts moraux a pour une part son origine dans le logiciel libre et la littérature – notamment scientifique – en libre accès. Quelles qu'aient

²⁸ Il serait utile de disposer de statistiques sur cette question de la sortie de l'orphelinat. Les Sociétés de Gestion et Répartition des Droits (SPRD) gèrent probablement des droits d'auteur ou des droits voisins pour des personnes devenues injoignables. Elles devraient pouvoir apporter quelques données statistiques partielles sur ces questions, même si le fait-même qu'une œuvre, ou un droit sur une œuvre, ou le titulaire d'un tel droit, soit déjà géré par une SPRD ne peut qu'apporter un biais à l'échantillon statistique. Il serait aussi intéressant de décliner de telles statistiques par types de droits et d'œuvres concernés. Par ailleurs il serait aussi utile de documenter les techniques utilisées par les SPRD pour rechercher des ayants droit et de voir dans quelle mesure elles sont applicables au problème des œuvres orphelines.

²⁹ Il faut cependant prévoir des réserves, comme pour tout autre traitement des œuvres orphelines, par exemple en ce qui concerne les œuvres non divulguées.

pu en être les motivations initiales, le fait est que cette approche « libre » de la production littéraire et artistique se généralise, notamment grâce à la numérisation et aux réseaux. Par la quasi élimination des coûts de publication et de diffusion, elle a pu surmonter la nécessité du « pacte faustien » que nous avons évoqué. Ces nouveaux modes de création, en pleine évolution, ont été étudiés en 2006 et 2007 par une commission du CSPLA sur la diffusion ouverte des œuvres de l'esprit³⁰.

Ce rapport rappelle, en ce qui concerne le droit exclusif de l'auteur sur son œuvre, que « *la finalité de ce droit, centré sur la personne de l'auteur, est de permettre à ce dernier d'opérer un choix sur les formes de communication au public de son œuvre au titre des prérogatives morales comme patrimoniales. Or le droit exclusif ne s'entend pas uniquement comme un droit d'interdire mais constitue également un droit d'autoriser, qui peut le cas échéant s'exercer à titre gratuit si telle est la volonté de l'auteur.* » Ceci est réaffirmé explicitement par la loi n° 2006-961 du 1er août 2006³¹, qui insère dans le Code de la Propriété Intellectuelle un article L. 122-7-1 selon lequel « *L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.* »

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

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

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

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

Le droit d'auteur étant sans formalité, et pouvant s'exercer librement pour ou contre une

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

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

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

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

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

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

Cette dernière discussion renforce une conclusion déjà présente dans de nombreuses études³⁶ : **l'importance de développer les métadonnées concernant les œuvres**, que

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

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

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

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

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

Il semble donc qu'une initiative d'importance majeure serait de **définir un standard ouvert de métadonnées⁴⁰ pour permettre notamment à tout créateur de déclarer de**

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

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

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

39 *Enquête sur les Législations Nationales Concernant les Systèmes d'Enregistrement Volontaire du Droit d'Auteur et des Droits Connexes*, OMPI, SCCR/13/2, 9 Novembre 2005, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Treizième session (Genève, 21-23 novembre 2005). http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_13/sccr_13_2.pdf – Cette enquête concerne tous les rôles de l'enregistrement, mais souligne son importance pour les œuvres orphelines en rappelant le « *préjudice [...] causé à l'intérêt public lorsque les œuvres ne peuvent être mises à la disposition du public en raison des incertitudes entourant la titularité des droits et leur statut, même lorsqu'il n'existe plus de personne vivante ni d'entité juridique revendiquant la titularité du droit d'auteur ou lorsque le titulaire n'oppose plus d'objection à cette utilisation.* »

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

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

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

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

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

Une telle déclaration généralisée ne saurait cependant être imposée aux auteurs étrangers en raison de l'article 5(2) de la Convention de Berne⁴¹.

