

Œuvres orphelines – Compatibilité du projet de directive avec les normes internationales

Remarques liminaires

Nos commentaires portent sur le projet de directive tel que proposé par la Commission européenne. Nous n'avons pas tenu compte des propositions émanant des présidences polonaise et danoise et de la Finlande. Par ailleurs, nos commentaires se limitent à la question de la compatibilité du texte avec les normes internationales.

L'approche des œuvres orphelines adoptée par le projet de directive s'inscrit dans le cadre des limitations et exceptions au droit d'auteur et cette orientation est tenue pour acquise dans nos commentaires. Il convient toutefois de relever que le vingtième considérant évoque le système de licence collective étendue (LCE). Ce système n'est pas considéré comme une véritable exception aux droits exclusifs puisqu'en définitive il est tout à fait négociable. En effet, aucun mode d'exploitation n'est permis sans l'autorisation de l'organisme représentatif et le ou les ayants droit concernés ont par principe la possibilité de choisir de ne pas y participer, de (re)négocier ou de définir les conditions de l'exploitation éventuelle (à la différence de la gestion collective obligatoire qui exclut la non participation et qui peut donc être considérée comme une limitation du droit exclusif concerné). Ces systèmes reposent sur le droit exclusif et non sur une exception ou une limitation au sens strict. Par conséquent, il conviendrait de les admettre explicitement dans le projet de directive. Il s'ensuivrait notamment que les « dispositifs existants » évoqués par le vingtième considérant viseraient les licences collectives étendues en général et ne seraient pas limités aux seuls systèmes de LCE déjà en place avant l'entrée en vigueur de la directive.

Malgré le fait que les commentaires qui suivent partent de l'hypothèse du projet de directive selon laquelle il est fondé sur une exception ou une limitation, on peut émettre des doutes quant à savoir si un régime des œuvres orphelines doit bien être considéré comme imposant des exceptions. Les exceptions ont pour objet des utilisations précises d'intérêt public, alors qu'un régime des œuvres orphelines pourrait s'appliquer à l'ensemble des utilisations, qu'elles soient ou non particulièrement dans l'intérêt du public. L'œuvre ne devient pas « orpheline » du fait de l'usage que des tiers cherchent à en faire, mais plutôt à cause de l'impossibilité d'identifier ou de localiser l'auteur ou l'ayant droit. L'intérêt public consiste donc à prévoir un « interlocuteur » en remplacement de l'auteur (ou de l'ayant droit) lui-même plutôt que de priver ce dernier de la protection du droit d'auteur (et de la rémunération qui en découle), qui aboutit à une sorte d'expropriation (article 17 de la Charte des droits fondamentaux). Correctement conçue, il s'agit ici non pas d'une question d'exceptions et de limitations mais d'une question de représentation.

A cet égard, l'article 15.4) de la Convention de Berne prévoit une approche appropriée dans le cas des « œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue ». Même s'il ressort clairement des actes de la Conférence de révision de Stockholm de 1967 que les expressions du folklore étaient visées par cette formule, elle convient également à la catégorie des œuvres orphelines. Selon cette disposition, il appartient au pays dont l'auteur est présumé être ressortissant de désigner l'autorité compétente pour représenter l'auteur.

Etant donné que des sociétés d'auteurs peuvent également jouer le rôle de ces autorités, le système de LCE est tout à fait conforme à cette approche, tandis que la proposition de directive ne l'est peut-être pas. C'est pourquoi nous estimons que non seulement un régime de LCE doit être admis dans le cadre de la proposition de directive mais également qu'un tel régime apparaît comme la meilleure approche en général.

Considérations d'ordre général

La principale question de compatibilité qui se pose à l'égard du projet de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines est de savoir s'il est conforme ou non au test des trois étapes prévu par l'article 9.2) de la Convention de Berne, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10 du Traité WCT.

