

DCB19

Mémoire d'étude / Décembre 2010

Numérisation et œuvres orphelines

Samuel Lespets

Sous la direction de Madame Isabelle Le Masne de Chermont
Conservateur général – Chargée des questions scientifiques et techniques,
chef de la Mission de coordination – Direction des collections
Bibliothèque nationale de France

Remerciements

Je tiens en premier lieu à exprimer mes remerciements à Isabelle Le Masne de Chermont pour ses nombreux conseils et sa relecture.

Plusieurs entretiens avec Claire Simon, Eric Dussert, et Valérie Dhiver m'ont permis de réaliser les expérimentations présentées dans cette étude. Je les remercie chaleureusement pour leur disponibilité, leurs explications et leurs conseils.

Ma reconnaissance va également à Sophie Sepetjan, Denis Bruckmann, Lionel Maurel et Rémi Gimazane pour leur éclairage précieux sur la question des œuvres orphelines.

Merci à Agnès Simon pour sa collaboration, son aide, et son amitié.

Enfin, je souhaite dire toute ma reconnaissance à mon épouse dont le soutien tout au long de ce travail a été d'une valeur inestimable.

Résumé :

Les enjeux de la numérisation de masse ont attiré l'attention sur les œuvres orphelines, corpus volumineux mais inutilisable faute d'accord des ayants droit. Malgré une définition qui pose problème, certains pays ont mis en place des stratégies pour diminuer leur nombre et aménager leur utilisation. Des expérimentations à différents niveaux permettent d'affiner notre connaissance de ces œuvres et la pertinence des solutions envisagées.

Descripteurs :

Numérisation -- Droit

Droit d'auteur -- Bibliothèques

Dématérialisation -- Droit

Abstract :

The issue of mass digitization drew the attention to orphan works, thick corpus which is unusable without a copyright holder's agreement. Although their definition is problematic, some countries introduced strategies to reduce their number and make possible their use. Some experiments at different levels enable us to have better information about these works and about the relevance of possible solutions in France.

Keywords :

Copying processes -- Law and legislation

Copyright -- Libraries

Electronic data interchange -- Law and legislation



Cette création est mise à disposition selon le Contrat : « **Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France** » disponible en ligne <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/> ou par courrier postal à Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

Sommaire

SIGLES ET ABREVIATIONS	7
AVERTISSEMENT	8
INTRODUCTION	9
UN PHENOMENE LATENT	12
1. Des origines juridiques et économiques	12
A. <i>Le droit d'auteur</i>	12
a. Origine et objet du droit d'auteur	12
b. Exceptions et limitations au droit exclusif	13
B. <i>Droit d'auteur et mécanique contractuelle</i>	14
a. Le contrat d'édition, aménagement matériel du droit moral et du droit patrimonial	14
b. Les différents types de contrats	15
c. Contrat d'édition et droit d'auteur au défi du numérique	16
2. Œuvre orpheline et « orphan work »: plusieurs définitions pour un même enjeu politique	18
A. <i>Copyright et Droit d'auteur</i>	18
B. <i>Mécanique éditoriale dans les pays anglo-saxons: le cas de l'Angleterre</i>	19
3. Typologie des droits orphelins	19
A. <i>Une définition instable et non harmonisée au niveau international</i>	19
a. Une définition par défaut	19
b. Du caractère instable de l'œuvre orpheline et de ses conséquences au niveau international	21
c. Définitions	22
d. Œuvre orpheline et droit orphelin	23
B. <i>Les types d'œuvres concernés</i>	24
a. Les cas autres que l'écrit	24
b. Le domaine de l'écrit	26
Littérature grise	26
Presse	27
Œuvres définies par le code de la propriété intellectuelle	27
C. <i>Différents titulaires de droits</i>	28
a. Auteurs et co-auteurs	28
b. Ayants droit	29
c. Gestion de droits	30
STRATEGIES AUX NIVEAUX NATIONAL ET EUROPEEN	33
1. Contexte: Situation et préconisations au niveau européen	33
A. <i>Cadrage des directives communautaires et groupes de travail européens</i>	33
B. <i>Les différents rapports du HLEG</i>	35
2. Différentes stratégies de gestion	38
A. <i>Promouvoir l'information</i>	39
B. <i>La limitation des voies de recours : une stratégie du moindre mal</i>	41
C. <i>Régime d'exception au Droit d'auteur</i>	42
D. <i>Autorisation d'utilisation d'une œuvre orpheline</i>	43
E. <i>Organisme privé garant</i>	45
F. <i>Systèmes de gestion collective</i>	45
a. Licences collectives étendues	45

b. Gestion collective obligatoire ou négociée	46
3. La situation française et ses perspectives d'évolution	48
A. Solutions et stratégies en France	48
B. L'offre de la BnF : de la numérisation du domaine public à la diffusion de contenus sous droits	50
C. Rapports au niveau national et préconisations	52
EXAMEN PRATIQUE DES SOLUTIONS DE GESTION PALLIATIVE, CURATIVE, ET PREVENTIVE.....	59
1. Réponses palliatives.....	59
A. La numérisation à la BnF : les différentes filières.....	59
B. Processus de sélection... et de désélection	60
C. Projet d'analyse d'un échantillon de documents rejetés par ADCAT15.....	61
D. Analyse du catalogue	62
a. Méthodologie	62
Choix d'un échantillon.....	62
Mode d'analyse	63
b. Commentaires sur les analyses.....	65
Cote Ybis.....	65
Comparaison Cote Ybis/Cote R pour 1920	68
Les éditeurs	69
2. Réponses curatives et préventives	69
A. Utiliser et intégrer aux notices les métadonnées juridiques et commerciales..	70
B. Le projet européen ARROW	72
C. Expérimentations ARROW, sur les recherches « manuelles » concernant la situation des œuvres	73
CONCLUSION.....	77
SOURCES	79
BIBLIOGRAPHIE ET WEBOGRAPHIE.....	81
<i>Textes de loi</i>	<i>81</i>
France :	81
International :	81
<i>Rapports et documents institutionnels</i>	<i>82</i>
France :	82
Europe :	83
<i>Sélection de pages ou de communiqués de groupements d'intérêts ou d'associations professionnelles</i>	<i>85</i>
<i>Droit d'auteur et numérisation en bibliothèques</i>	<i>86</i>
Droit d'auteur et propriété intellectuelle	86
Numérisation et bibliothèques.....	86
Droit d'auteur et numérisation	87
Œuvres orphelines	89
Google	89
TABLE DES ANNEXES.....	91

Sigles et abréviations

ACE : Association des Cinémathèques Européennes
ADAGP : Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques
AFNOR : Association Française de NORmalisation
AGESSA : Agence pour la GEstion de la Sécurité Sociale des Auteurs
AIE: *Associazione Italiana degli Editori*
ARROW : *Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*
BURAFO : Association néerlandaise de photographes professionnels
CFC : Centre Français de la Copie
CNL : Centre National du Livre
CPI : Code de la Propriété Intellectuelle
CSPLA : Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
DADVSI : Droits d’Auteur et Droits Voisins dans la Société de l’Information
DNB : Deutsche Nationalbibliothek
DREL : *Digital Right Expression Language*
DRM : *Digital Rights Management*
FEP : *Federation of European Publishers*
FIAF : Fédération Internationale des Archives du Film
FOBID : Organisme néerlandais de coopération entre les bibliothèques
GRN : Groupe des Représentants Nationaux
HLEG : *High Level Expert Group*
IGAAF: Inspection Générale de l’Administration des Affaires Culturelles
IGF: Inspection Générale des Finances
IFRRO: *International Federation of Reproduction Rights Organisations*
INA: Institut National de l’Audiovisuel
ISBN: *International Standard Book Number*
IvIR: *Instituut voor InformatieRecht*
LCE : Licence Collective Etendue
MCC: Ministère de la Culture et de la Communication
METS: *Metadata Encoding and Transmission Standard*
MINERVA : *Ministerial NETwoRk for Valorising Activities in digitisation*
OCLC : *Online Computer Library Center*
OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ORDA : Office Roumain du Droit d’Auteur
ORDL : *Open Digital Rights Language*
SACD : Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques
SACEM : Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique
SCAM : Société Civile des Auteurs Multimédia
SDRM : Société pour l’Administration du Droit de Reproduction Mécanique
SEAM : Société des Editeurs et Auteurs de Musique
SESAM : Société de gestion de droit des auteurs multimedia
SGDL : Société des Gens De Lettres
SNE : Syndicat National de l’Edition
SOFAM : Société d’auteurs dans le domaine des arts visuels (Belgique)
SOLON : Système d’Organisation en Ligne des Opérations Normatives
SPAR : Système de Préservation et d’Archive Réparti
SPRD : Société de Perception et de Répartition des Droits
SOFIA : SOciété Française des Intérêts des Auteurs de l’Ecrit
TEL : The European Library

TGI : Tribunal de Grande Instance

UCLA : *Université of California in Los Angeles*

UIBK: Bibliothèque de l'université d'Innsbruck

VIAF: *Virtual International Authority File*

VOICÉ: Organisme de représentation des ayants droit aux Pays-Bas

VPN: *Virtual Private Network*

XML: *Extensible Markup Language*

Avertissement

L'ensemble des adresses URL signalées en notes de bas de page a été vérifié le 21.12.2010.

Introduction

« *L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent pas être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses.* »
Extrait de la proposition de loi n°441 adoptée en première lecture par le Sénat le 28 octobre 2010

Les évolutions technologiques permettent aujourd'hui d'envisager la numérisation de l'ensemble des corpus conservés dans les bibliothèques et dans les fonds des éditeurs. D'un point de vue technique, le rêve d'une bibliothèque universelle semble à portée de main, et nul n'y trouve rien à redire. Economiquement, cette perspective fait moins l'unanimité, car à l'âge de l'accès¹, la puissance réside dans le contrôle de la diffusion des contenus. La question juridique est le grain de sable qui pourrait venir enrayer les mécaniques huilées et désormais rodées des numériseurs d'envergure industrielle. Le droit d'auteur est en effet entré dans une ère nouvelle à partir du moment où les contenus ont cessé de dépendre d'un support matériel permettant de maîtriser l'œuvre de sa création à sa diffusion. Le cadre législatif actuel est fondé sur la propriété intellectuelle dans un monde où la circulation du savoir et de l'information est de plus en plus organisée autour de l'accès. Cette contradiction entre tradition de propriété et culture de l'accès traduit une évolution des usages et remet en cause la doctrine législative à travers le développement de nouvelles pratiques. Faute d'une réponse à la demande encadrée par la loi, les multiples possibilités de contournement offertes par la technologie font de chacune des personnes qui souhaitent consulter ces œuvres un pirate en puissance. La loi protège les ayants droit, mais ne répond donc pas au besoin d'accès à ces œuvres. La définition que les sénateurs proposent d'introduire dans le CPI constitue une étape, mais pas un aménagement pour leur utilisation. Celle-ci reste pour l'instant soumise à des contraintes qui semblent inadaptées aux projets de numérisation de masse.

La nouvelle donne technologique a conduit à numériser d'abord les fonds à vocation patrimoniale, dont la portée documentaire est indiscutable. Le volume de ces œuvres était considérable, et l'on s'est avant tout logiquement consacré à ceux depuis longtemps tombés dans le domaine public. Mais les progrès techniques de plus en plus rapides ont permis d'envisager la numérisation d'œuvres beaucoup plus proches dans le temps. En 2004, l'annonce par Google de la numérisation de corpus considérables comprenant des œuvres du XXe siècle a incité les bibliothèques européennes, au premier rang desquelles la BnF, à se positionner en faveur d'une numérisation plus large. Aujourd'hui, la perspective de numériser la majeure partie des fonds du XXe siècle a conduit, lors de leur examen, à prendre conscience qu'une grande partie d'entre elles est indisponible et/ou orpheline². Inaccessibles en dehors des bibliothèques, ces œuvres sont néanmoins d'un grand intérêt documentaire pour leur contenu, mais aussi pour les jalons qu'elles représentent dans l'histoire de la pensée ; elles permettraient par ailleurs d'atteindre une masse critique face au poids représenté par Google. C'est ce réservoir d'œuvres que cherchent à exploiter les différents acteurs de la numérisation, en naviguant entre les écueils d'une législation pour l'instant peu diserte sur la question, les soucis de pertinence documentaire et de diffusion inhérents au service public, la volonté de préserver les intérêts de l'auteur ou de ses ayants droit, la zone mouvante des ouvrages entrant quotidiennement dans le domaine public, et les enjeux économiques d'une telle exploitation le cas échéant. L'œuvre orpheline se trouve au centre des intérêts de

¹ L'expression est de Jérémie Rifkin. *L'âge de l'accès, la nouvelle culture du capitalisme*. La Découverte. Paris. 2000

² Sur les œuvres indisponibles ou épuisées, on consultera le mémoire d'étude d'Agnès Simon. *La renaissance numérique des œuvres épuisées du XXe siècle. Des modèles économiques et juridiques à la pratique bibliothéconomique*. DCB19. 12.2010.

nombreux acteurs dont les missions et les motivations ne sont ni semblables, ni parfois seulement compatibles. Chacun d'eux se trouve confronté au problème juridique: « en l'absence d'un ayant droit identifiable et joignable qui puisse par l'exercice de sa volonté autoriser ou interdire un usage envisagé, les utilisateurs potentiels d'une œuvre sont contraints à la paralysie, ou pire, à l'illégalité avec les risques de poursuites éventuelles que cela peut comporter. »³

Pour les bibliothèques, les corpus libres de droits représentent une grande richesse documentaire, et leur numérisation constitue un enjeu majeur de conservation patrimoniale, en même temps qu'elle s'inscrit dans leur mission de diffusion et d'accessibilité du patrimoine. Mais la numérisation de masse, telle qu'elle a été engagée notamment depuis 2007 à la BnF, suppose aussi pour continuer de croître et accélérer cette croissance une sécurité juridique qui ne peut être garantie en l'absence de solution au problème des œuvres orphelines et de mécanismes opératoires pour y répondre de manière préventive, palliative et curative.

Les éditeurs souhaitent utiliser ces œuvres dans une optique marchande, et une exclusivité sur les œuvres orphelines, comme Google semble tenter de se l'arroger aux Etats-Unis, constituerait non seulement une forme de concurrence déloyale envers les autres acteurs privés mais aussi un danger pour la société de l'information. Il est à cet égard nécessaire de réguler leur utilisation. Pour autant, d'aucuns soulignent que « la mise en place d'un mécanisme très incitatif sur le plan tant juridique que financier, simplifiant l'obtention des autorisations d'exploitation pour les œuvres orphelines, pourrait avoir des effets secondaires sur les œuvres protégées non orphelines »⁴, certains opérateurs pouvant ainsi privilégier l'exploitation des premières au détriment des secondes. Il s'agit donc de trouver une solution équilibrée permettant une utilisation raisonnable, stimulante sans être trop incitative, et non exclusive des œuvres orphelines.

Les moteurs de recherche, au premier rang desquels Google, entendent proposer en ligne et moissonner un maximum de contenus, puisqu'ils fonctionnent sur les micro-bénéfices engendrés par la publicité liée à la consultation de chaque page par un internaute. L'avance prise par Google Livres dans la numérisation (possibilité d'effectuer sur la plate-forme des recherches sur l'intégralité de plus de 10 millions de livres début 2010) sur les autres acteurs ne doit pas faire oublier que sur ces 10 millions d'ouvrages, « 2 millions ont été numérisés en partenariat avec les éditeurs et 1,5 millions relèvent du domaine public. Les autres ouvrages, sous droits, ont été numérisés sans l'accord des ayants droit »⁵. S'ils développent chez l'utilisateur l'habitude d'une consultation gratuite de plus en plus étendue, ces moteurs devront aussi composer avec les différentes législations et les représentants d'ayants droit, quels qu'ils soient.

Les intérêts de ces derniers sont difficiles à déterminer puisque c'est l'impossibilité de recueillir leur assentiment qui crée la situation d'orphelinat. Ils sont théoriquement contradictoires puisque d'un point de vue moral, l'intérêt de la diffusion d'une œuvre est indiscutable, tandis que d'un point de vue patrimonial, le contrôle de cette diffusion peut être source de revenus. Néanmoins, on peut raisonnablement penser que les œuvres dont les retombées économiques sont les plus intéressantes ne deviennent que rarement orphelines et que dans une telle situation, l'ayant droit a tout intérêt à ce que son œuvre soit diffusée au maximum. De fait le rapport européen *Assessment of the orphan works*

³ MAUREL, Lionel. *Bibliothèques numériques: le défi du droit d'auteur*. Presses de l'ENSSIB. 2008. 356p. Villeurbanne. Comme le rappelle le rapport de la commission sur les œuvres orphelines du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), « l'utilisation non autorisée d'une œuvre constitue une contrefaçon, passible au maximum d'une peine de trois ans de prison et de 300 000 euros d'amende (article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle) ». FRANCE. CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET ARTISTIQUE. *Commission sur les œuvres orphelines*. Présidée par MARTIN, Jean. 19.03.2008. 62p. [En ligne] URL <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>

⁴ *Ibid.* Note 4, p7: le rapport parle d'« effets d'éviction ».

⁵ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. TESSIER, Marc. Rapport sur la numérisation du patrimoine écrit. 12.01.2010. 64p. [En ligne]. URL : < <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000016/0000.pdf>>

*issue and costs for rights clearance*⁶ cite l'exemple d'une numérisation effectuée par une bibliothèque universitaire autrichienne: 100% des ayants droit retrouvés étaient favorables à la numérisation de l'œuvre sur laquelle ils disposaient d'un droit, et ce, sans même percevoir de rémunération.

Les sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) sont théoriquement dans la même situation que les titulaires dont elles défendent les intérêts. Pour autant, la rémunération de l'utilisation qu'elles défendent est-elle justifiée ? D'une part, celle-ci risque de ne jamais bénéficier aux ayants droit concernés, et d'autre part, comme on l'a vu, il semble que ces ayants droit ne soient eux-mêmes pas particulièrement favorables à cette option. Un esprit mal intentionné pourrait voir dans ces sommes – indues jusqu'à ce que l'ayant droit se manifeste, c'est-à-dire rarement si l'on en croit les quelques études disponibles sur la question – la tentation de profiter d'une situation de monopole. Il convient toutefois de reconnaître qu'elles assument ce faisant parfaitement leur rôle de défense des créateurs.