4 La tutelle des œuvres orphelines

4.1 Introduction

La mise sous tutelle des œuvres orphelines est un traitement palliatif de l'orphelinat : il ne l'élimine pas mais doit permettre d'en limiter les effets indésirables. La nécessité d'un tel traitement palliatif résulte d'une tension entre le souci de ne pas geler l'utilisation ou l'exploitation d'une partie du patrimoine sans pour autant imposer aux exploitants éventuels une insécurité économique ou juridique significative due à l'impossibilité de négocier les droits avec un ayant droit introuvable, et en préservant aussi les intérêts de cet ayant droit.

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

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

L'objectif de la tutelle est d'exercer tout ou partie du droit exclusif de l'auteur pour pallier au mieux la situation d'orphelinat. Cela ne peut se faire, dans l'intérêt de tous, que dans la

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

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

42 Un exemple français en est l'article L122-9 du Code de la Propriété Intellectuelle.
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278926>

43 Lettre de Mission de Jean-Ludovic Silicani, président du CSPLA, à Me Jean Martin, 2 août 2007. <http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/lmoeuvres07.pdf>

mesure où **la loi encadre l'exercice de la tutelle, et en particulier sécurise économiquement et juridiquement les acteurs qui exercent la tutelle et ceux qui bénéficient de ses autorisations, tout en préservant les intérêts des ayants droit introuvables.**

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

4.2 Les rôles de la tutelle

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

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

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

44 Orphan Works Act of 2006, HR 5439 IH, 109th Congress, 2d Session, 22 mai 2006. <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.5439>: Une proposition similaire, mais plus simple se trouve en fin du rapport « *Report on Orphan Works* » de l'Office américain du droit d'auteur, voir supra, section VI.C, page 127.

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

1. **contrôle de la qualité des recherches** : l'objectif est de vérifier que l'application des dispositions éventuelles concernant les œuvres orphelines peut être légitimement invoquée par un utilisateur ou exploitant. La nature des recherches ainsi contrôlées peut être fonction de l'usage ou de l'exploitation prévu. Ce contrôle peut être exigé *a priori*, avant qu'il soit procédé à une exploitation ou utilisation de l'œuvre, ou *a posteriori*, lors d'un litige éventuel avec un ayant droit qui se manifesterait tardivement. Le contrôle *a priori* exonère les utilisateurs d'une œuvre de toute mise en cause juridique dans la mesure où les autres obligations légales seraient satisfaites, mais il ne règle en aucune façon la question des droits éventuels à verser ni les modalités de leur fixation. Le contrôle *a posteriori* a les mêmes effets dans la mesure où le résultat en est positif. Il est moins contraignant pour l'utilisateur ou exploitant, mais présente cependant une plus grande insécurité juridique, dans la mesure où les recherches peuvent être considérées comme insuffisantes, et aussi parce qu'il est plus difficile de faire valoir des éléments probants longtemps après les faits concernés (la recherche elle-même, et les difficultés qu'elle a pu rencontrer). Dans la mesure où certaines obligations de recherche se limiteraient à des catalogues ou bases de données spécifiques, il pourrait suffire d'établir que l'information nécessaire n'y était pas disponible au moment où l'utilisation de l'œuvre a commencé, sans avoir à prouver que ce fut effectivement vérifié à ce moment-là.
2. **négociation d'un droit d'utilisation ou d'exploitation** : les conditions et les droits d'utilisation ou d'exploitation de l'œuvre orpheline peuvent être négociés par un organisme habilité, en fonction de ce qui est connu de la volonté de l'ayant droit. Cette négociation n'implique cependant pas que les droits soient effectivement versés à quiconque, et ce versement pourrait n'être requis qu'au moment où l'ayant droit concerné est retrouvé, éventuellement sous condition que cela ait lieu dans des conditions déterminées, par exemple dans un délai fixé. La négociation préalable des droits et conditions réduit l'insécurité financière et juridique des utilisateurs et exploitants dans la mesure où les textes la légitiment. Il faut aussi remarquer que la négociation des droits ne se fait pas nécessairement sur les mêmes bases pour une œuvre orpheline. En particulier il n'y a pas urgence à ce que des droits soient versés pour un ayant droit qui ne peut être identifié ou joint, et on pourra donc plus facilement favoriser la rémunération proportionnelle, plus tardive, au détriment d'un minimum garanti à valoir ou non sur les droits de la rémunération proportionnelle.⁴⁶
3. **versement total ou partiel des droits** : si des droits ont été négociés, ils peuvent rester dûs par l'utilisateur ou l'exploitant à l'ayant droit pour lui être remis le jour où celui-ci devient joignable, éventuellement dans un délai fixé⁴⁷. Ils peuvent aussi devoir être remis, *en tout ou en partie* (et cela peut être également négocié ou déterminé par les textes), à un organisme habilité à gérer ces fonds. Il faut dans ce

