

Vol. 24, n° 2

Approche française des œuvres orphelines

Alexandra Bensamoun*

INTRODUCTION	243
1. LECTURE FRANÇAISE DU PROJET EUROPÉEN	251
1.1 Les institutions bénéficiaires	252
1.2 Les œuvres concernées	254
1.3 L'utilisation des œuvres.	259
2. DESTIN FRANÇAIS DU PROJET EUROPÉEN	261
2.1 La multiplicité des solutions envisageables	261
2.2 Les qualités juridiques d'une solution optimale	267
2.3 Œuvres orphelines, œuvres indisponibles ou le mélange des genres	271
CONCLUSION	276

© Alexandra Bensamoun, 2012.

* Maître de conférences HDR, directrice du Master 2 Droit des nouvelles propriétés, Université Paris-Sud 11 (Faculté Jean Monnet).

INTRODUCTION

1. L'avènement des technologies numériques oblige, sur de nombreux points, à une relecture du droit d'auteur. Construit dans une veine romantique, plaçant l'auteur au centre de toutes les attentions, le droit français est aujourd'hui tourmenté, en devenir. L'œuvre orpheline est l'un de ces lieux où le droit craque¹.

La notion est née des différents projets de bibliothèques numériques, comme *Europeana* ou *Google Books*, impliquant une numérisation massive en vue d'une mise à disposition en ligne des œuvres littéraires. La démarche a révélé une zone grise, dans laquelle une partie du patrimoine se trouve « gelée », dans l'impossibilité d'être légalement diffusée. En effet, l'œuvre orpheline est une œuvre sous droits mais sans titulaire identifié ou localisé, ce qui la place dans une situation inconfortable, l'excluant du champ du commerce : ni dans le domaine public, puisque encore protégée, ni en situation d'être commercialisée, faute de partenaire de négociation, l'œuvre orpheline navigue dans un « no book's land », une sorte de purgatoire, dans l'attente de l'écoulement du temps, antichambre du domaine public.

2. Les frontières exactes de la notion d'œuvre orpheline ne sont pas encore tout à fait fixées, ni hermétiques. On s'entend cependant sur un critère de qualification précis : l'obligation de recherches diligentes, avérées, sérieuses, on dit encore de bonne foi, qui fait prendre à la création son caractère orphelin. Au rebours, la condition

1. Not. J. GROFFE, « L'œuvre orpheline saisie par le droit, entre impératif de protection et objectif de diffusion », (2011) *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2620 ; Marie CORNU, « Des créations de fonctionnaires aux œuvres orphelines : la tentation de la dépossession », (2009), 1630 *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, suppl. ; Marie-Anne FERRY-FALL, « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *ibid.*, n° 1631 ; Emmanuelle TRICOIRE, « L'œuvre orpheline (réflexions sur la paternité en droit d'auteur) », [2006] *Revue Lamy Droit Civil* 70 ; France-Marie PIRIOU, « Les œuvres orphelines en quête de solutions juridiques », [octobre 2008] 218 *RIDA*, p. 3 ; Jean-François DEBARNOT, « L'expérience de l'INA relative à l'utilisation d'œuvres audiovisuelles et sonores éventuellement orphelines », *CCE* janvier 2010, p. 6 ; Jane GINSBURG *et al.*, « *Google book search*, les enjeux internationaux pour le droit d'auteur », *JCP G* 2010, 486.

n'est pas exigée pour les œuvres indisponibles, dont les exemplaires ne sont plus commercialisés. Pour autant, la concomitance des réflexions sur ces deux questions² prouve que la parenté existe. En effet, les catégories se chevauchent partiellement. Il faut dire qu'une œuvre dont le titulaire ne peut être retrouvé bénéficie rarement d'une commercialisation en cours.

3. Économiquement, la situation des œuvres orphelines engendre une perte de bien-être social³. Et leur statut – ou non-statut – actuel est préjudiciable pour tous : pour les titulaires, qui ne sont pas rémunérés et dont les œuvres ne sont pas diffusées ; pour les exploitants, qui voient ici leur échapper une part de marché potentiel ; pour le public, qui ne peut accéder à ces œuvres. Le souci est de savoir en quelle proportion, car les différentes évaluations du stock existant des œuvres orphelines ne concordent pas. D'autant que certaines des études économiques mettent en œuvre des méthodologies qui peuvent s'avérer contestables. Une étude prenant appui sur les chiffres de la SCONUL (*Society of College, National and University Libraries*) et prise en référence par la Commission européenne, estime qu'environ 13 % des livres sont orphelins en Europe. La *British Library* avance quant à elle le chiffre de 31 % (évaluation réalisée à partir d'un échantillon, dans sa collection, de 140 livres publiés entre 1870 et 2010). Une autre étude, française, considère encore que le nombre d'œuvres orphelines et d'œuvres épuisées s'élève à 57 % du stock d'œuvres publiées depuis 1900⁴.

En tout état de cause, il est difficile d'estimer la valeur économique de cet ensemble. Le phénomène, quelle que soit son ampleur, ne peut être corrélé à un marché en termes de chiffres d'affaires puisque, par définition, la demande réelle et la valeur potentielle des œuvres orphelines sont des données inconnues et sans doute bien plus faibles que la proportion en volume de ces créations. Cependant, leur valeur culturelle est indéniable. Ce « gel » des œuvres réduit non seulement la quantité d'œuvres disponibles mais aussi leur diversité.

2. En particulier, au niveau européen, voir pour les œuvres orphelines, la proposition de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, 24 mai 2011, COM (2011) 289 final et, pour les œuvres indisponibles, le *MoU* « *Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works* », 20 sept. 2011.

3. Pour une analyse économique de la question, voir Joëlle FARCHY *et al.*, « Optimizing use of Orphan Works while Respecting Intellectual Property Rights : A Law and Economics Perspective », *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2012, vol. 2, Issue 3.

4. *Ibid.*

4. Ce constat a motivé une réaction juridique pour sortir ces œuvres de la léthargie où elles sont enfermées. En France, le sujet a suscité la réflexion. C'est dire que la législation ne permettait pas de remédier à la difficulté.

D'abord, la jurisprudence⁵ refuse d'appliquer aux œuvres délaissées par leur créateur le mécanisme d'occupation, connu du droit des biens et qui consiste à autoriser l'acquisition, par préhension, des choses corporelles mobilières non actuellement appropriées. Ces créations ne deviennent pas des *res derelictae*, des « choses abandonnées ».

Ensuite, aucune exception française ne permet d'exempter la démarche. L'exception de copie privée⁶, qui impose que la reproduction soit réalisée *par et pour* l'usage privé du copiste, ne serait ici d'aucun secours, et ce, même si on peut noter en jurisprudence⁷ une tendance à élargir le bénéfice de l'exception au cercle de famille⁸, exception propre au droit de représentation. De même, la récente exception de presse⁹ ne s'applique qu'aux œuvres d'art graphiques, plastiques ou architecturales et elle est obligatoirement liée à l'infor-

5. CA Paris, 6 mai 1931, *DP* 1931, II, 88, note NAST.

6. *Code de la propriété intellectuelle* (CPI), art. L. 122-5, 2° : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective [...] ».

7. Voir CA Montpellier, 3^e ch. corr., 10 mars 2005, affaire *Aurélien D.*, not. [avril 2005] *Propriétés Intellectuelles*, p. 168, obs. Pierre SIRINELLI : l'arrêt étend la catégorie aux « copains », expression d'ailleurs critiquable. La cassation se fait sur un autre point et la cour de renvoi, appelée à se prononcer sur la question de la source, s'en sort par une dérobade en envisageant plus strictement l'usage privé. Sans exiger un usage strictement personnel, elle impose un minimum de « contrôle » sur la copie (CA Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 5 septembre 2007, not. [2008] *Revue trimestrielle de droit commercial*, p. 301, obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN). – Voir aussi les deux arrêts d'appel dans l'affaire *Mulholland Drive* : la première décision accorde le bénéfice de la copie privée puisque la copie est faite « pour être utilisée, certes à l'extérieur de son domicile, mais dans un cercle familial restreint » (CA Paris, 22 avril 2005, not. *D.* 2005, p. 1573, comm. Céline CASTETS-RENARD : la cassation se fait sur le point du triple test). Dans la seconde, les juges affirment que « l'usage privé ne saurait être réduit à un usage strictement solitaire de sorte qu'il doit bénéficier au cercle des proches, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié » (CA Paris, 4^e ch., sect. A, 4 avril 2007, not. *CCE* mai 2007, comm. 68, note Christophe CARON).

8. CPI, art. L. 122-5, 1° : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ».

9. CPI, art. L. 122-5, 9°, al. 1^{er} : « La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière [...] ».

mation, ce qui n'est pas l'objectif de diffusion des œuvres orphelines. L'exception pédagogique¹⁰, qui n'autorise que l'utilisation d'« extraits » et est entourée de conditions telles qu'elle en devient inefficace (on est tenté d'écrire ici « burlesque »...), ne serait pas d'une plus grande utilité. D'aucuns ont pu également se demander si la jurisprudence *Microfor*¹¹, proposant une lecture hétérodoxe, et même *contra legem*, de l'exception de courte citation¹², ne pouvait pas bénéficier à *Google Books* notamment. Mais il faut rétorquer que c'est ici l'intégralité de l'ouvrage qui est numérisé, même si on en consulte des extraits en fonction des mots clés. D'autant que la doctrine majoritaire considère que la solution *Microfor* n'est plus de droit positif depuis qu'il existe une législation sur les bases de données¹³.

Certes, le *Code de la propriété intellectuelle* (CPI) contient bien un article qui pourrait, à première vue, offrir une solution. L'article L. 122-9 dispose en effet : « 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 vacance ou de déshérence. – Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture »¹⁴. Le recours au

-
10. CPI, art. L. 122-5, 3^o, e) : « La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire [...] ».
 11. Assemblée plénière, 30 octobre 1987, not. *JCP G* 1988, II, 20932, rapport du Conseiller X. NICOT et note Jérôme HUET ; *JCP E* 1988, II, 15093, note Michel VIVANT et al. ; [janvier 1988] 135 *RIDA*, p. 78, concl. J. CABANNES.
 12. CPI, art. L. 122-5, 3^o, a) : « Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». – En l'espèce, la Cour de cassation avait en effet appliqué la limitation à une base de données exclusivement constituée de citations d'articles parus dans des journaux français, accessibles par un système de mots-clés, en l'absence donc d'œuvre citante, alors même qu'il s'agit là d'une condition de l'exception.
 13. Mais la jurisprudence européenne obligera peut-être à admettre le contraire (voir CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145-10, *Painer c. Axel Springer* : le document citant n'a pas à être une œuvre).
 14. Comparer CPI, art. L. 211-2 en matière de droits voisins : « Outre toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, le ministre chargé de la culture peut saisir

juge permettrait donc d'obtenir une autorisation exceptionnelle d'exploitation. Mais les obstacles sont nombreux. De manière pragmatique, il faut noter que la démarche devrait être réalisée œuvre par œuvre, ce qui ruine l'intérêt de la proposition tant les œuvres orphelines nécessitent un traitement massif. En outre, le délai exigé par la procédure judiciaire et son coût nuiraient à l'efficacité économique de la solution. Plus juridiquement, ce texte d'exception qui envisage une réponse ponctuelle, parce qu'il est dérogoratoire, doit recevoir une interprétation stricte : *exceptio est strictissimae interpretationis*. Il ne saurait dès lors devenir la solution de principe pour les œuvres orphelines.

