

## Analyse quantitative et qualitative du problème des œuvres orphelines : un point de vue états-unien

Daniel Gervais et David R. Hansen\*

INTRODUCTION . . . . .	349
1. DÉFINIR LE PROBLÈME POSÉ PAR LES ŒUVRES ORPHELINES. . . . .	351
1.1 L'approche du <i>Copyright Office</i> des États-Unis . . . . .	351
1.2 L'approche de <i>Google Books</i> . . . . .	355
1.3 Licences collectives étendues (ou élargissement de répertoire) . . . . .	356
1.4 L'approche de l'Union européenne . . . . .	358
2. LA TAILLE ET LA NATURE DU PROBLÈME DES ŒUVRES ORPHELINES. . . . .	359
2.1 Le nombre d'œuvres orphelines . . . . .	360
2.2 La gravité du problème . . . . .	363
CONCLUSION . . . . .	365

© Daniel Gervais et David R. Hansen, 2012.

\* Daniel Gervais est FedEx Research Professor of Law à la Faculté de droit de l'Université Vanderbilt et David R. Hansen est le Digital Library Fellow à la Faculté de droit de l'Université Berkeley.

## INTRODUCTION

Deux questions fondamentales se posent au regard des œuvres orphelines. La première est de nature qualitative et plutôt théorique : quelle est exactement la nature du problème que pose l'absence de « parents » pour les utilisateurs d'une œuvre protégée par droit d'auteur<sup>1</sup> ? La seconde est de nature quantitative et d'ordre pratique : quelle est la taille du problème et vaut-il la peine de s'y intéresser ? Les réponses à ces deux questions sont essentielles pour élaborer et comprendre les solutions avancées pour remédier à la situation.

Bien que ces deux questions ne soient pas nouvelles, la réponse à la première semble varier en fonction du type d'utilisateur (ou d'utilisation). La réponse à la seconde reste difficile à estimer avec précision. Dans ce bref article, nous tenterons non seulement d'apporter un début de réponse mais aussi et, surtout, d'identifier les domaines où des recherches supplémentaires sont nécessaires.

Commençons donc par définir l'objet de notre étude. La description la plus couramment utilisée de la notion d'œuvre orpheline aux États-Unis est celle adoptée par le *Copyright Office* dans son *Avis d'enquête publique relatif aux œuvres orphelines* et dans le rapport publié à la suite de cette enquête :

*Œuvre orpheline* [est] un terme utilisé pour décrire la situation où le propriétaire d'une œuvre protégée par droit d'auteur ne peut être identifié et localisé par une personne qui souhaite obtenir l'autorisation du détenteur du droit d'auteur, dont elle a besoin pour faire usage de l'œuvre.<sup>2</sup>

- 
1. Un « parent » dans ce contexte est une personne en mesure d'octroyer une autorisation d'utilisation, ou son représentant.
  2. *Register Of Copyrights, Report on Orphan Works* (Washington, 2006), p. 1. Disponible à l'adresse <<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>> (ci-après appelé le « Rapport du Register of Copyrights »). Tous les documents états-uniens cités dans cet article ont été publiés en langue anglaise. Les traductions (par les auteurs) sont non officielles.

Cela dit, il y a une autre façon de définir le problème. L'impossibilité pour les titulaires de droits et les utilisateurs potentiels de leurs œuvres de se mettre en rapport afin de négocier une autorisation d'utilisation a conduit certains experts à considérer les œuvres orphelines dans le cadre d'un plus grand problème de défaillance du marché. Ceci a eu pour effet d'élargir considérablement l'univers des œuvres considérées comme orphelines, car les propositions visant à remédier à ce problème traitent comme œuvres orphelines pratiquement toutes celles qui ne sont plus disponibles dans le commerce, mais néanmoins encore protégées par droit d'auteur, que l'ayant droit soit connu ou non.

D'autres experts ont suggéré des solutions telles que les licences collectives étendues (« ECL »), que nous préférons nommer élargissements de répertoire, bien connues dans les pays nordiques. Ces ECL ont essentiellement pour objectif de permettre l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres sans devoir trouver le titulaire de droits (afin de négocier une autorisation), mais sans pour cela entrer dans le champ des exceptions proprement dites, car ces ECL sont octroyées généralement en échange du paiement du tarif applicable pour la catégorie d'œuvres et du type d'utilisation dont il s'agit. Ce système semble particulièrement justifié pour les utilisations qui ne sont pas permises par une exception au droit d'auteur, mais demeurent particulièrement sensibles aux coûts de transaction élevés, qui correspondent souvent dans les faits pour ces utilisations à une défaillance du marché.

S'agissant de la taille réelle du problème dont il s'agit, si on la mesure à l'aune du nombre d'œuvres considérées comme orphelines, ou de la valeur de ces œuvres lorsqu'elles étaient disponibles dans le commerce, il est raisonnable de conclure que le problème est pour le moins significatif. Les estimations les plus récentes restent encore relativement vagues, mais varient d'au moins plusieurs centaines de milliers à des dizaines de millions d'œuvres, même si on se limite aux œuvres exploitées dans le commerce<sup>3</sup>. Il est encore plus difficile d'évaluer les coûts sociaux et économiques de la sous-utilisation (licite) des œuvres orphelines et des inconvénients posés aux utilisateurs de ces œuvres. En effet, malheureusement, les données disponibles sont presque entièrement basées sur des preuves anecdotiques. Cela dit, nous sommes d'avis – et les études disponibles le

---

3. Le nombre réel est presque infini puisque chaque courriel et chaque blogue est potentiellement une œuvre protégée, étant donné l'absence de formalités.

confirment – que le problème est important, même si les données sur la taille exacte du problème restent incomplètes.