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

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

cas que la législation précise ce qui doit en advenir si, dans une période de temps déterminée, ces fonds n'ont pu être remis à l'ayant droit concerné. Il n'est pas nécessaire que les organismes habilités à recevoir et gérer ces fonds soient les mêmes que ceux qui négocient le montant des droits, et il est même probablement bon de veiller à ce que les deux types d'organismes soient toujours indépendants de façon à éviter le risque de conflits d'intérêts.

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

Chaque composante de la gestion des droits discutée ci-dessus est indépendante des autres, si ce n'est qu'il faut avoir négocié des droits pour pouvoir les verser. Pour chacune de ces composantes on peut donc prendre ou non la décision de mise sous tutelle, **tutelle positive** pour accorder une sécurité juridique aux utilisateurs ou exploitants qui se plient à la formalité correspondante, **tutelle négative** pour habiliter un organisme à empêcher éventuellement une utilisation ou exploitation qui ne se plierait pas à cette formalité ou à d'autres fixées antérieurement par l'ayant droit. De même, le choix du ou des organisme(s) pouvant ou devant assurer chacune de ces tutelles peut faire l'objet de décisions indépendantes, un même organisme pouvant en assurer plusieurs sous réserve d'éviter tout conflit d'intérêt.

4.3 Le choix d'une politique de tutelle

L'ensemble forme un large spectre de possibilités pour une législation ou réglementation concernant les œuvres orphelines, spectre que l'on peut en outre décliner en fonction de la nature des œuvres et des droits orphelins concernés, en fonction des usages ou

⁴⁸ Il s'agit notamment des licences réciproques de type « *copyleft* », qui sont les plus utilisées, comme la licence GNU GPL ou CeCILL A pour le logiciel, la licence Art Libre pour la création artistique, les licences « *Creative Commons Share-Alike* » pour l'écrit et l'image fixe entre autres. - *Licences libres*, AFUL, 2 janvier 2008. <http://www.aful.org/ressources/licences-libres>

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

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

La solution canadienne, en œuvre depuis vingt ans, s'appuie sur l'article 77, « Titulaires introuvables », de la loi sur le droit d'auteur.⁴⁹ Cet article institue une tutelle des œuvres orphelines qui est exercée par la Commission du droit d'auteur, organisme public dont les décisions peuvent « être assimilées à des actes de la Cour fédérale ou de toute cour supérieure, » selon l'alinéa (2) de l'article 66.7 de la loi. Cette commission décide de l'applicabilité de l'article 77 en fonction de la qualité des recherches des ayants droit et d'autres critères (notamment la divulgation antérieure de l'œuvre) et peut accorder une licence non-exclusive. La loi ne fixe pas de modalités particulières, et la commission peut fixer une rémunération (recouvrable par les ayants droit dans un délai de cinq ans après expiration de la licence), ce qu'elle fait généralement. La Commission peut aussi imposer un versement immédiat de la rémunération (généralement à une SPRD) ou ne fixer la rémunération que pour le cas où les ayants droit seraient retrouvés.⁵⁰ On constate donc que cette loi est très sobre, comme la proposition des États-Unis, mais impose un contrôle *a priori* de la qualité des recherches, et non *a posteriori*, avec la possibilité d'avoir à verser une rémunération même si les ayants droit ne sont pas retrouvés, sans que cela soit systématique ou imposé par la loi. La Commission a le loisir d'utiliser pratiquement tout le spectre des possibilités que nous avons décrites ci-dessus en fonction des paramètres du