Enfin, la seule voie, encore inexplorée et qui semble un argument juridique possible, est celle de la bonne foi, fondée sur le droit commun. Les diligences réalisées constitueraient alors une preuve de celle-ci et exonéreraient l'exploitant de tout comportement délictueux. Mais le droit commun ne permettra pas d'excuser un acte de contrefaçon, pour lequel la bonne foi est justement, en France, indifférente¹⁵.

5. Dans ces conditions, le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), instance consultative indépendante chargée de conseiller le ministre de la Culture et de la Communication en matière de la propriété littéraire et artistique, a, par le biais de deux commissions dédiées, rendu deux rapports sur les œuvres orphelines¹⁶.

Constatant que le phénomène n'a pas la même prégnance selon les secteurs de la création, le premier, en 2008, propose la mise en place de solutions différenciées : *statu quo* pour la musique et l'audiovisuel, lesquels peuvent se suffire des mécanismes exceptionnels existants¹⁷ ; mise en place d'un système spécifique dans les domaines de l'écrit et de l'image fixe, où l'ampleur du phénomène impose une

l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou déshérence ».

15. Voir not., critique sur la question, Pierre-Yves GAUTIER, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », [avril 2002] *Propriétés Intellectuelles*, p. 28.

16. Le CSPLA donne la définition suivante de l'œuvre orpheline : « une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses ». Les rapports sont disponibles en ligne : <<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Commissions-specialisees>>.

17. CPI, art. L. 122-9 et L. 211-2 : voir *supra*, n° 4 (et note).

modification du donné légal. En effet, en matière d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, les œuvres orphelines ont un caractère très marginal du fait de la présomption légale de cession des droits au profit du producteur et, s'agissant de la chaîne contractuelle, de l'existence, depuis 1944, du RPCA (Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel). Certaines difficultés peuvent certes survenir lorsque le contrat de production audiovisuelle arrive à son terme et qu'il convient de revenir vers les auteurs pour renégocier les droits. Mais la solution est généralement apportée par le recours à la gestion collective, la personne intéressée pouvant s'adresser, pour ce faire, à la SACD. S'agissant des œuvres musicales, les autorisations générales (contrat général de représentation) qui sont données par la SACEM aux organismes de radiodiffusion ou aux chaînes de télévision comprennent nécessairement les droits relatifs aux quelques œuvres orphelines susceptibles d'exister en la matière puisque les auteurs de la quasi-totalité du répertoire existant sont membres de cette société de gestion collective. La difficulté est alors dans ce cas, au pire, la répartition des redevances mais non l'autorisation de réutiliser l'œuvre. Il n'y a donc pas d'immobilisation des œuvres. Au rebours, pour les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, la commission a proposé un système de gestion collective obligatoire, inspiré du modèle de la gestion d'affaires¹⁸ et organisé par des dispositions légales spécifiques. Les sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) auraient été chargées de mettre en place un portail commun comportant toutes les informations utiles aux utilisateurs potentiels (démarches à suivre, bases de données à jour et pertinentes). Elles auraient aussi dû délivrer des licences d'utilisation, non exclusives et de durée limitée, contre rémunération, les droits ainsi collectés servant, d'une part, à rémunérer les ayants droit qui réapparaîtraient, d'autre part, à financer les bases de données et, enfin, après un certain délai, pouvant être affectées à l'action culturelle.

Le second rapport, remis en novembre 2011, est une réaction à la proposition de directive européenne sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines¹⁹. Il met en exergue quelques inquiétudes, notamment le risque d'insécurité juridique que repré-

18. *Code civil*, art. 1372 : « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire. – Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ».

19. 24 mai 2011, COM (2011) 289 final.

semblerait la mise en place d'une nouvelle exception ou encore l'articulation entre le régime de la directive et les régimes nationaux qui permettent d'atteindre l'objectif recherché par des moyens différents. Il critique l'exclusion des œuvres partiellement orphelines, proposant de statuer aussi sur les droits orphelins. La commission spécialisée note également que le dispositif mis en place créerait un système incitatif, au détriment des œuvres sous droits, et elle dénonce en conséquence l'absence de mécanismes de régulation²⁰. On peut aussi relever que l'autorité regrette l'absence d'engagement de la proposition de directive s'agissant de la nécessité de mettre en place des mécanismes de prévention qui permettraient de tarir la source des œuvres orphelines.

Pour autant, cette réflexion normative française ne s'est pas traduite dans les textes. En effet, si l'œuvre orpheline a récemment intégré le paysage législatif²¹, le droit français ne connaît qu'une définition de la notion, elle-même orpheline de régime.

6. Au niveau européen, la proposition de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines de mai 2011 vise à faciliter la reproduction et la diffusion sous forme numérique de ces œuvres dormantes, au profit de certaines institutions du type bibliothèques, musées, archives... Elle envisage « de créer un cadre juridique garantissant un accès transfrontière en ligne licite aux œuvres orphelines figurant dans les bibliothèques ou archives en ligne administrées par diverses institutions visées dans la proposition, dès lors que ces œuvres sont utilisées dans l'exercice de la mission d'intérêt

20. Ceux-ci pourraient figurer à trois niveaux. Premièrement, il conviendrait de préciser la « mise à disposition » des œuvres orphelines contenue dans l'article 6 de la proposition, laquelle pourrait être limitée, pour les utilisateurs, aux usages à des fins personnelles et à des fins d'enseignement et de recherche ; en revanche, la commission émet des doutes sur l'idée de la restreindre à la diffusion sans faculté de téléchargement, le *streaming* étant plus compliqué à manier pour l'utilisateur. Du point de vue des organismes concernés par l'article 6, dans la mesure où ceux-ci remplissent une mission d'intérêt public, la « mise à disposition » des œuvres orphelines ne devrait pouvoir poursuivre un objectif commercial, qu'il soit direct ou indirect (par le biais de recettes publicitaires). Deuxièmement, la commission avance l'idée d'une compensation équitable au titre des utilisations de l'article 6, mais le principe d'une rémunération n'emporte pas consensus. Troisièmement, certains membres de la commission proposent de mentionner dans la directive la possibilité d'un recours aux sociétés de gestion collective pour la mise en œuvre du dispositif (contrôle des recherches diligentes, délivrance de l'autorisation d'exploitation, fixation, perception et répartition d'une rémunération, etc.).

21. CPI, art. L. 113-10 (loi du 1^{er} mars 2012 sur les livres indisponibles). – Voir *infra* nos 34 s.

public de ces institutions »²². L'objectif doit être atteint grâce au principe de reconnaissance mutuelle entre les États membres. L'harmonisation se réalisera alors par l'obligation de recherches diligentes des titulaires de droits dans l'État où l'œuvre a été initialement publiée et qui conditionnera le statut d'œuvre orpheline dans toute l'Union. Cette qualification permettra de reproduire et de mettre en ligne ces créations sans autorisation préalable, dans un but culturel ou éducatif, l'ayant droit pouvant mettre fin à cette situation, le cas échéant.

Mais la réflexion européenne est pendante et l'urgence initialement annoncée traîne un peu. La Commission des affaires juridiques du Parlement européen a déposé un projet de rapport, proposant un certain nombre d'amendements²³. En outre, le texte initial a déjà évolué puisqu'une version de compromis a été élaborée en février 2012 sous l'égide de la Présidence du Conseil de l'Union européenne²⁴. Celle-ci réalise des modifications substantielles puisqu'elle amende rien de moins que la définition de l'œuvre orpheline ou encore la portée de l'utilisation promise. C'est dire que les choses ne sont pas définitives²⁵ et que les analyses d'aujourd'hui ne seront pas celles de demain. Les frontières sont encore floues, volatiles. Car au-delà du sujet des œuvres orphelines, cette intervention législative marque aussi la politique de l'Union en matière de propriété littéraire et artistique. Or, en ces temps de contestation, on sait que chaque texte est scruté, prétexte à polémiques et à remises en cause. Dans ces conditions, ce point de vue de France est nécessairement provisoire, soumis à la mouvance du sujet. Aussi s'autorisera-t-on, à l'analyse du paysage normatif ou en voie de normativité, quelques réflexions plus générales, dépassant la contingence des textes.

7. Les œuvres orphelines suscitent donc l'intérêt, c'est indéniable. Pourtant, les résultats ne sont pas à la hauteur. En effet, le projet européen, que ce soit dans sa mouture initiale comme dans sa version de compromis, suscite bien des interrogations, que le juriste

22. Exposé des motifs, Proposition de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, précitée.

23. Procédure 2011/0136 (COD), projet de rapport PE472.338, rapporteure : Lidia Joanna GERINGER DE OEDENBERG : <[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2011/0136\(COD\)#foreCast](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2011/0136(COD)#foreCast)>.

24. <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st06/st06714.en12.pdf>>.

25. Cette étude commentera principalement la proposition de directive de la Commission européenne. Les propos seront parfois enrichis de comparaisons avec les évolutions proposées par la version de compromis. Nous parlerons de la proposition de directive pour viser la version initiale de la Commission et de la version de compromis pour faire référence à celle de la Présidence du Conseil.

français ne peut s'empêcher de noter. Et la France n'est pas en reste sur la question car tenter d'imaginer la transcription en droit français du projet européen, c'est accepter l'idée d'une solution d'opportunité, voire en trompe-l'œil, plus que d'une réforme générale et ambitieuse. À l'heure où l'on déplore la multiplication – et même l'empilement sans cohérence – des lois pointillistes, étriquées, réactionnelles, faisant l'économie d'une vision d'ensemble et à long terme²⁶, il faut craindre que les œuvres orphelines ne permettent pas de remédier à ce trait malheureux qui caractérise désormais les réformes françaises en propriété littéraire et artistique. Ainsi, la proposition d'une approche française des œuvres orphelines se traduira par une lecture, une évaluation, du projet européen lui-même avant d'en imaginer le destin.