Ayant posé ce premier jalon, voyons maintenant les deux questions posées en introduction plus en détail.

## 1. DÉFINIR LE PROBLÈME POSÉ PAR LES ŒUVRES ORPHELINES

On peut lier le problème des œuvres orphelines aux préoccupations, communes aux auteurs et aux utilisateurs, concernant la manière la plus efficace de faciliter le rapport entre eux et une éventuelle négociation destinée à autoriser l'utilisation d'une œuvre protégée. C'est sur ce point que les analyses du problème des œuvres orphelines divergent. Les définitions étroites de la notion d'œuvre orpheline se concentrent strictement sur l'incapacité d'un utilisateur potentiel d'identifier et de localiser le titulaire de l'œuvre protégée dont l'autorisation doit être obtenue. Les définitions plus larges y ajoutent les situations où l'utilisateur est en mesure de localiser le titulaire, mais est incapable d'obtenir (dans des conditions raisonnables) l'autorisation d'utiliser l'œuvre en cause.

### 1.1 L'approche du *Copyright Office* des États-Unis

Lorsque le *Copyright Office* a sollicité, en janvier 2005, des commentaires sur les problèmes posés par les œuvres orphelines, il a posé directement la question de savoir comment la notion d'« œuvre orpheline » devait être définie<sup>4</sup>. L'avis d'enquête faisait allusion à plusieurs pistes de définition possibles, y compris la définition du type de recherche d'un titulaire de droits qui pourrait conduire à la désignation d'une œuvre comme « orpheline ». L'avis mentionnait aussi l'impact potentiel d'autres facteurs, en particulier le nombre d'années depuis la mise en circulation de l'œuvre (donc son « âge ») et l'existence ou non d'une mise en circulation publique (publication) de l'œuvre. En d'autres termes, selon l'avis, il est important de déterminer entre autres si une œuvre inédite (non publiée) peut être considérée comme orpheline au même titre qu'une œuvre publiée qui n'est plus disponible dans le commerce et dont le titulaire ne peut être localisé<sup>5</sup>.

---

4. *Orphan Works Notice of Inquiry*, 70 Fed. Reg. 3739, 3741 (26 janvier 2005).

5. *Ibid.*

Le *Copyright Office* a publié en 2006 un rapport donnant suite à l'avis d'enquête et aux nombreux mémoires soumis en réponse à celui-ci. Il y décrit d'abord les commentaires reçus en réponse à l'enquête. Mais dans ce rapport, le *Copyright Office* prend parti et explique qu'il « semble y avoir un consensus dans le dossier selon lequel une 'œuvre orpheline' est une œuvre protégée pour laquelle un titulaire ne peut pas être identifié ou localisé, malgré le fait que l'œuvre soit ou ait été exploitée commercialement »<sup>6</sup>. Cela semble donc exclure les œuvres inédites et celles dont le titulaire est connu ou « trouvable », mais qui ne veut pas accorder une autorisation même si l'œuvre n'est plus exploitée.

Le rapport ne laisse pas complètement de côté le contexte plus large de défaillance du marché et de la place qu'y jouent les œuvres orphelines. Il met l'accent sur les risques d'utilisation pour les utilisateurs potentiels :

Dans la situation où le titulaire ne peut pas être identifié et localisé [...] l'utilisateur est confronté à une incertitude, car il ne peut pas déterminer si et dans quelles conditions le titulaire aurait permis l'utilisation de l'œuvre. Lorsque l'utilisation proposée va au-delà d'une exception au droit d'auteur (ou d'une licence non volontaire, le cas échéant), l'utilisateur ne peut pas réduire le risque de responsabilité pour une telle utilisation, car il y a toujours une possibilité, même lointaine, qu'un titulaire de droits même introuvable puisse tenter une action en contrefaçon.<sup>7</sup>

Il faut mettre cet énoncé en contexte. Les dommages préétablis aux États-Unis pour une œuvre enregistrée au *Copyright Office* peuvent se chiffrer à 150 000 \$ par œuvre contrefaite<sup>8</sup>. Le risque est donc bien réel. En fait, le risque d'encourir une condamnation à payer des dommages préétablis, qui sont automatiquement accordés aux États-Unis dès lors que la contrefaçon porte sur une œuvre enregistrée au *Copyright Office*, est probablement le facteur qui pèse le plus lourd en faveur d'une solution simple et convaincante aux problèmes posés par l'utilisation d'œuvres orphelines.

Le fait de concentrer ainsi le faisceau de l'analyse sur le risque de responsabilité face à des titulaires de droits introuvables au

6. Rapport du Register of Copyrights, note 2, p. 348.

7. *Ibid.*, p. 5.

8. *Loi sur le droit d'auteur* (É.U.), Titre 17 du Code des États-Unis d'Amérique, art. 504(c)(2).

moment de l'utilisation mais qui se manifestent ultérieurement en a conduit plusieurs à vouloir résoudre le problème sous-jacent, à savoir trouver une meilleure façon de localiser les titulaires de droits<sup>9</sup>. On comprend donc la portée plus restreinte de la définition proposée par le *Copyright Office*. En fait, l'accent mis par le *Copyright Office* sur l'identification et la localisation des titulaires est tel qu'on peut le considérer dans les faits comme la caractéristique qui définit le problème<sup>10</sup>. Partant, la nature introuvable d'un titulaire et la façon de définir cette nature constituent les bornes du rapport et de la solution qu'il préconise. Le rapport indique à ce propos que :

[b]ien que nous ayons renoncé à proposer une définition catégorique des « œuvres orphelines »... le terme dit ce que cela implique, à savoir que le 'parent' de l'œuvre est inconnu ou indisponible.<sup>11</sup>

Il est donc clair que le *Copyright Office*, comme nous venons de le préciser, a choisi d'exclure du problème les œuvres dont les propriétaires peuvent être localisés, mais qui demeurent insensibles aux demandes d'autorisation d'utiliser leurs œuvres même lorsque celles-ci ne sont plus disponibles dans le commerce<sup>12</sup>.

