

Vol. 24, n° 2

« Œuvres orphelines » en vue de nouvelles filiations

Florence-Marie Piriou*

INTRODUCTION	223
1. Genèse d'un statut d'œuvre orpheline	225
1.1 Projet de loi américain : limitation et suppression des pénalités	226
1.2 Riposte européenne et mise en œuvre d'un régime d'œuvre orpheline	227
1.3 Expertise européenne par un groupe d'experts de haut niveau	229
2. Principes et effets du projet de directive sur les œuvres orphelines	231
2.1 L'approche proposée par la Directive repose sur quatre piliers	232
3. Procédure d'adoption des œuvres orphelines du livre avec le modèle français des livres indisponibles du XX ^e siècle	236

© Florence-Marie Piriou, 2012.

* Florence-Marie Piriou, Docteur en droit, Sous-directrice Sofia (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit).

3.1	Gestion collective étendue aux œuvres orphelines indisponibles du XX ^e siècle	237
3.2	Caractère subsidiaire ou non de la loi française	238
	CONCLUSION	239

1. INTRODUCTION

L'initiative prise par Google de numériser les collections des bibliothèques a donné un écho mondial à la notion d'œuvre orpheline, soulevant un vaste mouvement de réflexion en Europe comme aux États-Unis. Jusqu'alors, l'absence d'ayant droit connu ne semblait guère poser de difficulté aux diffuseurs qui, tantôt, se contentaient, comme en France, de la mention « droits réservés »¹, tantôt, recherchaient par la voie judiciaire des autorisations². Mais, l'émergence d'un contexte majeur où il s'agissait de numériser toutes sortes d'œuvres et de les rendre accessibles en ligne à un vaste public, a placé les bibliothèques, archives ou autres musées, pour s'en tenir à ces catégories principales d'intervenants, devant l'évidence qu'on ne pouvait y procéder, sans autorisation préalable, sauf à se trouver en infraction avec le droit d'auteur. Et, dans ces circonstances, ces institutions ont porté le débat devant le pouvoir politique, en arguant du fait que leur louable ambition de numériser le patrimoine culturel qu'elles conservaient justifiait de fortes atteintes au droit d'auteur, conduisant même « idéalement » à s'en exonérer, grâce à l'insertion de nouvelles exceptions consacrant le principe d'un accès libre et gratuit à la connaissance. En France, le droit positif prévoit la possibilité de confier, sur ordonnance d'un juge, la gestion des autorisations à un organisme d'auteurs ou public et d'affecter les sommes qui n'ont pu être réparties à des actions d'intérêt général³. Ainsi, la carence juridique en la matière n'est pas apparue, en 2008, perti-

1. La mention « DR », bien que très utilisée dans la presse, n'est pas conforme au droit d'auteur et elle ne permet pas de limiter la responsabilité du contrefacteur. La gestion d'affaires a pu être invoquée dans ce cas. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a condamné un diffuseur sur le fondement que « les recherches infructueuses entreprises par la société A. pour identifier l'auteur ne sont pas de nature à l'exonérer de sa responsabilité », Paris, 31 octobre 2000, Com., *Com. élect.* 2001, n° 76, note Caron.
2. Voir notre article : « Les œuvres orphelines en quête de solutions juridiques », *RIDA* n° 218, octobre 2008, p. 3.
3. L'article L.122-9 dispose « qu'en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L.121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre de la culture ». Cette disposition laisse la possibilité aux organismes

nente pour les secteurs de la musique ou de l'audiovisuel qui, organisés en gestion collective, font face à de telles situations⁴. S'agissant des droits voisins, il existe, en France, des solutions d'accords collectifs étendus pour les prestations des artistes interprètes qui n'ont pu être identifiés pour les œuvres audiovisuelles ou sonores issues des archives publiques, comme l'INA (Institut National de l'Audiovisuel), par exemple, cas dans lesquels des aménagements récents de la loi ont permis leur exploitation en ligne⁵. Seul le secteur du livre a pris conscience de la nécessité d'une gestion obligatoire pour parer à une demande massive de numérisation de livres par les bibliothèques.

La nécessité d'encadrer cette catégorie d'œuvre, en principe inexploitée par les diffuseurs, compte tenu du risque potentiel que sous-tend l'absence d'autorisation du titulaire du droit, a pris une tournure singulière avec Google qui s'engagea dans une numérisation massive des bibliothèques universitaires américaines. Dans cette perspective, les pouvoirs politiques furent aussitôt saisis de la question de la création d'un statut juridique d'œuvre orpheline pour prévenir le risque de contrefaçon, mais également pour respecter le droit d'auteur. Nous constaterons, après un exposé sur la genèse de ce nouveau statut, que l'approche américaine avortée ou celle en cours en Europe ne sont pas si éloignées et qu'elles tendent à limiter la responsabilité des opérateurs, à condition qu'une recherche diligente ait été réalisée au préalable. Si, en Europe, l'élaboration d'un instrument juridique semble être en bonne voie, la France joue son va-tout et tente de parvenir à une solution juridique respectueuse des droits des œuvres orphelines.

professionnels d'intervenir en vertu de l'article L. 331-1 al. 2 du *Code de la propriété intellectuelle* (« CPI ») qui prévoit cette capacité d'ester en justice pour les organismes professionnels régulièrement constitués, et ce, pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge.