A travers les nombreux rapports qui se sont succédé, les gouvernements français et européens manifestent leur attention face à cette question et leur souci de ménager l'intérêt des ayants droit comme celui des utilisateurs. La commission européenne semble avoir écarté l'introduction d'une exception supplémentaire à celles prévues par la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Elle préconise l'adoption de solutions au niveau des Etats membres, tout en incitant à leur reconnaissance mutuelle. La France semble s'orienter vers une gestion collective obligatoire mais ne s'est pas prononcée sur le règlement de la question. L'affectation d'une partie du grand emprunt annoncé en 2009 par le gouvernement aux projets de numérisation démontre toutefois la volonté d'avancer sur cette question et de franchir un pas décisif.

Les lecteurs, dont les habitudes de consommation culturelle ont évolué avec internet, se tournent désormais massivement vers l'offre « gratuite » des moteurs de recherches. Si l'accès aux œuvres orphelines peut leur être utile, c'est en particulier dans le cas le plus courant où ces œuvres sont aussi épuisées, c'est-à-dire non disponibles commercialement. Si un règlement était trouvé à la question, seraient-ils prêts à payer pour pouvoir consulter une œuvre ? Se tourneraient-ils vers les éditeurs s'ils avaient la possibilité de bénéficier d'une offre gratuite de la part des bibliothèques ? Les modalités d'accès aux œuvres restent encore à définir, pour permettre à chacun de remplir son rôle.

La question des œuvres orphelines se trouve au cœur de différentes tensions : comment numériser et diffuser des œuvres sous-droits en toute sécurité juridique ? Comment concilier intérêt des ayants droit et intérêt général, coût des recherches et de la numérisation d'une part et rentabilité nécessaire de l'autre, aménagement du droit d'auteur et préservation de sa cohérence et de son respect ?

Afin d'apporter un éclairage, sinon des pistes de réponses à ces questions, notre étude s'attachera à étudier les enjeux techniques, juridiques et bibliothéconomiques des œuvres orphelines. Dans cette perspective, et en nous restreignant modestement au domaine écrit, et en particulier aux monographies, nous reviendrons dans un premier temps sur les raisons qui ont conduit à introduire leur définition dans le code de la propriété intellectuelle (CPI). Les stratégies envisagées ou adoptées en Europe, et en France, pour apporter une réponse à la numérisation des œuvres orphelines feront l'objet d'une deuxième partie. Pour affiner ces solutions et nourrir par une analyse de l'existant la réflexion sur les options développées dans cette partie, nous présenterons enfin les différents travaux menés au cours de notre étude.

⁶ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Access to Information. VUOPALA, Anna. *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance*. 05.2010. 47p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>

Un phénomène latent

1. DES ORIGINES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

Le phénomène des œuvres orphelines n'est pas neuf; il n'a pourtant jamais posé question jusqu'à la numérisation de masse. Son origine se trouve dans la conjonction de plusieurs éléments. La législation sur le droit d'auteur offre un cadre théorique à la protection des œuvres. Dans la réalité, celui-ci s'applique par le biais des aménagements permis par la mécanique contractuelle qui lie, dans le domaine de l'écrit, les auteurs aux éditeurs. L'étude de ces liens nous permettra d'aborder la délicate définition de ces œuvres.

A. Le droit d'auteur

a. Origine et objet du droit d'auteur

Une œuvre est considérée comme originale dans la mesure où elle procède d'une activité créatrice, et à condition qu'elle soit réalisée et concrétisée, même si c'est de manière inachevée. Son créateur est reconnu comme auteur de cette œuvre, titulaire de droits moraux et de droits patrimoniaux qu'il peut céder à ses ayants droit.

Le droit d'auteur trouve son origine dans la volonté de concilier des intérêts contradictoires: il entend encourager et garantir la subsistance des producteurs de création littéraire et artistique, et assure dans le même temps à la société la possibilité de jouir de cette création et de tout ce qu'elle peut lui apporter en terme de développement et de diffusion des idées. Cette tension entre intérêt privé et intérêt collectif traverse l'histoire des débats sur le droit d'auteur, notamment au XVIII^e siècle par Denis Diderot qui défend comme inaliénable la propriété d'un auteur sur sa création au moment même où Condorcet et Sieyès rejettent l'idée d'une propriété littéraire sans limites synonyme de monopole sur des idées pourtant communes à l'humanité. Un arrêt du Conseil d'Etat du Roi du 30 août 1777 "portant règlement sur la durée des privilèges en librairie"⁷ donne une première délimitation du domaine public et rend possible à tout libraire et éditeur la publication d'un texte après l'expiration du privilège qui lui est attaché et la mort de son auteur: il garantit ainsi les droits de l'auteur tout en ménageant ceux des éditeurs et libraires, et l'accès au grand public des textes. Suivent les lois révolutionnaires présentées par Le Chapelier en matière de propriété littéraire et artistique, qui consacrent, le 19 juillet 1791, le droit de représentation, et le 19 juillet 1793, le droit de reproduction. Cette dernière loi assure aux créateurs la jouissance "durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie." A leurs héritiers ou cessionnaires, elle garantit le même droit "durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs"⁸. Ces lois sont ensuite étendues aux pays de l'Empire par Napoléon.

⁷ En ligne:

<http://fr.wikisource.org/wiki/Arr%C3%AAt_du_conseil_d%27%C3%89tat_du_Roi_portant_r%C3%A9glement_sur_la_dur%C3%A9e_des_privil%C3%A9ges_en_librairie>

⁸ En ligne

<http://fr.wikisource.org/wiki/Compte_rendu_des_travaux_du_congr%C3%A8s_de_la_propri%C3%A9t%C3%A9_litt%C3%A9raire_et_artistique/Loi_du_19_juillet_1793>

Au XIX^e siècle, le débat sur le droit d'auteur se trouve incarné par deux tendances⁹. L'une, représentée par Pierre-Joseph Proudhon, s'oppose ouvertement à la propriété intellectuelle, craignant que celle-ci n'affaiblisse la production d'idées nouvelles. L'autre tendance trouve l'un de ses meilleurs représentants en la personne de Victor Hugo. Sa position plus nuancée se trouve formulée dans son discours d'ouverture du congrès littéraire international en 1878. Il y dénonce la perfidie du sophisme affirmant que "la pensée appartient à tous, donc elle ne peut être propriété, donc la propriété littéraire n'existe pas". Reconnaisant néanmoins que "le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient – le mot n'est pas trop vaste – au genre humain", il rassemble dans une formule célèbre les antagonismes: "Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public."¹⁰ La loi du 14 juillet 1866 incarnait un compromis, avec l'adoption d'une durée de protection des droits de 50 ans après le décès de l'auteur. En 1886, l'Association Littéraire et Artistique Internationale, dont Victor Hugo avait été le premier président, obtient la ratification par dix pays de la première "convention internationale pour les œuvres littéraires et artistiques" à Berne et consacre cette durée de 50ans comme un minimum. Cette convention est complétée et révisée à de nombreuses reprises (Paris 1896, Berlin 1908, Berne 1914, Rome 1928, Bruxelles 1948, Stockholm 1967, Paris 1971 et 1979). En 2010, 164 pays en sont signataires. L'application et le respect de cette convention est confié à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), créée en 1967 à Stockholm, et dont la mission est d'élaborer – ou de renforcer lorsqu'il existe déjà – un système de coopération internationale sur les questions de propriété intellectuelle et industrielle.

Au XX^e siècle, en France, le droit d'auteur est régi par la loi de 1866 jusqu'à la promulgation de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique qui formule et détermine les attributs d'ordre patrimonial du droit d'auteur, ainsi que les attributs d'ordre intellectuel et moral¹¹. Cette loi reprend la durée de protection de 50 ans énoncée dans la loi de 1866 (article 21). En 1985, en cohérence avec une volonté européenne d'harmonisation de la durée des droits, la loi n°85-860 porte à 70 ans après la mort de l'auteur la durée des droits patrimoniaux¹². Les attributs d'ordre moral du droit sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Ils s'incarnent dans le droit de divulgation, le droit au respect, à l'intégrité, et à la paternité de l'œuvre. Le CPI est issu de la Loi 92-597 du 1er juillet 1992. Il regroupe ces différentes lois, ainsi que celle régissant – autre aspect de la propriété intellectuelle – la propriété industrielle. Le débat initial entre intérêt privé et intérêt collectif, entre encouragement à la création et stimulation de l'innovation, est toujours d'actualité et se traduit par un équilibre variable entre d'une part un droit patrimonial et un droit moral à durée plus ou moins limitée, et d'autre part la possibilité pour la société de jouir des œuvres créées, de s'en inspirer, et d'élaborer à partir d'elles de nouvelles créations. Ce code a ensuite fait l'objet d'aménagements dont le plus important est celui de la loi de 2006 sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) qui introduit notamment certaines exceptions au droit exclusif.

b. Exceptions et limitations au droit exclusif

Les exceptions prévues par le droit d'auteur doivent s'inscrire dans un cadre international donné et doivent répondre au test dit "des trois étapes" (on trouve parfois l'anglicisme

⁹ Sur ce débat au XIX^e siècle, et sur ses prolongements actuels, on consultera avec intérêt l'article synthétique de Dominique Sagot-Duvaurox, disponible en ligne: <<http://www.lespresseadureel.com/PDF/224.pdf>>

¹⁰ Ce discours est intégralement disponible en ligne:

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k374591/f91_image.pagination.r=Congr%C3%A8s+litt%C3%A9raire+international+1878+Victor+Hugo.langFR>

¹¹ En ligne <<http://admi.net/loi57-298.html>>

¹² En ligne <<http://www.admi.net/loi85-660.html>>

"triple test"). Celui-ci est notamment défini par la convention de Berne en 1971 et par la directive européenne de 2001 sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information¹³. Les exceptions ou limitations aux droits exclusifs doivent respecter trois conditions:

- revêtir un caractère exceptionnel
- ne pas entraver ou porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre
- ne pas causer de préjudice aux intérêts légitimes des ayants droit

En France, le CPI définit de manière exhaustive les exceptions et limitations possibles au droit d'auteur. Celles-ci concernent en premier lieu le domaine de la copie privée: ainsi des reproductions destinées à l'usage exclusivement privé du copiste, ou des représentations (privées et gratuites) effectuées dans le cercle de famille. Le deuxième type d'exceptions est le droit de citation, circonscrit dans le cadre d'une utilisation pédagogique, scientifique, critique ou d'information, et limité au domaine de l'écrit, ou le droit permettant la constitution de revues de presse. Par ailleurs, la loi DADVSI de 2006, transposant la directive européenne de 2001 en droit français, reconnaît plusieurs exceptions. La première concerne la reproduction et la représentation d'œuvres sous droits pour les personnes handicapées, ainsi qu'un accès direct aux fichiers sources conservés par les éditeurs. La deuxième exception dite "pédagogique" est inscrite dans la loi mais d'une application beaucoup moins évidente: en échange d'une rémunération forfaitaire, un établissement de formation peut utiliser des extraits d'œuvres protégées sans autorisation préalable. L'exception dite "d'information" permet la représentation d'œuvres visuelles faisant l'objet d'exposition sans autorisation préalable des ayants droit. La dernière exception concerne l'autorisation de reproduction intégrale des œuvres présentes dans les bibliothèques, musées et archives à des fins de conservation ou de consultation sur place et fera l'objet d'un examen particulier dans le cadre de notre étude¹⁴. Elle n'autorise pas les bibliothèques à fournir un accès à distance aux contenus numérisés dans ce cadre. Ces dernières sont donc contraintes, dans le processus de diffusion d'œuvres sous-droits, de procéder de manière contractuelle avec chaque ayant-droit de l'œuvre. Cette solution permet néanmoins de traiter les œuvres dont l'état menace la bonne conservation.

B. Droit d'auteur et mécanique contractuelle

a. Le contrat d'édition, aménagement matériel du droit moral et du droit patrimonial

L'auteur d'une œuvre est titulaire de droits moraux et de droits patrimoniaux. Ces derniers comprennent le droit de représentation, en vertu duquel l'auteur peut porter son œuvre à la connaissance du public par tous les moyens, et le droit de reproduction qui lui permet de fixer son œuvre sur un support pour la porter à la connaissance du public de manière indirecte. Dans la réalité, il est rare qu'un auteur ait les moyens de publier lui-même son œuvre et de la fixer ainsi sur un support la rendant accessible au public.

¹³ COMMISSION EUROPEENNE. *Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. [En ligne] < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML> >

¹⁴ Voir II,3 Un ajout au 8° de l'article L.122-5 du CPI stipule que l'auteur dont l'œuvre a été divulguée ne peut interdire « les actes de reproduction spécifiques effectués à des fins de conservation ou destinés à préserver les conditions de sa consultation sur place, par des bibliothèques accessibles au public, des musées, ou par des services d'archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct à condition de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

C'est ici que l'éditeur joue un rôle essentiel de médiateur entre l'auteur et le public. Le contrat d'édition permet d'aménager la cession de ces droits patrimoniaux. Rappelons d'abord le décalage existant entre le droit et la réalité: si les auteurs sont titulaires de leurs droits, il est rare qu'ils négocient leurs contrats dans les faits. Le contrat proposé par l'éditeur est souvent un contrat modèle¹⁵. Lorsqu'un contrat est établi *a priori*, il s'agit la plupart du temps d'un auteur ayant déjà rencontré son public, or cette situation ne reflète qu'une infime partie du paysage éditorial. Sur 60000 auteurs en France, moins de 2000 sont affiliés à l'Association pour la Gestion de la Sécurité Sociale des Auteurs (AGESSA), et donc tirant au moins 2/3 du salaire minimum de référence de leurs droits d'auteurs¹⁶. Ces chiffres indiquent que la plupart des auteurs ne vivent pas des droits qu'ils perçoivent mais de revenus secondaires. Le droit français protège fortement l'auteur, mais dans la réalité, la jouissance de l'exploitation de son œuvre est partagée avec les éditeurs. Un certain rapport de force s'établit nécessairement entre auteur et éditeur. Le bon fonctionnement économique de ce dernier dépend du succès des œuvres qu'il publie. Souvent, les œuvres les plus vendues servent à financer et à absorber le risque financier d'œuvres réputées plus difficiles d'accès. Le choix de publier ou non un premier roman peut l'engager sur une longue période. Par rapport à l'auteur, il est le seul à prendre un risque financier direct. On pourrait dire que les droits patrimoniaux de l'auteur sont confiés essentiellement aux soins de l'éditeur, qui a sur la cession de ces droits un grand pouvoir, tandis que les droits moraux, attachés à la personne de l'auteur garantissent à ce dernier la préservation de ses intérêts. Un trop grand décalage entre durée de protection des droits et durée de vie commerciale d'un ouvrage semble favoriser les situations d'orphelinat¹⁷. Ainsi, un contrat prévoyant une cession de droits trop importante par rapport à l'exploitation réelle qui en sera faite multiplie les risques pour l'œuvre de devenir orpheline. Ces risques sont de plusieurs ordres : faillite de l'éditeur ou œuvre laissée à l'abandon autant par l'éditeur que par l'auteur une fois son cycle commercial terminé.

b. Les différents types de contrats

Deux types de contrats existent : les contrats de cession de droits et les licences. Dans le premier cas, l'auteur transfère au profit d'un bénéficiaire extérieur la perception du revenu que lui procurent ses droits. C'est le cas le plus courant pour l'édition traditionnelle d'ouvrages imprimés. Dans le deuxième cas, l'auteur autorise un usage de son œuvre sans se départir de ses droits d'auteur. Ce cas est en particulier celui des CD, mais nous verrons plus loin que certains pays en font déjà usage dans le cadre de la numérisation des œuvres orphelines. Dans les deux cas, la cession peut être gratuite ou onéreuse. Concernant les contrats de cession de droits, qui concernent davantage notre sujet, certaines règles de formes s'appliquent. Ces contrats doivent d'abord être écrits et chacun des droits cédés doit faire l'objet d'une mention distincte. Une fois détaillé, ce droit doit être borné dans son étendue, sa durée et sa destination. Si aucune durée n'est indiquée, le contrat est sans valeur. En revanche, il est possible de céder ses droits pour toute la durée de la propriété littéraire et artistique, même si à l'heure du numérique, la plupart des auteurs jugent plus sage de céder leurs droits sur une durée plus courte (5 ou 10 ans par exemple). Le contrat d'édition implique un certain nombre d'obligations pour

¹⁵ On en trouve notamment un exemple sur le site internet de la Société des Gens de Lettres.