1. LECTURE FRANÇAISE DU PROJET EUROPÉEN

8. *De lege ferenda*, le droit des œuvres orphelines sera européen. L'Union a en effet déposé une proposition de directive, dont on nous a plusieurs fois promis l'adoption rapide. Présenter une lecture française du projet européen, c'est combiner une analyse du texte aux réflexes d'un juriste de l'Hexagone, enclin à la critique... Aussi, examinant les principaux traits saillants du texte – les institutions bénéficiaires, les œuvres concernées et l'utilisation des œuvres –, il y a lieu de considérer que l'objectif affirmé de libre circulation des connaissances et des innovations dans le marché intérieur (considérant 2 de la proposition de directive) apparaît difficile à atteindre. Les contours du texte européen peuvent ainsi apparaître imprécis. À tout le moins, certaines notions ou propositions suscitent le doute et ouvrent à l'interprétation. En ces temps de prise de pouvoir évidente de la Cour de Justice de l'Union européenne²⁷, l'incertitude offerte par le texte, s'il reste en l'état, laisse augurer de belles décisions...

26. Sur ce point, voir notre article « Portrait d'un droit d'auteur en crise », [avril 2010] 224 *RIDA*, p. 2.

27. Il n'est qu'à songer à la recrudescence de notions autonomes, qui doivent faire l'objet d'une interprétation uniforme dans tous les États membres, sachant que celle-ci est donnée par la Cour de Justice : CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Info-paq*, not. [octobre 2009] *Propriétés Intellectuelles*, p. 378, obs. Valérie-Laure BENABOU ; CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-467/08, *Padawan*, not. Valérie-Laure BENABOU, « Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de « compensation équitable » ou rien ne change mais tout change », disponible en ligne sur <juriscom.net>.

1.1 Les institutions bénéficiaires

9. L'article 1^{er} de la proposition de directive fait référence aux « bibliothèques, établissements d'enseignement et musées accessibles au public ainsi [qu'aux] archives, institutions depositaires du patrimoine cinématographique et organismes de radiodiffusion de service public ». Le texte européen, confirmé ici par la version de compromis²⁸, réserve le bénéfice du système aux institutions ayant une « mission d'intérêt public ». L'utilisation projetée de ces œuvres doit contribuer à l'accomplissement de cet objectif, « notamment la préservation et la restauration des œuvres de leurs collections et la fourniture d'un accès à ces œuvres à des fins culturelles et éducatives ».

10. Dans une interprétation téléologique, il serait possible de considérer que ne peuvent être regardés comme « institutions bénéficiaires » que les établissements qui gèrent un service public administratif. Et en tout état de cause, même en interprétant le texte de façon plus souple, il faudrait réserver le bénéfice du régime des œuvres orphelines aux seuls établissements d'intérêt public. Soit parce que ne peuvent être envisagés que les établissements qui ont participé à la sauvegarde ou la conservation des biens culturels en engageant des frais et qui trouveraient dans la faculté offerte par la directive une contrepartie aux efforts consentis. Soit encore parce que l'on estime que ces établissements sont les seuls à offrir une certaine garantie dans la mesure où ils sont déjà rompus au double exercice de conservation des œuvres et de mise à la disposition de ces dernières au public sans recherche de profit et dans le respect des droits des auteurs. Dans ces conditions, en ne poursuivant aucun intérêt commercial, ces institutions ne seraient que les gardiennes d'un équilibre auparavant trouvé et désormais poursuivi dans de nouvelles activités. Une utilisation marchande de l'œuvre orpheline, voire une utilisation seulement « secondaire », c'est-à-dire par d'autres acteurs que ceux expressément envisagés par le texte, semble alors exclue.

Mais le texte de la directive est-il limitatif ? Autrement dit, les États membres ont-ils ici quelque liberté, peuvent-ils envisager d'autres bénéficiaires, ou le contenu normatif de cette disposition est-il obligatoire et fermé, interdisant une transposition extensive ?

28. On peut noter que le projet de rapport de la Commission des affaires juridiques propose de supprimer la référence au service public pour les radiodiffuseurs, ouvrant ainsi l'utilisation des œuvres audiovisuelles à l'ensemble des radiodiffuseurs et non plus seulement aux radiodiffuseurs publics.

11. Si, au rebours, on s'attache davantage à la satisfaction de l'intérêt général, il serait alors possible d'inclure parmi les bénéficiaires toutes les institutions, publiques ou privées, dont les activités poursuivent directement ou indirectement ce but, mais à la condition d'encadrer cette ouverture par la prise en compte d'un certain nombre de garanties – la moindre n'étant pas celle d'une rémunération des auteurs, car l'extension du champ en transforme l'économie. D'ailleurs, l'article 1^{er} de la proposition de directive ne spécifie pas que seuls les organismes *publics* sont ici concernés. Il faut dès lors se demander si une fondation à vocation culturelle ne pourrait pas être bénéficiaire de la dérogation. Sans compter que certains musées sont privés. La distinction à faire serait alors non plus public-privé, mais commercial-non commercial. C'est ce qu'on peut penser à la lecture de l'article 6.3, dans sa version initiale, lequel autorise les partenariats, éclairé par le considérant 18, qui évoque des « partenaires commerciaux ». D'ailleurs, l'article 7 de la proposition envisage expressément l'utilisation commerciale, dite pudiquement « à des fins autres que celles visées à l'article 6, § 2 », en y accolant un certain nombre de garanties, dont la rémunération du titulaire en cas de réapparition²⁹.

Mais la version de compromis du texte européen a profondément remanié cet aspect, obligeant à une autre analyse, même s'il n'est pas assuré que l'exclusion des usages commerciaux soit définitive. L'article 7 a disparu et l'article 6 évoque désormais expressément la liberté contractuelle des institutions concernées dans la poursuite de leur mission d'intérêt public, en particulier les accords de partenariat « public-privé ». Encore que la frontière entre les deux secteurs n'est pas toujours tranchée et elle peut en outre fluctuer d'un État membre à l'autre. Notamment, le domaine du « public » se définit-il par son origine étatique ou par sa mission ? Par exemple, où classer l'« utilité publique » reconnue de certaines associations qui possèdent des fonds documentaires ?

12. Ainsi, la proposition européenne ne permet pas de délimiter clairement la catégorie d'institutions qui pourront bénéficier du régime d'exception. Il en va de même des œuvres concernées.

29. La coexistence d'exploitations par une institution publique ou plutôt non commerciale, d'une part, et par une entreprise privée, à but lucratif, d'autre part, serait cependant susceptible de conduire à des distorsions de concurrence si la même œuvre connaît en réalité deux régimes distincts (notamment dans son volet économique) suivant l'opérateur concerné.

1.2 Les œuvres concernées

13. La compréhension du champ d'application de la proposition de directive commande en outre de s'intéresser à la notion d'œuvres ici visées. Et là encore, des défauts peuvent être relevés. Au-delà de la traditionnelle question de la marge de manœuvre laissée aux États membres, trois questions principales se posent.

14. En premier lieu, toutes les œuvres sont-elles concernées, quel que soit leur genre ? Un constat s'impose : la proposition de directive se limite à l'appréhension de certaines catégories d'œuvres orphelines seulement. Elle traite ainsi des œuvres publiées sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits, y compris les œuvres incorporées dans celles-ci, ainsi que les œuvres audiovisuelles et cinématographiques figurant dans les collections des institutions dépositaires du patrimoine cinématographique et les œuvres sonores, audiovisuelles et cinématographiques figurant dans les archives des organismes de radiodiffusion de service public et produites par ceux-ci (art. 1.2). Dans le domaine de l'imprimé, elle s'applique aussi aux œuvres visuelles, telles que les photographies et illustrations, figurant dans de tels ouvrages publiés. En l'état, le texte ne couvre donc que l'écrit publié (et les illustrations qui y sont intégrées) et encore, lorsqu'il appartient aux fonds des bibliothèques, établissements d'enseignement, musées et archives accessibles au public et lorsque ces œuvres sont utilisées dans l'exercice de la mission d'intérêt public de ces institutions. C'est dire que le projet européen, s'il était ainsi retenu, serait doublement limité : d'abord, parce que tous les genres ne sont pas concernés, ensuite parce que la reprise est bornée par la nature juridique – incertaine, comme on l'a vu – des entités ayant à les connaître, entités assurant des missions culturelles et éducatives. On est loin d'un traitement transversal de toutes les œuvres orphelines. Cette absence d'approche globale a d'ailleurs été regrettée en France dans la Résolution européenne du Sénat sur la proposition de directive³⁰. En effet, quel traitement faudrait-il alors réserver aux autres œuvres, que ce soit les œuvres visuelles indépendantes ou les phonogrammes, ou aux vidéogrammes appartenant également aux fonds des établissements (bibliothèques, musées, etc.), ou encore aux œuvres non publiées, nombreuses dans certains fonds de ces établissements souvent spécialisés ? D'autant que l'usage des vidéogrammes et des phonogrammes orphelins est implicitement autorisé pour d'autres organisations que les établissements que l'on vient de mentionner. Aussi la distinction selon

30. Sénat, n° 191, 26 juill. 2011 : <<http://www.senat.fr/leg/tas10-191.html>>.

le type d'organisations faite par la directive serait-elle pour le moins étrange, voire contreproductive pour la préservation du patrimoine.

La version de compromis a cependant en partie entendu ces critiques. L'article 1.2 (2) propose en effet d'inclure dans le champ de la directive les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, ainsi que les phonogrammes, appartenant aux collections des bibliothèques, établissements d'éducation, musées accessibles au public, et archives ou encore organismes dépositaires du patrimoine audiovisuel et sonore. Les fonds concernés sont donc plus nombreux. En outre, entrent désormais dans le périmètre de la directive les œuvres et phonogrammes qui n'ont pas été publiés ou radiodiffusés, mais qui ont été rendus accessibles au public par les institutions visées avec le consentement des titulaires, à la condition qu'il soit raisonnable de penser que le titulaire n'aurait pas refusé ce type d'usages (art. 1.2a). Cependant, comment se fera l'appréciation de la volonté supposée – et nécessairement conjecturale – du titulaire ? Il faut ici craindre une jurisprudence fluctuante, voire contestable³¹, et donc des divergences au sein même de chaque État membre.

15. En deuxième lieu, doit-on prendre en considération toutes les œuvres, quelle que soit leur nature, c'est-à-dire quel que soit leur statut juridique ?