4. <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/avisoo08.pdf>> : Avis de la commission spécialisée du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique sur les œuvres orphelines adopté le 10 avril 2008.
5. Le dernier alinéa II de l'article 49 de la *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 2006* contient des dispositions dérogatoires aux articles L.212-3 et 212-4 du CPI et il précise : « Toutefois, par dérogation aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du *Code de la propriété intellectuelle*, les conditions d'exploitation des prestations des artistes-interprètes des archives mentionnées au présent article et les rémunérations auxquelles cette exploitation donne lieu sont régies par des accords conclus entre les artistes-interprètes eux-mêmes ou les organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes et l'institut. Ces accords doivent notamment préciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations. »

1. GENÈSE D'UN STATUT D'ŒUVRE ORPHELINE

Depuis la numérisation commencée en 2003 à grande échelle par Google⁶, les bibliothèques et les centres d'archives furent les premiers à réclamer un nouveau statut et un accès libre et gratuit aux œuvres, au prétexte que leur diffusion se trouvait bloquée du fait de l'impossibilité technique d'en demander l'autorisation.

Ainsi est né un nouveau concept d'« orphan work » ou d'« œuvre orpheline », un terme utilisé pour décrire la situation dans laquelle le titulaire d'une œuvre protégée par des droits d'auteur ou des droits voisins ne peut être identifié ou localisé par de nouveaux opérateurs dont l'objectif est une numérisation massive. Dans cette planification des collections à numériser, il s'avère difficile d'estimer le nombre de documents et d'œuvres abandonnés par leurs ayants droit. Cependant, les lobbies des bibliothèques⁷ associées à ces opérations mettent en exergue les difficultés de mise en œuvre du droit d'auteur, faute de solutions appropriées qui retardent les grands projets de démocratisation de l'accès à la connaissance et d'enseignement à distance.

Dans ce contexte, le Canada⁸ a très tôt mandaté la Commission du droit d'auteur pour traiter notamment du cas des œuvres orphelines, mais ce modèle ne semble pas avoir été suivi par ses voisins ni par d'autres pays mis à contribution pour répondre à une telle demande.

6. Google a numérisé les collections complètes des bibliothèques d'universités comme celles du Michigan, de Californie, du Wisconsin, de Standford, mais aussi d'Europe, soit 29 bibliothèques – plusieurs millions de documents *scannés* dans le cadre d'un programme intitulé « Project Ocean ». Ce projet s'est étendu aux œuvres protégées et Google a contracté avec plus de 20 000 éditeurs pour des services de mise en ligne et de vente : <<http://books.google.com>>.

7. Le rapport commandé en 2006 par le Gouvernement britannique à Andrew Gowers relève qu'au sein du groupe Musées, le Président Peter Wienard indiquait que, sur la collection de photographies de 70 institutions (environ 19 millions d'objets), le pourcentage d'auteurs identifiés ne dépassait pas 10 pour cent. Dans une bibliothèque spécialisée sur 200 œuvres sonores, les recherches conduites ne permettaient pas de connaître la moitié des titulaires de droits : « Gowers Review on Intellectual Property », <www.hm-treasury.gov.uk>, § 4.93, p. 69.

8. DE BEER (Jeremy) *et al.*, *Le régime canadien des « œuvres orphelines » : Les titulaires de droits d'auteurs introuvables et la Commission du droit d'auteur*, étude du 1^{er} décembre 2009 financée par la Commission du droit d'auteur du Canada et le ministère du Patrimoine canadien : <www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/2010-11-19-nouvelleetude.pdf>.

1.1 Projet de loi américain : limitation et suppression des pénalités

Dès 2005, des membres du Sénat et de la Chambre des Représentants des États-Unis ont saisi de cette question le Bureau des droits d'auteur. À la suite d'une consultation des professionnels, un rapport sur les œuvres orphelines a été diffusé, en janvier 2006. Un projet de loi sur cette question a été adopté en octobre 2008, en première lecture, par le Congrès, puis abandonné par la suite. Ce projet proposait un système qui supprimait toute pénalité prévue en cas de non-respect du droit d'auteur, quand l'auteur ou les ayants droit de l'œuvre, présumés introuvables après une recherche diligente effectuée par l'opérateur, venaient à revendiquer leurs droits.

Parallèlement à cette réflexion, le lancement mondial de la base « Google Book Search », mettant en ligne, en tout ou en partie, des livres protégés, sans autorisation des titulaires de droits⁹, obligea les auteurs et les éditeurs à engager des actions judiciaires en Belgique, en France, en Allemagne et aux États-Unis. La stratégie de Google s'est ainsi conclue par des procès entraînant des condamnations, se terminant au mieux par des transactions¹⁰.

Aux États-Unis, dans le cadre de la procédure judiciaire spécifique de la « Class Action », un accord est intervenu le 28 octobre 2008 entre Google, la Guilde des Auteurs et l'Association des Éditeurs Américains (AAP), ouvrant la voie à un règlement amiable au moyen d'une gestion collective des droits administrée par un *Book Rights Registry*. Cet accord prévoyait la possibilité pour les auteurs et les éditeurs, soit d'y adhérer (« opt in ») en acceptant les conditions financières, soit de s'en retirer (« opt out »), avant mai 2009, sans indemnités.

9. Cette base donne accès aux livres sous la forme de « snippets » ou de citations et Google a plaidé que ces utilisations sont couvertes par les exceptions et les limitations existantes dans les différentes législations nationales, qu'il s'agisse du « fair use » aux États-Unis ou des exceptions pédagogiques en France, par exemple.

