

Transposition de la directive 2012/28 : des œuvres doublement orphelines ?

Maxime Lambrecht*

*D'abord au dessert aussitôt
La meilleure part du gâteau,
Et puis plus d'école, pardi
La semaine aux quatre-jeudis.*

*On le traite comme un pacha,
À sa place on fouette le chat,
Et le trouvant très chic en deuil,
Les filles lui font des clins d'œil.*

Georges Brassens, « L'orphelin »

[ABSTRACT]

Le régime issu de la directive 2012/28 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines a finalement été transposé en droit belge, à l'exception d'un arrêté d'exécution (central) encore attendu. Malheureusement, cette transposition a minima d'une directive déjà décevante a peu de chance de permettre de combler le trou noir du XXe siècle. Abandonnées par leurs ayants droit et négligées par le législateur, les œuvres visées par la directive 2012/28 risquent fort de se retrouver doublement orphelines...

S'ils constituent une aubaine pour les créateurs, nos systèmes de droits d'auteur protégés pour une durée longue sans formalités (préalables ou de renouvellement) ont pour effet collatéral de laisser planer l'incertitude sur le statut de certaines œuvres. En faisant peser entièrement sur l'utilisateur la charge de l'identification des ayants droit et du statut protégé ou non d'une œuvre, nos systèmes de droit d'auteur empêchent *de facto* toute utilisation d'une œuvre dont les ayants droit seraient inconnus ou introuvables. Pire, lorsque l'identité ou la date du décès de l'auteur est inconnue, c'est l'entrée dans le domaine public qui est indéfiniment repoussée. C'est cette zone d'ombre dans lesquelles les œuvres encore protégées sont laissées inexploitées et inexploitable que certains ont qualifié de « trou noir » du XXe siècle¹.

Parmi les œuvres perdues dans ce trou noir, on distingue classiquement entre les œuvres orphelines, dont les ayants droit sont inconnus ou introuvables, et les œuvres indisponibles, qui ne sont plus commercialement disponibles. Toutefois, la réalité de ces deux notions se recouvre en grande partie, étant donné qu'il n'est pas possible d'identifier ou de localiser l'ayant droit en remontant la chaîne

* Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain et à l'Ecole de Recherche Graphique, et chercheur postdoctoral à Sciences Po Paris.

¹ Selon l'expression popularisée par J. Boyle, « A copyright black hole swallows our culture », *Financial Times*, 6 septembre 2009, <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/>

de distribution d'une œuvre indisponible, et que l'absence de potentiel commercial identifié peut expliquer le désintérêt de l'ayant droit.

En Europe, les œuvres indisponibles ont fait l'objet d'un dialogue entre les parties prenantes initié par la Commission européenne, ayant abouti à un document encourageant la mise en place d'une gestion collective volontaire de ces œuvres². Cette approche a notamment influencé le législateur français, qui a mis en place un régime de gestion collective obligatoire des livres orphelins, entretemps sanctionné par la CJUE dans son arrêt *Souliez et Doe*³.

Quant au phénomène des œuvres orphelines, la Commission a considéré qu'il méritait de faire l'objet d'une initiative législative. Il faut dire que le phénomène est loin d'être marginal : selon certaines estimations, c'est 13 pourcent de l'ensemble des livres encore protégés dans l'Union européenne qui seraient orphelins ; parmi les collections d'archives cinématographiques européennes, les œuvres orphelines s'élèveraient de 129 000 à 225 000 films ; selon une étude britannique, 90% des photographies présentes dans les collections des musées du Royaume-Uni seraient orphelines⁴.

C'est dire si l'annonce d'une initiative du législateur européen sur les œuvres orphelines était attendue, et avait pu susciter l'espoir que ce problème vexant des œuvres orphelines trouverait enfin une résolution digne de ce nom. Malheureusement, le texte final de la directive 2012/28, s'il représentait un début de solution pour certaines utilisations de (certaines) œuvres orphelines, ne s'est pas révélé à la hauteur des ambitions qu'il se donnait, en proposant une solution complexe et à l'ampleur limitée.

