

Les Oeuvres Orphelines

Quelques réflexions au sujet des œuvres orphelines et de leurs familles d'accueil

I. Archives publiques et œuvres orphelines.....	2
II. Nouvelles opportunités pour les pièces d'archives.....	2
III. Le statut légal des œuvres orphelines.....	3
IV. Le traitement actuel des œuvres orphelines	3
V. Solutions internationales.....	4
1. Le Canada.....	4
2. La solution scandinave : les licences collectives étendues.....	5
3. La Suisse.....	5
4. La Commission européenne	5
5. Le Congrès américain: limitation des recours.....	6
VI. Principes à respecter dans le cas d'une solution juridique.....	6
1. Une définition claire des œuvres orphelines.....	6
2. Des critères clairs pour une recherche approfondie.....	6
3. Bases de données et procédures d'octroi des droits	7
4. Il faut impliquer les détenteurs de droits et les sociétés de gestion.....	7
5. Les archives n'ont pas à se charger de l'octroi des droits	7
6. Licence ou exception au droit d'auteur.....	7
7. Payer pour l'utilisation.....	8
8. Réapparition du détenteur des droits d'auteur	8
9. Le remboursement des archives	8
10. Les fonds non utilisés pour régler les détenteurs de droits identifiés devraient être utilisés pour la préservation des films	8
VII. Objections possibles.....	8
VIII. Conclusion.....	9

I. Archives publiques et œuvres orphelines

Pour commencer, nous plaidons coupables. C'est bien la faute des archives si nous devons faire face au problème des œuvres orphelines aujourd'hui. Sans les archives, ce problème n'aurait pas existé – ou plus exactement, il serait hors de propos.

Pourquoi ?

Sans les archives publiques, les créations que nous appelons œuvres orphelines n'existeraient plus. Prenez les films, par exemple. Si nous possédons toujours des films sans potentiel d'exploitation commerciale, c'est certainement grâce aux archives. Les œuvres orphelines sont une preuve supplémentaire de la nécessité des archives publiques.

Sans les archives, nous n'aurions pas d'œuvres orphelines, mais seulement des **films perdus**. Les films détériorés représentent certes une perte culturelle non négligeable, mais pas un problème juridique.

Les procréateurs intellectuels et les détenteurs des droits d'auteur de ces films n'en ont pas pris soin, et leur identité est aujourd'hui inconnue. Les archives publiques sont les familles d'accueil des films orphelins. Elles s'en sont occupé avec **savoir-faire, sérieux, et dévouement**.

Parce que leurs efforts de préservation, financés par des fonds publics, sont à l'origine du problème juridique des œuvres orphelines, toute solution à ce problème doit tenir compte de la position des archives, de leur statut et de leurs intérêts.

II. Nouvelles opportunités pour les pièces d'archives

S'il n'est pas nouveau, le problème juridique des œuvres orphelines s'est fait plus pressant.

“Les nouvelles technologies revalorisent les anciens contenus.”¹

La numérisation crée de nouvelles opportunités pour l'utilisation des pièces d'archives.

Les faibles coûts de production et de distribution des matériaux numérisés permettent de nouvelles formes d'exploitation et de nouveaux modèles d'entreprise.

On attend des archives qu'elles soient ouvertes au public, attente renforcée dans l'Union européenne par des programmes et des projets tels que i2010 et la bibliothèque numérique européenne².

III. Le statut légal des œuvres orphelines

Les œuvres orphelines - comme toutes autres œuvres - ne peuvent être utilisées sans autorisation ; et parce que cette autorisation ne peut être donnée, toute utilisation en est interdite : voilà qui résume le problème en deux mots ! (Je devrais insérer ici une note signalant que les œuvres orphelines peuvent être utilisées légalement en cas d'exception à la loi sur les droits d'auteur, telle qu'une citation ou -- dans la plupart des pays -- une copie dans un but de préservation.)

IV. Le traitement actuel des œuvres orphelines

Comment les archives traitent-elles les œuvres orphelines ?

En premier lieu, personne ne discute ouvertement du problème des œuvres orphelines. Avouer que l'on a fait usage d'une œuvre orpheline revient à reconnaître que l'on a ignoré les lois sur les droits d'auteur.

Quel que soit le film que vous déclarez orphelin, il y aura toujours quelqu'un pour prétendre en détenir les droits d'auteur – pas nécessairement parce qu'il en est

¹ E. Atwood Gailey, *in* Hugenholtz, Bernt *et al.*: The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, European Commission DG Internal Market Study, Institute for Information Law, Amsterdam 2006

² www.europeana.eu

effectivement le détenteur, mais parce que le modèle d'entreprise de certaines sociétés consiste à s'arroger faussement le droit de percevoir les royalties d'une licence ! Il suffit qu'une personne sur cent s'acquitte effectivement de ces royalties réclamées à tort pour que le modèle d'entreprise fonctionne.