10. En France, les Éditions La Martinière, le Syndicat National de l'Édition et la Société des Gens de Lettres ont assigné Google en contrefaçon. Voir notre article sur « La numérisation des livres sans autorisations constitue un délit de contrefaçon » (TGI Paris, 18 déc. 2009, aff. « Google recherche de livres »), (2010) 5 *Commerce électronique* 43. Après une décision en faveur des ayants droit, les parties ont conclu une transaction. Un accord a également été conclu entre Google et Hachette en 2010.

Après quelques années de procédure, le juge Chin¹¹ a finalement rejeté, le 22 mars 2011, cet accord de « Class Action », au motif que cette procédure de retrait ou d'« opt out » emportait cession de droits de titulaires introuvables, enregistrés malgré eux dans cette énorme machinerie. Il était reproché à Google de s'approprier un corpus inestimable d'œuvres orphelines et de s'arroger des prérogatives exorbitantes avec cette bibliothèque mondiale de plus de 15 millions de titres. Ledit projet de règlement, vivement critiqué par la France, l'Allemagne et l'ensemble des pays de la Communauté européenne, à l'exception du Royaume-Uni, ne concernait pas les œuvres étrangères retirées sous la pression de ces opposants. Pour finir, le juge Chin considéra qu'un tel dispositif venait empiéter sur les compétences du législateur qui, seul, peut instituer des règles de droit d'auteur conformes au respect des œuvres orphelines. D'autres procès furent engagés par les sociétés d'auteurs à l'encontre de bibliothèques impliquées dans l'initiative de Google à la suite d'accords avec leurs universités, ce qui conduisit à un nouveau rapport de la Bibliothèque du Congrès¹² faisant état des solutions légales existant dans les différents pays, soulignant ainsi les carences américaines dans ce domaine par rapport au reste du monde.

1.2 Riposte européenne et mise en œuvre d'un régime d'œuvre orpheline

« Google recherche de livres » fut perçu en Europe comme une attitude non seulement invasive en matière d'accès à la connaissance, mais aussi irrespectueuse des droits des ayants droit. Par réaction et sous l'impulsion française de l'ancien directeur de la Bibliothèque nationale de France, Monsieur Jean-Noël Jeanneney¹³, est née l'idée d'une bibliothèque numérique européenne intitulée Europeana. La France et, à sa suite, l'Allemagne, l'Italie, la Pologne et la Hongrie se sont engagés dans cette voie d'une promotion universelle du patrimoine culturel européen. Poussée par Google, l'Europe a, dès 2010, incité les États membres à prendre des dispositions législatives pour faciliter la numérisation du patrimoine culturel

11. United States District Court for the Southern District of New York. Pour le détail de l'accord, voir : <<http://books.google.com/booksrightsholders>>.

12. Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document Office of the Register of Copyrights, octobre 2011. Voir également une autre étude conduite dans le cadre de l'Université de Berkeley sur les projets de bibliothèques numériques : HANSEN (David R.) *Orphan Works : Definitional Issues*, <www.law.berkeley.edu/12040.htm>.

13. JEANNENEY (Jean-Noël), *Quand Google défie l'Europe : plaidoyer pour un sursaut* (Paris : Mille et une Nuits, 2005).

européen et sa mise en réseau sur le portail Europeana qui offre aujourd'hui un accès gratuit à plus de 19 millions de documents.

La Commission européenne a décidé de soutenir ce projet et elle a engagé une consultation en septembre 2005, dans le cadre du plan « i2010 : bibliothèques numériques »¹⁴ sur la numérisation et l'accessibilité en ligne de la culture, tout en abordant la question du cadre approprié pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Europeana¹⁵ réunit plus de vingt-deux bibliothèques nationales de l'Union européenne et elle a pour ambition de permettre à tous un accès intégral et gratuit aux contenus libres de droits et de proposer de nouvelles modalités de lecture des contenus protégés, en accord avec les auteurs et les titulaires de droits pour les œuvres ou les interprétations ou les enregistrements encore sous droits.

Dans les pays partenaires de ce projet, les éditeurs, producteurs et autres acteurs ont passé des accords avec les bibliothèques pour mettre en ligne des œuvres contemporaines ou relevant du domaine public développant ainsi la base de données « Gallica 2 ». Les œuvres orphelines et indisponibles commercialement sont restées à l'écart de ce système de gestion, en raison de l'insécurité juridique de ces deux situations.

En Allemagne, les éditeurs et les libraires ont créé des plateformes numériques de livres sous droits, dans le cadre de « Libreka ».

En ce qui concerne le programme de numérisation envisagé pour des collections visant très largement la presse, les archives sonores ou audiovisuelles, les estampes, photos, cartes postales, revues et périodiques, il est apparu très rapidement que, pour un grand nombre de ces œuvres non commercialisées, il subsistait de larges incertitudes, tant sur l'identité des titulaires ou la date de décès des auteurs que sur leur localisation et, par conséquent, sur

14. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « i2010 : Bibliothèques numériques », COM (2005) 465 final, Bruxelles, 30 septembre 2005. Cette intention est renouvelée dans une Communication de la Commission intitulée « Europe 2020 une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », Com (2010) 2020.

15. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Le patrimoine culturel de l'Europe à portée de clic, progrès réalisés dans l'Union Européenne en matière de numérisation et d'accessibilité en ligne du matériel culturel et de conservation numérique », Bruxelles, le 11.2.2008 COM (2008) 513 final.

le caractère protégé ou non des œuvres concernées¹⁶. Le problème essentiel réside dans la nécessité d'obtenir les autorisations pour la diffusion d'un nombre important d'œuvres, afin d'éviter que des institutions culturelles soient tenues pour responsables d'une violation de droits d'auteurs ou de droits voisins, si le titulaire ou l'auteur venait à revendiquer sa propriété.

Aussi, dans sa recommandation du 24 août 2006 « sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique »¹⁷, la Commission européenne a invité les États membres à instituer des mécanismes d'octroi de licences, sur une base contractuelle ou volontaire, facilitant l'accès aux œuvres orphelines, ainsi qu'aux éditions dites épuisées. Le Conseil du 13 novembre 2006¹⁸ a approuvé cette approche, tout en demandant que les solutions nationales adoptées soient efficaces dans le cadre trans-frontalier.

1.3 Expertise européenne par un groupe d'experts de haut niveau

Un groupe d'experts de haut niveau composé d'organisations d'auteurs, d'éditeurs, de sociétés de reproduction et de représentants des bibliothèques a ainsi été chargé par la Commission d'examiner les moyens de développer les bibliothèques numériques. Un premier rapport intermédiaire du groupe d'experts a été rendu public, le 18 avril 2007, et ses conclusions finales ont été diffusées le 4 juin 2008¹⁹.

Ce rapport propose un protocole d'accord fixant des lignes directrices pour la recherche diligente des titulaires des droits d'œuvres orphelines, signé par les représentants des archives et des bibliothèques, qui aboutira à la mise en place d'un outil de recherche d'ayants droit accessible par l'interconnexion de différentes bases de données existantes (ARROW : *Accessible Registries of Rights Infor-*

16. Pour la BnF, la question des œuvres orphelines se pose principalement pour la numérisation massive des livres et des périodiques, puisque, dans ce domaine, il n'existe pas de registre public, comme pour le cinéma, ou de société d'auteurs, comme la SACEM ou la SACD, afin d'identifier les titulaires de droits.

17. Recommandation 2006/585/CE du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, *JO* L236/28, 31 août 2006.

18. Conclusion du Conseil du 13 novembre 2006, *JO* C297 du 7.12.2006, p. 1.

19. Rapport sur la conservation numérique des œuvres par les bibliothèques numériques, les éditions épuisées et les œuvres orphelines : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/hleg/index_en.htm>.

mation and Orphan Works towards Europeana). Ce groupe d'experts, en préconisant des instruments contractuels plutôt que réglementaires, initia un dialogue entre les titulaires de droits, les sociétés de gestion collective et les bibliothèques sur les œuvres dites épuisées, qui aboutit, le 20 septembre 2011, à la signature d'un Mémoire d'entente (MoU) sur les principes-clés de la numérisation et de la mise à disposition des œuvres indisponibles²⁰. Il vise les œuvres protégées par le droit d'auteur qui ne sont plus disponibles à l'achat dans les circuits traditionnels du commerce, comme les cas des livres et des revues savantes, et il encourage les ayants droit à gérer leurs droits par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective pour autoriser les institutions culturelles à numériser et à rendre disponible en ligne ce type d'œuvres, dans le respect du droit d'auteur.

Sur la question des œuvres orphelines, la Commission publia un livre vert intitulé « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » donnant lieu à un rapport et à des auditions en 2009²¹. Les solutions constatées se résument en trois propositions : les deux premières prévoient un recours à la gestion collective étendue, soit par la voie judiciaire, soit par la voie législative ou réglementaire. Les plus avancés dans ce mécanisme juridique sont les systèmes de licence collective étendue qui existent, depuis le début des années soixante, dans les pays nordiques, soit au Danemark, en Finlande, en Norvège, en Suède et en Islande²². S'appliquant aux différents secteurs de la création, ils s'apparentent au système de gestion collective obligatoire que nous connaissons en France pour le droit de prêt²³. Les sociétés de gestion collective ont la possibilité d'étendre leur autorisation à des œuvres d'auteurs non membres, dès lors que le répertoire de l'organisme auquel pourrait se rattacher l'œuvre est suffisamment représentatif, c'est-à-dire comporte un nombre considérable d'ayants droit. Il prévoit la possibilité pour les

20. <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_fr.htm#mou>.

21. Bruxelles, COM (2008) 466/3 : la Commission s'interrogeait alors si cette question des œuvres orphelines ne nécessiterait pas une modification de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information ou un acte autonome.

22. KOSKINEN-OLSSON (Tarja), « Collective Management in the Nordic Countries », dans *Collective Management of Copyright and Related Rights* (La Haye : Kluwer Law International, 2006), p. 257-282.

23. La loi du 18 juin 2003 a mis en place un système de gestion collective obligatoire pour la perception et la répartition de la rémunération au titre du prêt, les auteurs ne pouvant s'opposer au prêt de leur livre moyennant une rémunération fixée par la loi. Voir les articles L.133-1 et suivants du *Code de la propriété intellectuelle*.

auteurs réfractaires à toute gestion collective de retirer leurs œuvres et de les gérer directement. La Commission se rend vite compte que son approche de recommandation ou de « soft law » n'a pas les résultats escomptés et que les dispositions nationales disparates ne peuvent rendre accessibles ces œuvres orphelines dans tous les États membres. Ainsi, la Commission, considérant que le problème des œuvres orphelines devenait un obstacle majeur à la création de bibliothèques numériques, décide de proposer une directive ayant pour but de définir un cadre cohérent au niveau de l'Union Européenne, sans aucune incidence budgétaire au niveau de l'Union. Pour ce faire, la Commission retient une option de licence légale dérogeant au principe d'autorisation préalable et elle s'approche ainsi d'un régime d'exception ou de limitation déjà existant²⁴ en faveur des bibliothèques, des archives et des musées.