Il n'en va pas autrement pour la transposition de cette directive en droit belge, à laquelle cet article est consacré. Manifestement réalisée à la hâte suite à la procédure en infraction initiée par la Commission européenne suite au retard de transposition par la Belgique⁵, la loi du 20 juillet 2015 réalise une transposition quasiment à l'identique du dispositif de la directive, en laissant le soin au Roi de compléter les questions laissées à l'appréciation des états-membres. Ce qui n'est pas encore chose faite, car si deux arrêtés royaux ont bien été pris le 17 octobre 2016 pour désigner l'autorité nationale compétente en application de l'art. XI.245/4, §1 (la bibliothèque royale de Belgique) et les sources appropriées pour la recherche diligente des ayants droit en application de l'art. art. XI.245/4, §4, aucune mesure d'exécution n'a encore été prise à ce jour pour déterminer « les modalités de calcul (...) de perception, de répartition et de contrôle » de la rémunération éventuellement due aux ayants droit pour l'utilisation œuvres orphelines, en vertu de l'art. XI.245/7 CDE. Plus de trois ans après le délai de transposition de la directive 2012/28, le régime belge pour les œuvres orphelines n'est donc toujours pas entièrement opérationnel.

² Memorandum of Understanding, Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (2011)

³ C.J.U.E., « *Souliez et Doe* », C-301/15, 16 novembre 2016. Sur les conséquences de cet arrêt pour le régime français, cf. L. El Badawi, "La nécessaire révision du régime français d'exploitation numérique des livres indisponibles", *Revue de l'Union européenne*, 2017, p.78

⁴ A. Vuopala, *Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission, DG Information Society and Media, mai 2010, p. 4-5.

⁵ Rapport fait au nom de la Commission de l'Economie, Doc 54 1151/002 (2014/2015)

Objectifs du régime des œuvres orphelines

L'exposé des motifs du projet de loi n'est pas particulièrement disert quant aux objectifs qu'il poursuit, se bornant à mentionner le problème posé par les œuvres orphelines aux bibliothèques ou aux établissements culturels et du patrimoine et l'obligation de transposer la directive européenne⁶.

Les considérants de la directive 2012/28 mentionnent l'objectif principal de « promouvoir la libre circulation des connaissances et des innovations dans le marché intérieur »⁷ auquel participe « la numérisation de masse de documents imprimés » et « la recherche et l'indexation » de ces documents (par le forage de texte et de données, ou *text and data mining*), qui « accroissent la valeur des collections des bibliothèques du point de vue de la recherche ». Le texte insiste sur la création de « grandes bibliothèques en ligne » qui « facilite la recherche électronique et des outils de découverte qui ouvrent de nouvelles sources de découverte pour les chercheurs et les universitaires lesquels, à défaut, devraient se contenter de méthodes de recherche plus traditionnelles et analogiques »⁸. La création d'un cadre juridique pour les œuvres orphelines est explicitement présentée comme contribuant à cet objectif de faciliter la numérisation des œuvres, et donc de permettre la création de « grandes bibliothèques en ligne »⁹. Et en effet, les œuvres orphelines constituent un obstacle majeur à ces projets de numérisation de masse, précisément en raison de leur échelle : les coûts de transaction liés à l'obtention des droits pour chaque œuvre mettent en péril la faisabilité économique de tels projets¹⁰.

Le projet de directive est introduit dans un contexte de craintes européennes quant à la concurrence que pourrait constituer le projet Google Books par rapport au projet Europeana, et au « knowledge gap » que pourrait engendrer un retard dans le domaine pour les universités et institutions culturelles européennes¹¹. Ce contexte particulier aide à comprendre pourquoi le texte de la directive 2012/28 se focalise principalement sur les livres orphelins ainsi que les illustrations et photographies incluses dans ces livres¹² (à l'exclusion notable des photographies et images qui existent comme œuvres indépendantes), auquel ont été ajoutées les œuvres audiovisuelles et les phonogrammes. Ce contexte peut également expliquer pourquoi le texte de la directive exclut le secteur privé et limite drastiquement les possibilités d'utilisation commerciale : face à l'initiative commerciale incarnée par Google Books, il semble que c'est l'option publique représentée par Europeana qui ait été privilégiée.

Entretemps bien sûr, de l'eau a coulé sous les ponts, et la justice étatsunienne a rejeté l'accord de règlement Google Books¹³, mettant fin aux ambitions de Google et de ses partenaires concernant la

⁶ Projet de loi du 30 juin 2015, transposant la directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, Exposé des motifs, Doc 54 1151/001 (2014/2015), p. 3 à 18.

⁷ Directive 2012/28, considérant 2.

⁸ Directive 2012/28, considérant 1. Cf. aussi Commission européenne, "Impact assessment on the cross-border online access to orphan works", SEC(2011) 615 final, p. 6.

⁹ Directive 2012/28, considérant 3.

¹⁰ Comme le note S. Van Gompel, "The Orphan Works Chimera and How to Defeat It - A View From Across the Atlantic", p. 1353

¹¹ Commission européenne, "Impact assessment on the cross-border online access to orphan works", SEC(2011) 615 final, p. 7.