Le projet de directive satisfera peut-être au critère de la première étape du triple test si les exceptions ou limitations qu'il prévoit ne s'appliquent que dans « certains cas spéciaux »... Le cadre général du projet de directive pourrait être considéré comme répondant à cette condition si la catégorie d'œuvres concernées était définie de manière suffisamment restrictive (cela dépendra en partie de la rigueur avec laquelle la recherche diligente doit être effectuée) et si la catégorie des utilisations concernées était suffisamment restreinte. Sur ce dernier point, l'article 7 pourrait soulever certains problèmes sur lesquels nous reviendrons plus loin. C'est exprès que nous employons le conditionnel car les termes assez vagues du projet de texte de l'article 6.2¹ pourraient éventuellement être interprétés de manière très large, au point de ne plus remplir la condition de la première étape. Ce constat s'impose du fait que la notion de « mission d'intérêt public » est assez large et n'est ni circonscrite ni limitée. Il en est de même de la formule « fourniture d'un accès à ces œuvres à des fins culturelles et éducatives » (quel accès fourni à des œuvres protégées et à des phonogrammes n'est pas réputé être à des fins « culturelles » ?). Qui plus est, l'énumération n'est pas limitative.

La deuxième étape du test des trois étapes pourrait éventuellement être plus problématique. Il ne doit pas y avoir d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. L'article 6 du projet de directive remplit cette condition en prévoyant que l'utilisation des œuvres orphelines est limitée à la préservation, à la restauration et à la fourniture d'un accès à des fins culturelles et éducatives. En général, ces objectifs minimalistes pour lesquels l'œuvre peut être utilisée ne semblent pas compromettre l'exploitation normale de l'œuvre. Mais le fait que cette exception englobe les fins « culturelles » pourrait être problématique. Il pourrait être compris de façon à couvrir de vastes catégories d'œuvres, y compris des productions de divertissement. En fait, la notion d'utilisations à des fins « culturelles » pourrait être interprétée si largement qu'il pourrait y avoir un conflit même au niveau de la première étape du test.

¹ « Toutefois, sous réserve ..., les organisations visées à l'article 1er, paragraphe 1, ne peuvent pas utiliser les œuvres orphelines dans un but autre que l'accomplissement de leurs missions d'intérêt public, lesquelles 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. »

L'article 7 du projet de directive est plus problématique. Il ouvre la porte à des utilisations à d'autres fins, sans donner une définition plus précise de ces fins ou de ces utilisations. Cette approche ouverte pourrait potentiellement avoir pour conséquence une atteinte à l'exploitation commerciale normale de l'œuvre (et, du fait de la non définition des fins et des utilisations concernées, être également en conflit avec la première condition du test des trois étapes), ce à quoi la disposition reconnaissant à l'ayant droit un droit à rémunération risque de ne pas remédier. Si l'on applique l'analyse du groupe spécial de l'OMC, il faut d'abord que l'exploitation remplisse la condition de la deuxième étape (ne pas porter atteinte à « l'exploitation normale ») avant de passer à la troisième étape². Certes le paiement d'une rémunération peut corriger le caractère « injustifié » du préjudice, mais la question d'une rémunération ne se pose pas si l'exception proposée ne satisfait pas à l'analyse de la deuxième étape. Autrement dit, le fait d'obtenir des droits d'auteur dans le cadre d'une licence obligatoire ne saurait se substituer à l'exploitation normale de l'œuvre³. L'article 7 ne peut donc pas être envisagé isolément mais doit être lu en combinaison avec les conditions du test des trois étapes qui font partie de l'acquis communautaire.