¹⁶ Yves Alix, cours sur le contexte juridique de l'accès au savoir, donné le 12.10.2010 à l'ENSSIB

¹⁷ Ce constat est notamment présent dans le rapport de l'*Audition publique sur les œuvres orphelines*, tenue à Bruxelles le 26 octobre 2009. [En ligne] <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/orphanworks/report_fr.pdf>

l'éditeur : fabrication d'exemplaires en nombre (L132-11)¹⁸, exploitation "permanente et suivie" (L132-12) et "diffusion commerciale" de l'œuvre qui a fait l'objet du contrat. Ne pas respecter ces obligations l'expose à une résiliation, qui "a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure lui impartissant un délai convenable, [il] n'a pas procédé à la publication de l'œuvre, ou en cas d'épuisement, à sa réédition. L'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraisons d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois."¹⁹. Notons que dans la pratique, ce type de démarche est rarement entrepris car les éditeurs gèrent leurs stocks de manière à éviter ce cas de figure. Toutefois, la situation est différente lorsqu'une œuvre qui n'a pas connu un grand succès est épuisée depuis longtemps, ou pire, lorsque l'éditeur disparaît. D'autres obligations incombent à l'éditeur, qui doit respecter le droit moral de l'auteur et accorder à ce dernier un droit de retrait et de repentir, auquel cas l'auteur doit indemniser l'éditeur du préjudice subi. Ce dernier a en outre l'obligation de procéder à une réédition des comptes une fois par an, en indiquant les ventes, recettes et nombre d'exemplaires de l'œuvre disponibles²⁰. Là encore, cette obligation est peu mise en pratique. Elle permettrait pourtant un suivi de l'œuvre et de son état de publication ce qui aurait pour effet de prévenir considérablement les situations d'épuisement et d'orphelinat. En effet, le problème de l'orphelinat des œuvres se réduit le plus souvent à un problème de traçabilité des ayants droit. Or le suivi régulier d'une œuvre par l'éditeur qui a reçu la charge de la publier serait le meilleur moyen pour lui de conserver un lien avec l'auteur ou avec ses ayants droit. L'orphelinat des œuvres est donc en partie l'effet du mauvais traitement éditorial qu'elles ont subi. On constate ainsi que la loi, si elle n'envisage pas le cas des œuvres orphelines, anticipe leur apparition et aménage des mécanismes pour l'éviter.

c. Contrat d'édition et droit d'auteur au défi du numérique

L'émergence de l'édition numérique pose la question de la pérennité de ces contrats d'édition, en particulier en ce qui concerne les œuvres orphelines ou épuisées. Les contrats les plus anciens ne prévoyaient pas de clause de cession des droits pour l'édition numérique, mais ce type de clause s'est généralisé depuis le début des années 2000. Suite à un avenant proposé par le Syndicat National de l'Édition (SNE) en 2008, ces clauses ont été intégrées dans l'ensemble des nouveaux contrats. Néanmoins, leur existence ne règle pas les questions de durée des droits ou de rémunération de l'auteur. Le marché n'étant pas stabilisé, les auteurs souhaitent actuellement s'engager sur des durées brèves, d'environ 5 ans, tandis que les éditeurs désirent des clauses plus souples dites "de rendez-vous", mais qui n'offrent aucune garantie aux auteurs²¹. La nécessité de négocier avec les grands fournisseurs d'accès proposant des lecteurs implique une certaine stabilité du marché et une durée de droits plus longue, qui fait l'objet de débats entre auteurs et éditeurs. Par ailleurs, la question de la rémunération a également été relancée par l'émergence du marché numérique. L'un des principaux apports de cette technologie est de permettre une reproduction de l'œuvre avec une perte de qualité marginale. Or c'est précisément la reproduction des œuvres qui constituait le cœur des contrats d'édition traditionnels. Les auteurs entendent donc tirer profit de la possibilité de

¹⁸ [En ligne]

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=522BC3C81DDC952ACBEF9ED5801BB4B9.tpdjo06v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006179040&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100901>

¹⁹ *Ibid.* Article L132-17

²⁰ *Ibid.* Article L132-13

²¹ Voir à ce propos la page synthétique <<http://www.sgdj.org/les-services/les-contrats/550-la-question-des-droits-numeriques>>

procéder à la reproduction de leurs œuvres par leurs propres moyens, ou de négocier une rémunération plus importante sur la reproduction par les éditeurs que les 5 à 15% en moyenne qu'ils ont pu toucher jusque-là. Le cas de l'éditeur numérique publie.net est exemplaire de ces nouveaux acteurs du paysage éditorial qui reconnaissent à l'auteur la part importante qu'il a acquise dans le processus de publication à travers une rémunération beaucoup plus élevée : la répartition des bénéfices entre cet éditeur et les auteurs dont il publie les œuvres est de 50-50%.²² Ce modèle n'est certes pas transposable à tous les grands éditeurs, et son fonctionnement tient à sa taille réduite et à son utilisation exclusive du numérique. Il a toutefois le mérite d'ouvrir l'éventail des possibilités offertes par le nouveau marché de l'édition numérique.

Le droit d'auteur est lui-même mis à l'épreuve avec la généralisation des technologies numériques. L'une des règles qui le fonde est la simultanéité entre création et protection. Une œuvre originale est en effet protégée dès sa création, sans que son auteur ne soit soumis à une quelconque formalité. Cette règle est incontestablement l'une des origines majeures de l'orphelinat des œuvres. En effet, les auteurs ne formalisent pas la manière dont ils entendent que leur œuvre soit utilisée. Suivant le circuit traditionnel du livre, une œuvre textuelle est généralement censée être publiée si un éditeur l'accepte, et ainsi être diffusée auprès du public pendant une durée qui dépend de son succès. L'avènement d'internet introduit la possibilité nouvelle de donner une seconde vie aux œuvres tombées dans l'oubli – car elles constituent l'essentiel des œuvres tombées dans l'orphelinat, du fait de leur valeur économique faible. Or, lorsque le lien entre l'auteur, ou ses ayants droit, et l'œuvre, s'est distendu du fait du temps passé, et qu'il devient difficile de les joindre, de les retrouver, voire de les identifier, on mesure combien il sera encore plus difficile de connaître leur volonté quant à l'utilisation de l'œuvre. Dès lors, le droit d'auteur les protège contre d'éventuels abus, mais dans le même temps gèle l'utilisation de l'œuvre au détriment de sa diffusion – et donc de l'auteur –, du public privé d'une partie du patrimoine, et d'autres créateurs qui auraient pu vouloir utiliser cette œuvre. A l'inverse, un nombre croissant d'auteurs proposent, notamment via internet, des contenus de toutes formes sous licence libre, manifestant ainsi leur volonté de voir diffuser leur création de manière libre. A proprement parler, ces licences ne constituent pas un renoncement au droit d'auteur mais plutôt une annonce du choix délibéré de ne pas tirer les bénéfices matériels des prérogatives du droit patrimonial. Leur validité juridique fait débat au sein des juristes dans la mesure où elles vont à l'encontre du principe de protection automatique établi et pourraient par défaut laisser penser qu'une protection doit être demandée formellement pour être valable. Dans le même temps, elles permettent sur le long terme de connaître la volonté de l'auteur sur son œuvre, et en ce sens, respecte son droit d'auteur dans son sens le plus littéral.

L'émergence du phénomène des œuvres orphelines trouve donc son origine à la fois dans certaines failles du droit positif, dans le traitement éditorial insuffisant dont elles ont fait l'objet, et dans l'apparition d'un contexte nouveau qui suscite un regain d'intérêt pour ces œuvres jusque-là restées confinées dans l'ombre des œuvres patrimoniales plus ou moins prestigieuses d'une part, et des best-sellers de l'autre.

²² Ce contrat d'un nouveau type est présenté sur le blog lié à la maison d'édition Publie.net : <http://www.tierslivre.net/spip/spip.php?article1540>

2. ŒUVRE ORPHELINE ET « ORPHAN WORK » : PLUSIEURS DEFINITIONS POUR UN MEME ENJEU POLITIQUE

A. Copyright et Droit d'auteur

On distingue traditionnellement les pays de droit d'auteur des pays de *copyright*. Alors que le droit d'auteur est attaché à la personne de l'auteur et à l'esprit de la création, le *copyright*, comme son nom l'indique, s'attache davantage à l'œuvre elle-même, dans sa dimension concrète. Une conception essentialiste s'oppose à une conception utilitariste. Issue de la tradition lockéenne, la première conçoit le droit d'auteur comme un droit de propriété naturelle de l'individu sur son propre corps et par extension sur l'œuvre fruit de son travail. Dans cette dernière, l'acte de création justifie la propriété intellectuelle. Le débat se situe ensuite sur l'étendue de cette propriété: doit-elle être conçue comme totale et dans ce cas être transmissible sans limite de temps aux héritiers comme une propriété foncière? C'est la conception de l'économiste libéral Frédéric Bastiat, et à sa suite de Jean-Baptiste Jobard qui popularise cette idée dans les années 1840 sous l'appellation de "monopole". Cette conception inspire la législation française, en particulier dans sa conception du droit moral perpétuel. L'octroi d'un monopole limité dans le temps doit-il au contraire être un simple moyen de stimuler la création? C'est la conception de Jules Dupuit et de Léon Walras, qui imprègne en grande partie la législation américaine.

L'opposition entre droit d'auteur et *copyright* est aussi une opposition de tradition: si le droit d'auteur s'ancre dans une tradition où le juridique prime sur l'économique, le *copyright* à l'inverse s'inscrit dans une logique libérale de primauté de l'économie. Il s'agit pour ce dernier d'attribuer les droits à la personne, physique ou morale, qui assume les risques financiers, tandis que c'est le créateur en tant que démiurge qui est protégé dans les pays de droit d'auteur. Cette opposition se traduit également par l'absence théorique de droit moral dans le *copyright*, alors même que le droit d'auteur l'érige en droit perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

Toutefois, une telle opposition tend à s'affaiblir avec la convergence de plusieurs facteurs. D'abord, les modalités d'application de ces droits qui divergeaient auparavant se rapprochent désormais: alors que le *copyright* nécessitait, à l'instar des brevets, un dépôt, cette obligation a été alléguée en 1989. Par ailleurs, certaines utilisations du droit moral peuvent être détournées afin de préserver un monopole financier sur l'exploitation des œuvres. Chacune des quatre dimensions du droit moral – droit de divulgation, droit de paternité, droit de repentir, droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre – peut avoir des incidences économiques fortes. L'opposition entre droit patrimonial économique et droit moral juridique est donc en partie artificielle puisque les incidences économiques de ce dernier peuvent être nombreuses. De même, le droit moral s'est progressivement intégré au *copyright*: il est ainsi reconnu par une dizaine d'Etats aux Etats-Unis, ainsi qu'en Grande-Bretagne, depuis 1988. Dans ce dernier pays, il est possible pour un auteur de transférer ses droits patrimoniaux par la procédure d'*assignment*, qui consiste en un véritable transfert de propriété; son droit moral est par ailleurs reconnu comme inaliénable, quoique d'une durée égale au droit patrimonial (70 ans dans la plupart des cas). En France, ce droit moral est en partie encadré pour éviter son utilisation abusive. En outre, la place accordée aux investisseurs financiers a été reconnue, notamment avec la création de droits voisins depuis la loi de 1985. Certains concepts juridiques anglo-saxons apparaissent aujourd'hui en droit français. C'est le cas de la *due diligence*, précaution préalable visant à se prémunir contre une réclamation liée à une action. De ce concept pragmatique découle la *diligent search*, traduite en français – et bientôt introduite dans le CPI à propos des œuvres orphelines – par «recherche avérée et

sérieuse ». Les frontières entre *copyright* et droit d'auteur apparaissent ainsi de plus en plus poreuses.

B. Mécanique éditoriale dans les pays anglo-saxons: le cas de l'Angleterre

La mécanique éditoriale des pays anglo-saxons diverge sensiblement de celle adoptée en France. En Grande-Bretagne, le contrat d'édition ne correspond pas à un *assignment* – sauf dans le cas d'œuvres de collaborations ou d'œuvres collectives – mais à une *licence*. C'est donc une licence d'exploitation qui est transférée, et non une propriété. Celle-ci est par ailleurs exclusive et de forme écrite. La législation anglaise, en dehors de ces précisions ne s'attarde pas sur les obligations contractuelles. Il n'existe par conséquent pas de contrat type. De plus les contrats sont généralement négociés entre agents et éditeurs, l'auteur ne s'occupant pas de la rédaction ou de la négociation de ce contrat. L'une des spécificités des *licences* est le fait qu'elles ne soient pas limitées dans le temps. Elles couvrent donc théoriquement la durée de la propriété intellectuelle, quoique certains auteurs exigent des durées limitées. Certaines clauses de rétrocession sont donc introduites par les auteurs. Les clauses concernaient en particulier les œuvres épuisées (*out of print*), mais n'ont plus vraiment de sens à l'heure du numérique, les éditeurs disposant de nombreux moyens de rendre accessible un ouvrage. C'est pourquoi elles sont désormais souvent remplacées par une clause fixant un seuil pour le nombre d'exemplaires vendus annuellement, en deçà duquel l'auteur peut demander à récupérer ses droits. Par ailleurs les contrats anglais permettent aux éditeurs de procéder à des rééditions limitées (*small reprints*) pour assurer le réapprovisionnement de ses stocks. La multiplicité des contrats possibles, et le fait qu'ils soient moins réglementés qu'en France, semble entraîner un risque supplémentaire pour l'œuvre, dont le traitement, une fois sa durée de vie commerciale terminée, n'est pas forcément suffisant.

3. TYPOLOGIE DES DROITS ORPHELINS

A. Une définition instable et non harmonisée au niveau international

a. Une définition par défaut

Comme énoncé précédemment, on définit généralement une œuvre orpheline comme "une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses"²³. Jusqu'à récemment, cette définition n'avait pourtant pas de valeur juridique puisque le CPI ne l'incluait pas. On a noté cependant que cette situation est amenée à changer dans les mois qui viennent. Les œuvres orphelines n'ont donc pas existé au sens de la loi jusqu'à récemment, alors même qu'elles représentent une part semble-t-il considérable des œuvres publiées au XXe siècle. Plusieurs raisons permettent de l'expliquer.

La première est sans doute l'évolution technologique qui a vu le passage du "tout analogique", où le support primait, au "tout numérique", où il importe peu. A l'âge du numérique, l'information ne nécessite pas de support pour être consultée puisque, codée selon différents formats, elle peut être consultée, diffusée et reproduite à l'infini sans

²³ Définition du CSPLA

que sa qualité ne se dégrade sensiblement. Le système du droit d'auteur était fondé sur l'équilibre entre la rémunération accordée aux auteurs pour stimuler leur création, la part cessible aux éditeurs endossant le risque financier de la reproduction de l'œuvre, et la liberté pour le public d'accéder à l'œuvre sans entrave après une période donnée. Les possibilités de ces acteurs sont radicalement transformées par l'avènement du numérique. Chacun peut en théorie être tour à tour éditeur, acteur, lecteur, et le réseau internet permet potentiellement la diffusion universelle des idées. L'information déconnectée de son support permet théoriquement à l'auteur de se passer d'éditeur pour la diffuser. Le public, lui, s'est progressivement habitué à accéder à des ressources en ligne le plus souvent gratuites. La manipulation permettant de dupliquer un contenu numérisé est si simple que de nombreuses personnes choisissent de télécharger des documents sans se préoccuper de leur statut et du droit d'auteur, se plaçant ainsi dans la position du "pirate" ou du contrefacteur, pour user d'un terme plus juridique. Dans ce contexte, de plus en plus d'œuvres sont utilisées – c'est en particulier les cas des documents visuels – sans mention de leur auteur et au mépris du droit d'auteur. Le lien entre l'œuvre et son créateur se distend. De manière concomitante, les bibliothèques souhaitent valoriser les fonds qu'elles conservent et les numériser pour les rendre accessibles de manière à assurer leur mission conservation et de diffusion du patrimoine. Mais les projets de numérisation se heurtent de plus en plus à la question des droits. L'utilisation d'une œuvre sous-droit nécessite l'autorisation du titulaire de ce droit. Mais lorsque l'auteur ou ses ayants droit sont introuvables ou injoignables, cette autorisation ne peut être obtenue, y compris dans les rares cas où des recherches coûteuses peuvent être effectuées. Les éditeurs voient dans le numérique la possibilité de rééditer à la demande des œuvres dont le cycle commercial s'est depuis longtemps clos, et de leur donner un second souffle. On peut notamment penser que certaines œuvres épuisées intéressent en particulier les chercheurs qui peuvent ainsi être renseignés sur l'état d'une pensée, d'un art, d'une science, à un moment donné. L'apparition et le développement de la technologie numérique a ainsi permis de prendre conscience du problème des œuvres épuisées et/ou orphelines. Le droit d'auteur est face à de nouvelles problématiques que celles qui ont présidé à son élaboration. Un nécessaire temps de latence a été marqué, fait d'analyse et d'expectative quant à l'émergence du marché du livre numérique. C'est cette nouveauté qui explique sans doute en partie le fait que le CPI n'incluait pas de définition des œuvres orphelines. Le vote des sénateurs semble indiquer une volonté d'avancer sur la question d'un point de vue législatif, d'autant qu'une Directive européenne cadre devrait voir le jour à la fin du mois de novembre 2010.

Le droit est conçu de telle manière qu'aucune œuvre ne puisse être dépourvue de titulaire du droit d'auteur qui y est lié. Toute œuvre est produite par un ou des individus: le cas des œuvres orphelines est celui d'œuvres dont on ne peut identifier ou joindre les ayants droit. Or le fait qu'ils ne puissent être identifiés ou joints ne les empêche pas de demeurer titulaires de droits. Même dans le cas semble-t-il courant où ils ignorent un tel droit, ils n'en restent pas moins détenteurs. C'est sans doute la seconde raison pour laquelle les œuvres orphelines n'étaient pas définies dans le CPI. Elles définissent un objet par défaut, et indiquent une situation qui bloque l'utilisation de l'œuvre, mais le CPI garantit toujours leur protection théorique. A cet égard, il faut reconnaître qu'une œuvre orpheline est paradoxalement bien protégée puisque son usage abusif est proscrit. En revanche, son utilisation, qu'on pourrait qualifier de naturelle pour une œuvre de l'esprit, est entravée. C'est en particulier la diffusion de l'œuvre qui est bloquée, alors même qu'on peut raisonnablement penser que la plupart des auteurs souhaitent que celle-ci soit la plus large possible. L'auteur est donc à la fois bénéficiaire et victime du droit, lorsque son œuvre est devenue orpheline.

b. Du caractère instable de l'œuvre orpheline et de ses conséquences au niveau international

L'objet défini par l'expression "œuvre orpheline" n'est pas stable: il a un caractère éminemment réversible. La paternité d'un créateur sur son œuvre ne cesse jamais, quoiqu'il puisse volontairement ou par accident en être dessaisi. Ainsi aucune œuvre et aucun droit n'est jamais totalement orphelin au sens propre du terme : il serait plus exact de reprendre les termes du CPI qui envisage dans les articles L121-3 et L122-9 les cas « où il n'y a pas d'ayant droit connu », ou les cas de « vacance ou de déshérence » des droits d'exploitation ou de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L121-2. Dès qu'un auteur la revendique à nouveau, l'œuvre sort de cette situation. Il n'est donc pas d'orphelinat définitif, mais une condition réversible, qui peut sans doute contribuer à expliquer l'absence de définition de la notion dans le CPI. Il faut pourtant reconnaître que plus le temps passe, moins une œuvre a de chances de sortir de cette situation. Ce cas concerne en particulier les œuvres dont on ne peut identifier l'auteur. Faute d'identification, on ne peut pas non plus déterminer leur date d'entrée dans le domaine public. Celle-ci est donc condamnée à rester orpheline, inutilisable faute d'autorisation de l'auteur, et faute d'entrée prouvée dans le domaine public.