Parfois l'obtention de la licence est remplacée par la gestion du risque.

Généralement, lorsqu'ils utilisent des œuvres orphelines, les éditeurs de livres ajoutent une note au dos de l'ouvrage pour expliquer qu'on a scrupuleusement recherché le détenteur des droits d'auteur, et que celui-ci doit se faire connaître à l'éditeur pour toute réclamation. Toutefois, ces mentions n'ont aucune validité légale.

Parfois, des œuvres orphelines sont **cachées dans les archives** et jamais utilisées. Il y a de bonnes raisons à cela, dont deux que je tiens à préciser ici.

En premier lieu, de nombreuses archives sont financées par des **fonds publics** et n'ont pas l'autorisation de prendre le risque juridique et financier d'utiliser des œuvres orphelines.

En second lieu, les archives dépendent de la relation de **confiance mutuelle** avec les propriétaires des droits d'auteur. Toute utilisation illégale fragilise cette relation.

Utiliser ou non? Telle est la question! Il n'y pas de bonne solution. A vous de choisir entre ces deux maux.

V. Solutions internationales

Certains pays ont déjà des législations qui précisent les conditions d'utilisation des œuvres orphelines. D'autres ont déjà entamé le processus législatif à cet égard.

1. Le Canada

Le Canada a été le premier pays à légiférer sur l'usage des œuvres orphelines :
« Quand le détenteur des droits d'auteur d'une œuvre publiée ne peut pas être localisé, la section 77 de la Loi canadienne sur le Droit d'auteur autorise quiconque

souhaite utiliser l'œuvre à solliciter une licence auprès de la Commission des Droits d'Auteur du Canada. La Commission doit s'assurer que tous les efforts raisonnables ont été faits pour retrouver le détenteur des droits d'auteur [même sans succès]. Si la Commission est satisfaite [des efforts fournis], elle peut délivrer une licence non-exclusive. Y seront précisés les usages autorisés, la date d'expiration [de la licence], le coût de la licence et toutes autres modalités et conditions que la Commission considère appropriées. Le coût de la licence doit généralement être réglé à une société de gestion collective des droits d'auteur qui représente en principe le détenteur de droits introuvable. Cette société peut ensuite avoir à rembourser au moyen du montant de la licence, quiconque prouve être le détenteur des droits d'auteur pendant les cinq ans suivant l'expiration de la licence. Toutefois, entre-temps, la société de gestion peut disposer des royalties perçues, à son gré et au bénéfice de ses membres. »³

2. La solution scandinave : les licences collectives étendues

Les pays scandinaves résolvent le problème des œuvres orphelines par des licences collectives étendues. Les sociétés de gestion accordent les licences nécessaires à l'usage de documents protégés par droits d'auteur ; les détenteurs de droits peuvent ne pas opter pour ce système et négocier individuellement avec les utilisateurs.

3. La Suisse

L'article 22b de la loi suisse sur le droit d'auteur régit l'utilisation de documents audiovisuels orphelins issus des archives publiques et des diffuseurs audiovisuels, si lesdits documents ont été produits en Suisse. L'utilisation de ces œuvres n'est autorisée que sous réserve d'informer en parallèle les sociétés de gestion.⁴

4. La Commission européenne

La Commission européenne préconise de « disposer de mécanismes pour faciliter la numérisation et l'accès en ligne aux œuvres orphelines [...] tout en respectant pleinement les droits et les intérêts des propriétaires du contenu. »⁵

³ <http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkspaper.pdf>

⁴ http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4715/236180/d_s_4715_236180_236262.htm

⁵ Conseil de l'UE: Conclusions du Conseil sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique, 2006

Il est dommage qu'en faisant référence aux droits et intérêts des parents intellectuels de ces œuvres, la commission ait omis de mentionner les intérêts des familles d'accueil des oeuvres orphelines.

5. Le Congrès américain: limitation des recours

Le Congrès américain a proposé une législation limitant les recours disponibles en cas d'utilisation d'une œuvre orpheline, si la recherche préalable du détenteur du droit d'auteur a été approfondie, mais infructueuse.

VI. Principes à respecter dans le cas d'une solution juridique

Du point de vue des archives, toute solution juridique doit intégrer certains principes essentiels.⁶

1. Une définition claire des œuvres orphelines

Tout d'abord, les systèmes législatifs doivent accepter l'existence des oeuvres orphelines. Dans la plupart des pays, ce problème est tout simplement ignoré. Il est nécessaire de définir clairement les œuvres orphelines.

2. Des critères clairs pour une recherche approfondie

Ensuite, la notion de « recherche approfondie » doit être caractérisée par des critères précis.

On ne peut **jamais** être absolument certain qu'un détenteur de droits d'auteur n'existe pas ou ne peut être localisé !

Quels sont les efforts à faire ?

