

BILLET

Les œuvres orphelines

Ghislain Roussel*

Une drôle de bizarrerie ! Une œuvre protégée qui est dépourvue de parent ou de titulaire et que l'on considère esseulée ou orpheline. Le statut d'orphelin n'est plus rattaché à un individu, mais à une œuvre. Nouveau paradigme !

C'est bel et bien de cela dont il s'agit.

Comment traite-t-on une œuvre semblable en cas d'utilisation licite, car il faut toujours obtenir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur si l'œuvre est encore protégée, mais comment le faire si l'auteur est inconnu ou s'il ne peut être retrouvé ou localisé ?

Il y a bel et bien le régime canadien de la licence pour ayant droit introuvable et la délivrance d'une licence – avec versement ou non de redevances – après demande à cette fin et preuve de recherches raisonnables des ayants droit ? Le régime prévu initialement à d'autres fins, au traitement de demandes spécifiques et limitées dans le temps et l'espace, peut trouver ici un élargissement, mais après quelques culbutes et péripéties et une extrême patience.

Mais comment gérer les droits dans de telles œuvres en cas d'usages massifs de corpus d'œuvres orphelines protégées dans le contexte de la numérisation et de l'Internet ? En effet, des pressions de plus en plus fortes sont exercées auprès du législateur par, entre autres, des institutions de diffusion de l'information ou de conser-

© Ghislain Roussel, 2012

* Ghislain Roussel, président, Les Cahiers de propriété intellectuelle inc.

vation / préservation du matériel culturel pour pouvoir diffuser de telles œuvres oubliées ou susceptibles de l'être, qui ne sont pas ou plus accessibles ou disponibles sur le marché, lorsque ces pressions n'émanent pas d'importantes maisons d'édition ou fournisseurs de services Internet – pensons à Google – afin de procéder rapidement et avec le moins de contraintes possible à la reproduction, à la numérisation et à la diffusion en ligne de telles œuvres encore protégées.

C'est dans ce contexte qu'en outre de la revue jurisprudentielle annuelle en matière de propriété intellectuelle et de matières connexes, le numéro de mai 2012 des *Cahiers de propriété intellectuelle* fait paraître divers articles sur le thème du traitement juridique national et communautaire (Union européenne) des œuvres orphelines, œuvres originalement entendues dans le sens étroit d'œuvres protégées par un droit d'auteur dont le titulaire des droits demeure introuvable après des recherches dites raisonnables : comment faire pour pouvoir reproduire, entre autres, une telle œuvre en toute légalité dans de telles circonstances ?

Au sens large, le terme « œuvres orphelines » pourrait englober les œuvres protégées mais introuvables sur le marché ou épuisées et dont des ayants droit pourraient être retracés, mais dont la problématique vise les conditions matérielles et économiques raisonnables de réutilisation par un tiers.

La rédaction des *Cahiers de propriété intellectuelle* a donc invité certains collaborateurs de premier plan, ayant effectué des recherches, rédigé des rapports avec recommandations, ou conseillé des gouvernements en la matière, à soumettre un article à portée juridique et, également, pratique sur ce sujet d'un point de vue national, d'une part, et parfois d'un point de vue communautaire (l'Union européenne est en voie de faire adopter un projet de directive – qui en est à sa seconde mouture – dans ce domaine), d'autre part.

Les articles publiés sur cette thématique reflètent divers modèles, régimes ou applications de nature législative ou contractuelle qui peuvent varier sensiblement d'un pays à l'autre : le régime canadien présenté par Mario Bouchard paraîtra dans le numéro d'octobre 2012 des *Cahiers de propriété intellectuelle*, et un « produit dérivé » mis en place en Hongrie est décrit avec force critique par Mihály Ficsor. La situation américaine, vue aussi sous l'angle du concept élargi d'« œuvres orphelines » est analysée par Daniel Gervais et David R. Hansen. Le cas de la France est abordé sous divers aspects législatifs nationaux et communautaire, par Marie-Florence Piriou

de la Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (« SOFIA ») et la doctorante Alexandra Bensamoun (une analyse de la dimension économique du phénomène ou des enjeux économiques des réponses possibles a également été effectuée en France par Joëlle Farchy). L'auteure Bensamoun se penche en outre sur les dispositions d'un récent projet de législation omnibus relativement aux « œuvres indisponibles ».

Le professeur Jan Rosén de la Suède se penche sur le régime spécifique en vigueur dans les pays nordiques de la licence générale étendue qui peut servir d'instrument pour résoudre ce problème des œuvres orphelines ; ce régime fait présentement l'objet d'un projet de révision. L'article de Souheir Nadde-Phlix du Liban, présentement chercheuse à l'Institut Max-Planck de Munich sur la Propriété intellectuelle et le Droit de la concurrence, présente le point de vue du régime des œuvres orphelines dans le monde arabe.

Par ailleurs, un point de vue polonais aurait pu être exprimé, mais selon les personnes ressources approchées, le « problème » n'est présentement pas pris en considération dans la législation nationale ni par les tribunaux. Il est de plus difficile de véritablement parler d'une pratique dans ce domaine en Pologne. Les demandes de libération de droits sont gérées à la pièce par les sociétés de gestion collective de droits d'auteur impliquées, dont la ZAICS, lorsque les ayants droit peuvent être retrouvés, et ce, dans l'attente de l'adoption et de la mise en œuvre nationale de la future directive européenne.

Que retenons-nous de ces contributions et divers travaux de la Commission européenne et rapports nationaux ?