2. PRINCIPES ET EFFETS DU PROJET DE DIRECTIVE SUR LES ŒUVRES ORPHELINES

Publiée par la Commission européenne, le 24 mai 2011, une proposition de directive « sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines »²⁵ entend garantir un accès transfrontier de ces œuvres mises en ligne par les bibliothèques numériques, en instaurant le principe de la reconnaissance mutuelle du statut d'œuvre orpheline dans les États membres de l'Union européenne. En l'état des travaux²⁶, le texte de la Directive, qui ne devrait pas être transposé avant 2014, recourt au principe d'une exception, à défaut de l'existence, dans chaque État membre considéré, d'un système légal approprié à cette situation²⁷. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les États membres pourraient se prévaloir de dispositifs nationaux de gestion collective en vigueur. Sous la présidence du Conseil de l'Union européenne, un texte de compromis a été publié le 6 janvier 2012 et il apporte des modifications à la définition de l'œuvre orphe-

24. Art. 5(2)(c) de la *Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, qui prévoit une exception de reproduction spécifique des œuvres dans un but non lucratif en faveur des archives ou des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées.

25. Proposition de la Commission : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:FR:PDF>>.

26. Voir Projet de rapport Lidia Geringer De Oedenberg – Commission juridique du Parlement européen : <<http://www.europarl.europa.eu/œil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0136%28COD%29&l=fr>>.

27. Voir Projet de rapport de Lidia Geringer De Oedenberg – Commission juridique du Parlement européen (COM(2011)0289 – C7-0138/2011 – 2011/0136(COD)); le rapport définitif devrait être publié en mars 2012.

line, à la notion de recherche diligente de bonne foi, ainsi qu'à la portée de l'exception promise aux bibliothèques pour l'exploitation de ces œuvres²⁸.

La portée de cette nouvelle norme demeure limitée à certaines utilisations réalisées par les bibliothèques, établissements d'enseignement et musées accessibles au public, ainsi que par les archives, institutions dépositaires du patrimoine cinématographique et organismes de radiodiffusion de service public. L'article premier vise, tout d'abord, les œuvres entrant dans son périmètre, à savoir les œuvres initialement publiées dans un État membre écartant les œuvres hors Union²⁹. Il s'agit des livres, des articles de presse, revues, journaux ou autres écrits, y compris les œuvres incorporées comme les photographies ou œuvres graphiques. Les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles figurant dans les collections des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique et les œuvres sonores, audiovisuelles et cinématographiques produites par des organismes de radiodiffusion de service public avant le 31 décembre 2002 entrent également dans le périmètre de la directive³⁰. Les phonogrammes, les photographies ou les arts plastiques qui existent comme œuvres indépendantes étaient laissés initialement hors champ d'application de la Directive. Mais, dans les amendements proposés par le Conseil, figurent désormais les enregistrements sonores qui n'ont jamais été publiés ou radiodiffusés, mais rendus accessibles par les organismes publics avec le consentement des ayants droit.

2.1 L'approche proposée par la Directive repose sur quatre piliers

Cette approche, proposant à l'origine un régime de licence légale, s'est modifiée progressivement jusqu'à établir une limitation, voire une exception, permettant aux organismes d'utiliser, sans autorisation préalable, les œuvres orphelines de leurs collections, l'État membre ayant la faculté de prévoir une juste rémunération, en

28. Dernier texte de compromis proposé sous la Présidence danoise du Conseil : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st06/st06714.en12.pdf>.

29. La Commission précise à la page 10 que « Pour des raisons de courtoisie internationale, la présente directive ne devrait s'appliquer qu'aux œuvres qui sont initialement publiées ou radiodiffusées dans un État membre ».

30. La date du 31 décembre 2002 semble arbitraire, même si l'exposé des motifs indique qu'il est « nécessaire de limiter l'ampleur du phénomène en prévoyant une date butoir pour déterminer les œuvres qui relèvent de la présente directive ».

cas de retour de l'ayant droit. Cette approche repose sur quatre piliers.

En premier lieu, une définition commune du statut d'orphelin est visée à l'article 2 : « une œuvre ou un enregistrement sonore est considérée comme œuvre orpheline si le titulaire des droits sur cette œuvre ou cet enregistrement sonore n'a pas été identifié ou, bien qu'ayant été identifié, n'a pu être localisé à l'issue de la réalisation et de l'enregistrement d'une recherche diligente des titulaires de droits conformément à l'article 3 ». Et de poursuivre : « Lorsqu'une œuvre ou un enregistrement sonore a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires été identifié et localisé, elle n'est pas considérée orpheline ». Cette définition a donné lieu à des débats au sujet des œuvres composites ou de collaboration, à savoir si l'on devait qualifier une œuvre d'orpheline, alors qu'il existe des titulaires connus. À l'issue d'un débat sous la Présidence du Conseil, cet article 2 a vu sa rédaction modifiée, pour inclure sous ce statut : les œuvres partiellement orphelines. Il est précisé que cette qualification ne portera pas préjudice aux prérogatives des titulaires identifiés ou localisés qui conservent leurs droits exclusifs ni, par ailleurs, aux dispositions nationales relatives aux œuvres anonymes et pseudonymes. Ainsi, dans le cas où une œuvre orpheline a plusieurs coauteurs, les institutions publiques ne pourraient l'utiliser qu'avec l'autorisation des titulaires de droits identifiés.