Les rapports internationaux traitant de la question mentionnent la plupart du temps les œuvres « potentiellement » orphelines, ce qui montre encore une fois la difficulté de définir cet objet et son caractère mouvant et réversible. En effet, la définition claire et définitive d'une telle œuvre pose problème : elle suppose la recherche de l'auteur, de ses ayants droit ou de leur localisation. Cette recherche avérée et sérieuse est une condition pour garantir, dans les pays qui ont légiféré sur la question, que l'œuvre est bien orpheline. Ces démarches sont coûteuses: les établissements tenus d'effectuer ce type de recherche le font donc dans le cadre d'une politique de numérisation bien définie. Ces recherches peuvent aboutir à trois cas de figures:

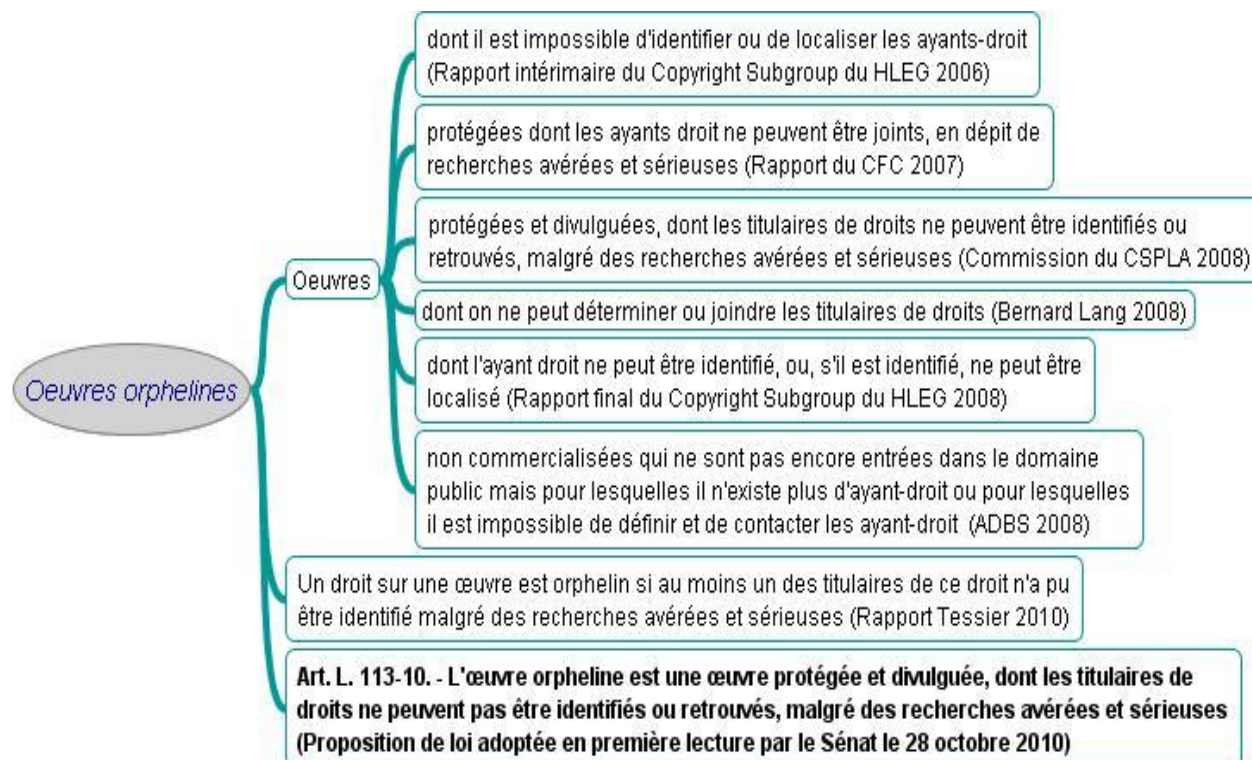
1. L'auteur est identifié mais il ne peut être localisé: la législation de certains pays permet alors l'autorisation sous certaines conditions de son œuvre, puisque la recherche avérée et sérieuse a abouti au constat que le ou les droits reliés à l'œuvre sont orphelins.
2. L'auteur est identifié et localisé, et il donne son accord pour l'utilisation et la diffusion de son œuvre dans le cadre d'un projet de numérisation. C'est pour l'instant en France la seule perspective pour un organisme de numériser une œuvre sous droits.
3. L'auteur est identifié et localisé mais il refuse que son œuvre soit utilisée et/ou diffusée dans le cadre d'un projet de numérisation.

On notera que suivant la législation, l'organisme menant les recherches a plus ou moins de probabilités de parvenir à un accord ou à une solution lui permettant la numérisation. On mesure donc à quel point la mise en place d'une solution encadrant cette utilisation peut avoir de conséquence pour tous les acteurs concernés. Lorsque la recherche aboutit à l'identification de l'auteur ou de ses ayants droit, un accord peut donc être passé avec eux en vue de l'utilisation de l'œuvre. Lorsqu'elle est infructueuse, suivant la solution adoptée par le législateur, l'établissement peut s'adresser à l'autorité publique ou à l'organisme compétent pour prouver sa bonne foi et encadrer l'utilisation de l'œuvre, considérée alors comme orpheline. Néanmoins, il apparaît problématique de définir un seuil de recherches avérées et sérieuses: comment mesurer le sérieux d'une recherche? A partir de quel seuil considère-t-on une recherche assez poussée pour mettre entre parenthèses le droit des auteurs ou des ayants droit? Nous reviendrons sur cette question

à propos des expérimentations que nous avons pu mener dans le cadre du programme ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*). Notons toutefois d'ores et déjà que cette définition, si elle n'est pas sans poser problème au législateur, est encore plus délicate pour la gouvernance européenne dont la volonté est d'harmoniser et de rendre possible la coexistence entre les solutions adoptées par les pays ayant légiféré et ceux qui n'ont pas encore fait leur choix. Les rapports produits par les instances européennes compétentes mentionnent cette difficulté, qui se traduit notamment par le problème de l'harmonisation des définitions données à l'expression « œuvre orpheline »²⁴. Au cours de l'année 2008, un *Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works* a été signé par 27 institutions culturelles européennes, dont la BnF, avec pour but une harmonisation des pratiques, notamment en ce qui concerne les recherches diligentes, et la définition des œuvres orphelines. Suite aux rapports du groupe d'experts de haut niveau, la commission européenne a mandaté en décembre 2009 une mission pour établir l'étendue du problème des œuvres orphelines, ainsi que le temps et les coûts impliqués par la recherche des ayants droit. Anna Vuopala, rapporteuse de cette mission, fait remarquer que ce mémorandum ne résout pas toutes les ambiguïtés autour de la définition des œuvres orphelines.

c. Définitions

L'examen des rapports nationaux et internationaux permet en effet de dégager des constantes dans la définition des œuvres orphelines mais aussi certaines évolutions. Nous les avons réunies dans un schéma que voici :



²⁴ C'est le cas notamment du rapport final du Groupe d'experts de haut niveau mandaté pour réfléchir sur la question, [en ligne] <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>, mais aussi de l'*Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance* [en ligne] <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>

On constate qu'au fil des rapports se succèdent différentes définitions reprenant ou non certains éléments, insistant ou laissant de côté certains aspects du problème. La définition adoptée par le Sénat et destinée à être introduite dans le CPI rassemble les éléments identifiés lors des différents travaux. Une œuvre orpheline est donc une œuvre protégée au sens de la loi. Par cette expression, la protection, dont on a dit qu'elle résulte de l'acte de création et non d'une quelconque formalité, est explicitée. Le terme « divulguée » renvoie également de manière très large à l'ensemble des processus de diffusion d'une œuvre. Un inédit n'est donc pas protégé. On peut rappeler à ce titre que passée la période de protection du droit d'auteur prévue initialement par la loi – 70ans après la mort de l'auteur – un manuscrit non publié bénéficie d'une protection pour le cas où il est publié. Toutefois cette protection ne bénéficie pas à l'auteur, mais au détenteur du document original, si tant est qu'il en existe plusieurs. C'est un des rares cas où la loi ne protège pas l'auteur lui-même mais le possesseur du document. On peut comprendre que le législateur a substitué ce détenteur à l'auteur de l'œuvre et par ce mécanisme fait primé l'intérêt de l'œuvre elle-même. En effet, celle-ci une fois publiée pourra bénéficier à l'ensemble du public, ainsi qu'aux auteurs qui pourraient vouloir l'utiliser.

La mention des « titulaires de droits [ne pouvant être] identifiés ou retrouvés » permet de couvrir l'ensemble des cas de figure. Ceux-ci s'étendent de l'œuvre dont on ne peut déterminer l'ayant-droit, soit parce que l'auteur lui-même ne peut être identifié, soit parce qu'on ignore les conditions par lesquelles il a désigné ou non ses ayants droit, soit parce qu'on ne sait à qui revient le droit à un moment donné, soit parce que cet ayant-droit a disparu et ne peut être identifié, à une œuvre dont on ne peut retrouver ces personnes pour toutes les raisons qu'on peut imaginer : changement de nom, d'adresse, cas d'homonymie, etc.

Les « recherches avérées et sérieuses », constituent une garantie pour le législateur qui évite ainsi l'utilisation abusive des œuvres orphelines et conserve l'esprit de la loi sur le droit d'auteur. Cela ne résout en rien la question de savoir qui effectuera ces recherches, de l'utilisateur potentiel de l'œuvre à la société de perception et de redistribution des droits chargée de sa gestion, voire du législateur lui-même.

d. Œuvre orpheline et droit orphelin

La notion de droit orphelin tend à s'imposer dans les derniers rapports (le rapport Tessier en est un exemple), même si l'expression "œuvre orpheline" se maintient. Cette dernière, outre le caractère aisément mémorisable d'une formule marquante, a l'avantage d'être facilement traduisible et saisit le phénomène dans sa manifestation la plus concrète: l'impossibilité d'utiliser une œuvre, faute de pouvoir identifier ou retrouver ses ayants droit. Pour autant, la réalité juridique à l'origine de ce phénomène correspond davantage à l'expression "droit orphelin". En effet, si une œuvre est appelée orpheline, c'est parce qu'un droit qui la relie à son auteur n'est pas identifiable. Un seul droit orphelin suffit à rendre inutilisable une œuvre dans son ensemble. Le phénomène des œuvres orphelines concerne tous les types d'œuvres, y compris les œuvres de collaboration. Dans ce dernier cas en particulier, l'entité souhaitant utiliser l'œuvre doit obtenir l'autorisation de tous les ayants droit. Le refus d'un seul suffit à bloquer l'utilisation de l'œuvre dans son ensemble. Par ailleurs, on a mentionné le fait que le droit d'auteur n'est pas monolithique mais constitué de différents droits. Là encore, chacun de ces droits peut se retrouver orphelin: c'est le cas notamment lorsque l'exploitation commerciale d'une œuvre a été cédée à un éditeur: si le contrat d'édition n'a pas prévu de rétrocession de ces droits à l'auteur ou à ses ayants droit, il les conserve pendant toute la durée de la propriété

littéraire. Or, en cas de disparition de l'éditeur, ou faute de retrouver le contrat, les ayants droit, toujours titulaires des aspects moraux du droit d'auteur et favorables à la numérisation de cette œuvre ne pourraient le faire. L'utilisation de l'expression « droit orphelin » permet donc davantage de précision pour cerner l'objet juridique qui pose problème.

La définition des œuvres orphelines est donc à replacer au sein de tensions entre un phénomène prenant sa source dans le développement d'une technologie nouvelle, une législation équilibrée mais dont certains aspects s'avèrent inadaptés aux enjeux de cette technologie nouvelle, et des exemples empiriques de traitement du problème qu'elles représentent.

B. Les types d'œuvres concernés

a. Les cas autres que l'écrit

Les œuvres orphelines concernent tous les domaines de la propriété littéraire et artistique. Nous mentionnons ici les cas autres que l'écrit pour ensuite nous concentrer sur ce dernier. Le groupe d'experts de haut niveau mandaté par la Commission Européenne pour travailler sur les problématiques intéressant les bibliothèques numériques distingue quatre catégories d'œuvres: les œuvres textuelles, les œuvres audiovisuelles, les œuvres visuelles/photographiques, et les œuvres musicales. Le rapport *Assessment of the orphan work issue and costs for rights clearance*²⁵ donne une estimation des œuvres concernées dans chacune de ces catégories, à partir d'un questionnaire envoyé à travers l'union européenne à 17 institutions culturelles ainsi qu'aux organisations professionnelles. Il précise toutefois combien ces estimations sont dépendantes des différentes législations dont elles émanent, et en particulier de la définition que ces dernières adoptent quant à la notion de recherches avérées et sérieuses.

Les œuvres audiovisuelles souffrent d'un problème de multiplicité des droits à prendre en compte, car leur réalisation nécessite de faire appel à un grand nombre de compétences. Ainsi, en France, le CPI présume de l'œuvre audiovisuelle comme d'une œuvre de collaboration, même si elle peut, le cas échéant, être considérée comme une œuvre collective ou une œuvre composite. Il énumère cinq auteurs présumés de l'œuvre: l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales et le réalisateur. Cette liste n'est toutefois pas limitative. Par analogie avec le lien qui unit l'auteur à son éditeur, le producteur s'occupe de la diffusion de l'œuvre audiovisuelle. S'il peut revendiquer la qualité de co-auteur, il est néanmoins cessionnaire des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre. Au titre d'œuvre de collaboration, l'œuvre bénéficie d'une protection de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année suivant le décès du dernier des co-auteurs. L'Association des Cinémathèques Européennes (ACE) estime qu'environ un tiers des œuvres qu'elle conserve sont de droits douteux, et qu'au total environ 21% seraient orphelines. Les champs les plus touchés semblent être les œuvres dont la valeur marchande est la moins importante, tels que les films d'amateurs, les documentaires ou encore les films

²⁵ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Access to Information. VUOPALA, Anna. *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance*. 05.2010. 47p. [En ligne] <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>

indépendants ou industriels. Les programmes de télévision et les téléfilms sont également touchés par ce phénomène, dans des proportions difficiles à établir.

A titre d'exemple, l'Université de Californie à Los Angeles (UCLA) estime que 10% des fictions et programmes télévisés qu'elle conserve sont potentiellement orphelins. Les œuvres visuelles photographiques sont particulièrement touchées par le phénomène de l'orphelinat. Les auteurs d'œuvres d'arts visuels autres que la photographie semblent généralement correctement identifiés et suivis. Néanmoins, le rapport © *the way ahead*²⁶ indique que 25 millions d'œuvres conservées dans les musées du Royaume-Uni pourraient être touchées par une situation d'orphelinat. Ce problème concerne particulièrement les œuvres visuelles, et notamment les illustrations, dont les reproductions figurent dans des livres. Une seule de ces illustrations s'avérant orpheline pourrait entraver la numérisation de l'œuvre entière.

Au sein de cette dernière catégorie, les œuvres photographiques sont particulièrement vulnérables. Si les photographies publiées dans des journaux ou dans des ouvrages sont touchées par le problème faute d'une mention suffisante de leur auteur, les photographies non publiées et généralement réalisées par des non-professionnels sont difficilement identifiables au regard du droit d'auteur. D'importantes collections conservées dans des institutions à caractère culturel suite à des legs sont inutilisables faute d'un accord avec le légataire concernant leur utilisation. Le rapport *Gowers*²⁷ estime à 90% la proportion d'œuvres orphelines, parmi les photographies conservées dans les musées britanniques. Certaines estimations donnent également des pourcentages très élevés y compris pour des œuvres datant des années 1980²⁸. En Europe, certains états membres distinguent en matière de photographie les œuvres originales des « simples » œuvres, et les protègent différemment. Les premières ont une durée de protection de 70 ans contre 50 pour les secondes. De plus, au Royaume-Uni, l'ensemble des œuvres non-publiées bénéficie d'une protection jusqu'en 2039. Pour ce type d'œuvres, la recherche au cas par cas ne semble ni possible, ni fructueuse. C'est pourquoi les rapports européens préconisent des solutions spécifiques faisant notamment appel aux licences collectives. C'est à propos de ce type d'œuvre que la proposition de loi 441 – relative aux œuvres visuelles orphelines et à l'utilisation de la mention « droits réservés » – a été adoptée par le Sénat français le 28 octobre. Les motifs de cet examen étaient l'usage abusif de cette dernière mention évitant aux éditeurs de rechercher et de rémunérer les auteurs de photographies. Le premier article de cette proposition visait à introduire dans le code de la propriété intellectuelle, à la suite des définitions des différents types d'œuvres protégées par le droit d'auteur, une définition des œuvres orphelines. Le second article entendait préciser « le régime d'exploitation des droits attachés à une œuvre visuelle orpheline et les modalités de basculement dans le régime de droit commun de la gestion des droits attachés à une œuvre visuelle orpheline dont les ayants droit viendraient à être identifiés »²⁹. Enfin l'article trois prévoyait le reversement des sommes perçues par les sociétés de perception et de répartition des droits agréées et non réclamées dans un délai de 10 ans à des « actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à la formation des artistes ». Les articles 2 et 3 ont été rejetés lors du vote qui a suivi la séance publique. Néanmoins, l'adoption de

²⁶ ROYAUME-UNI. INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE © *the way ahead: A Copyright Strategy for the Digital Age 2009*, cité par Vuopala, Anna, *ibid.* p26. Ce rapport constate la distorsion entre les possibilités offertes aux usagers par internet et rigidité du système de protection du droit d'auteur et propose des pistes pour sortir de ce blocage juridique, parmi lesquelles une exception permettant la réutilisation à des fins non commerciales des contenus sous-droits sans autorisation des titulaires. [En ligne] < <http://www.ipo.gov.uk/c-strategy-digitalage.pdf> >

²⁷ Le rapport final ainsi que les rapports intermédiaires de la *Gower review on intellectual property* sont accessibles depuis la page suivante < http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/gowers_review_index.htm >

²⁸ Vuopala. *Op. Cit.* p30-32

²⁹ Proposition de loi relative aux œuvres visuelles et modifiant le code de la propriété intellectuelle, en ligne: <<http://www.senat.fr/leg/pp109-441.html>>

l'article 1 prévoyant l'intégration d'une définition des œuvres orphelines dans le code de la propriété intellectuelle représente une avancée significative pour tous les types d'œuvres. Il prévoit par ailleurs une instance paritaire chargée de définir les critères qui permettront d'évaluer le caractère orphelin d'une œuvre. Les articles rejetés doivent être examinés par l'assemblée nationale et soumis à son vote. Entretemps, au niveau européen devrait intervenir une directive cadre sur la gestion collective des droits annoncée pour la fin du mois de novembre 2010 et encadrant la question.