¹² Ibidem, p. 8.

¹³ U. S. District Court for the Southern District of New York, "The Authors Guild and Others v Google Inc", 05 civ 8136 DC, 22 mars 2011.

mise à disposition au public des œuvres orphelines et indisponibles (au-delà de la possibilité de rechercher et d'accéder à de courts extraits, couverte par l'exception de *fair use*¹⁴).

Parmi les diverses possibilités envisagées par l'étude d'impact (« ne rien faire », une exception au bénéfice des institutions culturelles, gestion collective volontaire, gestion collective étendue), le législateur européen a opté pour l'introduction d'une exception légale pour les institutions publiques couplée à une exigence de recherche diligente des ayants droit ainsi qu'un droit à rémunération pour les ayants droit qui referaient surface.

Ainsi, l'article XI. 245/1 CDE définit les œuvres orphelines comme « une œuvre ou un phonogramme, tel que défini à l'article XI.245/2, dont aucun des ayants droit n'a été identifié, ou, même si l'un ou plusieurs d'entre eux a été identifié, aucun d'entre eux n'a pu être localisé bien qu'une recherche diligente des ayants droit ait été effectuée », ainsi qu'une œuvre ou un phonogramme dont « seulement une partie des ayants droit ont pu être identifiés et localisés ».

Une exception pour l'utilisation des œuvres orphelines

La loi du 20 juillet 2015 introduit à l'article XI. 192/1 du code de droit économique (CDE) un nouveau cas d'exception au droit d'auteur (ainsi qu'aux droits voisins, art. XI.218/1 CDE) pour l'utilisations des œuvres orphelines.

Les bénéficiaires de cette exception sont limités aux institutions et organismes culturels dépositaires d'une « missions d'intérêt public » qui sont accessibles au public : les bibliothèques, les établissements d'enseignement, les musées ; et celles qui ne sont pas nécessairement accessibles au public : les archives, les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore et les organismes de radiodiffusion de service public. Les bénéficiaires peuvent donc être des organismes publics ou privés, tant qu'ils sont chargés d'une mission d'intérêt public¹⁵. Cela n'exclut pas non plus nécessairement toute exploitation payante, tant que celle-ci reste conforme à la mission d'intérêt public et dans le cadre prévu par la loi (cf. l'art. XI.245/5 CDE et la possibilité limitée pour les institutions et organismes de percevoir des recettes pour couvrir leurs frais).

Cela exclut par contre les particuliers, qui ne peuvent réaliser les actes couverts par l'exception, et n'en bénéficient qu'indirectement, en tant que lecteurs et affiliés des institutions et organismes accessibles au public.

L'article 192/1 CDE autorise les bénéficiaires de l'exception à réaliser sur les œuvres orphelines appartenant à leur collection deux actes : premièrement la mise à disposition au public, et deuxièmement la reproduction « à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration ». L'article XI.245/5 rajoute en outre que l'utilisation des œuvres orphelines par les institutions et organismes visés doit être faite dans un but « lié à l'accomplissement de leurs missions d'intérêt public, en particulier la préservation, la restauration des œuvres ou phonogrammes présents dans leur collection et la fourniture d'un accès culturel et éducatif à celles-ci ». La locution « en particulier » suggère que cette énumération des finalités liées aux missions d'intérêt public n'est pas exhaustive.

¹⁴ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, "The Authors Guild and Others v Google Inc", n° 13-4829, 16 octobre 2015.

¹⁵ U. Suthersanen & M. M. Frabboni, "The Orphan Works Directive", in I. Stamatoudi, P. Torremans, EU Copyright Law: A Commentary, Edward Elgar, 2014p. 657.

On remarquera toutefois que l'exception pour les œuvres orphelines permet seulement la reproduction et la mise à disposition au public, et ne permet pas d'adaptations ou de réutilisations dans des œuvres dérivées, ce qui limite encore un peu plus son intérêt.

Œuvres pouvant accéder au statut d'orphelines

Seuls certains types d'œuvres peuvent accéder au statut d'orphelines, selon l'art. XI. 245/2 CDE : les œuvres littéraires (sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits), les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, et les œuvres musicales (phonogrammes).