49 Loi sur le droit d'auteur (L.R., 1985, ch. C-42), article 77 : « Titulaires introuvables ».

http://lois.justice.gc.ca/fr/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l_VII-gb:s_77/fr#anchorbo-ga:l_VII-gb:s_77

50 Les décisions/licences de la Commission du droit d'auteur sont publiées, et disponibles en ligne. Sans en faire une étude exhaustive, on peut par exemple noter parmi les décisions récentes les décisions 200, 204, 206 et 213 qui n'imposent de versement qu'aux ayants droit, au cas où ils se manifesteraient. <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-f.html>
Il est aussi intéressant d'examiner les motifs de refus : <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/denied-f.html>

contexte de la demande.

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

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

4.4 La rémunération

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

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

Pour ce qui est du versement effectif, alors que les ayants droit sont introuvables, la question est plus complexe. S'il y a utilisation d'une œuvre, il y a nécessairement un bénéficiaire (pécuniaire ou en nature). Ce ne peut être un ayant droit introuvable, du moins tant qu'il n'est pas retrouvé, et **il y a donc nécessairement un avantage indu** pour un acteur ou un autre⁵³. Que cet avantage soit une économie pour l'utilisateur ou un bénéfice pécuniaire attribué à une organisation spécifique ne change rien à la chose, et n'implique pas nécessairement sa légitimité. Que, dans le cas qui nous occupe, le public soit ce bénéficiaire (en nature), directement ou par l'intermédiaire des bibliothèques – la motivation première de notre mission – n'a rien de particulièrement choquant quand on sait que toute œuvre est destinée à passer dans le domaine public. On peut tout autant s'inquiéter de la légitimité de l'accroissement répété de la durée des droits au détriment du public, voire de la création, et ce sans bénéfice pour les auteurs concernés. Si l'on considère que cette augmentation de la durée des droits contribue à l'augmentation du

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

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

53 Le caractère indu vient de ce que le titulaire du droit en devrait être le bénéficiaire.

Cependant ce caractère indu disparaît si l'attribution de cet avantage est conforme à la volonté du titulaire des droits.

nombre d'œuvres orphelines⁵⁴ et à la réduction du domaine public, faciliter l'usage gratuit⁵⁵ des œuvres orphelines pourrait même être considéré comme une juste contrepartie, causant un tort patrimonial minimal aux ayants droit, et favorisant leur notoriété par l'accès à leur œuvre.

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

4.4.1 La crainte de la concurrence

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La pertinence économique de l'argument de concurrence reste donc à établir, en particulier pour ce qui concerne les bibliothèques. Ce qui est peut être plus grave est que l'on peut également mettre en doute la pertinence juridique de cet argument. En effet, **l'exercice tutélaire d'un droit exclusif ne saurait se concevoir que dans l'intérêt**

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

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

60 On a par exemple constaté que, au moins dans le contexte actuel, la diffusion gratuite sur l'Internet ne fait pas nécessairement concurrence aux autres modes de diffusion, notamment en ce qui concerne l'écrit et probablement l'image fixe, et peut au contraire favoriser l'exploitation commerciale. Voir par exemple : *Retour sur le Lyber*, Michel Valensi, Multitudes 2004 - 5 (no 19) | ISSN 0292-0107, pp. 161-168.

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

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

exclusif du titulaire du droit, qu'il soit ou non trouvable, et en accord avec sa volonté dans la mesure où elle peut être connue. Dans la mesure où les intérêts patrimoniaux du titulaire sont préservés au cas où il réapparaîtrait, ce qui est bien sûr sous-entendu dans cette discussion, nous avons même remarqué précédemment que favoriser l'exploitation de son œuvre a au moins le mérite de contribuer à son intérêt moral. Quoi qu'il en soit, **appuyer une politique de tutelle sur un argument de défense d'intérêts tiers ne saurait être juridiquement recevable.** Il serait même raisonnable de s'inquiéter de l'impartialité de la gestion tutélaire des droits sur une œuvre orpheline par un organisme qui avancerait ou admettrait un tel argument.