Les œuvres orphelines sonores concernent en particulier les interviews réalisées en « micro-trottoir », les enregistrements de musique ou d'histoires traditionnelles. Si la musique dite « commerciale » est moins concernée par le problème, les registres des sociétés de gestion collective ne s'avèrent pas toujours suffisamment à jour pour éviter l'apparition d'œuvres orphelines. Le cas est encore plus fréquent pour ce qui est des compositeurs amateurs, dont les œuvres sont épuisées et qui ne sont pas inscrits dans une société de gestion. Des problèmes d'identifications ont été mis en évidence lors d'une expérience de numérisation à la British Library. Les documents contenaient en particulier des débats à caractère politique et social au sujet de l'indépendance des pays africains. Si les problèmes de langue ajoutaient parfois à la difficulté de l'identification, certains documents avaient été séparés des indications papier les concernant, et d'autres incluaient des œuvres protégées sous forme notamment de musique ou de poésie entre les entretiens.³⁰

Le rapport *Assessment...* montre l'importance des fonds concernés par l'orphelinat, en particulier dans le cadre de projets de numérisation de masse. Il établit comme facteur primordial l'estimation du temps nécessaire à la clarification et aux recherches des ayants droit, tout en signalant que ces recherches peuvent aboutir à un échec, soit au niveau de l'identification de ces ayants droit, soit au niveau de leur assentiment quant à l'utilisation des œuvres dont ils sont titulaires de droits.

b. Le domaine de l'écrit

Les œuvres textuelles touchées par le problème de l'orphelinat revêtent plusieurs formes. Elles comprennent aussi bien les livres imprimés que les périodiques sous toutes leurs formes (revues, journaux, magazines), ainsi que les partitions, les cartes.

Littérature grise

Un problème se pose d'emblée en ce qui concerne la littérature grise, que l'AFNOR définit comme tout « document dactylographié ou imprimé, produit à l'intention d'un public restreint, en dehors des circuits commerciaux de l'édition et de la diffusion et en marge des dispositifs de contrôle bibliographiques ». Cela inclut en particulier les thèses, mémoires, actes de congrès, et autres rapports d'étude abondamment produits par les institutions publiques et privées sous toutes leurs formes – gouvernements, établissements d'enseignement, de recherche, de commerce ou d'industrie – en dehors du circuit commercial. L'une des particularités principales de cette littérature est donc son caractère inédit au sens fort du terme. Les œuvres qu'elle comprend ne passent pas par le circuit commercial éditorial. Faut-il donc les inclure ou non dans la définition des œuvres orphelines? La définition retenue par les sénateurs en vue de son intégration au code de la propriété intellectuelle emploie l'expression « œuvre protégée et divulguée ». La littérature grise semble donc s'inscrire dans le champ de l'objet défini. Néanmoins, la

³⁰ Cité par Vuopala, Anna, *Ibid.*, p34

traçabilité de ses auteurs – rarement représentés par les sociétés de gestion de droits – pose encore plus de problème que pour les auteurs de littérature commercialisée. Par ailleurs, la loi du 1er août 2006 sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), si elle affirme le principe de jouissance du droit d'auteur pour l'agent public – agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France – tempère ce droit en instaurant une cession automatique pour les œuvres créées dans l'exercice d'une fonction ou d'une mission de service public. La numérisation des œuvres de ces auteurs peut donc faire appel à l'autorité morale titulaire des droits. De fait, on constate un développement encourageant de la diffusion numérique de ces documents, sur des sites institutionnels comme ceux du Sénat, de l'Assemblée Nationale ou des différents ministères, ainsi que le site Légifrance pour le droit.

Presse

La numérisation de corpus de presse pose le problème du droit d'auteur des journalistes. Un conflit de droit existe théoriquement entre leur droit d'auteur, et leur statut de salarié d'un journal qui est assimilé à une œuvre collective. La qualité d'auteur du journaliste est reconnue dans la mesure où son œuvre est originale et où, « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée » (art. L113-1 du CPI). Néanmoins, un régime dérogatoire est accordé aux journaux au niveau du droit patrimonial puisque les journalistes sont toujours rémunérés de manière forfaitaire, et au niveau du droit moral, dans la mesure où pour le bon fonctionnement de l'organe de presse, ils ne peuvent se prévaloir des droits de divulgation et de repentir. Cette ambiguïté n'est toutefois pas sans poser problème aux institutions culturelle souhaitant numériser un fonds de presse: doivent-ils considérer le journal comme une œuvre collective auquel cas un accord avec les ayants droit de cette publication suffit à encadrer la numérisation? C'est le cas notamment aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Au contraire par sécurité, l'option retenue le plus souvent doit-elle être la recherche de chaque ayant-droit? Cela implique des recherches longues et coûteuses rendues d'autant plus difficiles qu'en dehors des articles le plus souvent crédités du nom de leur auteur – mais parfois sous forme d'initiales –, les nombreuses photographies ou illustrations ne le sont pas systématiquement. La jurisprudence en matière de droit d'auteur pour les journalistes montre que l'éditeur, en tant que promoteur d'une œuvre collective, doit signer avec chacun des contributeurs une convention expresse de cession des droits. En l'absence de convention, il possède un droit de première publication, mais ne peut ensuite s'opposer à l'utilisation des contributions individuelles selon le bon vouloir de leurs auteurs respectifs. Il semble ainsi que la numérisation d'un corpus de presse doive passer par la recherche de chacun des ayants droit de ses contributeurs.

Œuvres définies par le code de la propriété intellectuelle

Plus généralement l'ensemble des champs du domaine écrit couverts par le CPI et par le droit d'auteur peut être touché à des degrés divers par le phénomène. La durée des droits est conditionnée par le type de l'œuvre protégée. Plus cette durée de protection est longue, plus le risque est grand de perdre les données concernant les ayants droit et de voir apparaître des droits orphelins.

- De manière générale, une œuvre est protégée à partir de sa création et pour une durée de soixante-dix années à partir de la date de décès de son auteur.
- En ce qui concerne les œuvres collectives – publiées sous la direction d'une seule personne morale ou physique sans qu'il soit possible d'attribuer une partie à l'un

des co-auteurs en particulier – la durée de protection est de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée.

- Les œuvres pseudonymes ou anonymes connaissent le même régime que les œuvres collectives. Lorsque le ou les auteurs se sont fait connaître, ils bénéficient de la protection prévue pour les auteurs uniques. Si la divulgation se fait à l'issue de la période de protection initialement prévue, l'auteur bénéficie d'une protection de vingt-cinq ans à compter du 1er janvier de l'année suivant celle de la publication.
- Les œuvres de collaboration – à la création desquelles ont concouru plusieurs personnes physiques – sont protégées pendant soixante-dix ans à compter de la date de mort du dernier vivant des collaborateurs. C'est donc le régime de protection qui autorise la protection la plus longue.
- L'auteur d'une œuvre composite, qui intègre dans une œuvre nouvelle une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière, bénéficie d'un régime de protection normal.

Cette typologie des œuvres est relativement théorique, puisqu'elle est calquée sur les œuvres mentionnées par le CPI. On peut l'éclaircir par un examen des différents titulaires de droits envisageables.

C. Différents titulaires de droits

a. Auteurs et co-auteurs

L'examen des collections de la BnF permet de prendre la mesure des types d'œuvres concernés par le phénomène de l'orphelinat. Nous avons procédé à une analyse des fonds que nous commenterons dans la troisième partie de cette étude. On peut toutefois d'ores et déjà faire remarquer que, quelle que soit la cote examinée, les œuvres écrites par plusieurs auteurs sont nombreuses. Il ne s'agit pas seulement des œuvres de collaboration au sens fort du terme: on peut prendre l'exemple d'un roman précédé d'une préface. La numérisation d'un tel ouvrage, s'il n'est pas tombé dans le domaine public – et à condition qu'on puisse le déterminer – est conditionnée par un accord avec l'auteur et le préfacier.

Le statut de l'auteur est protégé, comme celui du ou des co-auteurs. D'autres intervenants peuvent se prévaloir du titre d'auteur. Ils correspondent aux personnes figurant dans la mention « responsabilité secondaire » d'une notice bibliographique: préfaciers, postfaciers, traducteurs, commentateurs, illustrateurs, éditeurs scientifiques, adaptateurs. En effet, en vertu de l'article L112-3 du CPI, « les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. » Ainsi, une œuvre traduite précédée d'une préface et agrémentée d'illustrations procure des droits d'auteur à quatre titulaires différents. On mesure la difficulté pour un établissement de retrouver et de contacter chacun de ces ayants droit avant toute numérisation, en particulier dans le cas d'une numérisation de masse.

b. Ayants droit

L'ayant-droit détient un droit du fait du lien qui l'unit au bénéficiaire direct de ce droit. Ce lien peut être d'ordre familial, dans le cas d'une succession, mais aussi contractuel – c'est le lien qui unit l'auteur à l'éditeur – ou d'autre nature encore. Chacune de ces situations a des conséquences sur la destinée des œuvres et leur propension à devenir ou non orphelines.

L'auteur peut céder par contrat tout ou partie de ses droits patrimoniaux pour une durée variable, pouvant être au maximum équivalente à la durée du droit d'auteur. Le cessionnaire devient donc ayant-droit de l'auteur et gère l'exploitation de ce droit selon les termes du contrat et dans le cadre défini par le CPI. Cette cession peut être faite du vivant de l'auteur, et suivant les termes du contrat, se prolonger au-delà de sa mort. Le rapport *Assessment...*³¹ fait remarquer que souvent, les auteurs et les plus petits des éditeurs eux-mêmes ne savent pas précisément qui conserve les droits de l'œuvre, lorsque celle-ci est épuisée et a terminé son cycle commercial. Il présente un projet de numérisation d'œuvres des années 1990, pour lequel les éditeurs renvoyaient les institutions souhaitant passer un accord cadre aux auteurs des œuvres, pensant que ces derniers avaient récupéré leurs droits, tandis que les auteurs contactés ensuite – lorsqu'ils pouvaient être retrouvés – renvoyaient les mêmes institutions aux éditeurs, persuadés que ces derniers avaient conservé les droits. Ces incertitudes concernant l'ayant-droit présumé s'expliquent de deux manières. Du côté de l'éditeur, le phénomène des œuvres épuisées concerne par définition des œuvres d'un intérêt commercial moindre. L'éditeur partage avec l'auteur la responsabilité d'un contrat oublié faute d'avoir connu le stimulus du succès escompté.

La durée de protection du droit d'auteur dépasse l'existence de l'auteur lui-même et protège l'utilisation de son œuvre. Cette protection assure le respect des attributs moraux perpétuels et permet une exploitation commerciale des tenants patrimoniaux du droit d'auteur. La transmission aux héritiers est encadrée par le droit des successions et ne remet pas en cause les contrats passés par l'auteur de son vivant. Le droit pour les héritiers d'un auteur d'exploiter son œuvre va de pair avec la préservation de ses intérêts: le droit moral devient devoir lorsqu'il est hérité. Toutefois, il peut exister un conflit entre l'intérêt financier d'héritiers souhaitant faire une exploitation commerciale de l'œuvre dont ils sont ayants droit, et l'intérêt de l'auteur, incarné par le droit moral, qui théoriquement est tourné vers la diffusion la plus large possible de son œuvre. Ce cas de figure suppose toutefois que les héritiers soient conscients de leur qualité d'ayants droit, et par ailleurs que l'œuvre ait déjà rencontré son public, fait les preuves de sa valeur commerciale, ou du moins offre quelque perspective d'en posséder. Or on a mentionné le fait que les droits orphelins concernent plus particulièrement les œuvres à faible valeur commerciale ou dont le cycle commercial est terminé, et qui sont le plus souvent indisponibles. Par ailleurs, il est probable que la plupart des ayants droit concernés par des droits orphelins ignorent qu'ils en sont titulaires, en particulier lorsque cette situation est le fait d'une succession. Le rapport déjà cité mentionne un projet de numérisation à la demande de 502 œuvres publiées entre 1870 et 1988 par l'Université et la Bibliothèque régionale du Tyrol, en Autriche³². Le bilan de ce projet a montré que la quasi-totalité des ayants droit identifiés et contactés au sujet de ces œuvres donnaient leur accord pour la numérisation, et cela sans contrepartie financière. On peut donc dire que le conflit latent entre droit moral et droit patrimonial s'atténue dans le cas des œuvres épuisées et *a fortiori* dans celui des œuvres dont un ou plusieurs droits sont orphelins.

³¹ *Ibid.*, p21

³² *Ibid.* p20

c. Gestion de droits

La protection apportée à l'auteur ou à ses ayants droit par le CPI n'a de sens que dans la mesure où les droits que ce dernier leur confère sont exercés. Cette gestion de droit peut être réalisée de manière individuelle, comme c'est le cas lorsqu'un auteur signe avec un éditeur un contrat de cession de droits d'exploitation. En fonction des termes du contrat, l'éditeur peut ensuite lui-même négocier de manière individuelle des droits d'adaptation pour le cinéma, ou de traduction vers une ou plusieurs langues étrangères.

La multiplication des lieux de diffusion, l'apparition et le développement d'outils d'enregistrement et de copie des œuvres ont incité les auteurs à se regrouper en sociétés pour gérer de manière commune leurs intérêts. La plus ancienne, la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), a été créée en 1777 par Beaumarchais. Ces sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) sont encadrées par les articles 321-1 à 321-13 du CPI. Constituées obligatoirement en sociétés civiles, elles ont pour missions l'administration des droits patrimoniaux des auteurs ou ayants droit qui les mandatent, la perception et la redistribution des recettes issues des droits dont elles sont investies, et plus généralement le soutien à la création artistique. Ces sociétés sont nombreuses – une vingtaine à l'heure actuelle – et gèrent en un système complexe les intérêts des auteurs et de leurs ayants droit concernant les différents supports sur lesquels leurs œuvres sont fixées. Les quatre principales sont la SACD, la SCAM (Société Civile des Auteurs Multimédia), la SACEM (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique) et l'ADAGP (Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques). D'autres SRPD gèrent des droits collectifs apparus plus récemment tel que le droit de prêt en bibliothèque – pour la SOFIA (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit) – ou encore la reprographie – pour le CFC (Centre Français de la Copie) et la SEAM (Société des Editeurs et Auteurs de Musique) –, ainsi que les droits voisins, constitués par les interprètes, les entreprises de communications audiovisuelles, ou les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes. Ces sociétés de gestion collective ne sont pas à proprement parler titulaires de droits mais s'intègrent dans ce cadre en tant que gestionnaires de ces droits. Les débats concernant les œuvres orphelines évoquent souvent la possibilité d'avoir recours à cette gestion collective dans la mesure où elle permettrait une représentation de l'auteur introuvable, et assurerait la prise en charge et la préservation de ses intérêts. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point lorsque nous étudierons les stratégies mises en place par les pays européens pour répondre au problème des droits orphelins.

Cette définition serait incomplète sans la mention des associations de professionnels, représentant non des ayants droit pris dans leur individualité mais des professions et des corps de métiers. La Société des Gens de Lettres (SGDL) s'occupe de « la défense du droit moral, des intérêts patrimoniaux et du statut juridique et social de tous les auteurs de l'écrit, quel que soit le mode de diffusion de leur œuvre, quelles que soient les sociétés de perception et de répartition dont ils sont par ailleurs membres »³³. Elle est par ailleurs tournée vers la réflexion quant aux évolutions touchant la création intellectuelle, et participe aux débats touchant ces questions, et en particulier celle des œuvres orphelines. Le SNE représente lui aussi une fédération professionnelle dont la vocation est à la fois la défense des intérêts de ceux qu'elle représente et la réflexion qu'elle mène sur les évolutions des métiers de l'édition.

Ces différents acteurs sont incontournables dans une réflexion sur la gestion des œuvres orphelines dans la mesure où ils cristallisent les enjeux liés à cette question et représentent des forces de lobbying.

³³ Site internet de la SGDL, onglet « vocation », <<http://www.sgdl.org/sgdl/vocation>>

La définition des œuvres orphelines n'est donc pas sans poser de nombreuses questions dans la mesure où elle n'est pas harmonisée au niveau européen. La future introduction de cette définition dans le CPI montre qu'elle ne résout pas la question, même si elle constitue une avancée significative. La mise en place de procédures de traitement, de stratégies législatives ou de nature collective n'est pas la même dans les différents pays européens. Notre seconde partie traitera de ces différentes stratégies.

Stratégies aux niveaux national et européen

1. CONTEXTE: SITUATION ET PRECONISATIONS AU NIVEAU EUROPEEN

A. Cadrage des directives communautaires et groupes de travail européens

La montée en puissance des outils numériques associée à la croissance d'internet dans les foyers européens a entraîné un changement dans l'économie de la connaissance en général et du livre en particulier. La question de la numérisation du patrimoine écrit, et ses corollaires juridiques, économiques, et techniques, a compté parmi les premières préoccupations des institutions européennes qui ont rapidement identifié les enjeux d'une telle possibilité. Cette prise de conscience a été accompagnée par une réflexion au niveau des instances gouvernementales qui s'est traduite sous diverses formes.

La réflexion autour de la numérisation des œuvres orphelines est tributaire du cadrage apporté par la Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Cette directive vise à mettre en œuvre certaines des nouvelles obligations internationales contenues dans le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté le 20 décembre 1996 à Genève. Elle mentionne la nécessité d'une harmonisation et d'une adaptation du droit d'auteur et des droits voisins compte tenu de l'évolution du contexte technologique et commercial. Si elle réaffirme le principe d'un niveau de protection élevé, la directive entend promouvoir des règles en matière de droit d'auteur et de droits voisins adaptées et complétées « pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation. »³⁴ Cette harmonisation a également pour vocation d'éviter les restrictions dans la libre circulation des biens et services « relevant de la propriété intellectuelle ou se fondant sur de tels éléments »³⁵ qui seraient la conséquence de trop grandes disparités en matière de protection de la propriété intellectuelle. Elle prévoit également un certain nombre d'exceptions et de limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Parmi ces exceptions, on connaît celle qui autorise la reproduction « spécifique » pour les bibliothèques et autres établissements d'enseignement, musées ou archives, « qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect. »³⁶ Cette reproduction spécifique est autorisée lorsqu'elle se fait à des fins de conservation, ou en vue d'une « communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements. »³⁷ Cette Directive, destinée à être transposée dans les législations des Etats membres, aménage donc le droit d'auteur dans le contexte nouveau de l'économie numérique. Nous avons évoqué sa transposition en droit français avec la loi DADVSI du 1^{er} août 2006.