La responsabilité de cette qualification incombe aux bibliothèques et aux institutions culturelles considérées. Aussi bien, afin d'établir si une œuvre est orpheline, il est demandé aux bibliothèques, établissements d'enseignement, musées ou archives, institutions dépositaires du patrimoine cinématographique et organismes de radiodiffusion de service public d'effectuer au préalable une « recherche diligente de bonne foi » des titulaires de droits, conformément aux exigences de la proposition de directive, dans l'État membre où l'œuvre a initialement été publiée. Pour ce faire, la directive propose, en annexe, une liste de sources d'information contenues dans des bases de données accessibles au public et dont la consultation doit être réalisée dans le pays de première publication ou de radiodiffusion. Un outil de recherche a été développé spécifiquement pour le livre, sous l'acronyme : « ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*)³¹ inter-

31. <www.arrow-net.eu>. Une extension de ce projet européen aux œuvres visuelles a vu le jour en 2011 sous le nom de « ARROW PLUS ». Voir le document du

connecté aux bases commerciales et à celles des sociétés de gestion collective. Il s'agit d'un système d'information dédié aux œuvres orphelines, ainsi qu'aux ouvrages indisponibles, financé par l'Europe et constitué d'un consortium de bibliothèques nationales et européennes, d'éditeurs et d'organisations de gestion collective.

En deuxième lieu, en cas de retour du titulaire, l'État veille à ce que l'ayant droit puisse mettre fin, à tout moment, selon l'article 5, au statut d'œuvre orpheline correspondant.

En troisième lieu, l'article 6 prévoit que l'État veille à ce que ces organismes soient autorisés à mettre l'œuvre en ligne, à la reproduire à des fins de numérisation, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration, à condition que ces utilisations soient réalisées à des fins culturelles et éducatives. Dans ce cas, aucune autorisation préalable n'est nécessaire. En contrepartie, les organismes ont l'obligation de tenir un registre des recherches diligentes et de le rendre publiquement accessible pour l'information des éventuels titulaires de droits qui se manifesteraient et qui pourraient demander le retrait de l'œuvre faisant l'objet de leur intervention. En cas de retour de l'auteur ou de l'ayant droit, aucune indemnité n'était prévue en dédommagement. Mais, comme indiqué, le texte a évolué et il prévoit, désormais, que les États membres instaurent une juste rémunération, en cas de retour du titulaire de droits, à raison des exploitations réalisées.

Initialement, la Commission avait proposé un article 7 permettant aux États membres d'autoriser les organismes visés à utiliser une œuvre orpheline à des fins autres que celles prévues à l'article 6, mais à des conditions déterminées. Il s'agissait alors d'autoriser les bibliothèques et les organismes publics à conclure, avec des partenaires commerciaux, des accès privilégiés à leurs collections ou de monétiser les quelques rares opus, parfois introuvables sur le marché de livre, ou des documents inédits conservés par les archives, les musées ou les bibliothèques. Cet article a été supprimé par la présidence danoise, compte tenu des critiques soulevées par les ayants droit qui craignaient de voir des opérateurs comme Google s'approprier, à travers ce dispositif, le corpus des œuvres orphelines numérisées en masse pour les bibliothèques. L'intérêt de cet article reste encore d'actualité au Parlement européen (PE), qui pourrait le maintenir sur les usages commerciaux.

Conseil du 14 février qui précise les modalités de recherche et de coût de la base de données Arrow, celui-ci n'excédant pas, à ce stade, 100 000 euros : <2012http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st06/st06505.en12.pdf>.

En quatrième lieu est posé le principe d'une reconnaissance mutuelle du statut d'œuvre orpheline par tous les États membres, de façon à faciliter la diffusion transfrontière des œuvres (art. 4 du projet de directive).

Consultées sur la rédaction de cette Directive, en octobre 2011, par le ministère de la Culture³², les organisations et les sociétés de gestion de droits d'auteur ou de droits voisins ont toutes exprimé une opinion défavorable à un tel dispositif qui institue, selon elles, une nouvelle exception au droit d'auteur, alors que la gestion collective étendue ou l'articulation avec des régimes existants auraient pu permettre d'apporter une réponse efficace. Le secteur musical et audiovisuel avait souligné, en 2008, au sein du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA)³³, que le recours aux accords collectifs étendus pour les droits voisins, ainsi qu'au mécanisme spécifique d'ordonnance judiciaire prévu aux articles L.122-9 et L. 211-2 du *Code de la propriété intellectuelle* permettait de traiter les rares cas d'œuvres orphelines.

Enfin, la question centrale de la définition de l'œuvre partiellement orpheline était unanimement rejetée par l'ensemble des ayants droit qui redoutent la contamination de ce statut au régime de droit commun.

Reconnaissant en 2008 qu'un grand nombre d'œuvres orphelines risquait de rencontrer cet écueil, le secteur de l'écrit avait confirmé la nécessité d'une gestion collective obligatoire et il s'était engagé, avec le ministère de la Culture et la Bibliothèque nationale de France, à résoudre le cas de l'indisponibilité des œuvres repérées³⁴ dans ce que l'on avait alors qualifié de « zone grise » dans les bibliothèques.