15.1. S'agissant des œuvres partiellement orphelines, la question pouvait sembler réglée puisque l'Union avait initialement fourni une réponse d'exclusion. La proposition indique « Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et localisé, elle n'est pas considérée comme orpheline » (art. 2.2). Mais l'affirmation, si elle est respectueuse des principes fondamentaux du droit d'auteur, ruine également l'essentiel du champ de la directive. Car l'hypothèse n'est pas que théorique, au contraire ! Il faut d'abord compter avec les œuvres pouvant recevoir une double protection, droits d'auteur et droits voisins pour les créations musicales ou audiovisuelles. Il peut également arriver que la situation soit complexe pour les seuls droits d'auteur, soit qu'un démembrement ait été prévu et existe encore en fonction des différents modes d'exploitation, soit que l'œuvre connaisse plusieurs auteurs

31. Comme en matière d'appréciation *post mortem* de la volonté de l'auteur dans le cadre d'une action formée par les héritiers sur le fondement du droit moral. Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 30 janvier 2007 *JCP G*, II, 10025, note Christophe CARON et notre article « Victor Hugo et le droit d'auteur : suite et... suite », [mars 2007], 831 *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*.

ou titulaires de droits dont l'assentiment devrait être recherché. En droit français, le statut de l'œuvre de collaboration met en présence des coauteurs ayant des droits indivis sur l'œuvre, en sorte que l'unanimité des consentements doit être recherchée pour tout acte d'exploitation. Le statut de l'œuvre collective peut paraître dans un premier temps plus simple en ce que l'instigateur est *ab initio* investi des droits, mais il existe un nombre non négligeable d'incertitudes quant aux possibilités d'exploitations dérivées, sans parler de l'hypothèse d'une exploitation séparée d'une contribution individuelle. De même, les œuvres composites sont très souvent redevables du respect des droits des créateurs dont des apports sont empruntés et réutilisés. Or, l'impossibilité d'exploiter les œuvres incluses dans une œuvre seconde bloque l'exploitation de cette œuvre dérivée qui l'inclut. La position européenne suscitait donc plus de difficultés qu'elle n'en réglait.

Aussi la version de compromis est-elle revenue sur ce point. En effet, consciente de l'inefficacité d'une telle prise de position, elle propose au rebours d'inclure les œuvres semi-orphelines dans le champ de la directive, et ce, sans préjudice des droits du titulaire présent³², ni par ailleurs des dispositions nationales relatives aux œuvres anonymes ou pseudonymes. Mais ici, il faudra préciser l'articulation entre le régime d'autorisation préalable du titulaire retrouvé et le régime d'autorisation imposée du ou des titulaires défaillants. Et là encore, les divergences entre les États membres risquent fort d'être notables.

15.2. Le statut juridique de l'œuvre orpheline impose aussi de s'interroger sur le concept d'œuvre protégée et publiée, qui borne la notion.

D'abord, le texte européen ne concerne que les œuvres encore protégées. L'accord sur ce point tombe sous le sens : les œuvres tombées dans le domaine public sont plus facilement réutilisables dans la mesure où il n'y a pas lieu, *a priori*, d'en rechercher les éventuels ayants droit. L'observation mérite cependant d'être nuancée car la distinction peut révéler un cercle vicieux. Ne pas pouvoir identifier les ayants droit, et notamment les auteurs, peut avoir pour conséquence de conduire à un certain nombre d'interrogations à propos du statut d'œuvre encore protégée par le droit d'auteur, la durée de pro-

32. Art. 6.2 et 6.3 du texte de compromis de la Présidence du Conseil de l'Union. Le rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement propose la même extension.

tection étant le plus souvent calculée en fonction de la durée de vie des auteurs.

Ensuite, il y a lieu de remarquer que toutes les législations n'accordent pas la même place au droit moral de l'auteur. Certains États reconnaissent de fortes prérogatives aux créateurs et aux artistes-interprètes là où d'autres se contentent du minimum imposé par les conventions internationales. Par exemple, le droit au respect de la famille romano-germanique est plus protecteur des intérêts des créateurs que celui des pays de *copyright* qui, pour sanctionner l'utilisation qui est faite de l'œuvre, exigent souvent, en plus de la modification de l'œuvre, une démonstration d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Ainsi, en France, il a pu être jugé que le voisinage d'une œuvre avec d'autres ou la mise à disposition de celle-ci corrélativement à d'autres pouvaient être regardés comme attentatoires au droit au respect de l'intégrité, alors même qu'il n'y a pas modification de la forme de l'œuvre, mais en raison de l'atteinte à l'esprit de cette dernière. Or, l'hypothèse sera bien celle pour laquelle on cherche une solution. En outre, certains États reconnaissent le droit de divulgation (que la Convention de Berne n'impose pas), au point que le système français prévu pour les œuvres orphelines n'envisage d'application de ce statut qu'à une « œuvre protégée et divulguée » (CPI, art. L. 113-10). Le dernier adjectif est quasiment incompréhensible pour, par exemple, un juriste américain qui connaît essentiellement la notion de « publication »³³, relevant d'une autre logique. S'il est vrai que, dans certains cas, publication et divulgation peuvent coïncider, il peut arriver, précisément en France, qu'une œuvre publiée ne soit divulguée que pour certaines utilisations. Il n'y a alors pas coïncidence entre les deux notions. Il peut également advenir qu'une œuvre divulguée n'ait jamais été publiée (manuscrit non édité, thèse n'ayant pas fait l'objet d'une commercialisation, rapport de recherche, voire missive ou journal intime). La distinction entre ces deux notions est d'autant plus importante que, dans certains États dont la France, le titulaire du droit moral et le titulaire des droits patrimoniaux ne sont, la plupart du temps, pas une seule et même personne, cette disjonction de titu-

33. Selon l'article 3.3 de la Convention de Berne, « par "œuvres publiées", il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture ».

larité étant la conséquence du caractère inaliénable du droit moral ou des règles de dévolution successorale différentes suivant les prérogatives en cause. Une œuvre pourrait donc être regardée comme orpheline du point de vue des titulaires (cessionnaires) des droits patrimoniaux, alors même que le titulaire du droit moral serait identifiable...

Comment réglera-t-on alors la difficulté ? Le droit moral doit-il ici s'effacer devant ce régime spécial ? Cela paraîtrait surprenant en droit français ! Certes, la prise en considération du statut de l'œuvre dans le pays d'origine peut être, dans un premier temps, une solution à ces difficultés. Mais cela suppose que les acteurs qui aspireront à la reprise de ces œuvres soient au fait des subtilités de chacun des systèmes juridiques. Sans compter avec les difficultés d'une mise à disposition transfrontalière qui fait qu'un titulaire du droit moral sera éventuellement susceptible d'en revendiquer le bénéfice non devant une juridiction du pays d'origine mais auprès d'un juge du pays où l'œuvre est désormais accessible...

15.3. En troisième lieu – et en définitive –, il faut se demander ce qu'est réellement une œuvre orpheline. Le critère qualifiant est en l'espèce la « recherche diligente des titulaires de droits » (art. 3 de la proposition). Il s'agit d'ailleurs de la seule notion harmonisatrice du projet européen puisque celui-ci se contente de poser un principe de reconnaissance mutuelle. Pourtant, là encore, les doutes sont nombreux. L'organisme bénéficiaire devra en effet consulter « les sources appropriées », celles-ci étant « pour chaque type d'œuvre déterminées par chaque État membre en concertation avec les titulaires de droits et les utilisateurs, et comprennent notamment les sources énumérées à l'annexe ». Cette recherche, qui doit être réalisée dans l'État de première publication ou radiodiffusion, devra « être effectuée de bonne foi » (cons. 12). Si l'on comprend, d'un point de vue pragmatique, que la liste proposée ne soit pas exhaustive et qu'elle puisse être différente selon les États, il faut craindre également des divergences dans le niveau exigé des investigations et donc, plus généralement, dans le niveau de protection de ces œuvres ou plutôt des titulaires de droits³⁴. En ce sens, les États pourront-ils imposer que la recherche s'effectue dans un nombre minimum de fichiers, voire dans toutes les sources retenues ? La version de compromis du texte européen semble d'ailleurs s'orienter en ce sens, en proposant

34. Notons d'ailleurs que la loi française a choisi d'imposer des « recherches diligentes, avérées et sérieuses ». Faut-il conclure de cette trilogie un degré d'exigence plus élevé face à l'unicité européenne ou n'y a-t-il là qu'une figure de style, une redondance, manière d'« enfoncer le clou » ou faux-semblant ?

que la recherche concerne non plus « notamment » mais « au moins » les sources annexées (art. 3.2).

16. Au-delà du champ d'application de la législation projetée, c'est aussi le périmètre de l'utilisation autorisée des œuvres orphelines qui laisse perplexes.

1.3 L'utilisation des œuvres

17. La proposition de directive, dans sa version initiale, opère une distinction entre les utilisations liées à l'exécution de la mission de service public par les institutions visées (art. 6) et les utilisations commerciales (art. 7). Les deux dispositions, dont l'articulation suscite le doute, portent cependant le même titre, faisant croire à une continuité. Le versant commercial a été supprimé dans la version de compromis, mais il n'est pas assuré que cet aspect ne réapparaisse pas au cours de la procédure, car les pressions sont fortes en ce sens.

18. Aux termes de l'article 6 de la proposition de directive, les organismes visés sont autorisés, dans le cadre de leur mission de service public, à reproduire, à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration, et à mettre à disposition du public, en ligne, les œuvres orphelines se trouvant dans leurs fonds. Pour autant, plusieurs éléments devront être précisés.

18.1. Notamment, l'article 6.2 indique que les missions d'intérêt public « incluent notamment la préservation et la restauration des œuvres de leur collection et la fourniture d'un accès à ces œuvres à des fins culturelles et éducatives ». La version de compromis est ici identique. Outre l'utilisation de l'adverbe exemplatif, qui ouvre la voie à la discussion, il faudra se demander ce que recouvre exactement l'objectif culturel et éducatif. La volonté de diffuser une œuvre tombée dans l'oubli est-elle à elle seule une preuve de la fin culturelle ou faut-il un projet d'envergure de diffusion de la culture ? De même, le but éducatif impose-t-il de s'adresser à une communauté particulière, en limitant les accès (ce qui ruinerait en grande partie l'intérêt de la proposition) ? Par ailleurs, la mise à disposition doit-elle se faire obligatoirement dans le format originel ? Et une fois l'œuvre orpheline mise en ligne, quelle sera la marge de manœuvre des utilisateurs ? Pourront-ils la télécharger (intégralement ?) ou devront-ils se contenter d'une lecture en *streaming* ? L'utilisation devra-t-elle nécessairement être personnelle ou encore poursuivre une fin didactique ?

18.2. En outre, même si, dans ce cadre, des partenariats peuvent être conclus pour la numérisation et la diffusion des œuvres orphelines, aucune rémunération n'est expressément envisagée dans la première version de cet article 6. Certes, le considérant 18 prévoit que « Ces accords devraient pouvoir inclure une contribution financière de ces partenaires ». Mais qu'est-ce exactement que cette « contribution financière » et à qui est-elle destinée ? Surtout, la disposition, qui seule oblige les États membres, ne garde aucune trace de cette participation. Ce silence laisse sans doute la porte ouverte et donc n'exclut pas une possible rémunération des titulaires qui réapparaîtraient. Mais à nouveau, il faut craindre ici des divergences entre les États membres, divergences susceptibles de créer des distorsions de concurrence.