L'approche du *Copyright Office* ne distingue pas formellement les œuvres orphelines en fonction de facteurs tels que leur âge ou leur statut (publiées ou non) mais ces critères demeurent certainement pertinents dans la détermination du niveau de difficulté à localiser le titulaire de droits (les œuvres plus anciennes et les œuvres inédites sont censées poser plus de difficultés à ce chapitre)<sup>13</sup>. Le rapport explique que les mémoires soumis en réponse à l'avis d'enquête ont en général refusé les « restrictions catégorielles » de la notion d'œuvre orpheline (notamment par type d'œuvres) et qu'ils ont souligné le fait que la condition *sine qua non* de l'existence d'une telle œuvre était le fait que le propriétaire ne pouvait être localisé, sans que cela ait nécessairement un lien avec l'âge de l'œuvre<sup>14</sup>. Ainsi, il paraît juste de décrire ce rapport comme ratissant relativement large sur les *catégories d'œuvres* qu'il serait disposé à inclure dans sa définition d'œuvres orphelines, mais en revanche limité en ce qui a trait à la taille du problème. Il cherche à remédier seulement

---

9. Rapport du Register of Copyrights, note 2, p. 1.

10. *Ibid.*, p. 93.

11. *Ibid.*, p. 34.

12. *Ibid.*, p. 34 et 97.

13. *Ibid.*, p. 96.

14. Rapport du Register of Copyrights, note 2, p. 79-80, et 100-103.

au problème relativement grave, mais restreint, des titulaires non identifiables ou non localisables.

Il est certes juste d'affirmer que les titulaires introuvables augmentent le risque que des utilisations non autorisées puissent déclencher une action en contrefaçon coûteuse, et ce, même par un demandeur qui n'a pas daigné se faire connaître et n'a pas confié le mandat d'autoriser les utilisations de ses œuvres à une tierce partie facile à identifier, comme une société de gestion collective par exemple. Mais on peut néanmoins regretter que le *Copyright Office* ait laissé de côté le problème plus vaste de la défaillance du marché qui survient lorsqu'une transaction avec un titulaire « trouvable » ne peut avoir lieu, soit parce que le nombre d'utilisations est trop grand (par exemple la numérisation de millions de livres), soit parce que l'utilisation d'une œuvre en particulier a une valeur (pour l'utilisateur) trop faible pour justifier une négociation<sup>15</sup>.

La focalisation sur la réduction des risques posés aux utilisateurs réapparaît dans les recommandations de l'*Office*, qui visent essentiellement à restreindre par voie législative la gamme de recours que les titulaires introuvables peuvent obtenir d'un utilisateur qui peut démontrer qu'il a effectué une « recherche raisonnablement diligente » pour localiser le titulaire des droits<sup>16</sup>. L'approche du *Copyright Office*, qui reflète l'une des approches les plus courantes du problème des œuvres orphelines, a influencé le législateur. En effet, entre 2006 et 2008, le Congrès des États-Unis a examiné une série de projets de loi relatifs aux œuvres orphelines. Tous ces projets sans exception suivaient l'approche recommandée par le *Copyright Office*, soit l'imposition de limites aux recours disponibles contre un utilisateur après que celui-ci ait effectué une « recherche raisonnablement diligente », mais évitant la question des défaillances plus vastes du marché des autorisations<sup>17</sup>. Ces projets de lois contenaient des variantes uniquement au niveau des détails, notamment dans la définition de ce qui constitue une recherche diligente et dans les limites aux recours, en particulier les dommages préétablis.

Il va de soi qu'un régime de ce type, s'il est perçu comme ayant pour objectif de réduire l'incertitude des utilisateurs potentiels, doit idéalement établir des normes claires, en particulier en ce qui con-

15. On retrouve ici les critiques traditionnelles du célèbre théorème de Ronald Coase.

16. Rapport du Register of Copyrights, note 2, p. 96.

17. Voir *Orphan Works Act of 2006*, H.R. 5439, 109th Cong. (2006) ; *Orphan Works Act of 2008*, H.R. 5889, 110th Cong. (2008) et *Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008*, S. 2913, 110th Cong. (2008).

cerne la notion de recherche diligente, puisque celle-ci constitue la pierre de touche essentielle pour pouvoir bénéficier du régime. Un certain nombre d'articles dans les revues scientifiques et des propositions de « meilleures pratiques » dans ce domaine ont également accepté l'idée que l'identification et la localisation du ou des titulaires(s) de droits sont au cœur du problème. Ces propositions tendent donc à suggérer une discussion explicite de la notion ou du fonctionnement par une hypothèse implicite concernant ce que l'on entend par la notion d'« œuvres orphelines »<sup>18</sup>.

En Europe, où les efforts pour répondre au problème des œuvres orphelines sont assez avancés, le débat suit également cette approche, bien que les questions plus larges liées aux défaillances du marché et aux œuvres non disponibles dans le commerce y soient également traitées, mais comme question connexe<sup>19</sup>.