L'article 7 part peut-être également du principe que le statut d'œuvre orpheline traduit l'état de fait selon lequel il n'existe actuellement aucune exploitation commerciale de l'œuvre et qu'il ne peut donc pas y avoir de conflit avec cette exploitation commerciale (inexistante). Par conséquent, le système de rémunération prévu par le projet de directive ne se substituerait à aucune exploitation normale puisque, par définition, l'œuvre orpheline ne fait pas l'objet d'une exploitation « normale ». Un tel raisonnement doit toutefois être considéré avec une extrême prudence. S'il est vrai qu'il s'agit ici d'une recherche d'équilibre, il n'en demeure pas moins que les exploitations visées par l'article 7 pourraient être « normales » pour les œuvres en général. Le projet de directive soulève donc la question de savoir si l'analyse d'une « exploitation normale » doit concerner les œuvres particulières faisant l'objet de l'exception proposée ou si elle s'applique plus généralement aux catégories d'œuvres identifiées par l'article 1.2. Selon l'interprétation du groupe spécial de l'OMC, la notion d'« exploitation normale » vise les utilisations de l'œuvre qu'effectueraient les titulaires de droits d'auteur en général ; elle n'a pas été appliquée à l'utilisation faite par un titulaire déterminé. Ainsi, par exemple, le groupe spécial de l'OMC s'est intéressé aux « moyens dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre » (point 6.183). Les exploitations que cherche à réaliser l'utilisateur d'une œuvre orpheline seront probablement du type de celles qui font normalement l'objet d'une licence ; l'utilisateur a effectivement recherché le titulaire du droit précisément parce que l'utilisation nécessiterait normalement son autorisation. Une analyse qui qualifie une exploitation de « non normale » si le titulaire du droit d'auteur n'en tire aucune valeur économique risque de priver également du contrôle de ces exploitations les auteurs localisables qui, pour des raisons économiques ou de « droit moral », refusent d'autoriser certaines utilisations. Que l'on adopte l'optique plus large ou plus étroite, les utilisations non définies que pourrait éventuellement englober l'article 7 impliquent clairement des considérations normatives à la fois économiques et non économiques.

² Voir la déclaration sur ce point fait par le Prof. Eugen Ulmer en tant que Président de la Commission principale n° 1 de la Conférence de Stockholm pour la révision de la Convention de Berne ; *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle (1967)*, OMPI (1971) (ci-après « Actes de 1967 »), vol. II, p. 1145 (paragraphe 85).

³ S. Ricketson & J. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, OUP (2006), p. 775.

Mais s'il était présumé pour les besoins de l'analyse que les œuvres « orphelines » ne font plus l'objet d'une « exploitation normale » (ou du moins, compte tenu du statut de ces œuvres, qu'une exploitation qui aurait été « normale » ne porte pas atteinte au titulaire du droit introuvable tant que celui-ci ne réapparaît pas), la troisième étape serait alors la plus décisive. Un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur ne saurait être admis. On ne passe à cette étape que lorsque l'obstacle de la deuxième étape a été franchi, et l'application de la condition qu'elle pose est indépendante de celle de l'étape précédente. Les intérêts de l'auteur dont il est question ici sont ceux que protègent tant les droits patrimoniaux que les droits non patrimoniaux ou moraux. Il faut s'attendre à ce qu'un certain préjudice soit causé aux intérêts de l'auteur une fois franchies les première et deuxième étapes du test. Cela découle du concept d'une limitation ou d'une exception au droit exclusif. L'obstacle mis en place par la condition de la troisième étape est que ce préjudice doit demeurer justifié. Un préjudice n'est plus acceptable dès qu'il devient injustifié. Autrement dit, un test de proportionnalité est instauré dans le cadre de cette étape. Une exploitation autorisée par la loi compensée par un droit à rémunération pourrait répondre à ce critère de proportionnalité.