La version de compromis a cependant remanié cette disposition. Elle prévoit une rémunération – plus exactement une compensation, *fair compensation*³⁵ – pour le titulaire de droits mettant fin au statut orphelin de l'œuvre (art. 6.5), et ce, indépendamment de l'existence d'un partenariat. Cependant, même à considérer que l'exigence ne sera pas supprimée, quelles en seront les modalités exactes ? À qui faudra-t-il payer un prix pour l'utilisation ? À une société de gestion collective ou peut-être, en cas de partenariat, à l'institution publique cocontractante ? Mais à quel titre ? Cette institution n'est titulaire d'aucun droit de propriété littéraire et artistique. On pourrait aussi envisager que l'exploitant ait l'obligation de mettre la somme destinée au titulaire sous séquestre. Mais auprès de qui ? On pourrait enfin imaginer que l'exploitant n'ait à déboursier cette somme qu'en cas de réapparition du titulaire.

18.3. Par ailleurs, comment comprendre, dans la version de compromis, la référence de l'article 6.1 à la nécessité, pour les États membres, de mettre en place une « exception » ou une « limitation » aux articles 2 (reproduction) et 3 (communication au public) de la directive « société de l'information »³⁶. Le champ lexical utilisé ne va pas sans évoquer l'article 5, censé contenir toutes les exceptions et limitations permises. Est-ce à dire que la liste pourrait grossir d'une hypothèse supplémentaire ? Mais alors, comment interpréter le fait que le projet relatif aux œuvres orphelines conserve le principe de reconnaissance mutuelle ?

35. Il faut noter que la compensation équitable est désormais une notion autonome du droit de l'Union.

36. Dir. n° 2001/29/CE du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

19. À l'analyse, la proposition de directive de la Commission présente des contours flous et si la version de compromis a répondu à certaines interrogations, elle laisse des zones d'ombre relativement importantes. Dans ces conditions, il faut se demander quel pourrait bien être le destin d'un tel projet.

2. DESTIN FRANÇAIS DU PROJET EUROPÉEN

20. Les solutions envisageables pour régler le sort des œuvres orphelines et permettre leur exploitation numérique sont multiples. Pourtant, aucune n'est idéale. Tout au plus pourrait-on réfléchir aux qualités juridiques d'une solution optimale. Encore qu'il faudra se demander si la question est toujours d'actualité en France, où, pratiquant un mélange des genres entre œuvres indisponibles et œuvres orphelines, le législateur semble avoir partiellement résolu la difficulté.

2.1 La multiplicité des solutions envisageables

21. Il y a lieu de rappeler que la volonté harmonisatrice de l'Union est en définitive limitée s'agissant des œuvres orphelines. En effet, la proposition de directive (suivie en cela par la version de compromis) se contente de poser, à l'article 4, un principe de reconnaissance mutuelle, selon lequel « Une œuvre considérée comme orpheline dans un État membre conformément à l'article 2 est considérée comme orpheline dans tous les États membres ». Cette méthode a été préférée à l'harmonisation, laquelle aurait sans doute été complexe à mettre en œuvre (notamment au regard des pays nordiques qui retiennent le système des licences collectives étendues). Elle ne doit cependant pas être vue comme un blanc-seing total, l'Union promettant d'ailleurs, dans l'analyse d'impact accompagnant la proposition, d'en assurer un suivi, avec l'objectif, à long terme, de permettre le développement de bibliothèques numériques paneuropéennes³⁷. Les États ont donc l'obligation de mettre en place un régime, mais restent libres des modalités. Dans ces conditions, plusieurs scénarios sont envisageables.

37. SEC (2011) 616 final : « La Commission en suivra les incidences à court, moyen et long terme. À court terme, elle veillera à ce que tous les États membres adoptent une législation sur les œuvres orphelines. À moyen terme, elle vérifiera si le système de reconnaissance mutuelle permet un accès paneuropéen aux bibliothèques numériques à partir de n'importe quel point de l'UE. À long terme, elle mesurera la contribution de la législation sur les œuvres orphelines au développement général de bibliothèques numériques paneuropéennes ».

22. De manière générale, on pourrait concevoir, pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines, de revenir aux sources des blocages, en réformant certains aspects du droit d'auteur. On pourrait notamment étudier la mise en place de formalités pour justifier d'une durée très longue de protection (par exemple, enregistrement systématique de toute nouvelle œuvre dans un fichier), sur le modèle de la propriété industrielle, ou encore diminuer la durée des droits puisque la problématique des œuvres orphelines concerne des œuvres anciennes dont la durée juridique de protection dépasse largement la durée de vie commerciale.

En l'état du droit positif, ces solutions ne semblent pas envisageables. L'article 5.2 de la Convention de Berne interdit les formalités préalables pour l'accès à la protection³⁸. En outre, l'air du temps européen n'est pas à la baisse de la durée de protection ; au contraire, celle des droits voisins a récemment été portée de 50 à 70 ans³⁹.

23. Il convient dès lors d'imaginer en quoi pourrait consister la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle s'agissant des œuvres orphelines. Ce qui ne signifie pas que toute idée de fichier doit être ici bannie. En effet, l'une des causes principales de l'orphelinat est le manque d'informations disponibles sur les œuvres. Une base de données, sur le modèle de ARROW (*Accessible Registries of Rights information and Orphan Works towards Europeana*), intégrant la mention de la titularité, permettrait de pallier cette difficulté. L'Union européenne impose d'ailleurs dans sa proposition de directive la création de pareil outil, accessible au public et qui répertorierait le résultat des recherches menées et les utilisations qui sont faites des œuvres orphelines. L'enregistrement semble même faire partie intégrante de la définition de l'œuvre orpheline⁴⁰. Chaque État membre aurait la responsabilité de la mise en place d'une telle base, qui devrait pouvoir s'interconnecter avec les autres bases au niveau paneuropéen ; la consultation devrait être facilitée grâce à un point d'entrée unique. Cette solution permettrait de minimiser collectivement les coûts, tout en respectant les engagements internationaux. Pour autant, si elle vise à résorber le stock des œuvres

38. « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ».

39. Directive 2011/77/UE, 27 septembre 2011, modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

40. Voir art. 2.1 de la proposition de directive : « Une œuvre est considérée comme orpheline si le titulaire des droits sur cette œuvre 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 ». La version de compromis n'opère pas de modification sur ce point.

orphelines, elle ne prévient pas les situations futures d'orphelinat⁴¹. En outre, la constitution et la gestion d'une base de données informative présentent des risques économiques⁴² : le risque d'opportunisme, d'abord, qui conduirait l'utilisateur ayant engagé des coûts pour la recherche à s'affranchir de l'enregistrement dans la base (sauf à déléguer la tâche à une institution publique) ; le risque de passer clandestin, ensuite, les usagers potentiels préférant attendre que d'autres engagent les recherches pour ne pas en supporter les coûts, jusqu'à aboutir à une situation de *statu quo* (sauf à récompenser l'investisseur, mais comment ? Par une exclusivité, mais avec quelle légitimité ?) ; le risque lié à la gestion de la base, laquelle aura nécessairement, si on la souhaite efficace, un coût de fonctionnement (constitution, mise à jour, périodicité de révision...) ; le risque de concurrence déloyale, enfin, la base pouvant induire une sorte de « droit à la paresse » des usagers qui porteraient plus volontiers leur choix sur des œuvres orphelines plutôt que sur des œuvres avec titulaires identifiés (et donc précautionneux...).

En définitive, la base de données ne peut être qu'un élément de la solution et non une solution en elle-même à l'orphelinat. Il s'agira d'un outil complémentaire au régime des œuvres orphelines.

24. Sur le fond, une façon de gérer la question des œuvres orphelines, et qui dépasse d'ailleurs largement cette seule problématique, pourrait être l'admission de l'*opt-out* – option de retrait⁴³. L'idée est de considérer qu'il existerait une sorte de consentement tacite des personnes concernées par une mise en ligne mais que la volonté réelle (et non plus simplement présumée) de ces dernières doit être prise en considération si elle est *a posteriori* expressément exprimée. L'ayant droit qui reste passif délivrerait une permission implicite d'utilisation de ses œuvres, en sorte que tant que cette personne ne manifeste pas son désir de les voir retirées, leur mise à la disposition du public peut être regardée comme étant licite. Google avait déjà tenté d'imposer ce raisonnement dans son *Google Book Settlement*. Or, le mécanisme, appliqué aux livres épuisés, a été rejeté en mars 2011 par la justice américaine, considéré comme

41. Ce que regrettent en général les parties concernées. Voir par exemple la Proposition de résolution européenne sur les enjeux européens de la numérisation de l'écrit, Assemblée nationale, 6 mars 2012, n° 4452 : L'Assemblée « 7. Souhaite qu'une réflexion soit engagée pour élaborer un mécanisme permettant d'éviter l'apparition d'œuvres orphelines dans le futur ».

42. Sur le sujet, voir aussi Joëlle FARCHY *et al.*, précité, note 3.

43. Voir JORF n° 0300, 27 déc. 2009, texte n° 71, *Vocabulaire de l'informatique et de l'internet (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, avis de la Commission générale de terminologie et de néologie.

attentatoire aux fondements mêmes du droit d'auteur. Il est vrai qu'il a pu trouver un certain écho en France dans un arrêt *SAIF contre Google*, rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 janvier 2011. Certes, en l'espèce, les juges se prononçaient non sur le terrain du droit d'auteur, mais sur le régime juridique applicable à un opérateur technique qui, par l'intermédiaire de son moteur de recherche, reprenait intégralement des photographies. Or, ils ont décidé d'exonérer l'opérateur technique de toute responsabilité, en considérant que le titulaire de droits dispose des moyens techniques (par l'intégration de balises) d'empêcher le référencement de son œuvre. Ce faisant, la Cour de Paris peut laisser croire qu'elle admet le raisonnement suivant lequel ce n'est pas à celui qui met des œuvres à la disposition du public de solliciter l'autorisation de l'ayant droit mais au contraire à ce dernier de rendre cette utilisation impossible (ou conditionnée) ou de surveiller les moteurs de recherche et de se manifester pour interdire aux prestataires techniques la copie de ses œuvres⁴⁴.