## 1.2 L'approche de *Google Books*

Le projet de règlement négocié par les parties à ce litige bien connu, mais finalement refusé par le juge Chin, était-il la meilleure solution au problème des œuvres orphelines ? On peut en douter. S'agissant en particulier des œuvres dont les propriétaires ne sont pas à proprement parler introuvables mais dont il est néanmoins difficile d'utiliser les œuvres en raison de l'incapacité à négocier une autorisation transactionnelle (au cas par cas), le débat concernant ce litige a certainement contribué à rendre le problème beaucoup plus visible. Le projet de règlement lui-même utilise du bout des lèvres le terme « œuvre orpheline »<sup>20</sup> ; il aborde la question plus large de défaillance du marché. Marché qui peut être défini comme la disponibilité raisonnable d'autorisations d'utilisation d'œuvres qui ne sont pas ou plus disponibles dans le commerce.

---

18. Voir HUANG (Olive), « U.S. Copyright Office Orphan Works Inquiry : Finding Homes for the Orphans » (2006), 21 *Berkeley Technology Law Journal* 265 ; LANG (Bernard), « Orphan Works and the Google Book Search Settlement: An International Perspective » (2010-11), 55 *New York Law School Law Review* 111 et SAMUELSON (Pamela), « The Google Books Search Settlement as Copyright Reform », 2011 *Wisconsin Law Review* 479.

19. Voir *i2010 : Digital Libraries High Level Expert Group, Copyright Subgroup, Final Report On Digital Preservation, Orphan Works, And Out-Of-Print Works* (2008), disponible à l'adresse <[http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/other\\_groups/hleg/meetings/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/other_groups/hleg/meetings/index_en.htm)>.

20. Voir *The Authors Guild Inc. v. Google, Inc.*, projet de règlement du 23 novembre 2009, dossier n° 05 CV 8136-DC, au par. 3.8, p. 45 ; et au par. 7.2(b)(v), p. 95.



Un projet de règlement modifié par les parties en 2009 (mais rejeté par le tribunal) est intéressant à cet égard. Il définit l'expression « disponible dans le commerce » comme signifiant « au sujet d'un livre, que le titulaire de droits sur ce livre, ou un agent désigné par le titulaire de droits, est, à l'époque en question, en mesure d'offrir le livre (autres que les exemplaires provenant d'une bibliothèque participant au programme de numérisation) neuf, à des vendeurs partout dans le monde, à travers un ou plusieurs canaux commerciaux [...] »<sup>21</sup>. Les livres qui sont orphelins, selon cette définition, sont ceux dont les titulaires de droits ne peuvent pas être localisés, qui seraient inclus dans cette définition, mais aussi tous les livres qui sont simplement difficiles à trouver ou à acheter. Le projet de règlement aurait donc permis d'accéder à deux types d'œuvres d'une manière commune en octroyant à Google ce qui aurait constitué dans les faits une « licence obligatoire »<sup>22</sup> d'utilisation de ces œuvres de plusieurs façons, commerciales et non commerciales<sup>23</sup>. En retour, Google aurait payé (comme pour une licence non volontaire) une partie des produits générés par ces utilisations<sup>24</sup>.

### 1.3 Licences collectives étendues (ou élargissement de répertoire)

Le type de solution proposé par le projet de règlement dans l'affaire *Google Books* a été comparé à des systèmes déjà en place dans certains pays qui permettent des utilisations particulières d'œuvres sans négociation entre les titulaires de droits individuels et les utilisateurs potentiels<sup>25</sup>. Dans plusieurs pays nordiques, par exemple, le régime de licences collectives étendues (ECL) permet à certains utilisateurs de payer les coûts d'une licence d'utilisation à une société de gestion collective, et ce, pour l'utilisation de certaines catégories spécifiques d'œuvres (par exemple, les émissions de télévision archivées) ou pour des utilisations spécifiques (par exemple, la photocopie aux fins d'enseignement ou de la radiodiffusion publi-

21. *Ibid.*, au par. 1.31, p. 6.

22. Voir l'article de la professeure Pamela Samuelson cité à la note 18, p. 513. Voir aussi le projet de règlement cité à la note 20, aux par. 2.1(a), p. 23, et 3.3(a)-(c), p. 33-34.

23. Projet de règlement, *ibid.*, au par. 3.3, p. 33-34.

24. *Ibid.*, par. 2.1(a), p. 24.

25. Voir SAMUELSON (Pamela), « Legislative Alternatives to the Google Book Settlement », (2011) 34:4 *Columbia Journal of Law & the Arts* 697-730.

que)<sup>26</sup>. Les licences s'appliquent aux œuvres d'auteurs nationaux et étrangers selon le principe du traitement national. Parce que ces systèmes sont conçus pour faciliter des utilisations où les coûts de transactions individuelles pour chaque utilisation sont élevés et, dans certains cas, incompatibles avec la nature spontanée ou non planifiée de l'utilisation, les sociétés de gestion collective sont autorisées par la loi à accorder une licence pour le compte des titulaires de droits d'auteur. Les licences sont accordées dans un but précis, et les utilisateurs ont la certitude que leur utilisation ne présente aucun risque de contrefaçon<sup>27</sup>. Un système un peu différent mais témoignant des mêmes préoccupations vient d'être voté en France pour les livres indisponibles<sup>28</sup>.