Il existe des exemples d'exceptions actuelles au droit d'auteur qui ne causent pas un préjudice injustifié. On peut citer à cet égard les exceptions d'ordre public ou l'exception pour les comptes rendus d'événements d'actualité. Il peut être soutenu que les utilisations permises par l'article 6 du projet de directive ne causent pas un préjudice injustifié. Certes le texte du projet de directive n'exige pas explicitement à l'heure actuelle comme condition que l'œuvre orpheline ne soit plus disponible dans le commerce sous forme numérique ou analogique. Mais l'option éventuelle consistant à acquérir un nouvel exemplaire⁴ au lieu de se prévaloir de l'exception ne rend pas le préjudice injustifié puisque la définition d'une œuvre orpheline donnée à l'article 2 sous-entend dans la plupart des cas qu'aucun nouvel exemplaire⁵ ne peut être obtenu car un éditeur connaîtrait probablement l'identité de l'auteur ou de l'ayant droit. Cela exclut donc un préjudice aux intérêts économiques de l'auteur. De même, il est peu probable que les interventions à l'égard de l'œuvre permises par l'article 6, si elles sont accomplies avec soin, soient préjudiciables aux intérêts non économiques de l'auteur.

L'article 7 dépasse par définition le cadre de l'article 6 du projet de directive et les utilisations pouvant être autorisées ne sont pas clairement circonscrites. Par conséquent, elles pourraient éventuellement causer un préjudice qui serait injustifié, notamment si le test de proportionnalité était appliqué à la lumière du fait que l'auteur pourrait finir par être identifié et rentrer dans le cadre.

On pourrait alors corriger le caractère injustifié du préjudice en proposant une compensation, soit sous forme de rémunération équitable, soit sous une autre forme⁶. Comme nous l'avons vu plus haut, cette compensation n'a pas d'incidence sur la condition de la deuxième étape du triple test, mais dès lors que cette dernière condition a été remplie, elle peut rendre raisonnable le préjudice inéluctable. L'existence d'une compensation influe sur le test de proportionnalité et peut atténuer l'impact sur les intérêts de l'auteur avec pour conséquence

⁴ Permettant au titulaire du droit d'exercer normalement son droit exclusif.

⁵ Un exemplaire d'occasion ne suffit pas car le titulaire du droit ne percevrait pas de rémunération dans ce cas.

⁶ Telle qu'une redevance perçue dans le cadre d'un système de licence.

que le préjudice qui ne peut pas être évité en tant que tel ne soit plus injustifié⁷. Il est évident que plus la catégorie des œuvres considérées comme « orphelines » est restreinte, moins il existera le risque d'un préjudice injustifié. La rigueur de la recherche diligente imposée par l'article 3 s'avérera donc cruciale pour évaluer non seulement si les « cas » visés par la directive sont suffisamment « certains » et « spéciaux » mais également si le régime des œuvres orphelines répond à un critère de proportionnalité.

La présente analyse doit être considérée à la lumière de la règle principale de la Convention de Berne reconnaissant à l'auteur des droits exclusifs. Cela implique le droit d'autoriser ou d'interdire l'accomplissement de tout acte couvert par le droit et de fixer les conditions de l'éventuelle autorisation, notamment le paiement d'une compensation ou de droits d'auteur. Le test des trois étapes vise les exceptions à ces droits. Ces exceptions ne peuvent continuer à s'appliquer que dans la mesure où toutes les conditions prévues sont – et restent – remplies, la solution par défaut étant le droit exclusif de l'auteur.

Le présent avis tient également pour acquis que le projet de directive ne s'applique qu'aux utilisations d'œuvres orphelines qui ne font pas l'objet des exceptions existantes. Celles-ci ne sont pas concernées par le projet de directive.