Les fonds consacrés à la recherche des détenteurs de droits d'auteur diminuent d'autant le budget servant à payer les redevances aux détenteurs connus.

⁶ Ces principes se conforment aux recommandations du Réseau des Centres de Ressources Multimédia en Allemagne sur la gestion des œuvres orphelines, <http://www.netzwerk-mediatheken.de>

Détenteurs et utilisateurs de droits d'auteur ont intérêt, les uns comme les autres, à ce que les coûts de transactions restent modérés !

Aussi les exigences relatives à la diligence des recherches **ne doivent-elles pas dépasser certaines limites**, faute de quoi elles deviendront **prohibitives**. Les utilisateurs ne doivent pas être seuls responsables de ces recherches, ce qui m'amène à mon prochain point.

3. Bases de données et procédures d'octroi des droits

Il nous faut des bases de données répertoriant les œuvres identifiées comme orphelines, pour éviter de forcer chaque utilisateur potentiel à réitérer une recherche déjà effectuée. Il nous faut également une procédure d'octroi des droits qui implique toutes les parties concernées.

4. Il faut impliquer les détenteurs de droits et les sociétés de gestion

Les sociétés de gestion et les associations de détenteurs de droits d'auteurs doivent jouer un rôle dans l'octroi des droits.

5. Les archives n'ont pas à se charger de l'octroi des droits

Les archives doivent évidemment soutenir la procédure d'octroi des droits, mais sans pour autant être responsables du résultat. L'octroi des droits peut être fortement sujet à controverse. La relation entre archives et détenteurs de droits repose sur une confiance mutuelle. Ils se doivent d'éviter autant que possible les conflits.

6. Licence ou exception au droit d'auteur

Il existe essentiellement deux manières de permettre l'utilisation des œuvres orphelines : accorder une licence ou créer une exception à la législation sur le droit d'auteur. Si ces concepts diffèrent en théorie, en pratique il n'y a pas autant de différence qu'on pourrait le croire.

7. Payer pour l'utilisation

Il va sans dire que toute utilisation d'une œuvre orpheline doit donner lieu à un dédommagement, sous la forme d'un montant raisonnable, payable à un organisme. Dans le cas d'une licence, il s'agit du coût de la licence ; dans le cas d'une exception au droit d'auteur, il s'agirait plutôt d'un genre de prime d'assurance. Ces montants doivent être versés au moment de l'utilisation, plutôt qu'à la réapparition du détenteur des droits d'auteur.

Ceci présente des avantages, à la fois pour l'utilisateur et le détenteur du droit d'auteur. Ce dernier est assuré d'être payé et n'a pas à négocier. Quant à l'utilisateur, il connaît d'emblée le montant à payer et peut décider de renoncer à utiliser l'œuvre s'il trouve le prix trop élevé.

8. Réapparition du détenteur des droits d'auteur

Lorsque les propriétaires de droits d'auteur se manifestent, leurs revendications doivent être satisfaites, sous réserve qu'elles soient justifiées. Ces revendications doivent se limiter aux redevances déjà payées ; aucun autre recours n'est possible.

9. Le remboursement des archives

L'argent que verse la famille d'accueil sera utilisé pour rémunérer le propriétaire des droits, s'il se manifeste. Si le propriétaire des droits n'a pas réapparu au bout de cinq ans, l'argent devra être reversé aux archives.

10. Les fonds non utilisés pour régler les détenteurs de droits identifiés devraient être utilisés pour la préservation des films

Faute d'utiliser la totalité des montants versés à l'organisme pour régler les droits d'auteur lorsque leur détenteur réapparaît, les fonds restants devraient servir à la préservation des films.

VII. Objections possibles

Lorsqu'il est question d'autoriser l'utilisation d'œuvres orphelines, l'objection la plus sérieuse porte sur le fait que les propriétaires du droit d'auteur seront ignorés. Certains auteurs, créateurs, et détenteurs de droits sont opposés à toute approche qui faciliterait l'utilisation (et la réutilisation) d'une œuvre orpheline. Un artiste américain du nom de Mark Simon a récemment qualifié la législation sur les œuvres orphelines de « vol légalisé. »⁷

C'est pourquoi il faut que toutes les parties concernées soient impliquées.

C'est pourquoi les sociétés de gestion et les détenteurs de droits doivent jouer un rôle crucial dans l'octroi des droits.

Nous ne souhaitons pas nous approprier le travail des détenteurs de droits d'auteur !

Il a fallu des centaines d'années pour établir des règles de corrélation / règles portant sur les droits *in rem* tels que l'acquisition de bonne foi, la prescription d'acquisition et l'abandon de propriété.

La propriété intellectuelle a elle aussi besoin de plus de règles de corrélation.

VIII. Conclusion

Ne planifiez pas l'avenir des œuvres orphelines sans consulter leur famille d'accueil.

⁷ http://mag.awn.com/?article_no=3605