À certains égards, les systèmes ECL sont plus larges que l'approche proposée dans le litige *Google Books*, parce qu'ils visent non seulement les œuvres orphelines ou non disponibles dans le commerce, mais toutes les œuvres qui relèvent de la catégorie spécifique d'œuvres en cause. Les ECL sont plus étroites, en revanche, lorsqu'on considère qu'elles ne s'appliquent qu'à certains types d'utilisation (généralement de nature non commerciale), tandis que l'accord *Google Books* aurait permis plusieurs utilisations commerciales et non commerciales.

Les ECL et le projet de règlement *Google Books* s'attaquent au même problème, soit celui de la défaillance du marché des autorisations. Par conséquent, les deux solutions sont destinées à des situations particulières où les coûts de transaction (négociation) sont difficiles à justifier ou même constituent des obstacles insurmontables. À la différence du rapport du *Copyright Office*, ces deux approches sont par contre assez étroites dans le type d'œuvres considérées comme problématiques (livres non disponibles dans *Google Books*, utilisations très spécifiques dans les systèmes ECL), mais en revanche très libérales dans leur définition du problème, à savoir l'incapacité de plusieurs utilisateurs à négocier au cas par cas avec les titulaires de manière efficace.

---

26. Voir AHHAMM (Johan) *et al.*, « Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution To Online Dissemination Of Europe's Cultural Heritage », (Amsterdam : Instituut Voor Informatierecht, 2008), p. 43. Disponible à l'adresse <[www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL\\_Europeana\\_final\\_report092011.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf)>.

27. Voir KOSKINEN-OLSSON (Tarja), « Collective Management in the Nordic Countries », dans GERVAIS (Daniel), dir., *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2<sup>e</sup> éd. (The Hague : Kluwer, 2010), p. 292-302.

28. *Loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle*, J.O. n° 0053 du 2.3.2012.

Ces deux approches, à savoir celle qui met l'accent sur le problème de localisation du titulaire proposée par le *Copyright Office* et l'approche plus large de défaillance du marché des autorisations même pour les titulaires localisables, illustrent la manière dont les solutions au problème des œuvres orphelines peuvent être à la fois envisagées de façon très ouverte afin d'atteindre une variété de types de contenu grâce à une solution commune, mais comment en même temps les solutions peuvent être adaptées à des utilisations ou types d'œuvres précises. Les deux approches ont leurs forces et leurs faiblesses et elles peuvent être combinées de plusieurs façons. C'est le cas dans l'Union européenne.

#### 1.4 L'approche de l'Union européenne

La Commission européenne a combiné certains éléments des approches décrites ci-dessus pour traiter à la fois les œuvres orphelines et des éditions épuisées et autres œuvres non disponibles dans le commerce. Dans son projet de directive relatif aux œuvres orphelines, la nature orpheline d'une œuvre semble découler d'une « recherche diligente » infructueuse, soit celle qui ne permet pas de localiser le titulaire de l'œuvre en question<sup>29</sup>. Le projet de directive permettrait des utilisations relativement larges d'œuvres considérées comme orphelines, mais seulement par certaines catégories d'utilisateurs, à savoir les bibliothèques accessibles au public, les établissements d'enseignement ou les musées et archives, et les institutions du patrimoine cinématographique et organismes de radio-diffusion publique<sup>30</sup>.

S'agissant des œuvres non disponibles dans le commerce, la Commission européenne a présenté en septembre 2011 un « Mémoire d'entente sur les principes clés relatifs à la numérisation et mise à disposition d'œuvres non disponibles dans le commerce »<sup>31</sup>. Ce mémorandum vise tout particulièrement à favoriser les licences volontaires entre les titulaires de droits sur les livres dont les tirages

29. *Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works* (20 septembre 2011), disponible à l'adresse <[ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf)>.

30. *Ibid.*

31. *Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works – Frequently Asked Questions*, MEMO/11/619 (20 septembre 2011), disponible à l'adresse <[europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/619&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/619&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en)>.

sont épuisés, d'une part, et les bibliothèques et les archives qui souhaitent numériser ces œuvres, d'autre part<sup>32</sup>. La Commission y décrit sa proposition comme « spécifique à ce secteur » et explique que la solution préconisée est destinée à travailler « en conjonction » avec une solution au problème des œuvres orphelines, soit en facilitant l'octroi de licences volontaires là où cela est possible<sup>33</sup>.

Cette approche mixte montre que le problème peut être abordé de façon nuancée. En clair, des solutions qui visent à traiter de grandes catégories d'œuvres et d'utilisations, comme dans le rapport du *Copyright Office*, sont plus facilement réalisables dans des contextes spécifiques. Des solutions spécifiques, soit pour des types particuliers d'œuvres ou pour des catégories d'utilisateurs plus sensibles aux inconvénients causés par une défaillance du marché, sont aussi une option éminemment sensée et pratique. Autrement dit, on peut adopter une définition qui vise toutes les catégories d'œuvres, mais relativement peu d'œuvres dans ces catégories et préservant l'entière obligation de trouver un accord avec chaque titulaire de droit dès lors qu'un titulaire est techniquement « trouvable », mais on peut aussi élargir la définition du problème aux cas où une transaction individuelle est irréaliste ou impossible, mais alors il faut cibler précisément soit le type d'utilisateur visé, soit le type d'utilisation(s).

On peut mélanger ces approches (spécificité du contexte, du type d'œuvres ou d'utilisateurs), mais pour ce faire il nous faudrait des données plus détaillées sur le type et le nombre d'œuvres concernées, les avantages possibles et les coûts d'un accès accru pour les utilisateurs et titulaires de droits. Un survol des recherches existantes sur ce point est présenté dans la seconde partie de cet article.