Les questions précises

1. Il nous a été demandé, d'une part, d'émettre un avis sur la **compatibilité avec les traités internationaux d'une règle qui exclut le paiement d'une compensation aux auteurs ou autres titulaires de droits qui réapparaissent**. Il ressort de l'analyse qui précède qu'aucune compensation n'est requise en l'absence d'un préjudice injustifié mais que l'article 7 du projet de directive donne effectivement lieu à un préjudice injustifié et nécessite par conséquent le versement d'une compensation pour satisfaire au critère de proportionnalité et faire en sorte que le préjudice soit raisonnable. Une règle qui exclut le versement d'une compensation dans tous les cas n'est donc pas compatible avec le test des trois étapes. Le texte actuel de l'article 7 du projet de directive prévoit une approche plus limitée. Une rémunération est proposée, mais seulement si elle est réclamée dans un délai de cinq ans. La présence d'une rémunération constitue un élément positif, mais le délai de prescription de cinq ans pose de sérieux problèmes. Il ouvre la porte à des utilisations sans contrepartie dans de nombreuses hypothèses. Le critère de proportionnalité n'est alors plus respecté et le préjudice redeviendra injustifié dans un certain nombre de cas⁸.

⁷ A. & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec (3^e éd. 2006), p. 272 ; P. Goldstein, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, OUP (2001), p. 310 ; C. Masouyé, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (Acte de Paris, 1971), OMPI (1978), p. 63 ; M. Ficsor, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI (2003) p. 56-60 ; K. Garnett, G. Davies & G. Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, Sweet & Maxwell (16^e éd. 2011), p. 1323 ; S. Ricketson & J. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, OUP (2006), p. 776-777.

⁸ Voir les observations du Prof. Ulmer en tant que Président de la Commission principale n° I, Actes de 1967, vol. II, p. 883.

On pourrait faire valoir que l'équilibre entre les intérêts de l'utilisateur et ceux de l'auteur ou du titulaire du droit exige que la faculté de demander une rémunération soit limitée dans le temps. Il s'agit en effet du principe général sous-tendant les règles de prescription. Mais il existe une différence entre le fait de limiter les demandes en violation du droit d'auteur aux dommages subis dans les cinq ans qui précèdent l'introduction de la demande et le fait d'exclure complètement les demandes d'indemnisation. Comme le montre l'analyse ci-dessus, la troisième étape du triple test ne fonctionne pas de cette façon. Le caractère justifié ou injustifié doit être apprécié par rapport aux intérêts de l'auteur. L'exception doit être proportionnée et se justifier à la lumière de l'avantage qui résulte de son application. Les intérêts d'autres parties entrent donc en ligne de compte, mais on voit mal comment le moment de la réapparition du titulaire du droit aurait dans l'absolu une incidence sur la solution. Le mode d'exploitation a, par exemple, un impact sur le caractère injustifié ou non du préjudice, mais le préjudice ne change pas en tant que tel passé le délai de cinq ans.

En tout cas, l'utilisation autorisée par la loi devrait faire l'objet d'une publicité suffisante afin de donner à l'auteur des chances raisonnables d'en prendre connaissance et de réclamer une rémunération. L'inaction de l'auteur pendant une période de cinq ans pourrait rendre raisonnables le régime et la déchéance du droit à rémunération à l'issue du délai fixé. En substance, le délai de cinq ans fonctionnerait comme une règle de prescription. L'accent est alors mis sur la possibilité donnée à l'auteur de réagir et de demander une rémunération grâce à la mise en œuvre de moyens de prise de connaissance effective et d'un délai suffisamment long pour se manifester, ce qui rend raisonnable la déchéance du droit en cas d'inaction. Il est également primordial à cet égard que l'article 5 permette à l'auteur d'interdire la poursuite des utilisations, même s'il réapparaissait trop tard pour obtenir une rémunération en contrepartie des utilisations passées. (Dans le même esprit, les règles de prescription n'excluent les actions en réparation ni de dommages futurs ni de dommages subis avant que le délai de prescription ne soit couru.)