Cela étant, outre le fait que le système de l'*opt-out* ne laisse guère de place à la condition de recherches diligentes, l'admission d'une telle solution semble difficile à envisager en droit d'auteur français⁴⁵ tant elle heurterait de front les principes de la propriété littéraire et artistique et imposerait en la matière un véritable changement de paradigme. En effet, le principe du monopole impose le consentement exprès et préalable à toute utilisation du titulaire de droits. En outre, il y a lieu d'observer que la promotion d'un tel mécanisme aurait pour résultat indirect mais inéluctable de transformer la propriété littéraire et artistique en droit qu'il conviendrait de revendiquer pour en assurer le respect. Or, on peut légitimement se demander s'il n'y aurait pas là un retour à une espèce de formalisme, au mépris de l'un des principes cardinaux du droit d'auteur qui est l'indifférence des formalités. C'est dire qu'il faudrait sans doute revoir le contenu de l'article 5.2 de la Convention de Berne.

25. Une autre voie pourrait être la création d'une nouvelle exception ou limitation au droit d'auteur. C'est la solution proposée par le rapport Gowers en Grande-Bretagne. Cependant, outre le fait que les exceptions ont mauvaise presse auprès des titulaires, la mesure étant considérée comme sévère, elle nécessiterait une réforme de la directive « société de l'information »⁴⁶, censée contenir

44. CA Paris, 26 janvier 2011, not. [juillet 2011] 229 *RIDA* 391, obs. P. SIRINELLI.

45. Il faut cependant nuancer cette affirmation depuis la loi relative aux livres indisponibles : voir *infra* n° 37.

46. Dir. 2001/29/CE, précit.

une liste exhaustive de toutes les exceptions possibles. L'obstacle n'est pas dirimant, mais l'ajout devrait se faire à une liste déjà bien longue et sans grande cohérence. Le « panier de la ménagère européenne et intellectualiste »⁴⁷ serait encore plus généreux ! Il conviendrait également de s'assurer que l'exception passe le triple test. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette limitation exposerait à une insécurité juridique évidente : pour le bénéficiaire, parce que la vérification de la condition de recherches diligentes ne pourra se faire qu'*a posteriori* (il devra apprécier lui-même le critère) ; pour l'ayant droit, parce que même s'il obtient la condamnation de l'usager indélicat, la diffusion numérique de son œuvre aura causé des dommages irréparables. Il faudra encore se demander si l'exception devrait ou non être compensée et, le cas échéant, selon quelles modalités (accords collectifs, destinataire de la rémunération, délai de reversement en cas de réapparition du titulaire... ?). À défaut, il faut craindre que l'exception ne constitue une véritable expropriation et que cette situation mette en doute sa conformité aux textes internationaux.

26. D'aucuns ont pu également proposer de régler la question des œuvres orphelines par le recours au principe de limitation des voies de recours. Ce système diffère de l'exception en ce que seule la sanction est atténuée ; il n'y a pas ici inopposabilité du droit. Étrangère au mode de pensée français, l'idée a reçu écho aux États-Unis. Présentée au Congrès le 24 avril 2008⁴⁸, la proposition fait suite à une première version dite *Orphan Works Act of 2006*⁴⁹ dont elle reprend la plupart des principes. Le projet met en place un système de responsabilité limitée pour l'utilisateur⁵⁰ : si ce dernier a vainement effectué de bonne foi des recherches afin de localiser le titulaire des droits, il pourra bénéficier de ce régime et réduire les risques s'agissant des réparations pécuniaires et des mesures de redressement par voie d'injonction. Sauf cas spécifiques⁵¹, il devra s'acquitter d'une compensation raisonnable si le titulaire réapparaît. Le texte

47. L'expression, éloquente, est de Michel VIVANT, « France, Analyse critique et prospective », [avril 2005] *Propriétés Intellectuelles*, p. 146, spéc. n° 2.

48. H.R. 5889.

49. H.R. 5439.

50. Art. 514(b)(1) : « le présumé contrefacteur de bonne foi doit prouver qu'il a mené une recherche diligente, malgré laquelle le titulaire des droits n'a pu être trouvé. Avant d'utiliser l'œuvre, il doit avoir déposé une déclaration d'utilisation au *Copyright office* qui déterminera le symbole d'utilisation devant accompagner l'utilisation. Il doit aussi citer le nom du titulaire des droits et reconnaître la compétence des juridictions des États-Unis en cas d'action intentée par le titulaire réapparu contre lui. »

51. Art. 514(c)(1)(B) : « pour les utilisations non-commerciales (université, bibliothèque, archives...), le titulaire ne peut obtenir de dédommagement si l'usager cesse la violation du droit d'auteur après une procédure d'injonction. »

reste cependant aujourd'hui encore au stade de proposition. Cette solution, si elle est économiquement intéressante pour l'exploitant (bon rapport coût-efficacité puisque le paiement se fait, éventuellement, *a posteriori*), n'est pas exempte d'inconvénients. Notamment, elle oblige le titulaire à une action en justice pour revendiquer son droit, et ce, même si les recherches effectuées ne sont pas très sérieuses, puisqu'il n'y a aucune vérification en amont de la réalité de celles-ci.

27. Par ailleurs, la licence collective étendue, très pratiquée dans les pays nord-européens (Danemark, Finlande, Norvège, Suède, Islande) mais inconnue du droit français, peut apparaître comme une solution. Le système n'est cependant pas propre aux œuvres orphelines. Il combine le transfert volontaire de ses droits par un titulaire à une société de gestion collective et l'extension juridique du répertoire de la société aux ayants droit qui n'en sont pas membres. La condition est cependant que l'organisme bénéficie d'une bonne représentativité d'ayants droit dans une catégorie donnée. Sur ce point, la difficulté en France est justement que certains secteurs sont rétifs à la gestion collective, empêchant cette représentativité. En outre, ce mécanisme n'impose pas de rechercher le titulaire de droits avant l'exploitation, ce qui empêche toute reconnaissance mutuelle du statut orphelin des œuvres concernées.

28. On pourrait également envisager un système d'autorisation par l'intermédiaire d'une autorité administrative. C'est ici le modèle de la Commission canadienne du droit d'auteur, qui délivre des licences non exclusives d'utilisation si elle est convaincue des « efforts raisonnables » déployés par le requérant en vue de retrouver le titulaire du droit d'auteur⁵². L'exploitant doit verser une rémunération à une société de gestion collective qui représenterait normalement l'ayant droit introuvable. En cas de réapparition, celui-ci pourra recouvrer ces sommes dans un certain délai.

S'écartant de la solution canadienne, on pourrait aussi imaginer que cette autorité *ad hoc* soit le point d'entrée général obligatoire pour toute demande d'exploitation d'une œuvre orpheline. Son intervention pourrait alors consister soit à opérer une redistribution (renvoi devant les sociétés de gestion collective qui traiteront la question, l'autorité servant en quelque sorte de « gare de triage »), soit, lorsqu'aucune solution n'existe, à traiter la question au fond en accordant éventuellement l'autorisation d'exploitation. Cette auto-

52. Art. 77 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

rité pourrait également gérer les demandes complexes concernant des œuvres semi-orphelines par des solutions adaptées à cette situation. Ce système à double vitesse mais à entrée unique aurait les avantages de la simplicité et de la généralité ; il permettrait en outre de préserver l'existant en assurant une meilleure articulation des régimes. Mais il présenterait l'inconvénient majeur d'imposer un processus long et coûteux. Il faudrait d'ailleurs déterminer qui supporterait ce coût de fonctionnement.

29. L'autorisation pourrait encore être donnée par une SPRD. L'idée d'un tel système de gestion collective obligatoire est assez répandue. Le mécanisme pourrait profiter des structures déjà en place, garantissant une effectivité rapide de la solution. Encore faut-il en préciser les contours. Plusieurs formules sont en effet envisageables. D'abord, on pourrait opter pour la mise en place d'une licence légale, qui fixerait également les modalités de l'autorisation : la société de gestion ne ferait alors que vérifier que les conditions sont remplies et collecter le montant de la licence, mais elle n'aurait aucun pouvoir sur le régime même (fixation du montant, durée, réversibilité, etc.). On pourrait ensuite proposer que les modalités soient au contraire laissées à l'appréciation des sociétés de gestion, lesquelles pourraient donc refuser l'autorisation. Ce pouvoir en opportunité des SPRD permettrait de gérer au mieux les intérêts des ayants droit mais constituerait à n'en pas douter un inconvénient majeur pour les exploitants du fait de l'absence de prévisibilité malgré les coûts engagés pour la recherche. On pourrait enfin envisager un système de licence avec fixation des modalités renvoyées à la conclusion d'accords collectifs, ce qui permettrait une certaine souplesse et une adaptation des modalités en fonction du secteur concerné.

30. En définitive, le principe de reconnaissance mutuelle mettra en concurrence une diversité de solutions au sein des États membres et il est difficile de trancher pour l'une ou l'autre, comme meilleure. Disons simplement qu'une solution, pour être optimale, devrait présenter un certain nombre de qualités, certaines générales, d'autres spécifiques aux œuvres orphelines.

2.2 Les qualités juridiques d'une solution optimale

31. La solution optimale au problème des œuvres orphelines existe-t-elle vraiment ? Rien n'est moins sûr tant le droit ne constitue pas une science exacte. Pour autant, on peut dégager certaines vertus que toute réforme devrait réunir sous peine d'avoir à renoncer à une intervention. Certes, cette configuration de modèle idéal ne

peut pas toujours être retenue, mais il est bon, parfois, de rappeler quelques fondamentaux.

31.1 S'agissant d'abord de la construction juridique qui sera retenue, il y a lieu de souligner la nécessité d'une réflexion générale. Même si, en définitive, les solutions peuvent être sectorielles – comme le propose en France le CSPLA –, elles ne peuvent intervenir qu'une fois étudié l'ensemble des questions posées par la présence d'œuvres orphelines. L'approche doit donc être transversale, prenant en considération, d'une part, toutes les œuvres ainsi que toutes les personnes susceptibles de revendiquer le bénéfice du nouveau statut et, d'autre part, toutes les solutions déjà existantes. En particulier, une vision périphérique permettra de prendre connaissance et donc d'intégrer dans la réflexion des questions connexes, précisément le statut des œuvres indisponibles ; il semble en effet périlleux de délier les deux questions, qui se chevauchent partiellement – ce que la France a cependant cru bon de faire⁵³.

31.2 Le nouveau statut doit encore reposer sur une assise ferme et, pour ce faire, éviter le flou en particulier s'agissant du champ d'application des solutions nouvelles. Aussi, la définition et les conditions de qualification de l'œuvre orpheline doivent-elles être rigoureusement déterminées. Il y a également lieu de s'assurer de l'acceptation sociale du nouveau régime, sous peine de rejet de celui-ci. Notamment, le statut retenu ne doit pas entraîner un sentiment de dépossession du titulaire de droits, faisant croire que le sort de l'œuvre n'est plus déterminé par ce dernier. En tout état de cause, une telle expropriation, si elle était regardée comme servant des intérêts privés (ou particuliers), pourrait être condamnée, en particulier en France où le droit d'auteur est constitutionnellement protégé. Une rémunération du titulaire semble alors préférable, même dans le cadre d'une licence.