Les photographies et les images existantes comme œuvres indépendantes sont explicitement exclues par l'article 10 de la directive 2012/28. On pourra d'autant plus regretter cette exclusion, que comme nous l'avons vu, ce type d'œuvre est particulièrement exposé au phénomène des œuvres orphelines (ainsi, 90% des photographies dans les collections des musées britanniques seraient des orphelines¹⁶). L'étude d'impact justifie cette exclusion par le fait que l'absence d'informations d'identification et d'attribution (fréquente dans les collections photographiques) rendrait toute « recherche diligente » extrêmement difficile¹⁷ ; toutefois, le fait que la solution choisie (l'exigence de recherche diligente) ne soit pas adaptée au problème semble difficilement recevable comme raison de ne pas tenter résoudre ledit problème. Enfin, cette exclusion est d'autant plus difficilement compréhensible, vu que la directive inclut dans son champ d'application les œuvres audiovisuelles et les phonogrammes, qui avaient pourtant été exclus de l'étude d'impact en raison respectivement de la trop grande complexité de la chaîne de droits de propriété qui y prévaut, ou du caractère minimal du problème des œuvres orphelines dû à la fréquence de la gestion collective des droits¹⁸.

En outre, toujours selon l'art. XI.245/2, l'exception pour les œuvres orphelines ne s'applique en principe qu'aux œuvres qui ont été initialement publiées ou radiodiffusées dans un Etat membre de l'Union européenne. Quant aux œuvres qui n'ont jamais été publiées ou radiodiffusées, elles peuvent éventuellement être considérées comme orphelines à la double condition qu'elles aient été rendues publiquement accessibles avec l'accord des ayants droit par les institutions ou organismes et qu'en outre il soit raisonnable de supposer que les ayants droit ne s'opposeraient pas aux utilisations visées par l'exception.

Mais pour qu'une œuvre puisse être considérée comme orpheline et être utilisée en vertu des nouvelles exceptions prévues aux art. XI. 192/1 et XI.218/1 CDE, la loi impose encore une procédure de recherche diligente de leurs ayants droit, pièce centrale au nouveau régime des œuvres orphelines.

Recherche diligente de l'ayant droit

Plutôt que de permettre aux institutions et organismes d'utiliser toutes les œuvres qui seraient simplement présumées être orphelines, le législateur européen a choisi de conditionner le bénéfice

¹⁶ A. Vuopala, *Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission, DG Information Society and Media, mai 2010, p. 4-5; cf. également Cf. M.-C. Janssens & R. Tryggvadóttir, "Orphan Works, Out-of-Commerce Works and Making the European Cultural Heritage Available: 'Are We Nearly There Yet'?", dans I. A. Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, p. 199.

¹⁷ Commission européenne, "Impact assessment on the cross-border online access to orphan works", SEC(2011) 615 final, p. 7.

¹⁸ Ibidem, p. 8.

de ce régime à une exigence de recherche diligente individuelle de l'ayant droit pour chaque œuvre, afin de s'assurer que les ayants droit n'ont pas pu être identifiés ou localisés.

Cette recherche doit être effectuée de manière *diligente* (en suivant les conditions prévues par la législation) et *de bonne foi* pour chacune des œuvres présumées orphelines¹⁹.

En principe, la loi impose seulement qu'une recherche diligente ait lieu dans l'Etat membre de l'Union européenne (ou de l'EEE) où a eu lieu la première publication de l'œuvre (ou la première radiodiffusion pour les phonogrammes, ou, le cas échéant, dans l'Etat membre où le producteur a sa résidence habituelle dans le cas des œuvres audiovisuelles ou cinématographiques)²⁰. Toutefois, s'il existe des indications suggérant que des informations pertinentes se trouvent dans un autre Etat membre, la recherche diligente devra également s'étendre à cet autre Etat membre²¹.

La loi n'exclut pas que la recherche diligente soit effectuée par un sous-traitant, mais c'est l'institution ou l'organisme bénéficiaire qui restera responsable du caractère diligent et de bonne foi de la recherche²².

Concrètement, la mise en œuvre d'une telle recherche diligente implique essentiellement trois obligations : une recherche parmi les « sources appropriées », une obligation de conservation des données, une obligation d'enregistrement.