Un autre argument qui pourrait être avancé consisterait à dire que le préjudice subi par un auteur ou un ayant droit qui ne réapparaît pas dans un délai de cinq ans est si abstrait que ce préjudice ne peut plus être considéré comme « injustifié ». Cet argument ne saurait être admis puisque ce sont les intérêts des parties intéressées qui sont pris en compte et non l'éventuelle décision prise par l'auteur ou un autre ayant droit d'exercer ou de ne pas exercer son droit. Après tout, il n'a jamais été suggéré que la reconnaissance d'un droit exclusif comporte l'obligation d'exercer le droit et encore moins que le droit exclusif s'éteindra avant l'expiration de la durée légale s'il n'est pas exercé. Tant que la durée de protection n'a pas expiré, le droit peut être exercé et demeure donc un intérêt ou un élément qui doit être pris en compte, et ce indépendamment de la décision de l'auteur ou de l'ayant droit de l'exercer ou non à un moment donné.

2. Il nous a été demandé, d'autre part, d'émettre un avis sur **l'extension aux utilisateurs commerciaux tels que les radiodiffuseurs du régime prévu par le projet de directive**. Les utilisateurs commerciaux sont par définition intéressés par une exploitation commerciale de l'œuvre. Une telle exploitation risque fortement d'augmenter le préjudice aux intérêts de l'auteur. A la lumière de l'avis que nous avons émis en réponse à la première question, une telle extension est encore plus problématique s'agissant de la compatibilité de celle-ci avec

le test des trois étapes. Autrement dit, l'article 7 du projet de directive ne contient pas les sauvegardes nécessaires pour garantir dans tous les cas que le préjudice aux intérêts de l'auteur sera justifié et proportionné. Pire encore, l'exploitation commerciale de l'œuvre pourrait également créer des problèmes au niveau de la deuxième étape du test. En effet, l'absence de sauvegardes dans le cadre de l'article 7 risque également dans un certain nombre de cas de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Il faut aussi tenir compte du fait qu'une extension des bénéficiaires de l'exception proposée pour les œuvres orphelines rend cette exception beaucoup moins « certaine » et « spéciale ». Cette circonstance crée de graves problèmes concernant la compatibilité éventuelle de l'exception avec la condition de la première étape du triple test. A notre avis, une extension aux utilisateurs commerciaux n'est donc pas souhaitable du point de vue de la compatibilité du dispositif.

Synthèse

L'article 7 pourrait potentiellement être incompatible avec chacune des trois étapes du test des trois étapes.

L'absence totale d'un droit à rémunération serait certainement incompatible avec la condition de la troisième étape (même si l'exception répondait aux conditions des deux premières étapes). L'exclusion d'une rémunération après un certain délai – peut-être de cinq ans – si l'ayant droit ne réapparaissait pas pourrait être compatible avec la condition de la troisième étape dans le cas où il existerait parallèlement une obligation d'assurer une large publicité à l'utilisation de sorte qu'un ayant droit raisonnablement attentif devrait être averti de l'utilisation. Il conviendrait également de mettre en place une procédure simple permettant à l'ayant droit de se présenter pour faire part de son opposition. Il devrait également être clairement prévu que même l'ayant droit qui se manifeste trop tard peut interdire les exploitations futures de son œuvre, même s'il ne peut plus prétendre à une rémunération pour les exploitations passées.

Une extension des bénéficiaires d'un régime d'œuvres orphelines aux utilisateurs commerciaux serait en conflit avec chacun des trois critères du test des trois étapes et surtout avec le premier critère.

Paul Torremans, Professeur de droit de la propriété intellectuelle à l'Université de Nottingham*

Jane Ginsburg, Titulaire de la chaire Morton L. Janklow de droit de la propriété littéraire et artistique à l'Université Columbia*

Mihály Ficsor, Membre du Conseil et Président d'honneur du Conseil hongrois du droit d'auteur*

Jan Rosén, Professeur de droit privé à l'Université de Stockholm*

Mario Bouchard, Ottawa (à titre personnel)

Michel Walter, Rechtsanwalt, Professeur honoraire, Vienne*

Paolo Marzano, Avvocato, Rome*

(* indique les auteurs qui sont également membres du Comité exécutif de l'ALAI)