Considérant l'importance des corpus en question et l'urgence de conserver la mémoire nationale et de trouver une solution qui soit respectueuse des principes du droit d'auteur et de la Convention de Berne (« le triple test »), nous constatons que la question est de plus en plus débattue à l'échelle nationale, que la recherche d'une réponse est envisagée dans une optique communautaire ou supranationale ou internationale et que des normes ou règles uniformes devraient être adoptées. En effet, tous ne s'entendent pas nécessairement sur la définition de l'œuvre orpheline, les catégories d'œuvres couvertes, les auteurs couverts, le moment dans le temps où une œuvre « devient » ou « est » orpheline, ni même sur la façon de résoudre le

problème : une exception, une limitation des droits exclusifs des ayants droit, une licence obligatoire, une licence volontaire ou le régime de la licence générale étendue dans les pays nordiques. Quant au projet de directive européenne, qu'il s'agisse du projet initial ou du projet de compromis, qui élimine certains irritants, il est décrié ou critiqué sous de nombreux volets, comme vous le constaterez à la lecture des contributions européennes, mais les inquiétudes visent plusieurs aspects et les multiples facettes envisagées dans la mise en œuvre de la future directive dans les États membres, de même qu'un certain déni des droits exclusifs des créateurs et de solutions pouvant exister dans des États selon la législation sur le droit d'auteur en vigueur.

Des inquiétudes surgissent aussi sur un changement de paradigme, prétextant de la recherche d'une solution unique pour priver des auteurs inconnus ou non retraçables de leurs droits et des redevances dues en contrepartie de l'utilisation de leurs œuvres, limitant parfois les recherches raisonnables des ayants droit à leur plus simple expression, et considérant les œuvres orphelines comme une œuvre pouvant avoir été éditée il y a quelques années, dix ans, par exemple.

Des éditeurs veulent ainsi procéder rapidement, en solitaires et avec le moins de contraintes possible.

Alexandra Bensamoun fait état du projet de loi en France sur les œuvres indisponibles, entre autres, projet qui prend prétexte de l'occasion pour confier la mise en œuvre de la solution aux éditeurs, au-dessus de la tête des auteurs, libres aux éditeurs d'agir d'eux-mêmes sans autorisation, l'auteur ne pouvant exercer que son droit de retrait (*opting out*). La France se trouverait ainsi dans la situation de donner après coup raison à Google dans son projet de *Google Books*, après s'y être vertement opposée, tout comme le Syndicat national de l'édition et de grands éditeurs français, et ce, politiquement et judiciairement. Et la question du respect des droits moraux n'est pas évoquée. La France interviendrait ainsi dans la réglementation des contrats d'édition en confiant tout de go aux éditeurs la gestion des droits numériques ou électroniques de leurs catalogues sans que l'auteur n'ait rien à dire ou ne démembre pas dans son contrat les droits d'exploitation accordés à son éditeur.

Il ne faudrait pas prendre prétexte de la recherche d'une solution au traitement national ou supranational des œuvres orphelines pour réduire dans le temps et l'espace la portée des droits exclusifs des créateurs, ni les priver de leurs redevances, ni nier leurs droits moraux.

Pour l'avoir vécu à quelques reprises, deux problèmes se soulèvent dans l'utilisation d'œuvres orphelines, et j'étendrais aux œuvres épuisées. Tout d'abord, les efforts investis en ressources humaines de la part d'un utilisateur plein de bonnes intentions, dans la recherche des ayants droit, sont réellement importants, recherches qui s'avèrent souvent vaines ou frustrantes, par exemple, après maintes recherches et relances, aucune réponse ou obtention d'une licence pour 25 %, 33 % ou 50 % des droits, rarement plus de 66 %. De même, les sommes d'argent injectées en temps de recherche (employés et contractuels) sont aussi à souligner, et ce, tout compte fait, pour ne verser aucune redevance ou des redevances souvent minimes ou symboliques sans commune mesure avec les ressources injectées. Une démarche devant la Commission du droit d'auteur du Canada demeure certes une avenue, mais elle s'avère laborieuse et fort longue pour la numérisation de corpus massifs ou substantiels et pour la diffusion Internet hors Canada, malgré toute la bonne volonté et l'ouverture d'esprit de la direction de la Commission.

L'autre difficulté réside dans la négociation de la redevance à verser par titre reproduit ou numérisé. L'appétit de titulaires des droits ou de leurs représentants est subitement devenu parfois fort grand.

Bien qu'il soit plus aisé de convenir des procédures raisonnables de recherche d'ayants droit et d'identifier les œuvres orphelines et même épuisées à utiliser et à diffuser dans le cadre d'une entente de principe volontaire – représentants de titulaires de droits – utilisateur – et de déterminer les principales conditions et modalités de la numérisation et de la diffusion, il devient souvent ardu – sinon impossible – d'en arriver à une entente sur une redevance équitable à verser en contrepartie d'une œuvre « oubliée » qu'un utilisateur fait renaître.

Subitement une œuvre « morte », en « déshérence » ou orpheline semble devenir l'objet d'une vaste convoitise et retrouver une famille élargie.

Oui à la recherche d'une solution nationale ou internationale à cette problématique des œuvres orphelines dans le respect des droits

des titulaires avec le versement de leur dû et avec la collaboration étroite des regroupements de gestionnaires de droits et des utilisateurs, mais en prenant également en sérieuse considération les tâches complexes, ardues, énergivores en ressources financières et humaines des utilisateurs potentiels de telles œuvres dans la recherche dite raisonnable des titulaires de droits.