## **2. LA TAILLE ET LA NATURE DU PROBLÈME DES ŒUVRES ORPHELINES**

Au-delà du débat relatif à la notion de base d'œuvres orphelines, il y a un désaccord manifeste sur la taille exacte du problème. On débat même de ce qu'on cherche à quantifier, car « taille » dans ce contexte peut être analysé sous au moins deux volets distincts, mais connexes, soit i) combien d'œuvres orphelines existent, et ii) quel est l'impact de la défaillance du marché des autorisations (même si on le

---

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

limite aux œuvres dont le titulaire est introuvable) en termes économiques ou sociaux ?

Des études empiriques ont montré qu'il existe un « très grand nombre » d'œuvres orphelines, mais les données détaillées sur le nombre, la nature et, surtout, la valeur exacts de ces œuvres sont difficiles à rassembler. Dans de nombreux cas, cela est dû au fait que les échantillons sont des sous-ensembles de grandes collections et la généralisation des résultats de ces échantillons à une population entière de collections est un défi. La valeur des œuvres est tout aussi difficile à évaluer, comme pour toutes les œuvres.

Alors que la première des questions ci-dessus (nombre d'œuvres orphelines) a fait l'objet de plusieurs études, la seconde (la gravité du problème) a, quant à elle, été beaucoup moins étudiée de façon systématique. Il est évident à nos yeux que les deux questions sont dignes de recherches plus approfondies.

## 2.1 Le nombre d'œuvres orphelines

Les estimations sur le nombre d'œuvres orphelines varient considérablement. Les meilleures estimations disponibles concernent le nombre d'œuvres orphelines (en particulier, les monographies publiées), car les données bibliographiques sont généralement disponibles et complètes et les échantillons sont assez facilement généralisables d'une collection donnée à une autre. Toutefois, parfois même des données de ce type ne peuvent pas être appliquées à des collections plus vastes, en particulier dès lors que l'on tente de les extrapoler à d'autres catégories d'œuvres, même de genre connexe.

Pour les livres<sup>34</sup>, les meilleures estimations indiquent que jusqu'à 50 % des publications du XX<sup>e</sup> siècle peuvent être considérées comme « orphelines » dans la mesure où les titulaires de droits sur ces 50 % ne peuvent pas être localisés. Récemment, John Wilkin a examiné le fonds documentaire du HathiTrust, une bibliothèque numérique avec une collection de plus de cinq millions de monographies pour déterminer le nombre d'œuvres orphelines qu'elle renferme<sup>35</sup>. Cette collection est intéressante, car elle est représentative

34. Livres ou « monographies ». Voir CAIRNS (Michael), *580,388 Orphan Works – Give or Take* (9 septembre 2009), disponible à l'adresse <personanondata.blogspot.com/2009/09/580388-orphan-works-give-or-take.html>.

35. Voir WILKIN (John P.), « Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of « Rights » in Digital Collection Building », *Ruminations* (février 2011), disponible à l'adresse <www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.html>.

des monographies disponibles dans le commerce et en bibliothèque. Avec un « échantillon » de bonne taille<sup>36</sup>, que Wilkin a été en mesure de diviser en segments (par exemple, pays et année de publication) et en se fondant sur les données d'un projet de l'Université Carnegie Mellon qui s'est engagée à obtenir les droits relatifs aux publications contemporaines, il a estimé que près de 50 % des volumes dans la collection HathiTrust sont susceptibles d'être orphelins. Il a ensuite précisé que 12,6 % des orphelins provenaient des années 1923-1963, 13,6 % de 1964 à 1977, et 23,8 % de 1978 et après<sup>37</sup>. Wilkin ajoute, toutefois, que ses estimations pour les années ultérieures ne sont que des « suppositions éclairées » fondées sur une extrapolation des analyses d'échantillons d'œuvres avec des dates de publication antérieure. Ainsi, le lecteur ne sera pas surpris de lire que sa première conclusion est que « nous avons encore besoin de meilleures données »<sup>38</sup>.

Il n'en demeure pas moins que les résultats d'autres analyses tendent à confirmer que le problème est bien réel. Une étude réalisée par Michael Cairns utilise des données de publication afin de vérifier les estimations du nombre d'ouvrages publiés qui peuvent être considérés comme orphelins<sup>39</sup>. Sur une population totale estimée d'environ deux millions d'œuvres publiées aux États-Unis depuis 1920, il est en mesure de conclure que près de 600 000 (ou 25 %) devraient être considérées comme de vraies « orphelines »<sup>40</sup>. Des estimations du nombre de livres orphelins dans certaines collections européennes sont comparables, bien que ces estimations varient considérablement en fonction de la date de publication et de la collection à partir de laquelle l'échantillon a été créé, ce qui au demeurant n'est pas particulièrement surprenant<sup>41</sup>.

Au-delà des livres, les estimations sont difficiles à faire avec un bon niveau de certitude. Pour les œuvres protégées en général, les estimations de la *British Library* sont que plus de 40 % de l'ensemble

---

36. *Ibid.*

37. *Ibid.* Soit 800 000 œuvres états-uniennes orphelines et environ deux millions d'œuvres étrangères.