En France, un protocole d'accord signé, le 1^{er} février 2011, entre le Syndicat National de l'Édition, la Société des Gens de Lettres et la

32. Voir *Rapport de la Commission relative à la proposition de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*, Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), présidée par Jean Martin : <<http://www.culture.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSP/Commissions-specialisees>>.

33. *Op. cit.*, *supra*, note 4, rapport et avis du CSPLA sur les œuvres orphelines du 10 avril 2008.

34. *Rapport sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques* remis au Ministre de la Culture le 18 avril 2005 : <www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/stasse/stasse.rtf>.

BnF a permis d'envisager un important projet de numérisation et d'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle.

Un projet de loi déposé en décembre 2011 au Sénat « sur l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle » ayant pour objectif de faciliter la numérisation de ces livres par les bibliothèques, notamment, vient apporter une solution transitoire aux œuvres orphelines. Il permet, ainsi, d'enrayer le dispositif communautaire qui prévoit, dans son Considérant 20, que « la présente directive ne devrait pas porter atteinte aux dispositifs existants dans les États membres en matière de gestion collective, telles que les licences collectives étendues ».

3. PROCÉDURE D'ADOPTION DES ŒUVRES ORPHELINES DU LIVRE AVEC LE MODÈLE FRANÇAIS DES LIVRES INDISPONIBLES DU XX^e SIÈCLE

Pour les modèles existants ou en cours d'élaboration, la gestion collective est centrale, car c'est à partir de cet outil que pourront être absorbées un grand nombre d'œuvres orphelines dans le respect du droit d'auteur. En effet, la majeure partie des œuvres orphelines ne sont plus commercialisées et elles appartiennent à des catalogues anciens. Aussi, le sort des œuvres orphelines devrait pouvoir se régler au moins pour les livres publiés en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne font plus l'objet d'une publication sous forme imprimée ou numérique.

En effet, de nouvelles dispositions législatives, adoptées le 23 février 2012³⁵, organisent un système de gestion collective obligatoire pour permettre l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle.

Lors de l'examen de ce texte, le Sénat a insisté pour insérer une définition de l'œuvre orpheline dans le *Code de la propriété intellectuelle* au chapitre III du livre premier relatif aux titulaires de droits. Le nouvel article L.113-10 reprend la définition communautaire, mais y ajoute un aspect essentiel du droit moral, à savoir qu'il doit s'agir d'une œuvre divulguée. Selon cette définition, « l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits

35. Voir le texte de loi adopté le 23 février 2012 relativement à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0865.asp>>.

ne peut être identifié ou retrouvé malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses. Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline ».

Dans le dispositif mis en place pour faciliter la numérisation des œuvres indisponibles, les œuvres abandonnées dans ce registre par leurs titulaires suivront le régime orchestré par la nouvelle loi. Ainsi, dans ce système, les auteurs et leurs éditeurs sont invités, dans un délai de six mois, à s'opposer à l'inscription du livre dans le registre répertoriant les titres indisponibles, qui sera prochainement mis en place par la BnF sur Internet. Toute personne pourra demander à la Bibliothèque nationale de France l'inscription d'un livre dans cette base de données, le réputant ainsi indisponible. Si le livre s'y trouve inscrit depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique sera exercé par une société de perception et de répartition agréée par le Ministre chargé de la Culture. Cette société aura donc vocation à se substituer aux ayants droit pour conclure des licences avec des bibliothèques, des éditeurs ou tout autre opérateur intéressé par sa numérisation, moyennant rémunération. L'auteur ou l'éditeur cessionnaire du droit d'édition a, de son côté, six mois pour s'opposer à ce transfert et pour retirer l'œuvre du répertoire de cette société.

Passé ce délai, l'auteur seul ou conjointement avec son éditeur pourrait encore décider de retirer les droits, sans toutefois s'opposer à la poursuite de l'exploitation délivrée par la société à un tiers, pendant la durée restant à courir de cinq ans.

3.1 Gestion collective étendue aux œuvres orphelines indisponibles du XX^e siècle

Bien que le législateur ait indiqué dans ses différents rapports qu'il ne souhaitait pas préempter les effets juridiques de la future directive en la matière, il offre aux auteurs des livres orphelins une protection juridique d'une durée de dix ans supplémentaire par rapport à un texte européen qui laisse le soin aux bibliothèques et aux autres institutions culturelles de décider de leur exploitation. Suivant un compromis trouvé avec les bibliothèques, le législateur français a prévu qu'une exploitation gratuite d'un livre de leur fonds leur serait accordée, « sauf refus motivé de la société de perception », si aucun titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée n'a été retrouvé à l'issue d'une durée de dix ans, au cours de laquelle ces mêmes organismes bénéficiaires auront effectué des recherches

diligentes. Ce nouvel article L.134-8 du *Code de la propriété intellectuelle* inaugure donc une phase de « licence libre » d'un corpus de livres définitivement orphelins. Comment sera jugé le refus motivé de la société ? Quelle place pourra être encore réservée au statut européen d'orphelin, dans ce cadre de gestion collective obligatoire ? Selon une première estimation, quelque 500 000 ouvrages publiés au XX^e siècle seraient retenus comme indisponibles, mais nul ne sait combien d'entre eux seront considérés comme orphelins.