Un groupe des représentants nationaux (GRN) des Etats membres de l'Union Européenne sur la numérisation du patrimoine culturel et scientifique a été créé en avril

³⁴ COMMISSION EUROPEENE. *Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. [En ligne] < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML> > paragraphe 5

³⁵ *Ibid.* Paragraphe 6

³⁶ *Ibid.* Chapitre II Article 5, point c)

³⁷ *Ibid.* Chapitre II, Article 5, point n)

2001 à Lund (Suède). Il a publié les « principes de Lund »³⁸. Ces principes affirment notamment la nécessité de la préservation de « l'héritage culturel collectif de l'Europe » et la garantie d'un accès pour ses citoyens. Ils soulignent d'ores et déjà l'enjeu que constituent les droits de propriété intellectuelle touchant le document numérisé, la coordination entre les différents programmes de numérisation, et l'investissement nécessaire des institutions culturelles dans ces projets. Traduits en un « plan d'action »³⁹, ces principes ont ensuite été adoptés par les Etats membres. Ils définissent le cadre de la coopération européenne sur la mise en œuvre des politiques de numérisation, en identifiant les bonnes pratiques, en favorisant la création et l'identification de centres de compétences, en coopérant pour faciliter l'accès aux ressources numérisées et en développant des grilles d'évaluation comparative.

Depuis 2002, le projet MINERVA (*Ministerial NETwork for Valorising Activities in digitisation*) agit comme secrétariat opérationnel des groupes de travail issus du plan d'action de Lund. A partir de 2006, ce projet a pris le nom de MINERVA EC (pour *eContent+*). Il a notamment publié une série de rapports sur les bonnes pratiques à développer en matière de numérisation ou de mise en ligne des contenus numérisés.⁴⁰

Le 30 septembre 2005, une communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions lance le programme « i2010: bibliothèques numériques ». A la suite de cette annonce Viviane Reding, alors commissaire européenne en charge de la société de l'information, a mis en place en 2006 un groupe d'experts de haut niveau (*High Level Expert Group*, HLEG) chargé de la conseiller. Ce groupe est composé d'institutions culturelles, d'éditeurs et d'entreprises. Dès sa première réunion, il nomme en son sein un sous-groupe droit d'auteur (*Copyright Subgroup*). Nous reviendrons sur les travaux de ce groupe dont plusieurs des publications portent spécifiquement sur les œuvres orphelines.

Plusieurs programmes et communications vont dans le même sens: c'est le cas notamment d'eContentplus (2005-2008), des programmes *Culture 2000* puis *Culture 2007*, qui manifestent la volonté de la part de la Commission de se saisir des questions de numérisation et d'accessibilité au patrimoine européen.

Suite aux rapports du HLEG, la commission européenne a mandaté une mission en décembre 2009 pour établir l'étendue du problème des œuvres orphelines, ainsi que le temps et les coûts impliqués par la recherche des ayants droit. Une enquête a été envoyée à 17 institutions culturelles représentatives ainsi qu'aux organisations professionnelles. Le rapport de cette mission, intitulé *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance*, a déjà été évoqué au cours de cette étude: il constitue le compte rendu et l'analyse des résultats de cette enquête. Parmi les analyses et remarques qu'il formule, quelques-unes méritent d'être soulignées. C'est le cas notamment de la proportion très importante d'œuvres orphelines dans les collections des XIX et XXe siècles. Le rapport estime qu'en Europe, environ 13% des ouvrages sous-droits seraient dans ce cas, soit environ 3 millions. Cette estimation est fondée sur une étude menée par la British Library, dont les résultats ont été extrapolés dans la proportion des collections européennes, en atténuant l'estimation pour ne pas surestimer le nombre total. Des études de cas montrent que le problème de l'orphelinat toucherait des œuvres de l'ensemble du XXe siècle, y compris les plus récentes, en raison de contrats insuffisamment définis. On peut ajouter que la fin de cette période coïncide avec l'apparition des clauses de cession des droits pour l'édition numérique, qui se sont ensuite généralisées. L'inadaptation du contrat d'édition traditionnel aux enjeux du

³⁸ GROUPE DES REPRESENTANTS NATIONAUX. *Principes de Lund*. 04.04.2001. En ligne < ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/ist/docs/digicult/lund_principles-fr.pdf >

³⁹ GROUPE DES REPRESENTANTS NATIONAUX. *Plan d'action de Lund*. 04.04.2001. En ligne < ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/ist/docs/digicult/lund_principles-fr.pdf >

⁴⁰ En ligne <<http://www.minervaeurope.org/publications.htm>>

numérique apparaît encore une fois comme favorisant l'émergence de droits orphelins. Le rapport souligne également que le coût des recherches liées à l'identification des ayants droit est non seulement très élevé, mais qu'il est souvent bien supérieur au coût de la numérisation elle-même. Ces coûts sont de plusieurs ordres: identification du ou des ayants droit mais aussi vérification du statut de l'œuvre au regard du droit d'auteur et des droits voisins (y compris pour les œuvres imbriquées dans une œuvre principale le cas échéant). Il s'agit ensuite de localiser et de contacter ces ayants droit pour obtenir leur accord, de négocier la durée et les conditions de l'utilisation – incluant éventuellement une rémunération pour les ayants droit en échange de l'utilisation –, et de garder trace de toutes ces démarches (lorsqu'il n'est pas possible de passer par des éditeurs ou des sociétés de gestion de droits). C'est la raison pour laquelle, en dépit de l'exception prévue par la Directive européenne de 2001 énonçant la possibilité de reproduction d'œuvres dont l'établissement culturel ne tirerait pas d'avantage commercial ou économique direct ou indirect, peu d'institutions se sont lancées dans de tels programmes qui nécessiteraient une autorisation par ayant-droit.

Pour stimuler la mise en ligne du patrimoine numérique culturel, la Commission a mis en place le 21 avril 2010 un « comité des sages » chargé de formuler des recommandations pour accélérer la numérisation, l'accessibilité en ligne et la conservation des œuvres culturelles à travers l'Europe, en étudiant les partenariats public-privé et les problèmes de droit d'auteur.

Les différents rapports issus de ces réflexions réclamaient la création d'une aide à la clarification des droits qui permettrait aux institutions culturelles de numériser davantage tout en conservant la possibilité de rémunérer correctement les ayants droit qui se manifesteraient. Le projet ARROW, créé en 2008 et financé par le programme *eContentplus* a été chargé de créer et d'expérimenter la mise en commun de bases de données provenant des différents acteurs de la chaîne du livre (Sociétés de gestion de droit, éditeurs, bibliothèques...) pour faciliter la gestion, le traitement, et prévenir l'apparition des œuvres orphelines. La première phase de ce projet s'achèvera en 2011 et sera suivie d'une deuxième phase appelée ARROW+.

La synthèse présentée par la page institutionnelle sur le Droit d'auteur dans l'économie de la connaissance⁴¹ mentionne parmi les options envisagées afin de faciliter la numérisation et la diffusion des œuvres orphelines « un acte autonome, juridiquement contraignant sur l'octroi des droits et la reconnaissance mutuelle des œuvres orphelines (il s'agirait d'une exception aux dispositions de la directive 2001/29/CE), ou des lignes directrices sur la reconnaissance mutuelle transfrontalière des œuvres orphelines. » On en reste pour l'instant à la deuxième solution, même si une directive cadre est annoncée pour la fin du mois de l'année 2010.⁴²

B. Les différents rapports du HLEG

Les rapports du sous-groupe pour le copyright pour le HLEG montrent l'évolution au niveau européen de la réflexion sur les œuvres orphelines et donnent une série de jalons concernant l'évolution de leur traitement dans les pays membres. Parmi les publications de ce groupe, quelques-unes sont particulièrement liées à la question des œuvres orphelines et peuvent faire l'objet d'un point dans cette étude.

Un premier rapport d'étape est publié en octobre 2010, quelques mois après la mise en place du groupe⁴³. Ce rapport d'étape prend comme principe la base du volontariat pour

⁴¹ En ligne <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/mi0045_fr.htm>

⁴² En ligne <[http://www.ences.eu/newsarchive/90c1f6c2bd5eaafea81849b53194d05f/?tx_mininews_pi1\[showUId\]=33](http://www.ences.eu/newsarchive/90c1f6c2bd5eaafea81849b53194d05f/?tx_mininews_pi1[showUId]=33)>

⁴³ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Interim Report*. 16.10.2006. 20p. [En ligne]

que les pays membres légifèrent ou adoptent des solutions alternatives concernant la numérisation du patrimoine. Dans ces pays, le rapport propose que les sociétés de représentation des ayants droit autorisent davantage de copies lorsque les développements techniques le nécessitent, ainsi que pour les œuvres non disponibles commercialement. Pour éviter la duplication de ces efforts, le rapport appelle à davantage de coordination entre les établissements à tous les niveaux. Parmi les pistes ou projets de résolution en cours dans les pays membres, certains sont d'ordre pratique: la création de bases de données destinées à recueillir des informations sur les œuvres orphelines, une amélioration de l'intégration de métadonnées aux documents numérisés et un renforcement des pratiques contractuelles, en particulier en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles. Du point de vue législatif, une adaptation est envisageable pour fournir un cadre à ces pratiques contractuelles. Elle doit cependant prendre en compte l'ensemble des œuvres orphelines sur la base d'une définition partagée, un protocole de recherches avérées et sérieuses, des réserves de financement pour le cas où les ayants droit réapparaîtraient, des solutions adaptées aux missions des établissements publics à vocation culturelle mais aussi aux acteurs privés – une disposition prévoyant le retrait de l'œuvre si l'ayant droit se manifeste, assortie d'une obligation de rémunération liée à l'utilisation de l'œuvre pour indemniser ce dernier. Concernant les solutions non-législatives, le rapport propose une première définition des œuvres orphelines («œuvres dont il est impossible d'identifier ou de localiser les ayants droit») et rappelle le rôle essentiel des organismes de gestion collective ou des *books in prints* dans la recherche des ayants droit. La proposition d'une base de données dédiée apparaît également.

Un second rapport porte spécifiquement sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les œuvres épuisées⁴⁴ et préconise le recours aux licences collectives concernant selon le contexte la numérisation, l'accès et même l'usage commercial dans la mesure où il n'entre pas en concurrence avec l'utilisation primaire des œuvres. Par ailleurs, il suggère la création d'une procédure et de centres dédiés à la délivrance de droits (*right clearance centers*) d'utilisation et qui pourraient être en partie liés au programme ARROW. L'intégration de métadonnées dans le document numérique est une autre recommandation du rapport: elle serait l'un des fers de lance d'une politique visant à la disparition ou du moins à la diminution sensible des œuvres orphelines.

Suite aux réunions de travail du groupe d'experts de haut-niveau, le sous-groupe droit d'auteur a rassemblé les différents acteurs des secteurs concernés par le problème des œuvres orphelines le 14 septembre 2007 pour définir un protocole de travail et encadrer la recherche «diligente» des ayants droit, de la part des institutions culturelles. Quatre groupes de travail correspondant à des catégories d'œuvres (textuelles, audiovisuelles, visuelles/photographiques et musicales) se sont réunis entre octobre 2007 et avril 2008. Une note intitulée *Sector-specific guidelines on due diligence criteria for orphan works, Joint Report*⁴⁵, accompagne le précédent rapport. Elle définit une procédure de recherche et énonce les principes essentiels de l'identification ou de la localisation des ayants droit. La recherche doit ainsi être effectuée avant l'utilisation de l'œuvre, être faite titre par titre, ou œuvre par œuvre, et s'appuyer principalement sur les sources du pays

URL

<http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/interim_report_16_10_06.pdf>

⁴⁴ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*. 04.06.2008. 30p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>

⁴⁵ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Sector-specific guidelines on due diligence criteria for orphan works. Joint Report*. 04.06.2008. 7p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf>

d'origine de cette œuvre. La nécessité de la médiatisation de la recherche et de sa documentation est rappelée : la médiatisation pourrait prendre la forme d'une publication sur un site internet, dans des revues pertinentes quant au type d'œuvre, sur des réseaux sociaux, professionnels ou sur des sites d'associations, et dans la presse locale ou nationale. La trace de cette recherche devrait comprendre la date de la recherche, les sources consultées et la liste des termes employés pour effectuer la recherche, ainsi qu'une copie de l'annonce, lorsqu'elle est faite. Une liste des ressources communes et relatives aux différents types d'œuvres est ensuite dressée. La note introduit également la notion de procédure évolutive. A travers cette expression, on comprend que la procédure de la recherche doit être adaptée aux œuvres dont les ayants droit ont tendance à ne pas être représentés par les organisations professionnelles. C'est notamment le cas de la littérature grise ou des œuvres non-publiées (correspondance, journaux, etc.).

Un dernier rapport, publié en 2009, réunit l'ensemble des conclusions auxquelles est parvenu le Groupe d'experts de Haut Niveau entre 2006 et 2009⁴⁶. Il rassemble les réalisations et recommandations autour desquelles s'est dégagé un consensus et souligne les questions et défis restant à aborder. Le HLEG appelle à davantage de coordination dans les projets de numérisation pour éviter les doublons. Il souligne la tension entre ayants droit favorables à un respect scrupuleux de la tradition du droit d'auteur et établissements culturels souhaitant une réforme de ces droits qui leur permettrait de numériser en masse. Il se prononce contre une nouvelle protection des œuvres du domaine public numérisées, montrant que cette protection de l'objet numérisé irait à l'encontre du sens même du domaine public dans sa dimension stimulante pour la création et l'innovation. Ce rapport se montre en revanche favorable au développement de partenariats public-privé dans le cadre de la numérisation à grande échelle. Pour encadrer ce type de partenariats, il a également produit une liste d'indications, parmi lesquelles la nécessité d'objectifs clarifiés de part et d'autre, un accès public au produit de cette numérisation le plus large possible et la prise en compte de la conservation des données à long terme, l'utilisation d'aménagement fiscaux pour encourager les acteurs privés, la prise en compte des expériences antérieures en la matière, et le strict respect du cadre législatif de la propriété littéraire et artistique. Il insiste encore sur la nécessité d'un domaine public conservant ce statut ouvert une fois l'œuvre numérisée, des exclusivités aussi limitées que possible, un accès aux données partagé pour les institutions à caractère culturel, des contrats transparents et aux clauses bien définies. Le rapport aborde par ailleurs les questions d'accès et de conservation de l'information scientifique, ainsi que le projet de bibliothèque numérique Europeana. Le cadre européen suggéré par ce rapport devrait permettre aux Etats membres d'envisager des solutions qui auraient un certain nombre de points communs, de manière à permettre leur interopérabilité. La solution devrait (1) couvrir l'ensemble des œuvres orphelines en s'appuyant sur une définition partagée, (2) inclure un cadrage des recherches avérées et sérieuses, (3) inclure une clause de retrait pour le cas où l'ayant-droit se manifeste, (4) offrir aux établissements à vocation culturelle et non commerciale une solution adaptée à leurs projets de dissémination, en concertation avec les autres acteurs intéressés par la question, (5) inclure un mécanisme de rétribution général global, à même de rémunérer l'ayant droit s'il réapparaît.

Ces éléments de cadrage au niveau européen forment un contexte stimulant pour les états membres. Le paradoxe du numérique est sa capacité à former des réseaux rendant les ressources accessibles en tout point du globe par des sites communs – pensons à

⁴⁶ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Final Report "Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future"*. 12.2009. 17p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hlg_final_report09.pdf>

Europeana ou à Google – et en même temps sa capacité à stimuler les entreprises et institutions dans leurs projets de numérisation s'apparentant parfois à une défense de leur patrimoine culturel. Les rapports insistent sur la nécessaire interopérabilité des solutions retenues. Pour autant, les stratégies de gestion des droits orphelins sont à l'image de leur variété.

Rappelons néanmoins quelques contraintes supplémentaires qui pèsent sur les solutions envisageables. En premier lieu, elles doivent respecter l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui prévoit que la protection garantie par le droit d'auteur n'est soumise à aucune formalité. On aurait pu dans le cas contraire imaginer un système où les droits des auteurs auraient pu être déclarés et enregistrés de manière à en garder la trace, et à conserver sur les œuvres et leurs auteurs des informations évitant l'apparition de droits orphelins. Cela n'empêche pas la création de bases de données contenant ces informations essentielles *a posteriori*, mais ce recueil ne peut être fait qu'à titre préventif. Par ailleurs le test en trois étapes prévu à l'article 9-2 de cette même Convention constitue une seconde contrainte à laquelle les législations nationales doivent se soumettre. C'est ainsi qu'une limitation du droit exclusif des auteurs ne peut viser que « certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. » Ce cadre est toutefois suffisamment large pour permettre un éventail de solutions envisageables. Si l'on prend en particulier la dernière condition de ce test, on constate que les « intérêts légitimes de l'auteur » peuvent donner lieu à des interprétations radicalement différentes. Cet intérêt peut-être entendu comme financier, et dans ce cas réduire au maximum l'utilisation d'une œuvre en dehors d'un accord prévoyant une rémunération. Au contraire, on pourrait l'entendre comme la diffusion la plus large de cette même œuvre, auquel cas l'intérêt résiderait non pas dans un contrôle drastique mais dans des autorisations d'utilisation libérales. C'est toute l'ambiguïté induite par l'absence de l'auteur qui se joue dans ce débat.