38. *Ibid.*

39. Voir le texte de Cairns, note 33.

40. *Ibid.*

41. Voir le rapport établi en 2010 par Anna Vuopala pour la Commission européenne intitulé « Assessment Of The Orphan Works Issue And Costs For Rights Clearance », disponible à l'adresse <[ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/reports\\_orphan/anna\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf)>.

des œuvres protégées doivent être considérées comme orphelines<sup>42</sup>. Une autre enquête réalisée au Royaume-Uni par le *Joint Information Systems Committee* (JISC) indique que le nombre d'œuvres circulant dans les établissements culturels au Royaume-Uni pourrait bien dépasser les 50 millions<sup>43</sup>. Bien que ces études constituent des points de départ utiles pour évaluer la dimension du problème, les deux estimations sont fondées sur des données ou des résultats d'enquête invérifiables.

Des estimations similaires sont également disponibles pour les types de contenu spécifiques telles les photographies ou œuvres audiovisuelles, mais les exemples et les données ont tendance à être localisés ou anecdotiques. Le rapport Gowers (un rapport de 2006 sur le droit de la propriété intellectuelle au Royaume-Uni) note, par exemple, que les experts en droits d'auteur pour les musées estiment que près de 90 % des œuvres muséales n'ont pas d'auteur connu. Pour les enregistrements sonores, des chercheurs de la *British Library* ont été incapables d'identifier les titulaires de droits sur plus de 50 % des enregistrements dans un échantillon de plus de 200 titres<sup>44</sup>.

Ces recherches indiquent toutes qu'il y a un grand nombre d'œuvres d'orphelines. Mais pour vraiment comprendre l'impact réel du problème des œuvres orphelines, il est important d'avoir une connaissance précise, ou du moins de base, du nombre d'œuvres qui sont en cause. Les efforts de quantification du nombre des œuvres orphelines constituent un point de départ utile, mais à ce jour insuffisant pour permettre de proposer des solutions plus particularisées sur le plan juridique. Des efforts doivent impérativement être faits pour produire des données plus claires et plus généralisables afin d'évaluer le statut d'œuvres à travers une gamme de types de contenu (par exemple livres, périodiques, enregistrements sonores).

Heureusement, une partie des données bibliographiques déjà mises à profit pour produire les estimations discutées ci-dessus peuvent donner des informations plus précises sur la quantité et la

---

42. Voir British Library, « Orphan Works And Mass Digitization », disponible à l'adresse <[pressandpolicy.bl.uk/imagelibrary/downloadMedia.ashx?MediaDetailsID=635](http://pressandpolicy.bl.uk/imagelibrary/downloadMedia.ashx?MediaDetailsID=635)>.

43. JISC, *In From The Cold: An Assessment Of The Scope Of "Orphan Works" And Its Impact On Delivery To The Public* (2009), p. 18. Disponible à l'adresse <[www.jisc.ac.uk/media/documents/publications/infromthecoldv1.pdf](http://www.jisc.ac.uk/media/documents/publications/infromthecoldv1.pdf)>.

44. *Gowers Review of Intellectual Property* (Londres : HM Treasury, 2006), p. 69. Disponible à l'adresse <[www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf](http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf)>.

nature spécifique des œuvres en question. Dans le contexte d'une approche plus centrée sur les types de contenu ou d'utilisations (comme dans le projet de règlement du litige *Google Books* ou dans les régimes ECL scandinaves), ces données pourraient s'avérer précieuses dans l'élaboration de solutions juridiques particularisées pour des catégories spécifiques d'œuvres ou d'utilisations. Même dans une approche plus générale, comme celle préconisée dans le rapport du *Copyright Office*, ces données pourraient être utilisées pour, par exemple, évaluer plus précisément les coûts potentiels d'une « recherche raisonnablement diligente » en utilisant comme hypothèse la numérisation de collections entières.

## 2.2 La gravité du problème

La gravité du problème n'est pas bien quantifiée. Est-elle quantifiable ? De nombreuses études décrivent la problématique des procédures d'obtention des autorisations d'utilisation d'œuvres qui doit être résolue dans le cas des œuvres orphelines. Ces études démontrent que de tenter d'utiliser légalement des œuvres orphelines est souvent extrêmement difficile et coûteux. L'étude du JISC, par exemple, contient une évaluation de ces coûts. Le JISC a interrogé plusieurs institutions culturelles (principalement des bibliothèques et des archives situées au Royaume-Uni) sur leurs expériences avec les œuvres orphelines. L'enquête (plus de 500 répondants avec des collections allant de moins de 1 000 articles à plus de 1 million)<sup>45</sup> a révélé que, d'une part, les responsables de ces institutions ne savent pas quel est le pourcentage de la collection qui peut être constitué d'œuvres orphelines, mais, d'autre part, la plupart des répondants ont convenu que l'incapacité de retracer les titulaires de droits a fréquemment ou occasionnellement affecté leurs projets de façon négative<sup>46</sup>. Sur la base des réponses qui tentent de quantifier le pourcentage d'œuvres orphelines dans leur collection, le rapport a pu estimer que, parmi les 500 répondants, plus de 13 millions d'œuvres pouvaient être considérées comme orphelines<sup>47</sup>. Malheureusement, la plupart des répondants ont été incapables de quantifier avec précision la quantité de temps passé à chercher des titulaires de droits pour les œuvres orphelines mais, comme le note le rapport, même avec une estimation conservatrice de quatre heures de recherche par

---

45. Rapport du JISC, note 42, annexe A, p. 30-31.

46. *Ibid.* ; voir aussi *Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works*, Commission Staff Working Paper, 11-12 COM (2011) 289 final (24 mai 2011), disponible à l'adresse <ec.europa.eu/internal\_market/copyright/docs/orphan-works/impact-assessment\_en.pdf>.

47. *Ibid.*, p. 18.



œuvre, les recherches entraîneraient énormément de dépenses et de temps (multipliant quatre heures par 13 millions d'orphelins).