La loi nouvelle prévoit, comme elle a déjà eu l'occasion de le faire pour les sommes perçues par les sociétés de gestion collective en 1985 concernant la rémunération pour copie privée ou de la reprographie (art. L.321-9 du *Code de la propriété intellectuelle*), que les sommes perçues au titre de l'exploitation des livres indisponibles qui n'ont pu être réparties parce que leurs destinataires n'ont pu être identifiés ou retrouvés au terme d'un délai de dix ans puissent être affectées à des actions d'aide à la création ou de formation des auteurs de l'écrit et à des actions de promotion de la lecture publique mises en œuvre par les bibliothèques.

3.2 Caractère subsidiaire ou non de la loi française

D'autres questions se posent à l'égard du nouveau régime français qui entrera bientôt en application : qu'en ira-t-il, par exemple, des œuvres traduites, oubliées en France ? Il semble officieusement, à l'heure où nous écrivons ces lignes, qu'elles devraient concrètement rester à l'écart du corpus des œuvres indisponibles destinées à la numérisation. Mais le problème n'est pas juridiquement résolu par le texte et un ensemble de situations mériteraient d'être approfondies, au regard du droit.

Plus globalement, quelle portée aura la loi par rapport à la directive en projet ? Bénéficiera-t-elle du caractère subsidiaire de celle-ci comme les autres régimes nationaux de gestion des œuvres visant au même but ? Dans le cas contraire, une œuvre serait potentiellement soumise à deux régimes différents en France, celui des œuvres orphelines fondé sur une exception communautaire conditionnée à une recherche diligente et celui des œuvres indisponibles relevant d'une gestion collective obligatoire.

Enfin, nul n'ignore que la valeur commerciale de chacun de ces fonds est spécialement faible. Pour l'IABD (Inter-Association Archives Bibliothèques Documentation), les collections d'œuvres orphelines visent, par exemple, « des livres débattant des risques de voir

une guerre éclater, publiés entre 1910 et 1913, d'enregistrements sonores de gens ordinaires, pris dans les actes de la vie quotidienne, pour garder une trace des dialectes régionaux du Danemark, de pamphlets politiques anonymes présentant des points de vue dissidents sur le régime communiste en Hongrie ou encore le bulletin pédagogique d'un institut universitaire de technologie diffusé entre 1969 et 1982, sans mention d'auteur ni d'éditeur ». Pour ces bibliothèques, il est nécessaire que les mesures prises soient adaptées à la nature des documents trouvés dans une collection et qu'elles n'engendrent pas de coûts disproportionnés, au plan des recherches diligentes qu'entend imposer la directive³⁶.

L'investissement nécessaire pour la numérisation des collections atteindrait une quarantaine de millions d'euros sur une période de dix ans, fonds en partie financés, sous forme d'avances, par le « grand emprunt de la France en 2010 », aussi connu sous l'appellation « investissements d'avenir ».

Dans le contexte économique de l'Europe, peu d'États semblent prêts à alourdir la procédure et ils retiendront sans doute la gratuité lorsque les utilisations d'œuvres orphelines sont réalisées par les bibliothèques et autres institutions publiques à des fins culturelles ou éducatives. Ce n'est qu'en cas de retour de l'ayant droit visé par l'article 6 de la Directive, qu'une juste rémunération pourrait lui être versée à titre de dédommagement.

CONCLUSION

Pour sécuriser les usages de ces œuvres, la loi française comme la Directive s'inspirent de la logique de retrait ou de l'« opt out », au titre duquel Google a été condamné, le juge considérant que ce dispositif contractuel de « Class Action » portait atteinte aux compétences du législateur en matière même de droit d'auteur. C'est donc bien dans le cadre d'une licence légale que seront autorisées ces exploitations, la Directive imposant seulement une recherche diligente, la France exigeant une rémunération, quels que soient l'utilisateur et la destination de l'œuvre orpheline. Dans les deux cas, le droit d'auteur des œuvres orphelines est soumis à un système de limitation des prérogatives, au nom de l'accès à la culture et à la connaissance. Ces mécanismes seront-ils conformes aux conventions inter-

36. Œuvres orphelines. Lettre ouverte à M^{me} Gallo, eurodéputée, 15 février 2012 : <<http://www.iabd.fr/2012/02/15/œuvres-orphelines-lettre-ouverte-a-mme-gallo-eurodeputee>>.

nationales en raison de la nécessité de respecter le Triple test et, en particulier, le critère de « cas spécial », énoncé à l'article 9.2 de la Convention de Berne ou à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ? Ainsi, pourra-t-on considérer que l'exploitation des œuvres orphelines ne concerne que « certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » ? On peut en douter³⁷.

Le retour des auteurs ou de leurs ayants droit se matérialisera par un retrait de leurs œuvres du registre des bibliothèques. Ils pourront revendiquer, au mieux, une indemnité limitée aux droits qui leur auront été réservés, mais c'est sans compter les difficultés qu'ils éprouveront à se réapproprier leurs fichiers diffusés sur Internet. Faut-il espérer que cette accessibilité universelle accroîtra, à leur satisfaction, leur notoriété et qu'elle viendra, en quelque sorte, compenser le manque de recettes induites par ces nouvelles exceptions au droit d'auteur ? Encore faudra-t-il qu'ils n'aient pas, pour tout motif, préféré l'oubli...

37. Voir LANG (Bernard), *L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image*, 17 mars 2008, p. 27 : <<http://inria.fr>>. Voir aussi le point de vue de GEIGER (Christophe) et al., « *Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse du CEIPI au Livre vert sur Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* », CEIPI, Université de Strasbourg : <www.ceipi.edu/index.php?id=5540&L=2>.