2. DIFFERENTES STRATEGIES DE GESTION

L'analyse des stratégies de gestion des œuvres orphelines peut se faire selon différents points de vue : celui des ayants droit, celui de la loi, celui des sociétés de perception et de répartition des droits, ou encore celui de l'utilisateur (le lecteur, dans le cas de l'œuvre textuelle). Dans sa contribution indépendante au rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique sur les œuvres orphelines, Bernard Lang développe une idée originale qui prend pour point de vue l'œuvre elle-même. L'outil de lecture qu'il propose se fonde sur le concept d'une tutelle, qui serait exercée directement ou indirectement par l'Etat à des degrés divers sur la gestion des œuvres orphelines dans le cas d'une législation sur la question. Le terme de tutelle indique « que le droit exclusif de l'auteur est exercé par un tiers, sans autre précision. Ce tiers pourrait être le législateur qui fixerait dans le marbre de la loi le mode d'exploitation des œuvres orphelines, ou bien une autorité publique, par exemple une cour de justice, ou bien encore un ensemble de personnes physiques ou morales qui se partageraient les responsabilités liées à la gestion de tout ou partie du droit exclusif de l'auteur »⁴⁷. Cette tutelle est indispensable à toute solution, « et ne peut se faire que dans la mesure où la loi encadre l'exercice de cette tutelle ». Elle peut néanmoins s'exercer de manière plus ou moins libérale tout au long d'un spectre qui décline les différentes stratégies envisageables. A l'extrémité la plus libérale de ce spectre, il y a la possibilité de ne rien

⁴⁷ LANG, Bernard. *L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe*. 17 mars 2008 En ligne <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/oeuvres-orphelines-BLang.pdf>>

faire. A l'autre extrémité, on trouve une tutelle complète qui se substitue à l'auteur pour éventuellement s'opposer à l'utilisation d'une œuvre, si elle ne se fait pas dans le cadre préétabli. Cet axe qui va d'une libéralité à un contrôle tous deux extrêmes, est également désigné, dans la terminologie de Bernard Lang comme un spectre allant d'une tutelle positive, qui consiste à accorder une sécurité juridique aux utilisateurs ou exploitants qui se plient à la formalité correspondante, à une tutelle négative pour habilitier un organisme à empêcher éventuellement une utilisation ou exploitation qui ne se plierait pas à cette formalité ou à d'autres fixées antérieurement par l'ayant droit. S'il offre l'avantage d'une lecture ordonnée des différentes solutions envisageables au problème des œuvres orphelines, cet outil de lecture n'est pas dépourvu d'une certaine vision partisane de l'œuvre – c'est sans doute une des raisons pour lesquelles le président de la commission sur le droit d'auteur du CSPLA a choisi de la présenter en annexe.

Après examen de cette première méthode, nous avons donc choisi de reprendre et de compléter la classification proposée par Stef Van Gompel, de l'institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam. Cette classification, présentée dans un article de la revue « Iris plus observations de l'observatoire européen de l'audiovisuel » est ouverte à l'ensemble des œuvres orphelines⁴⁸. Tout en insistant sur les pratiques et solutions envisageables particulièrement dans le domaine des œuvres textuelles, il nous paraît intéressant de ne pas négliger les bonnes pratiques des autres domaines qui pourraient être transposées dans celui qui nous intéresse. Par ailleurs, différentes pratiques peuvent être distinguées. La stratégie ne peut être la même dans un projet de numérisation de masse ou pour l'utilisation d'une œuvre ou d'un corpus réduit. Ajoutons qu'en tant que futur cadre des bibliothèques, ce point de vue nous semble également le plus adapté à la mission de service public que représente cette responsabilité ; la conservation doit être conduite dans des conditions de strict respect des ayants droit ; elle repose également sur un souci de diffusion du savoir, en particulier sous sa forme textuelle. Enfin, cette grille de lecture nous semble opératoire dans la mesure où elle place sur un pied d'égalité l'ensemble des acteurs qui sont parties prenantes dans l'utilisation des œuvres orphelines, du législateur au public et des SPRD aux utilisateurs quels qu'ils soient.

A. Promouvoir l'information

Par définition, l'une des principales difficultés des œuvres orphelines réside dans la difficulté à retrouver les ayants droit. Ces difficultés sont de plusieurs ordres. Dans certains cas, et particulièrement pour les bibliothèques, les informations sur la propriété du droit d'auteur de l'œuvre sont insuffisantes, voire indisponibles. Elles peuvent aussi être périmées lorsque ce droit a été transféré. Par ailleurs, les registres de droit d'auteur n'existent pas systématiquement, ou sont inaccessibles au public. L'Université de Belgique a ainsi mené un projet de numérisation de l'œuvre de Pierre Gilbert (1904-1986), historien de l'art de l'Égypte et de l'Orient ancien, écrivain et conservateur de musée. Ce projet s'inscrivait dans le contexte de la numérisation d'un corpus d'œuvres de grands chercheurs belges, comme l'historien Henri Pirenne. Cette œuvre comprenait 83 volumes représentant une variété importante de situations au regard du droit d'auteur. Alors que pour certaines, un contrat d'édition existait encore, même s'il n'incluait pas l'édition numérique, d'autres avaient été éditées à compte d'auteur. D'autres encore étaient réputées orphelines. Pour ces dernières, la recherche a permis d'identifier différents cas de figure ayant conduit à l'orphelinat. Pour certaines de ces œuvres,

⁴⁸ VAN GOMPEL, Stef. *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*. Iris plus 2007/4. En ligne <http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf>

l'éditeur n'existait plus.⁴⁹ Dans certains cas, c'est la collection ou l'éditeur scientifique qui avait disparu. Toutes ces situations illustrent la difficulté du traitement des œuvres orphelines dans le contexte d'une législation de cet ordre. La conjonction de ces difficultés occasionne des recherches extrêmement longues et coûteuses pour les utilisateurs. Des expériences ont montré que la recherche peut prendre de 10-15 minutes à 4-6 mois pour retrouver l'ayant-droit d'une seule œuvre. Le coût de cette recherche est extrêmement élevé (50000\$ pour 343 monographies dont 58% ont été infructueuses; exemple issu de l'*US Orphan Works Report*, janvier 2006). Une étude américaine a montré que pour une œuvre, le coût est en moyenne de 56€. Or cette somme ne prend pas en compte les coûts d'indemnisation des ayants droit, pas plus que celui de la numérisation: le coût total se rapprocherait selon cette même étude de 145€ en moyenne, pour un résultat, rappelons-le, qui peut être infructueux dans une large partie des cas. Le *Million Book study project* a fait appel à une clarification collective des droits, en se fondant essentiellement sur les catalogues des éditeurs. Le coût a pu ainsi être réduit à environ 0,69\$ par titre.⁵⁰ Une solution pour réduire ces coûts et la durée des recherches pourrait consister à favoriser la fourniture au public et le partage d'informations sur la gestion des droits. Or, on a déjà évoqué le fait que la Convention de Berne ne permet pas d'obliger les auteurs à fournir des informations sur leur droit d'auteur, ou sur la manière dont ils souhaitent que leur œuvre soit utilisée.⁵¹ L'article 5.2 de cette convention indique en effet que la protection du droit d'auteur ne peut être subordonnée à une quelconque formalité de la part de l'auteur: elle s'applique donc dès la création, de manière automatique. Certaines mesures peuvent toutefois être prises afin de les encourager à fournir volontairement ces informations. En premier lieu, le développement des licences d'utilisation dites « libres » constitue une base intéressante, notamment la licence *Creative Commons*, et illustre le développement du mouvement *Copyleft* qui met en avant la dimension de diffusion du droit d'auteur face à la protection mise en avant par le *Copyright*. Les auteurs participant à ce mouvement stipulent clairement la manière dont ils souhaitent que leurs œuvres soient utilisées. Sans renoncer à leur droit d'auteur, ils font le choix de ne pas percevoir tout ou partie des bénéfices auxquels elle leur donne droit. *Copyleft* et licences libres constituent des laboratoires intéressants dans la mesure où ils anticipent l'apparition des droits orphelins. Si une œuvre publiée sous licence libre était de droit orphelin, son utilisation serait donc théoriquement possible. Ces cas bien particuliers sont loin de concerner l'ensemble des auteurs. La plupart d'entre eux souhaite en toute légitimité bénéficier des revenus que lui permet la cession de ses droits patrimoniaux. Par ailleurs, les œuvres orphelines sont actuellement essentiellement constituées d'ouvrages du XXe siècle publiés par le biais de contrats n'incluant pas la cession de droits numériques. Pour l'ensemble de ces œuvres, le projet ARROW entend ainsi rassembler un maximum de bases de données émanant aussi bien des SPRD que des éditeurs ou des bibliothèques. Le recoupement entre ces différentes informations devrait permettre à terme d'identifier de manière beaucoup plus simple les droits liés à une œuvre et ses titulaires. Dans l'idéal, cette information pourrait être obtenue de manière quasiment automatique ce qui permettrait de simplifier le protocole de recherche, en particulier dans le cas des projets

⁴⁹ Pour plus de détails sur cette expérimentation et la collaboration entre bibliothèque et éditeur à laquelle elle a donné lieu voir SIMON Agnès, *Mémoire DCB19 sur la numérisation et les œuvres épuisées*. ENSSIB. 2009

⁵⁰ L'ensemble de ces informations, ainsi que d'autres exemples, est rapporté dans *L'Assessment of the orphan works...* d'Anna Vuopala déjà cité.

⁵¹ Voir supra le paragraphe « Contrat d'édition et droit d'auteur au défi du numérique ». Voir aussi sur la question le travail comparatiste d'Isabelle Whittaker sur les questions de formalités préalables à la protection du droit d'auteur en France et aux Etats-Unis: [En ligne] < <http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-question-des-formalites-C3%A9s-pr%C3%A9alables-de-protection-au-regard-de-la-convention-de-berne-et-d> >

de numérisation de masse où ces opérations se révèlent particulièrement lourdes. Nous reviendrons en dernière partie sur ce programme pour rapporter l'expérience à laquelle nous avons eu l'occasion de participer. Si la solution offerte par des incitations à rassembler les informations sur les droits permettra sans doute d'éviter la multiplication des œuvres orphelines à l'avenir, elle est insuffisante pour traiter le problème des œuvres orphelines dans son ensemble, et en particulier pour les œuvres les plus anciennes⁵².

B. La limitation des voies de recours : une stratégie du moindre mal

La gestion actuelle des œuvres orphelines laisse la plus grande latitude aux utilisateurs, mais dans le même temps les expose à une insécurité juridique importante. Celle-ci est liée à la possibilité de voir réapparaître un ayant-droit de l'œuvre utilisée. Pour limiter ce risque au maximum, chaque personne souhaitant utiliser une œuvre orpheline peut effectuer des recherches et les consigner afin, en cas de réapparition d'un ayant-droit et de litige, d'invoquer sa bonne foi auprès des autorités compétentes. Cette bonne foi ne peut normalement être invoquée en cas de contrefaçon. Toutefois, dans certains pays, une solution permettant de limiter la responsabilité des utilisateurs ayant procédé à une recherche des ayants droit avérée et sérieuse est envisagée. Aux Etats-Unis, en 2006, un projet de loi relative aux œuvres orphelines a été présenté à la Chambre des représentants⁵³. Cette proposition de loi se fondait sur un rapport de l'Office du droit d'auteur datant de la même année. Cette solution a été rejetée. Elle représente toutefois une tendance notable du *copyright*, s'inspirant de la notion de *fair/diligent use*. L'utilisateur d'une œuvre doit être en mesure de prouver qu'il a fait tout son possible pour identifier et/ou retrouver les ayants droit de l'œuvre dont il souhaite faire usage. Il se prémunit ainsi d'éventuelles poursuites de la part de ces ayants droit dans le cas où ils se manifesteraient, ainsi que des mesures punitives qui en découleraient. Cette solution représente une alternative à mi-chemin entre les tendances des pays de droit d'auteur se tournant *a priori* davantage vers l'option d'une gestion collective d'une part, et la procédure de *opt out*, telle que Google l'a défendue avant qu'une *class action* lui soit intentée en justice.⁵⁴ Le cas d'une réclamation effectuée par l'ayant-droit d'une œuvre utilisée par le biais de ce dispositif est envisagé par le rapport de l'Office du droit d'auteur. Celui-ci prévoyait l'octroi de la part de l'utilisateur d'une indemnité raisonnable, c'est-à-dire correspondant au montant auquel l'ayant-droit aurait pu prétendre dans le cadre d'un accord préalable à l'utilisation. Le rapport prévoyait également le cas d'une utilisation à but non-commercial. Dans le cas où l'utilisateur retirait de la diffusion l'œuvre dont l'ayant-droit avait reparu, ce dernier ne pouvait prétendre à une compensation financière. Le dernier cas envisagé était celui d'une œuvre orpheline au sein d'une œuvre dérivée. L'utilisateur pouvait poursuivre la diffusion de cette œuvre à condition d'indemniser l'ayant-droit qui s'était manifesté. Cette solution présente l'avantage de couvrir l'ensemble des œuvres orphelines sans distinction, « en n'excluant aucun type d'œuvres (par exemple les œuvres non publiées ou étrangères) de son champ d'application de manière catégorique. En outre, il ne porte atteinte à aucun droit existant, ni à aucune limitation ou exception prévue en matière d'infraction au droit

⁵² Nous renvoyons le lecteur à notre analyse des extractions du catalogue en troisième partie

⁵³ Loi relative aux œuvres orphelines de 2006, H.R. 5439, présentée devant la Chambre des représentants, 109^e Congrès, 2^e session, 22 mai 2006. Cité par Van Gompel, S, *Op. Cit.*

⁵⁴ L'entreprise américaine entendait offrir en ligne les contenus qu'elle avait numérisés en masse dans les bibliothèques américaines sans distinction entre les contenus sous-droits et ceux libres de droit, tout en garantissant aux auteurs la préservation de leur intérêt en leur permettant de retirer sur simple demande les contenus dont ils étaient titulaires.

d'auteur. »⁵⁵ Toutefois, elle implique que les ayants droit ne peuvent exercer les prérogatives que leur confère le droit d'auteur que par le biais d'une action en justice coûteuse et complexe à mettre en œuvre. Dès lors, certains de ces ayants droit mettent en avant le risque que représente cette solution dans la mesure où elle pourrait encourager une utilisation massive des œuvres par des acteurs ne poussant pas suffisamment leurs recherches.

C. Régime d'exception au Droit d'auteur

Comme le fait remarquer Paul Klimpel, directeur administratif du *Museum für Film und Fernsehen* de Berlin dans une allocution prononcée au 64^e congrès de la Fédération Internationale des Archives du Film (FIAF)⁵⁶ les archives et autres bibliothèques, par leur vocation de conservation, ont permis d'éviter la perte de certains documents, qui par la suite se retrouvent de droit orphelin. Sans cette conservation soigneuse, les œuvres orphelines ne seraient simplement plus. L'octroi à ces organismes d'une autorisation de numériser et diffuser le patrimoine qu'ils ont contribué à préserver constituerait une juste contrepartie. A cet égard, l'exception de la loi DADVSI permettant à ce type de structures de procéder à la reproduction d'œuvres sous droit à des fins de conservation ne répond que partiellement à cette attente. Bernard Lang développe un raisonnement similaire dans son rapport et affirme : « Si tant est que la loi doive être modifiée en ce qui concerne les œuvres orphelines pour permettre numérisation et indexation, le plus simple ne serait-il pas de tout simplement l'autoriser, pour tous, dès lors que l'œuvre est reconnue orpheline. Il ne semble pas que cela pose problème, même au regard du triple test. »⁵⁷ Là encore, l'interprétation du test en trois étapes est polémique. Si l'on en isole le premier axiome « certains cas spéciaux », on peut d'emblée faire remarquer que le cas des œuvres orphelines, s'il est certes spécifique, n'en reste pas moins courant. Dès lors, est-il envisageable de considérer un cas si répandu comme « cas spécial » supposant une certaine rareté ? La deuxième condition du test est que l'exception ne doit pas entraver « l'exploitation normale de l'œuvre ». Cette condition semble respectée dans la mesure où l'intérêt de l'auteur réside dans la diffusion maximale de son œuvre. En revanche, si l'on considère que la normalité de cette exploitation tient à son intégration au circuit commercial traditionnel, la proposition analysée ne passe pas la seconde étape. Enfin, l'exception proposée ne doit pas causer « un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Là encore, tout est question d'interprétation de ces intérêts légitimes, et l'on peut déduire de la seconde proposition les conséquences qui en découlent. Si l'exploitation normale de l'œuvre consiste en sa diffusion maximale, alors l'intérêt légitime de l'auteur réside dans le bénéfice de notoriété qu'il en retirera. A l'inverse, si cette exploitation normale est entendue au sens de commerciale, cet intérêt réside dans la contrepartie financière qu'il percevra de la diffusion de son œuvre.

L'ambiguïté de cette solution tient essentiellement à la position des instances européennes et nationales face à la possibilité d'une exception supplémentaire au droit d'auteur. Au Royaume-Uni, en 2006, le *British Screen Advisory Council* (BSAC) a examiné les solutions envisageables en vue de l'utilisation des œuvres orphelines. Il préconise une nouvelle exception permettant leur utilisation par un tiers qui n'aurait pas réussi à identifier ou trouver son auteur après une « recherche raisonnable », tout en introduisant la possibilité pour ce dernier ou ses ayants droits qui viendraient à se faire

⁵⁵ Van Gompel, S., *Op. Cit.*

⁵⁶ KLIMPEL Paul. *Les œuvres orphelines : quelques réflexions au sujet des œuvres orphelines et de leurs familles d'accueil*. 64^e Congrès de la Fédération internationale des archives du film. Paris. 04.2008. En ligne : URL < http://www.cnc-aff.fr/internet_cnc/Internet/ARemplir/Docs/Klimpel_fr.pdf>

⁵⁷ *Op. Cit.*, p40

connaître de se faire rémunérer. Contrairement à la solution précédente, l'exception sur les droits orphelins permettrait à un ayant-droit se manifestant auprès d'un utilisateur de demander une indemnité raisonnable sans passer par une action en justice. Néanmoins, l'examen de cette exception montre qu'aucun mécanisme n'est prévu pour prouver la bonne foi d'un utilisateur. Le *Gowers Review*, publié le 6 décembre 2006 reprend cette idée de créer une nouvelle exception pour permettre l'utilisation de ces œuvres⁵⁸. Cependant, il reconnaît qu'une telle solution est incompatible avec la liste limitative des exceptions autorisées et prévues dans la Directive européenne 2001/29/CE et le Conseil du 22 mai 2001, relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, qu'il faudrait alors amender⁵⁹. La tentation d'une exception supplémentaire au droit d'auteur a globalement été écartée des débats dans la mesure où d'une part les exceptions prévues par la Directive européenne de 2001 sont jugées suffisantes, et d'autre part le risque de multiplication de ces exceptions fragilise par définition le droit d'auteur en rendant la protection qu'il octroie toujours moins exclusive.