D'autres études ont explicitement analysé le temps consacré à l'analyse des droits pour les œuvres orphelines et tenté de chiffrer le temps passé ou gaspillé à ce faire (temps passé si le résultat est satisfaisant ; temps gaspillé si aucun résultat satisfaisant n'est obtenu). La bibliothèque de l'Université Cornell, par exemple, a présenté un mémoire en réponse à l'Avis d'enquête du *Copyright Office*. L'université y explique que le temps passé par son personnel spécialisé à la recherche des titulaires de droits relatifs à 343 monographies identifiées comme protégées par droit d'auteur mais non disponibles dans le commerce lui avait coûté plus de 50 000 \$. Malgré ces efforts coûteux, elle a finalement été incapable d'identifier les titulaires de plus de la moitié (58 %) des œuvres en question<sup>48</sup>.

Ces études et d'autres de même nature sont très utiles pour comprendre et pour évaluer la gravité du problème, dans la mesure où elles illustrent de manière concrète les types de situations où l'analyse des droits et les difficultés d'identification du titulaire de droits peut être coûteuse et contraindre un utilisateur à ne pas pouvoir utiliser une œuvre légalement, ce qui, tous en conviendront, n'est dans l'intérêt de personne.

Aucune étude n'a abordé d'un point de vue quantitatif, toutefois, comment ce problème d'accessibilité réduite cause un tort à la communauté ou au public en général. De même, aucune étude existante n'a tenté de quantifier la valeur de ces œuvres, que ce soit dans leur état actuel ou en format numérique. Les premières évaluations de l'impact économique des efforts de numérisation à grande échelle (à savoir, *Google Books*) ont conclu que ces efforts ne causent aucun préjudice aux titulaires de droits et peuvent même aider les éditeurs<sup>49</sup>. Cela dit, il nous faut approfondir dans ce domaine, car les modèles économiques sur Internet sont en mutation et ils ne répondent pas toujours aux lois économiques applicables aux entreprises et aux modèles de distribution traditionnelles. On comprend aussi assez mal le préjudice causé par la mise à disposition d'un exem-

48. Mémoire de la bibliothèque de l'Université Cornell en réponse à l'Avis d'enquête (note 3), Commentaire OW0569, disponible à l'adresse <[www.copyright.gov/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf](http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf)>.

49. Voir TRAVIS (Hannibal), « Estimating the Economic Impact of Mass Digitization Projects on Copyright Holders: Evidence from the Google Book Search Litigation », (2011) 57 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 907.

plaire d'œuvre non disponible dans le commerce, sauf s'il s'agit d'une rupture de stock ou d'une autre interruption temporaire.

Dans cette ligne de pensée, il nous faut quantifier non seulement les coûts, mais aussi les bénéfices d'un accès plus large aux œuvres orphelines et, en particulier, ce que cela pourrait signifier en termes de coûts et avantages économiques pour les utilisateurs. Bien sûr, l'évaluation des matériaux culturels seulement en termes de variables purement économiques est contraire à la finalité pour laquelle les bibliothèques et les archives recueillent et conservent ces œuvres. Par conséquent, il faut prendre en compte sérieusement la valeur *qualitative* et sociétale de ces œuvres. Bien que la quantification plus précise du nombre des œuvres orphelines soit une première étape importante, il faut comprendre la valeur ajoutée de l'accès à ces œuvres. À nos yeux, cela est en fait, et de loin, plus important pour éclairer les décisions juridiques et politiques qui doivent être prises dans ce domaine.

## CONCLUSION

Le problème des œuvres orphelines est généralement considéré comme découlant de la situation dans laquelle se trouve l'utilisateur potentiel d'une œuvre protégée par droit d'auteur dont le titulaire ne peut être localisé. Cette focalisation sur l'identification du titulaire de droits a mû une grande partie de la discussion du problème jusqu'à présent, bien qu'une conception plus large de défaillance du marché ait incité des solutions alternatives à prendre forme, notamment dans la mouvance du litige qui a opposé *Google Books* à des associations d'auteurs et d'éditeurs devant un tribunal fédéral à New York. On peut aussi considérer les licences étendues (ou élargissement de répertoire) comme une esquisse de solution au problème. Ces solutions ont eu tendance à mettre l'accent sur des types spécifiques d'œuvres ou sur des utilisations spécifiques d'œuvres. Mais en y regardant de près, la différence entre les approches est largement une question de degré, car si l'incapacité à localiser un titulaire de droits peut constituer un obstacle absolu à une opération de marché, l'utilisation d'œuvres non disponibles dans le commerce ou l'obtention d'utilisations spécifiques (notamment celles auxquelles s'appliquent les régimes ECL) sont souvent associées à des coûts de transaction trop élevés. Entre ces coûts trop élevés qui rendent toute transaction invraisemblable et une impossibilité complète, le fossé n'est pas immense.

Il serait utile d'étudier plus avant comment certains aspects des solutions proposées jusqu'ici pourraient être combinés pour élaborer des solutions plus nuancées. Il est important de comprendre la dimension du problème en cause et les recherches détaillées sur ce point sont rares. Plus de travail doit être fait pour obtenir des données sur le statut d'œuvre orpheline et, notamment, pour générer des échantillons représentatifs qui peuvent être extrapolés à de grandes collections. De même, l'étude de la valeur de ces œuvres et des coûts associés aux problèmes d'obtention d'autorisation qu'ils causent est nécessaire afin de pouvoir mettre en œuvre efficacement et rapidement des changements juridiques ciblés.