Premièrement, la recherche devra avoir lieu parmi les « sources appropriées », dont la liste doit être établie par le Roi en concertation avec les organisations représentatives des ayants droit et des utilisateurs. Cette liste a été prise par arrêté royal du 17 octobre 2016 définissant les sources appropriées en fonction des catégories d'œuvres, qui reprend pour l'essentiel les sources imposées par la directive comme le dépôt légal ou la méta-base de données ARROW (« Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works Towards Europeana »), en ajoutant quelques sources belges telles que le site www.unicat.be ou le site web de Kunstenpunt. On peut regretter que l'arrêté ne précise pas davantage les sources spécifiques à consulter, afin d'améliorer la sécurité juridique des institutions et organismes bénéficiaires. Ainsi, n'aurait-on pas pu mentionner explicitement quelles bases de données de sociétés de gestion collective ou de représentants d'ayants droit feraient autorité, quitte à mettre à jour la réglementation pour refléter l'évolution des acteurs ? En outre, était-il nécessaire de mentionner parmi les sources appropriées pour les livres « les catalogues de bibliothèques » lorsque l'arrêté-royal mentionne déjà la méta-base de donnée Unicat (qui reprend le catalogue de la KBR et de la plupart des bibliothèques d'enseignement supérieur ou publiques, et des musées) ?

Ces questions ne sont pas anodines, dans la mesure où la directive semble imposer une consultation obligatoire de l'ensemble des sources appropriées prévues par la réglementation nationale pour le type d'œuvre pertinent. En effet, le considérant 14 sur la recherche diligente prévoit qu'elle « devrait comporter une consultation des sources [fixées par l'Etat-membre] (...) dans lequel la recherche diligente *doit* être effectuée »²³.

¹⁹ Art. XI.245/3 du code de droit économique.

²⁰ Art. XI.245/4, §2

²¹ Art. XI.245/4, §2, al. 3.

²² Et pourra faire l'objet d'une action en violation aux droits d'auteur dans le cas contraire, comme le prévoit le considérant 19 de la directive 2012/28.

²³ Directive 2012/28, considérant 14. Bien entendu, la liste des sources appropriées n'est pas limitative, et rien n'empêche les institutions et organismes de consulter d'autres sources que celles prévues par la réglementation.

Deuxièmement, les institutions et organismes bénéficiaires ont une obligation de conserver la documentation issue de leurs recherches, afin de pouvoir attester que celle-ci correspond bien à la norme de recherche diligente et de bonne foi prévue par la législation²⁴.

Troisièmement, la documentation et les résultats de la recherche diligente doivent être enregistrés dans une base de données en ligne unique accessible au public établie par l'EUIPO (l'Office de l'Union européenne de la propriété intellectuelle, anciennement OHMI)²⁵. L'autorité nationale compétente (la bibliothèque royale de Belgique) se voit en outre confier le rôle de « point de contact » entre les institutions et organismes et l'EUIPO²⁶. Au-delà de cela, le rôle de cette autorité nationale compétente dans la procédure d'enregistrement n'est pas entièrement clair, puisque si l'art. XI.245/4 §3 semble prévoir que les institutions et organismes enregistrent eux-mêmes la documentation et les résultats de la recherche diligente « dans une base de données en ligne unique accessible au public établie et gérée par [l'EUIPO] », l'exposé des motifs de la loi de transposition semble indiquer qu'il appartient à l'autorité nationale compétente de « faire suivre les informations » à l'EUIPO (sans que cette autorité ait à approuver ces informations)²⁷.

Notons enfin que le régime issu de la directive prévoit un système de reconnaissance mutuelle des solutions nationales, afin d'étendre le statut d'orphelin à toute l'Union européenne (et l'EEE), et d'éviter ainsi que des recherches ne doivent être réalisées dans chaque état membre²⁸.

Que penser de cette exigence de recherche diligente ? L'objectif de ce type de procédure est évidemment d'assurer une plus grande sécurité juridique pour les ayants droit, afin d'éviter le plus possible que leurs œuvres soient qualifiées à tort d'orphelines. Mais bien sûr, une plus grande sécurité juridique se fait au prix d'un coût plus élevé pour les utilisateurs d'œuvres orphelines. Il convient à cet égard de remarquer que ce standard européen de recherche diligente est plus exigeant que celui prévalant dans d'autres pays dotés d'une législation similaire (p. ex. le droit Canadien exige seulement que « l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver [l'ayant droit] »²⁹).

Cette procédure européenne de recherche diligente a donné lieu à de vives critiques, pointant généralement sa lourdeur et son coût pour les institutions et organismes visés par la directive³⁰. Les critiques portent généralement sur la longueur de la liste des sources à consulter, ou sur la nécessité d'une recherche distincte pour les œuvres intégrées à d'autres œuvres (photos, illustrations...), ce

²⁴ Art. XI.245/4, §3

²⁵ Disponible à l'adresse : <https://euiipo.europa.eu/orphanworks/>

²⁶ Projet de loi du 30 juin 2015, transposant la directive 2012/28/UE, Exposé des motifs, Doc 54 1151/001 (2014/2015), p. 15

²⁷ Ibidem.