31.3 En outre, toute réforme – y a-t-il lieu de le rappeler – doit fonder son inspiration sur l'intérêt général⁵⁴. Il ne s'agit pas, pour remédier au « gel » de certaines œuvres, d'ébranler tout le système de droit d'auteur. Certes, l'intérêt général est une notion à contenu variable, voire polysémique, qui connaît des acceptions variables suivant les époques ou les questions. En réalité, dans nombre d'États,

53. Voir *infra* n^{os} 34 s.

54. Sur la question, voir *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, dir. Mireille BUYDENS *et al.* (Bruxelles : Bruylant, 2008) et, récemment, Sarah DORMONT, « La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général », [décembre 2011] *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n^o 2583.

l'intérêt général, plus qu'une notion fermement normative, est un concept servant essentiellement à établir un arbitrage ou une hiérarchie d'intérêts, afin d'atteindre, dans la construction juridique, une solution susceptible de correspondre à l'intérêt de tous, un équilibre, une balance des intérêts, a-t-on coutume de dire en droit d'auteur. Disons que l'intérêt général est une conjugaison, une synthèse des intérêts particuliers, qu'il dépasse, transcende. Ce qui n'empêche pas de faire prévaloir certains des intérêts catégoriels au détriment d'autres. Ce choix est d'ailleurs bien ce que l'on attend d'un législateur éclairé, qu'il tranche les conflits et mette en place une véritable politique législative. C'est ce qu'a fait le rédacteur de la loi française du 11 mars 1957, première loi moderne de droit d'auteur, lorsqu'il a décidé d'imposer une vision *in favorem auctoris* de la matière. Pourtant, de plus en plus, on perçoit que le législateur abdique dans ce rôle. Et ce recul législatif engendre d'ailleurs une prise de pouvoir du juge⁵⁵. Par ailleurs, l'intérêt général est bien souvent, en pratique, instrumentalisé : clairement, il est ce qu'on veut qu'il soit en fonction de la position que l'on souhaite défendre !

Pour autant, on ne peut non plus dénier à l'intérêt général le rôle qu'il doit tenir : aiguillon du législateur, il doit servir et aussi contenir l'intervention normative. Dans le récent arrêt *Premier League*⁵⁶, par ailleurs riche d'enseignements, les juges de la CJUE ne disent rien d'autre lorsqu'ils affirment que la protection par le droit d'auteur trouve son fondement dans « des raisons impérieuses d'intérêt général » (§ 94) et que c'est donc autour de cette notion que doit être articulée la problématique des restrictions permises par le droit d'auteur.

Dans ces conditions, la réponse apportée à la question des œuvres orphelines, sur le fondement de l'intérêt général, doit être prudente et proportionnée. L'intérêt général en la matière ne peut être confondu avec le simple intérêt du public ou une volonté de conférer une liberté d'utilisation. La satisfaction du public ou la liberté de l'utilisateur ne sont pas en soi des idéaux à atteindre mais de simples moyens de poursuivre la satisfaction de l'intérêt général.

55. Sur ces points au sujet des exceptions, voir notre article « Perspectives d'avenir en matière d'exceptions au droit d'auteur, Vers un changement de paradigme ? », in *El futuro de las excepciones y limitaciones en el entorno digital (L'avenir des exceptions et limitations dans l'environnement numérique)*, [novembre 2011] *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual, Addenda*, p. 73.

56. CJUE, gr. ch., 4 oct. 2011, aff. C-403/08 et C-429/08, *Europe* déc. 2011, comm. 480, note Laurence IDOT ; *JCP G* 2011, 1296, note Frédéric BUY *et al.*

Et l'intérêt général lui-même doit être réfléchi, pour servir à la fois de fondement à la recherche d'un statut et en constituer la mesure.

32. Par ailleurs, le régime retenu des œuvres orphelines doit être entouré d'un certain nombre de garanties.

32.1 Ainsi, le statut d'œuvre orpheline ne doit pas être décidé une fois pour toutes. Des vérifications ponctuelles et régulières doivent être opérées, imposant éventuellement, dans certains cas, d'accomplir des recherches quand bien même l'œuvre serait signalée comme étant orpheline dans une base de données.

32.2 Le nouveau statut doit encore ménager les intérêts notamment des titulaires, en prévoyant une rémunération éventuelle, une réversibilité du système en cas d'identification postérieure du titulaire, une licence temporaire et non exclusive. Sur ce dernier point, outre que l'hypothèse inverse engendrerait une expropriation criante, la question de la liberté d'accès à l'œuvre orpheline n'aura été que partiellement résolue. Il ne s'agit pas en effet de constituer un monopole juridique venant créer des nouvelles barrières en lieu et place des anciennes impossibilités factuelles. En outre, l'esprit de la matière inciterait à exclure l'exclusivité, car aucun monopole ne peut ici être identifié. Mais quel sera alors l'intérêt pour ces exploitants ? Car la recherche engendrera des coûts (ayants droit multiples, à l'étranger, héritiers...) et ceux-ci ne sont pas nécessairement en rapport avec la valeur économique résultant de l'exploitation de l'œuvre.

32.3 Par ailleurs, le régime retenu doit également veiller à être interopérable et cette question de l'articulation se pose tant en interne (entre les États membres eux-mêmes) que d'un point de vue externe (entre la zone européenne et l'extérieur).

À s'en tenir à la question de l'interopérabilité des solutions au sein de l'Union, il faut noter que l'interconnexion souhaitée par le texte européen s'agissant des bases de données informatives va dans ce sens. Mais pour le reste, le principe de reconnaissance mutuelle est peu propice à une interopérabilité des solutions qui seront mises en place localement. En effet, si cette stratégie *a minima* permet sans doute d'obtenir plus facilement un consensus, elle pose un certain nombre de questions pour le passage à la phase 2 qui sera celle de l'implémentation nationale. Précisément, il y a lieu de s'interroger sur la marge de manœuvre exacte laissée aux États membres. Cette liberté des États membres pour mettre en œuvre une solution

dans le cadre retenu par l'Union risque en effet d'engendrer des blocages du fait des différents mécanismes arrêtés dans les pays. Mais qui a le pouvoir de dire, *a priori*, qu'il y a un risque de conflit entre les voies élues ? Qui arbitre une éventuelle divergence de vues ? Et en fonction de quels critères ? La liberté laissée aux États membres suscite une autre incertitude : est-il possible d'aller plus loin quant au champ du traitement des œuvres orphelines ? Notamment, peut-on envisager d'autres œuvres que celles visées par la directive ? Ou d'autres bénéficiaires que ceux désignés par la directive ? Ou encore d'autres usages que ceux qui y sont appréhendés ? Autrement dit, la proposition institue-t-elle un système complet et fermé ou s'agit-il d'un accord minimal qui laisse une place à une protection nationale complémentaire, ce qui autoriserait les États membres à établir des textes nationaux plus ouverts quant aux œuvres, acteurs ou usages concernés, le but, plus ambitieux, étant en réalité la transmission du savoir ?

33. Il appert que l'accès à la meilleure solution possible impose aussi une réflexion générale, liée aux qualités que devra recouvrer la réforme. Encore que le projet européen connaîtra peut-être un destin malheureux en France. Car la législation récente sur les œuvres indisponibles amputera sans doute l'intérêt d'un régime propre aux œuvres orphelines.

2.3 Œuvres orphelines, œuvres indisponibles ou le mélange des genres

34. Comme on l'a vu, les œuvres orphelines ne peuvent être reproduites et diffusées en masse en l'état actuel de la législation française. À tout le moins, elles ne bénéficient pas d'un régime propre. Mais cet orphelinat de statut ne signifie pas une absence de parenté, précisément avec les œuvres indisponibles, c'est-à-dire épuisées. Or, le législateur français est récemment intervenu sur les secondes, anticipant sur le futur dispositif européen des premières, peut-être même le contournant. L'accusation est grave et il faut s'en expliquer.

35. La loi du 1^{er} mars 2012 « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle »⁵⁶ est un texte de mise en

57. *Loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, *JORF* n° 0053 du 2 mars 2012, p. 3986, texte n° 1. – Voir not. Franck MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012, p. 749.

œuvre d'un accord-cadre passé en février 2011 entre le ministre de la Culture et de la Communication et des parties intéressées ou considérées comme telles⁵⁸ et dont le contenu est resté secret. Elle est censée avoir un objet circonscrit, par son titre, aux œuvres indisponibles, et même plus spécifiquement aux « livres » – disons les livres contenant une œuvre – indisponibles. La catégorie vise « un livre publié en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique ». L'objectif de la réforme, qui ajoute un nouveau chapitre intitulé « Dispositions particulières à l'exploitation numérique des livres indisponibles » au titre III (sur l'exploitation des droits) du livre 1^{er} du CPI, est de rendre accessibles sous forme numérique les livres indisponibles du XX^e siècle, dès lors que les œuvres ne sont plus exploitées commercialement, mais sans pour autant être tombées dans le domaine public. Or, il y a lieu de noter que le statut retenu procède à un véritable mélange des genres.

36. Étonnamment, le texte définit aussi l'œuvre orpheline. L'article L. 113-10 du CPI dispose désormais : « L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas 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 ». La disposition, enrichie de la précision sur l'exclusion des œuvres partiellement orphelines, est reprise d'une proposition de loi de mai 2010 « relative aux œuvres visuelles orphelines et modifiant le Code de la propriété intellectuelle »⁵⁹, qui visait à limiter la pratique de la mention « DR » (droits réservés), souvent utilisée comme prétexte plus qu'autre chose et qui n'a pas abouti⁶⁰. Cependant, aucun régime de l'œuvre orpheline n'est adossé à cette définition dans la loi sur les œuvres indisponibles. La norme apparaît ainsi inachevée, restant en définitive au stade de concept.

58. Ont signé l'accord le Président du Syndicat National de l'Édition, le Commissaire Général à l'Investissement (pour le financement), le Président de la Bibliothèque nationale de France et celui de la Société des Gens de Lettres de France.

59. Sénat, 12 mai 2010, n° 441.

60. Initialement, la proposition prévoyait d'organiser une nouvelle gestion collective obligatoire : la personne désireuse d'exploiter l'œuvre aurait dû s'adresser à la SPRD pour payer une redevance. En outre, était mise en place une procédure de réversion pour le cas où l'auteur était identifié ou retrouvé. Le texte a cependant été mal reçu puisque, dans la version votée par le Sénat le 28 octobre 2010 et transmise à l'Assemblée, seule la définition de l'œuvre orpheline restait, avec une modification tendant à la calquer sur celle donnée par le CSPLA.