4.4.2 Usages, points de vue et analyses

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

- Le sujet est discuté par quelques-unes des contributions à l'enquête qui a précédé la rédaction du rapport du Bureau États-Unien du Droit d'Auteur,⁶¹ et les points de vue sont résumés dans le rapport en fin de section V.A.2.a, page 85. Plusieurs contributions sont défavorables à la rémunération obligatoire, dont notamment celle de la Guilde des Auteurs qui n'y voit pas de justification,⁶² et l'Association des Éditeurs Américains qui considère (avec deux autres organisations) que « les paiements *fonctionnent surtout comme une « taxe » sur les usagers qui décourage, plutôt qu'elle n'encourage, les efforts pour exploiter ces œuvres.* »⁶³ La proposition de législation qui termine ce rapport du « *Register of Copyrights* » ne prévoit aucune obligation de versement d'une rémunération, si ce n'est aux ayants droit qui seraient retrouvés. Ce type de législation est également préconisé par la British Library.⁶⁴
- La législation canadienne sur les « *auteurs introuvables* »⁶⁵ ne prévoit pas non plus d'obligation de versement effectif d'une rémunération, sauf bien sûr au cas où l'auteur serait retrouvé (dans les cinq ans suivant l'expiration de la licence).

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

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

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

Ce commentaire contient quelques statistiques sur la recherche des auteurs.

63 Page 6, section 2, item 2, dans la réponse jointe à l'enquête : « *Notice of Inquiry Concerning "Orphan Works"* » par Allan Adler (Association of American Publishers), Peter Givler (Association of American University Presses), Keith Kupferschmid (Software & Information Industry Association), 24 mai 2005. <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0605-AAP-AAUP-SIIA.pdf>

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

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

65 Loi sur le droit d'auteur (L.R., 1985, ch. C-42), article 77 : « Titulaires introuvables ».

http://lois.justice.gc.ca/fr/showdoc/cs/C-42/bo-ga:l_VII-gb:s_77/fr#anchorbo-ga:l_VII-gb:s_77

Comme celui de la loi japonaise, encore plus ancien, cet article a été rédigé bien avant que l'on imagine les modes actuels d'exploitation par le réseau, et leurs caractéristiques économiques.

Cependant la loi laisse la chose au choix de la Commission canadienne du droit d'auteur, statuant comme une Cour supérieure, qui ne l'impose pas systématiquement comme nous l'avons constaté plus haut (section 4.3).

- Par contre, la législation japonaise, très similaire à la législation canadienne par ailleurs, impose le versement systématique d'une rémunération.⁶⁶ Cette rémunération est à verser dans des caisses de dépôt, et la législation ne précise apparemment pas ce qu'il en advient en cas de non utilisation.⁶⁷
- L'article 190 de la loi britannique sur la propriété intellectuelle,⁶⁸ qui permet au « *Copyright Tribunal* » d'accorder une autorisation de reproduction d'une fixation en lieu et place d'un interprète introuvable (ou déraisonnablement non coopératif), prévoit que ce tribunal puisse fixer une rémunération, mais selon des modalités dont il est seul à décider. C'est une approche très semblable à la législation canadienne, mais concernant uniquement le droit voisin des interprètes.
- En Grande-Bretagne, le rapport du « *British Screen Advisory Council* »,⁶⁹ après une analyse de plusieurs solutions, ainsi que des avantages et inconvénients du dépôt *a priori*, se prononce également pour une solution par défaut qui n'impose pas le versement *a priori* d'une rémunération. Cette proposition, proche de l'« *Orphan Act* » des États-Unis, semble être celle qui a les faveurs du rapport Gowers,⁷⁰ qui note cependant qu'elle est actuellement incompatible avec l'acquis communautaire.⁷¹
- Le rapport du *Copyright Subgroup* du Projet Européen de Bibliothèque Numérique⁷² aborde également cette question dans sa section 4.1, en page 6, et recommande comme principe directeur que les législations nationales « *prévoient une obligation de rémunération générale ou en cas de réapparition des ayants droit.* » Il s'agit là

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

67 L'auteur n'a trouvé que peu de détails sur la mise en œuvre de cet article de la loi, article qui date de 1970 et serait très peu utilisé : 35 licences accordées en 38 ans.

http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-l/results_past.html

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

68 Copyright, Designs and Patents Act, 1988. Article 190 : Power of tribunal to give consent on behalf of performer in certain cases.