²⁸ Art. XI.245/3, §2.

²⁹ Cf. art. 77 Loi canadienne sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42. Pour une perspective comparatiste, voyez U. Suthersanen, "Who Owns the Orphans?", in P. Torremans (ed.) *Research Handbook on Copyright Law: Second Edition*, p. 359; M. Borghi, K Erickson, et M. Favale, "With Enough Eyeballs, all search are diligent", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol 16, n°6, 2016, p. 143.

³⁰ Cf. notamment les critiques par les auteurs de l'étude EnDOW : S. Schroff, M. Favale, A. Bertoni, "The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works", *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 48, n°3, 2017; Cf. M.-C. Janssens & R. Tryggvadóttir, "Orphan Works, Out-of-Commerce Works and Making the European Cultural Heritage Available: 'Are We Nearly There Yet'?", dans I. A. Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, p. 198.

qui impose des recherches particulièrement lourdes pour les journaux ou magazines dans lequel ce procédé est fréquent³¹.

Les auteurs d'une étude sur la situation en Grande-Bretagne, en Italie et aux Pays-Bas critiquent le caractère excessivement « pénible » et coûteux de cette procédure de recherche diligente³². Ils pointent en particulier le fait qu'entre 30 et 40% des sources pertinentes pour rechercher les ayants droit d'une œuvre dans ces pays ne sont pas librement accessibles en ligne³³. Le problème se pose également en Belgique, où la liste de sources appropriées prévue par l'arrêté royal du 17 octobre 2016 inclut parmi les sources obligatoires les bases de données des sociétés de gestion collective et des associations d'auteurs et d'éditeurs, dont certaines ne sont pas disponibles en libre accès. Cela implique donc des coûts supplémentaires pour les institutions et organismes, s'ils souhaitent se conformer aux exigences du cadre législatif belge. Les auteurs de l'étude suggèrent de considérer qu'une recherche diligente a été effectuée de bonne foi même lorsqu'elle a omis de consulter une source non librement accessible en ligne, et de mettre en place une hiérarchie entre les sources appropriées, en distinguant notamment entre sources obligatoires et optionnelles³⁴.

Le paradoxe de ce genre de procédures, c'est qu'elles visent à réduire les coûts de transaction liés à l'obtention des droits pour chaque œuvre orpheline, mais finissent par recréer des coûts de transactions liés à l'exigence de recherche diligente³⁵. Ce problème est encore exacerbé lorsque l'on exige, comme dans le régime européen des œuvres orphelines, que l'utilisation des œuvres orphelines soit conditionnée à la réalisation d'une recherche diligente *individuelle* pour chaque œuvre. Cette exigence paraît contradictoire avec les objectifs annoncés par la directive, à savoir de favoriser la libre circulation des connaissances en diminuant les obstacles juridiques à la création de « grandes bibliothèques en ligne » et aux projets de numérisation de masse. Or, ce qui a rendu possible ce genre de projet de numérisation de masse, c'est justement le développement de technologies permettant d'automatiser la numérisation d'un grand nombre d'œuvres en minimisant la nécessité d'une intervention humaine pour chaque œuvre. En réintroduisant une procédure nécessitant une intervention humaine individualisée pour chaque œuvre afin d'en identifier l'ayant droit, on réintroduit des coûts de transactions qui risquent fort de rendre ce genre de projets financièrement irréalisables pour les institutions et organismes visés par la directive.

Fin du statut d'œuvre orpheline

Le statut d'œuvre orpheline est un statut temporaire, tant que l'ayant droit ne fait pas surface. Comme le prévoit l'art. XI.245/6 CDE, celui-ci peut à tout moment revendiquer ses droits sur l'œuvre, ce qui met fin au statut d'orphelin. Dans le cas des œuvres à pluralité d'auteur, un co-auteur peut revendiquer ses droits sur l'œuvre, qui deviendra en quelque sorte « partiellement orpheline » (elle

³¹ M.-C. Janssens & R. Tryggvadóttir, "Orphan Works, Out-of-Commerce Works and Making the European Cultural Heritage Available: 'Are We Nearly There Yet'?", dans I. A. Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, p. 198

³² EnDOW - Enhancing access to 20th Century cultural heritage through Distributed Orphan Works clearance, "Report: Requirements for Diligent Search in the United Kingdom, the Netherlands, and Italy", février 2016, <http://diligentsearch.eu/>

³³ S. Schroff, M. Favale, et A. Bertoni, "The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works", op. cit., p. 295

³⁴ EnDOW - Enhancing access to 20th Century cultural heritage through Distributed Orphan Works clearance, "Report: Requirements for Diligent Search in the United Kingdom, the Netherlands, and Italy", février 2016, <http://diligentsearch.eu/>

³⁵ U. Suthersanen, "Who Owns the Orphans?", in P. Torremans (ed.) *Research Handbook on Copyright Law: Second Edition*, p. 359

cesse d'être orpheline pour ce qui concerne ses droits sur l'œuvre), comme le permet l'art. XI.245/1 §2 du CDE. On peut toutefois se poser des questions sur la faisabilité pratique d'un tel scénario³⁶.