On peut dès lors s'interroger sur l'utilité de préciser une notion sans en dévoiler les modalités de mise en œuvre. La démarche contextuelle peut en outre légitimement surprendre : que vient faire une définition de l'œuvre orpheline dans un texte censé être consacré aux livres indisponibles ? Certes, on sait depuis longtemps qu'il ne faut pas se fier aux titres des lois, qui peuvent être déceptifs. Leur valeur n'est qu'informatrice et ils n'ont pas de force légale. Mais ils peuvent « remplir aux yeux du juge une fonction interprétative complémentaire »⁶¹. Est-ce à dire que le régime retenu pour les œuvres indisponibles contaminera les œuvres orphelines ? C'est probable, car en réalité, il faut comprendre que les œuvres littéraires orphelines seront, dans leur intégralité ou presque, des œuvres indisponibles et seront donc soumises au régime de celles-ci. De nombreuses œuvres orphelines seront ainsi happées par le nouveau système, un système complexe et controversé⁶².

37. Le régime retenu pour les œuvres indisponibles est celui d'une gestion collective obligatoire. Le mécanisme est sévère puisqu'il impose à l'auteur de manifester son désaccord s'il souhaite s'y opposer, et ce, à des moments bien précis. La loi prévoit ainsi la création d'une base de données publique, laquelle sera gérée par la Bibliothèque nationale de France. Les œuvres indisponibles qui y seront répertoriées pourront, sous conditions, être reproduites et représentées sous forme numérique, l'autorisation devant être donnée par une SPRD⁶³, qui assurera une rémunération aux éditeurs et aux auteurs. Les ayants droit devront donc désormais surveiller que les œuvres dont ils détiennent les droits ne sont pas inscrites dans ce fichier et s'opposer, le cas échéant, à leur exploitation, mais en étant encadrés dans des délais.

En définitive, la réforme procède à une légalisation du mécanisme d'*opt-out*, qui avait été si décrié pour *Google Books*. En effet, la firme avait été sur ce point condamné par un tribunal français⁶⁴ et

61. Jean-Claude BÉCANE *et al.*, *La loi*, Collection Méthodes du droit (Paris : Dalloz, 1994), p. 204.

62. Une pétition contre ce texte, intitulée « Le droit d'auteur doit rester inaliénable » (l'adjectif est sans doute mal choisi), a été lancée en France : <<http://www.petitionpublique.fr/?pi=P2012N21047>>.

63. On peut noter que les interventions des SPRD se multiplient dans le champ de l'édition, qui y était rétif il y a encore 20 ans.

64. TGI Paris, 18 décembre 2009, *Éditions du Seuil et autres c. Google Inc. et France*, *JCP G* 2010, 247, note André LUCAS ; [février 2010] *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 1848, note Asim SINGH *et al.* ; Florence-Marie PIRIOU, « La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon », [mai 2010] *Communication – Commerce électronique*, étude 11.

le ministre de la Culture avait publiquement critiqué le projet. Le même se félicite aujourd'hui de la loi sur les œuvres indisponibles, censée contrer l'hégémonie de Google en la matière... Il est visiblement plus facile de rappeler les dogmes que d'en faire sa religion, même sur la terre du droit d'auteur ! On se contentera de noter que l'option est contraire aux principes qui fondent la propriété intellectuelle : l'exclusivité des droits – ou monopole – impose une autorisation préalable et non une validation *a posteriori* : en droit, qui ne dit mot ne consent pas. Et le camouflage de l'intermédiation d'une SPRD n'adoucit pas le camouflet. Il faudra d'ailleurs se demander si le texte est conforme aux engagements internationaux de la France et s'il ne contrarie pas la protection constitutionnelle accordée à la propriété intellectuelle.

38. Au-delà, ce nouveau statut pose un certain nombre de questions.

Il convient d'abord de noter que la loi réserve une place de choix à l'éditeur, faisant de celui-ci un créancier de la rémunération perçue pour l'exploitation numérique de l'œuvre. Or, cet éditeur n'est sans aucun doute pas titulaire des droits numériques. Car il est plus que probable que le contrat les passe sous silence. Or, en droit français, la cession est de droit étroit : tout ce qui n'est pas expressément cédé est retenu par l'auteur. Ne faut-il pas dès lors considérer que c'est le créateur, et lui seul, qui devrait bénéficier de la rémunération ?

Ensuite, comment comprendre l'articulation du contrat d'édition (qui certes risque fort d'être réformé en France⁶⁵) et de cette gestion collective ? L'éditeur est tenu d'une obligation d'exploitation « permanente et suivie » de l'œuvre⁶⁶ et la violation de celle-ci entraîne la résiliation du contrat⁶⁷, l'auteur récupérant alors ses droits. C'est dire que la notion d'épuisement a ici un sens ! Elle est même définie, considérant l'édition comme épuisée « si deux demandes de livraisons d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois »⁶⁸. Dit autrement, le livre « ne fait plus

65. Une commission spécialisée portant sur le contrat d'édition à l'ère numérique a été créée au CSPLA en septembre 2011. Elle doit rendre ses travaux en 2012.

66. CPI, art. L. 132-12 : « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ».

67. CPI, art. L. 132-17, al. 2 : « La résiliation a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, l'éditeur n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition ».

68. CPI, art. L. 132-17, al. 3.

l'objet d'une diffusion commerciale »... Le glissement sémantique ne suffit pas à masquer l'identité des notions.

Enfin, que reste-t-il du droit moral dans cette construction ? En droit français, le droit de divulgation, droit de décider de la naissance de l'œuvre aux yeux du public et des conditions de sa diffusion, peut être circonscrit à certains modes d'exploitation de l'œuvre⁶⁹. On ne peut croire que la SPRD se substituerait à l'auteur pour autoriser une utilisation de l'œuvre par la voie numérique. Et le droit moral de devenir symbolique... D'autant que si l'on pense que la loi française a suivi une procédure d'urgence avec une seule lecture par chaque assemblée puis une commission mixte paritaire, on passe des désillusions à l'amertume, car l'urgence devait en réalité être autrement motivée que par des raisons de diffusion de la culture.

39. Certes, on pourrait penser que si l'Union impose un régime des œuvres orphelines, la fusion partielle des catégories sera inopérante, l'œuvre orpheline échappant alors à ce statut défavorable. C'est douteux, et ce, pour deux raisons.

D'abord parce que le considérant 20 de la proposition de directive affirme que « La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux dispositifs existants dans les États membres en matière de gestion des droits, telles que les licences collectives étendues ». Le projet de rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen propose dans un amendement de l'intégrer au texte de la directive, ce qu'a fait la version de compromis dans son l'article 1.4⁷⁰. Et le considérant 20 vise désormais non plus seulement les licences collectives étendues, mais aussi les présomptions légales, la gestion collective ou encore les dispositions en matière de numérisation de masse. On pense évidemment ici à la récente loi française relative aux œuvres indisponibles. Le projet européen est décidément bien consensuel ! Au principe de reconnaissance mutuelle s'ajoute donc un « principe de suppléance » (on n'ose dire de subsidiarité car l'expression a un sens en droit de l'Union), selon lequel le mécanisme retenu pour les œuvres orphelines est une solution d'appoint, supplétive.

Ensuite, parce qu'il est bien possible que, au-delà de l'absorption des œuvres orphelines par les œuvres indisponibles, le champ

69. Voir *supra*, n° 15.2.

70. « This Directive does not concern and is without prejudice to any arrangements concerning the management of rights at national level ».

d'action de la proposition de directive européenne soit réduit à peau de chagrin. En effet, la loi française semble avoir partiellement – et officieusement – couvert l'hypothèse projetée. Le nouvel article L. 134-8 du CPI dispose en ce sens :

Sauf refus motivé, la société de perception et de répartition des droits mentionnée à l'article L. 134-3 autorise gratuitement les bibliothèques accessibles au public à reproduire et à diffuser sous forme numérique à leurs abonnés les livres indisponibles conservés dans leurs fonds dont aucun titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée n'a pu être trouvé dans un délai de dix ans à compter de la première autorisation d'exploitation. – L'autorisation mentionnée au premier alinéa est délivrée sous réserve que l'institution bénéficiaire ne recherche aucun avantage économique ou commercial. – Un titulaire du droit de reproduction du livre sous une forme imprimée obtient à tout moment de la société de perception et de répartition des droits le retrait immédiat de l'autorisation gratuite.

Une œuvre conservée dans un fonds dont le titulaire « n'a pu être trouvé » alors que l'exploitation a commencé au moins dix ans auparavant... L'hypothèse laisse songeur. Quelle œuvre orpheline ne répondra pas à cette définition ? Et le « principe de suppléance » fera le reste... Il faut en outre noter que l'utilisation en cause ne sera pas non compensée. Certes, ayant fait l'objet de débats, elle est circonscrite aux abonnés des bibliothèques concernées. Mais qu'est-ce qu'un abonné exactement ? Y a-t-il même des conditions à l'abonnement ou un simple clic et un formulaire en ligne suffiront-ils ?

CONCLUSION

40. *Opt-out*, limitation au droit d'auteur sans rémunération... Le législateur français avait pour ambition de développer l'offre légale d'œuvres (réduisant du même coup l'offre illégale), tout en évitant la voie de l'exception au droit d'auteur. L'objectif était louable, mais la méthode est contestable. Et le message envoyé est calamiteux. La démarche pourrait même être lue par l'Union européenne comme un encouragement à créer un régime très dérogatoire, pourquoi pas une exception (non compensée ?) pour les œuvres orphelines, à l'heure où les choses paraissent justement pouvoir évoluer en ce sens⁷¹. La France se targue souvent d'être *le* pays du droit

71. Voir *supra*, n° 18.3.

d'auteur, un droit d'auteur romantique, personnaliste, respectant les prérogatives du créateur. Mais le changement de paradigme n'est pas nouveau⁷² et la loi sur les œuvres indisponibles en est une illustration. Ce sont ici, à n'en pas douter, les intérêts des éditeurs qui ont été privilégiés puisqu'ils n'auront pas à renégocier leurs contrats pour acquérir les droits d'exploitation numérique et que l'opération de numérisation bénéficie en plus de fonds publics. Et les œuvres orphelines ont – sciemment ? La procédure d'urgence incite à le croire – été emportées dans la tourmente.

La bienveillance législative a quitté le camp des créateurs, pour jeter son dévolu sur le public ou les exploitants. Est-ce à dire que « même les gardiens des lois ne sont pas insensibles à l'esprit du temps »⁷³ ? À moins que, confondant urgence et précipitation, le législateur n'ait été entraîné dans des contrées qu'il ne maîtrise pas et qu'il regrettera peut-être d'avoir explorées.

72. Voir not., concernant la directive 2001/29/CE, Philippe GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », [2003] *Revue trimestrielle de droit commercial* 87, 285 et 503.

73. Milan KUNDERA, *Les testaments trahis*, (Paris : Gallimard, 1993), p. 317.