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880048_en_10#pt2-pb4-l1g190

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

70 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

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

72 *Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works, Selected Implementation Issues*, adopted by the High Level Expert Group (HLG) at its third meeting on 18 April 2007.

http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295

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

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

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

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

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

⁷³ *The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries*, H. Olsson, Kopinor 25th anniversary international symposium, 20 May 2005, section 6.2.
http://www.kopinor.org/hva_er_kopinor/kopinor_25_ar/kopinor_25th_anniversary_international_symposium/the_extended_collective_license_as_applied_in_the_nordic_countries

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

⁷⁴ Par exemple, dans « *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines* » (note 11), section 3.2, page 5, Stef von Gompel remarque que cette solution est peu applicable à la photographie car « les titulaires de droits sont réticents à la gestion collective de leurs droits. »

2. Il importe que le traitement des œuvres orphelines modifie de façon minimale les textes existants, pour minimiser le risque de contrevenir aux obligations fixées par les traités. En l'occurrence, dans la mesure où la demande du paiement d'une rémunération relève du droit exclusif, on ne saurait préjuger de la volonté de l'auteur, qui n'a, ou plutôt, étant maintenant introuvable, n'avait par ailleurs aucune obligation de la faire connaître par quelque formalité que ce soit.⁷⁵ Si la fixation préalable du montant de la rémunération est de nature à favoriser en les sécurisant l'usage ou l'exploitation de l'œuvre, ce qui est l'objectif de tout traitement spécifique des œuvres orphelines, le paiement *a priori* de cette rémunération n'y contribue nullement, et n'est donc pas utile au but recherché.
3. Bien au contraire, comme le soulignent plusieurs associations états-uniennes d'éditeurs,⁷⁶ « *comme il est peu probable que les ayants droit se manifestent pour demander le versement de la rémunération dans les cas authentiques d'œuvres orphelines, » les paiements fonctionnent surtout comme une « taxe » sur les usagers qui décourage, plutôt qu'elle n'encourage, les efforts pour exploiter ces œuvres. »* Ce point de vue a d'ailleurs été retenu par le rapport du « *Register of Copyrights* », très soucieux de ne pas décourager l'usage des œuvres orphelines.⁷⁷
4. Il est en outre de plus en plus fréquent, avec le développement de l'Internet, qu'apparaissent des œuvres dont les auteurs souhaitent la diffusion la plus large, sans rechercher de rémunération, ce que montre en particulier l'évolution en cours des pratiques de la publication universitaire. Nombre de ces auteurs sont peu familiers des règles du droit d'auteur, et l'on peut prévoir que ces pratiques vont entraîner une multiplication de l'orphelinat de ce type de production. Non seulement il n'y a pas lieu d'imposer une rémunération, non voulue par les auteurs, mais une telle exigence serait un obstacle à la circulation de ces œuvres, contraire à leur volonté. De plus, la multiplication des copies étant encore le meilleur moyen d'assurer la préservation des œuvres,⁷⁸ toute viscosité inutile dans leur circulation est un obstacle à leur préservation, c'est-à-dire à la préservation d'une composante importante et nouvelle de notre patrimoine culturel.
5. De plus nous verrons, dans la section 4.7, qu'imposer cet obstacle incompatible avec le mode d'exploitation ouvert et voulu par les auteurs, dans leur propre intérêt, est contraire au triple test.
6. Comme nous l'avons déjà remarqué plus haut (début de la section 4.4), l'allongement de la durée des droits est un facteur d'apparition des œuvres orphelines, au détriment du domaine public qui est d'usage gratuit.⁷⁹ Le rapport du « *British Screen Advisory Council* » note que les œuvres orphelines sont déjà une source de coûts, et que « *dans le cas où les œuvres sont réellement orphelines,*

⁷⁵ Article 5(2) de la Convention de Berne (note 32).