La fin du statut d'orphelin a plusieurs conséquences. D'une part, de manière évidente, l'œuvre (ou le phonogramme) cesse d'être couverte par l'exception prévue à l'art. XI.192/1 (ou XI. 218/1) du CDE, et les institutions et organismes ne pourront donc plus bénéficier de l'exception à son égard. D'autre part, comme nous l'avons déjà évoqué, l'ayant droit pourra intentier une action en violation au droit d'auteur s'il estime que la recherche par l'institution ou l'organisme n'a pas été diligente ou de bonne foi, et le travail de recherche sera donc contrôlé par le juge (en ayant égard aux documentations de recherche conservés par l'institution ou l'organisme). Enfin, la fin du statut d'orphelin ouvre un droit à rémunération en faveur de l'ayant droit (art. 245/7 CDE).

Rémunération due à l'ayant droit en cas de fin du statut d'orphelin

La directive 2012/28 ne donne aucun principe directeur concernant la rémunération due en cas de fin du statut d'orphelin, laissant carte blanche aux législateurs nationaux pour déterminer les modalités de cette rémunération. Cette absence d'harmonisation a conduit certains à émettre des craintes concernant des disparités entre états-membre qui pourraient conduire à un nivellement par le bas de cette rémunération³⁷.

En Belgique, le régime de la rémunération due en cas de réapparition de l'ayant droit n'est encore qu'embryonnaire, dans la mesure où l'art. XI.245/7 du CDE se borne à noter que lorsque les ayants droit mettent fin au statut d'orphelin, ils ont droit à une rémunération (« fair compensation » dans le texte de la directive) à charge des institutions et organismes bénéficiaires de l'exception. Au-delà de cela, la loi charge le Roi de déterminer toutes les modalités de calcul, de perception, de répartition et de contrôle de cette rémunération, et le moment où elle est due. A ce jour, aucun arrêté d'exécution n'a été pris pour préciser ces modalités. Le régime des œuvres orphelines est donc encore incomplet, et les institutions et organismes bénéficiaires ne peuvent pas provisionner le montant de la rémunération qui pourrait être due en cas de revendication d'un ayant droit.

Notons qu'initialement, le projet de directive ne prévoyait pas de droit à rémunération lorsque l'œuvre avait été utilisée par les institutions bénéficiaires conformément avec leurs missions d'intérêt public. La rémunération n'était due qu'en cas d'utilisation par les institutions et organismes à des fins non liées à leurs missions d'intérêt public, que les Etats membres pouvaient autoriser³⁸. Cette possibilité, qui revenait à une possibilité d'utilisation commerciale, a finalement été supprimée, alors que le droit à rémunération a été étendu aux cas d'utilisation liées aux missions d'intérêt public. On peut se demander la logique d'une telle extension. Dans la mesure où une utilisation est limitée aux missions d'intérêt public par les institutions ou organismes, comme une mise à disposition de l'œuvre à titre non commerciale, faut-il vraiment considérer qu'elle porte préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre (par hypothèse minimale ou inexistante) par ses ayants droit, qui devrait être compensée par une rémunération à charge des institutions ou organismes ?

Par ailleurs, en fonction des modalités de calcul de cette rémunération, l'attractivité du régime des œuvres orphelines pour les institutions et organismes risque d'être encore réduite par la perspective du paiement de cette rémunération, et ceci d'autant plus que les éventuelles recettes que ces

³⁶ E. Rosati, « The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, vol. 8, n°4, p. 309

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, COM(2011) 289 final, 2011/0136 (COD), art. 7. Cf. également U. Suthersanen & M. M. Frabboni, "The Orphan Works Directive", p. 686.

institutions ou organismes peuvent réaliser sont limitées à la couverture des frais qu'ils ont encourus³⁹ ?

Conclusion

Ce nouveau régime juridique pour les œuvres orphelines sonne comme une occasion manquée.