⁷⁶ Voir la note 63.

⁷⁷ *Report on Orphan Works*, Register of Copyrights (note 10), section VI.B.2.c, pages 113 et 114.

⁷⁸ Ce principe de préservation par multiplication des copies est le fondement du projet international LOCKSS pour la préservation des contenus numériques. <http://www.lockss.org/>

⁷⁹ La « *British Library* » fait une remarque similaire dans sa réponse à la « *Gowers Review* » (note 64), section 1.2.5, page 10.

tous ces coûts sont sans aucun rôle utile. »⁸⁰ Est-il bien utile d'y ajouter un coût supplémentaire sans bénéfice pour des ayants droit introuvables, sans parler du coût de la gestion des rémunérations qui seraient versées ?

7. Pour certaines œuvres orphelines, il se trouve en outre que le défaut d'information sur l'œuvre et son auteur empêche de déterminer si l'œuvre appartient ou non au domaine public. On en viendrait donc à verser une rémunération dont le destinataire serait non seulement introuvable, mais inexistant.
8. Le paiement d'une rémunération qui n'aurait que très peu de chance d'être versée à un ayant droit légitime serait bien évidemment très mal perçu par nombre d'utilisateurs. Cela pourrait inciter nombre d'entre eux, particulièrement ceux qui auraient effectué des recherches sérieuses et donc probablement fiables, à ignorer les mesures leur permettant un usage sécurisé des œuvres orphelines, ce qui est précisément le contraire du but recherché. Nous verrons dans la section suivante qu'il serait juridiquement difficile d'empêcher cela et que, en outre, ces utilisateurs auraient intérêt à ne pas rendre publiques leurs recherches. Cela priverait l'écologie culturelle d'une information utile pour les autres usagers et pour le traitement curatif de l'orphelinat, et entraînerait bien sûr la duplication d'efforts de recherche coûteux et inutiles.

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

4.5 La contrefaçon et le contrôle des usages

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

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

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

⁸⁰ *Copyright and Orphan Works* (note 69), paragraphe 87, page 29.

⁸¹ Article L122-4 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278911&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20080117>

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

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

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

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

4.6 La gestion collective obligatoire

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

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

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

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

84 Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, Commission pour la Relance de la Politique Culturelle (C.R.P.C.), 22 février 2007, pages 70 à 74.

http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/page8/files/LIVRE_BLANC.pdf

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

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

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

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

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

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

4.7 La conformité avec les instruments internationaux

Quelle que soit la politique retenue pour permettre l'exploitation des œuvres orphelines, cette politique aura nécessairement pour objectif de sécuriser les usages. Ceci se réalisera, pour une part importante, par un statut des œuvres orphelines qui élimine le

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

⁸⁶ Voir note 48.

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

caractère contrefaisant de leur usage, soit qu'il puisse être légalement autorisé par une autorité habilitée pour cela, qu'elle soit privée (gestion collective) ou publique (Canada, Japon), soit qu'il soit au pire transformé en litige commercial (comme le propose l'« *Orphan Act* » aux États-Unis). L'élimination du caractère contrefaisant permet d'éviter les dommages punitifs (États-Unis) ou l'action pénale (par exemple en France).

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

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

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

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

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

88 Article L122-10 du CPI.

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

89 Voir note 5.

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

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

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

œuvres considéré comme normal par un nombre croissant d'usagers, et notamment à titre professionnel. De fait, ce mode de diffusion est choisi par les titulaires de droits parce qu'ils y trouvent un intérêt légitime, intérêt auquel la gestion collective obligatoire causerait un préjudice injustifié.

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

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

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

5 Conclusion

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

respect des conventions qui visent à encadrer sa mise en œuvre effective.

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

Constats

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

Recommandations

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