A ce jour (soit 3 ans après l'expiration du délai de transposition de la directive), l'adoption de ce régime par les institutions et organismes visé paraît plus que modeste : la base de données unique de l'EUIPO ne contient que 5308 entrées vers des œuvres indépendantes⁴⁰, dont 3796 œuvres littéraires et 857 œuvres audiovisuelles. Comparé à l'estimation de 3 millions de livres orphelins en Union européenne⁴¹, c'est peu. Si l'on attendra donc encore un peu avant de dresser un bilan définitif (il est possible que ce nombre encore assez faible soit dû à des transpositions encore incomplètes par les Etats membres, à l'instar de la Belgique), les perspectives ne sont guère enthousiasmantes.

On l'a dit, le régime prévu par la directive 2012/28 présentait de nombreuses difficultés. On regrettera notamment l'exclusion des photographies et des images existantes comme œuvres indépendantes, qui sont pourtant une des principales sources d'œuvres orphelines.

En outre, l'approche adoptée par le législateur européen est pétrie de contradiction : alors qu'elle vise à diminuer les coûts de transaction pour faciliter la numérisation de masse, la directive impose une pesante exigence de recherche diligente pour chaque œuvre, qui paraît difficilement compatible avec les projets de numérisation de masse, en particulier étant donné les ressources des institutions et organismes culturels en cette période de restriction budgétaire. En outre, comme d'autres l'ont noté pourquoi imposer une exigence de recherche si coûteuse alors que la directive prévoit de toute façon une rémunération due aux ayants droit qui se manifesterait⁴², et que l'exception pour les œuvres orphelines exclut de toute façon les usages commerciaux ?

D'autres pistes de solution étaient possibles. Ainsi, au lieu d'une recherche diligente centralisée, on aurait pu imaginer une solution décentralisée faisant appel par exemple à la sous-traitance par les foules (*crowdsourcing*), comme le propose un article récent⁴³ ?

Par ailleurs, comme le note Van Gompel, une approche basée sur la recherche diligente individuelle paraît plus adaptée à une législation visant à autoriser la réutilisation d'œuvres orphelines dans des œuvres dérivées (ce que ne permet pas le régime européen) ; mais pour les projets de numérisation de masse, un modèle de gestion collective étendue paraît plus approprié, en permettant d'obtenir une licence d'utilisation globale pour l'utilisation des œuvres orphelines, sans nécessiter de laborieuses démarches œuvre par œuvre⁴⁴.

³⁹ Art. XI.245/5, §1, al. 2.

⁴⁰ Comme l'indique la requête suivante au 7 décembre 2017

<https://euipo.europa.eu/orphanworks/#search/basic/all/>

⁴¹ A. Vuopala, *Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance*, *op. cit.*, p. 4-5; U. Suthersanen, "Who Owns the Orphans?", *op. cit.*, p. 368;

⁴² M. Battisti, <http://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2014-3-page-25.htm>

⁴³ M. Borghi, K. Erickson & M. Favale, "With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization", *With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization*, vol. 16, n°1, 2016.

⁴⁴ S. Van Gompel, "The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the Atlantic", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 27, p. 1378.

Si la plupart des problèmes que nous avons relevés étaient déjà présents dans le texte de la directive 2012/28, aucun d'entre eux n'ont été (pour le moment ?) corrigés par le législateur belge, en dépit de la marge de manœuvre relativement substantielle dont il jouissait pour préciser certains éléments comme la notion de recherche diligente ou la rémunération due en cas de fin du statut d'orphelin.

Doublement abandonnées par leurs auteurs et par le législateur, ces œuvres orphelines peinent à trouver une famille d'accueil parmi les nombreuses institutions culturelles pourtant volontaires, tant la procédure d'adoption se révèle lourde et couteuse.

A défaut de pouvoir bénéficier d'un régime juridique vraiment praticable pour les œuvres orphelines, les institutions et organismes pourront toujours se prévaloir des possibilités (limitées) offertes par l'exception en faveur des bibliothèques, musées ou archives à des fins de préservation du patrimoine culturel (art. XI. 192. 12° CDE), ou de l'exception pour le forage de texte et de données (*text and data mining*) prévue par le projet de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique⁴⁵. Toutefois, ces exceptions ne permettent aucune mise à disposition au public des œuvres couvertes.

On peut déplorer que, depuis plus de 10 ans que la numérisation de masse est sur toutes les lèvres, l'Europe ne soit toujours pas parvenue à mettre en place les conditions d'une alternative publique à Google Books, à la hauteur des possibilités offertes par le numérique pour la circulation du savoir et de la culture.

⁴⁵ Art. 5 de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 14 septembre 2016, COM(2016) 593 final.