Pourtant, le 16 juillet 2008, la Commission européenne a adopté un « Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » qui envisage d'introduire une nouvelle exception au droit d'auteur et au copyright qui couvrirait le problème des œuvres orphelines, au profit des bibliothèques dans un but de diffusion des connaissances, de préservation, et de mise à disposition des œuvres. Une telle exception, dans la mesure où elle ne toucherait que les établissements qui numérisent à des fins non-commerciales, pourrait en effet passer pour un aménagement de l'exception actuelle autorisant la reproduction à des fins de conservation. Toutefois, certains des acteurs concernés par l'utilisation des œuvres orphelines voient dans cette option la perspective d'une concurrence déloyale, et dénoncent le risque d'une surexploitation de ces œuvres qui se ferait au détriment des œuvres contemporaines. Deux restrictions permettent néanmoins de répondre à cette crainte. D'abord, le phénomène des œuvres orphelines touche principalement, on l'a vu, les œuvres sorties du circuit commercial et par conséquent dont la valeur marchande est faible. A ce premier argument, on pourrait à nouveau répliquer qu'il constitue un risque d'abaissement de la qualité de l'offre dans la mesure où les œuvres les moins cotées seraient rendues accessibles librement alors que les œuvres reconnues ne le seraient pas. On touche ici à l'impossible séparation entre une production de qualité et à une production de qualité moindre. Rester sur le premier argument revient à considérer que le succès d'une œuvre n'est en rien lié à sa qualité. Le second soutient à l'inverse que la reconnaissance par le public d'une œuvre est un gage de sa qualité. Il y a donc une ambiguïté dans la position européenne face à la possibilité d'une exception supplémentaire. Les pays de copyright pourraient, semble-t-il, s'orienter vers une solution *a minima* de ce type. Ce n'est généralement pas le cas des pays de droit d'auteur.

D. Autorisation d'utilisation d'une œuvre orpheline

Certains pays s'orientent, ou ont déjà opté pour la solution des licences non-exclusives. C'est notamment le cas au Québec, ou en Hongrie, où un utilisateur a la possibilité de déposer auprès d'une instance administrative compétente une demande d'autorisation afin d'utiliser une œuvre précise, lorsque l'identité ou les coordonnées de l'ayant-droit n'ont pu être établies à l'issue d'une recherche raisonnable. Cette solution permet

⁵⁸ Pour un point complet sur la question, voir l'article de Van Gompel, S. *Op.Cit.*

⁵⁹ Cité par DORSTTER, Laura. *Les solutions envisagées en France et en Grande Bretagne pour répondre à l'insécurité juridique liée aux œuvres orphelines*. 21.04.2009. [en ligne] URL <<http://m2bde.u-paris10.fr/content/les-solutions-envisag%C3%A9es-en-france-et-en-grande-bretagne-pour-r%C3%A9pondre-%C3%A0-lins%C3%A9curit%C3%A9-juridique>>

d'assurer une sécurité juridique à l'utilisateur, tout en préservant les intérêts des ayants droit. La commission canadienne est ainsi habilitée à délivrer une autorisation d'utilisation, touchant une ou plusieurs œuvres définies, à l'utilisateur qui a apporté la preuve qu'en dépit de ses efforts, il n'a pu retrouver l'ayant-droit de l'œuvre. Cette autorisation n'est pas exclusive mais ne s'applique qu'au territoire canadien pour une période déterminée. Par ailleurs, cette autorisation peut porter sur une œuvre canadienne ou étrangère. Pour respecter le droit moral de l'auteur, il n'est toutefois pas possible d'obtenir une autorisation pour une œuvre non-publiée ou dont le régime de publication ne peut être déterminé. L'autorisation prévoit le versement de droits d'auteurs équivalents à ceux prévus dans le cadre d'une utilisation normale de l'œuvre. Les sommes versées peuvent être placées en dépôt sur un compte bloquées ou à la Société de gestion compétente. L'ayant droit qui se manifeste peut réclamer cette rémunération ou, si elle n'a pas été effectuée par l'utilisateur, engager une action en justice pour les recouvrer.⁶⁰

La Hongrie prévoit également la délivrance d'une autorisation d'utilisation des œuvres par une autorité publique. L'Act CXII de 2008, entré en vigueur le 1^{er} février 2009 a introduit dans le *Copyright Act* de nouveaux mécanismes de régulation concernant les œuvres orphelines. Cet amendement prévoit notamment que l'Office hongrois des brevets prenne en charge l'administration des œuvres orphelines, selon une procédure détaillée dans le décret N°100/2009 (V. 8.) Korm, entré en vigueur en mai 2009⁶¹. La régulation s'opère sur les œuvres dont un utilisateur souhaitant les utiliser n'a pu déterminer l'auteur malgré des recherches poussées et adaptées au type d'œuvre. Les recherches menées doivent suivre un certain protocole et l'utilisateur doit justifier d'avoir conduit ses recherches dans les registres volontaires de l'Office des brevets, dans différentes bases de données – SPRD, bases pertinentes sur internet, registres permettant de déterminer l'adresse ou le contact des ayants droit, bases de données des bibliothèques et archives publiques – ainsi qu'auprès des différents organismes de publication et de dissémination des contenus. Le cas échéant, cette recherche peut également prendre la forme d'annonces dans les publications officielles. La liste des œuvres identifiées comme orphelines et pour lesquelles une licence d'utilisation a été délivrée doit être tenue à disposition du public par l'Office des brevets. Les licences délivrées par cet Office sont, comme au Canada, de nature non-exclusive et ont une validité de 5ans. Le dispositif hongrois distingue les utilisations commerciales et non-commerciales. Dans le premier cas, une rémunération est perçue dès le début puis administrée par l'Office en charge, tandis que dans le second, la rémunération n'est versée par l'utilisateur que lorsque et dans le cas où l'ayant-droit se manifeste. Ce dernier peut réclamer cette rémunération pendant toute la durée de la licence, faute de quoi elle est reversée à la société de gestion collective pertinente ou, lorsqu'il n'en existe pas, au Fonds National pour la Culture. Cette solution concerne une grande partie des œuvres orphelines. Pour certaines toutefois, la gestion se fait de manière collective par les SPRD lorsque celles-ci possèdent le droit de délivrer directement des licences.

Des systèmes similaires se trouvent également au Japon, en Corée du Sud ou encore en Inde et, pour le domaine précis de la reproduction d'une interprétation ou d'une exécution enregistrée, au Royaume-Uni. Leur application et leur portée sont variables, c'est pourquoi ils n'apportent pas tous une solution opératoire pour le traitement des œuvres orphelines.

La délivrance par une autorité administrative compétente d'une autorisation d'utilisation présente l'inconvénient d'une procédure longue pour l'utilisateur. Le délai annoncé par

⁶⁰ Pour un descriptif plus détaillé de ce mécanisme, on se reportera à l'ouvrage de MAUREL, Lionel. *Bibliothèques numériques: le défi du droit d'auteur*. Presses de l'ENSSIB. 2008. 356p. Villeurbanne

⁶¹ ARROW. *Report on legal framework Ed.2*. 01.08.2010. [En ligne]

<http://www.arrow-net.eu/sites/default/files/D3.5_report_on_legal_framework_Ed2.pdf>

la Commission canadienne est ainsi de 30 à 45 jours. Il permet néanmoins de garantir à l'utilisateur la sécurité juridique qu'il réclame. Par ailleurs, les intérêts des ayants droit sont également garantis par l'autorité administrative compétente qui peut juger de la bonne foi de l'utilisateur sur la base des recherches qu'il a consignées. Cette décision étant prise au cas par cas, elle constitue une exception au droit exclusif des titulaires. De plus, l'autorisation est limitée dans la mesure où elle ne concerne qu'un utilisateur et une utilisation. Les ayants droit peuvent, lorsqu'ils se manifestent percevoir la rémunération à laquelle ils pourraient prétendre dans le cas d'une utilisation normale. La combinaison de ce système avec celui de licences délivrées par les sociétés de gestion de droit en Hongrie apparaît encore plus complète, puisque, lorsque ces sociétés sont suffisamment représentatives, leur habilitation à délivrer des autorisations gomme les inconvénients évoqués dans le cas d'une autorisation délivrée par une autorité administrative.

E. Organisme privé garant

Certains pays ont adopté une autre stratégie de traitement des œuvres orphelines, qui consiste à confier à un organisme privé de représentation d'ayants droit un rôle de garant pour les utilisateurs. Cette conception repose sur un contrat moral entre ayants droit et utilisateurs par le biais de ces organismes représentatifs. Ainsi, aux Pays-Bas, l'utilisateur d'une œuvre photographique peut s'adresser à *Foto Anoniem*, l'une des branches de l'association néerlandaise de photographes professionnels *BURAF0*⁶², « de l'aider à retrouver le titulaire du droit d'auteur d'une œuvre photographique. *Foto Anoniem* dispose à cette fin d'un immense annuaire de photographes. Elle parvient d'ailleurs, la plupart du temps, à retrouver le nom et les coordonnées du photographe, ainsi qu'à mettre l'utilisateur en contact avec ce dernier. En cas d'échec cependant, *Foto Anoniem* accordera à l'utilisateur une protection juridique sous la forme d'une garantie. La fondation s'engage au travers d'une clause de garantie à protéger l'utilisateur contre l'engagement de sa responsabilité pour infraction au droit d'auteur. Afin de bénéficier de cette garantie, l'utilisateur est tenu de verser un dédommagement équitable, qui équivaut en général au droit dont il s'acquitte pour la publication d'une photo. Cette provision est conservée pour être reversée aux ayants droit s'ils sont retrouvés. Une formule similaire est appliquée en Belgique par la *SOFAM* (la société belge de gestion collective des arts plastiques). »⁶³ Il convient de préciser que la protection garantie par ces organismes s'applique à la responsabilité financière au civil de l'utilisateur. Cette solution est donc assez fortement limitée par le simple fait que l'ayant-droit, en dépit de la protection dont bénéficie l'utilisateur, ne perd pas sa capacité à faire valoir ses droits exclusifs. Non seulement, l'utilisation de l'œuvre peut être interdite, mais la responsabilité pénale de l'utilisateur peut être engagée.

F. Systèmes de gestion collective

a. Licences collectives étendues

Plusieurs pays scandinaves ont adopté un mécanisme dit de « licence collective étendue » (LCE). Cette situation de gestion collective obligatoire concerne notamment le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et l'Islande. Ce système est caractérisé

⁶² Sites accessibles en néerlandais uniquement : <<http://www.buraf0.nl/Buraf0.274.0.html>> et <<http://www.fotoanoniem.nl>>

⁶³ Van Gompel, Stef. *Op. cit.*

par plusieurs éléments. D'abord, les sociétés de gestion collective doivent, pour participer à ce système, être représentatives d'au moins une catégorie d'ayants droit et être agréées par une autorité gouvernementale – excepté dans le cas de la Suède. Ensuite, les ayants droit appartenant à cette catégorie peuvent volontairement confier la gestion de ses droits à ces sociétés. Enfin, pour garantir leur représentativité et couvrir tous les cas, l'ensemble des ayants droit non représentés par cette société mais pouvant y prétendre sont automatiquement inclus dans le régime juridique qu'elle offre. S'ils ne souhaitent pas en faire partie, ces ayants droit non représentés peuvent néanmoins se retirer du système – procédure d'*opt out*. Le système de LCE permet à l'utilisateur souhaitant faire usage d'une œuvre de solliciter auprès de la société de gestion collective correspondant à la catégorie de l'œuvre une licence. Les effets de cette dernière sont étendus à toutes les œuvres de la catégorie concernée. Ce système est donc très adapté à une utilisation ou une réutilisation massive des œuvres et permet une réduction du coût d'utilisation considérable. Ainsi du projet *Bokhylla.no* (« rayonnage ») de la Bibliothèque nationale de Norvège, qui a grâce au système de licence collective a fait l'économie des recherches d'ayants droit : la numérisation d'un ensemble de 50000 ouvrages sous-droits, datant des années 1890 aux années 2000 s'est faite en contrepartie du paiement d'une redevance d'environ 13€ par livre à la société de gestion collective *Kopinor*⁶⁴, qui de son côté s'est engagée à indemniser les ayants droit se manifestant. Le cas échéant, si son action faisait directement l'objet d'une réclamation de la part d'ayants droit, *Kopinor* s'est également engagée à indemniser la bibliothèque elle-même. Les restrictions à ce programme sont de deux ordres: l'accès est limité aux adresses IP norvégiennes, et les fichiers ne peuvent être téléchargés ou imprimés jusqu'à ce que les ouvrages tombent dans le domaine public. Par ailleurs, ce type d'accord ne peut concerner tous les types d'ouvrages, dans la mesure où certaines catégories d'ayants droit ne sont pas représentées par une société de gestion des droits : c'est le cas notamment de la littérature grise.⁶⁵ De même, le système Danois de LCE prévu à la section 16, b) du *Copyright Act* a été amendé en 2008, permettant à la SPRD *Copydan writing*⁶⁶ de délivrer des licences couvrant l'ensemble des ayants droit, y compris ceux dont on a perdu trace ou qu'on ne peut identifier. Cet amendement permet donc un traitement des œuvres orphelines, dans la perspective des projets de numérisation de masse de la Bibliothèque royale du Danemark.

b. Gestion collective obligatoire ou négociée

Une solution assez proche est celle où la gestion collective des droits est imposée par le biais de la loi ou par la désignation d'un organisme compétent pour cette gestion. C'est notamment le cas de la Roumanie, où l'Office du droit d'auteur (ORDA⁶⁷) a soumis au Ministère de la Culture l'amendement n°8/1996 rendant obligatoire la gestion collective des œuvres orphelines. Cet amendement a été adopté. Il permet de libérer les droits orphelins sur des œuvres pour les numériser lorsque le projet émane des bibliothèques, des archives ou des musées. Les recherches avérées et sérieuses peuvent être menées par l'utilisateur ou par la société de gestion collective concernée. ORDA tente actuellement

⁶⁴ Cette Société de gestion de droit fondée en 1980 fédère elle-même différents organismes de représentation de droits : on peut pour davantage de précisions se rapporter à la présentation du site internet. <www.kopinor.no>

⁶⁵ Pour davantage de détails sur cette expérience, voir VUOPALA, Anna. *Op. Cit.* p37

⁶⁶ Voir la présentation de cette SPRD sur son site internet : <<http://www.copydan.dk/UK/Writing/Legal%20facts.aspx>>

⁶⁷ [En ligne] <<http://www.orda.ro/default.aspx?pagina=1>>

d'établir un registre complet des œuvres concernées à partir des informations qui lui ont été communiquées par les sociétés de gestion collective.⁶⁸

Le modèle Allemand est fondé sur une collaboration entre, le *Börsenverein* (syndicat des éditeurs et des libraires), la Bibliothèque nationale (*Deutsche Nationalbibliothek* – DNB) et VG Wort qui regroupe les sociétés de gestion de droits. Il porte sur la numérisation d'œuvres épuisées jusqu'à l'année 1965. Le 22 mai 2010, une assemblée générale a confié à VG Wort un mandat l'habilitant à délivrer des licences d'utilisation pour une numérisation à des fins non commerciales. La société de gestion des droits percevra et redistribuera les rémunérations perçues en échange des licences. Cet accord prévoit que la DNB fournisse au *Börsenverein* un rapport statistique annuel qui permettra le cas échéant aux éditeurs de rééditer les œuvres les plus consultées. Un projet concernant les œuvres orphelines est actuellement en discussion qui devrait permettre à VG Wort d'endosser la responsabilité juridique de la numérisation y compris dans le cas où certains droits sont orphelins, la DNB versant alors à la SPRD habilitée une rémunération afin d'indemniser l'ayant-droit qui se manifesterait⁶⁹.

De même aux Pays-Bas, le dialogue entre bibliothèques et ayants droit a permis de faire émerger des solutions de gestion collective négociée s'apparentant à un partenariat public-privé. Cette stratégie est particulièrement intéressante dans la mesure où elle concerne directement les bibliothèques. La *FOBID*, organisation représentative des bibliothèques fondée en 1974⁷⁰ et *VOI©E*, pour les ayants droit, ont conclu sous l'égide du *Digit©E Committee*⁷¹ un accord en 2008 pour faciliter l'utilisation des œuvres orphelines. Cet accord permet aux bibliothèques hollandaises – ainsi qu'aux archives et aux musées – de faire part de leurs projets de numérisation à un Centre d'enregistrement mis en place par les associations d'ayants droit. Ce centre examine les projets selon un certain nombre de critères définis, avant de délivrer, le cas échéant, une autorisation d'utilisation au nom des ayants droit selon douze critères de sélections.⁷² Le seul projet pour l'instant proposé au centre et validé concerne la numérisation de journaux publiés avant 1985.

L'intérêt des systèmes de licences collectives étendues et de gestion collective est la sécurité juridique qu'ils permettent d'accorder aux utilisateurs des œuvres, y compris orphelines. On a par ailleurs évoqué les économies que ces solutions permettent de réaliser quant à la recherche des ayants droit, en particulier dans le cas des LCE. Ce coût est néanmoins compensé, une fois l'accord entre l'utilisateur et la société de gestion collective passé, par le prix d'utilisation forfaitaire qui n'est pas négligeable. De même, du point de vue des ayants droit, ce système permet une relative préservation des intérêts liés à l'exercice du droit d'auteur, y compris pour les auteurs non représentés, à

⁶⁸ Cette action est décrite plus précisément dans le rapport européen 2010 sur la Roumanie à propos des recommandations européennes sur la numérisation et l'accessibilité en ligne des contenus à caractère culturel, et la conservation numérique. En ligne : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/recommendation/reports_2010/romania.pdf>

⁶⁹ Voir sur la question le mémoire d'Agnès Simon sur les œuvres épuisées ainsi que la deuxième édition du *Report on legal framework* publié par ARROW dans le cadre du programme *eContentplus*. P17-18 En ligne <http://www.arrow-net.eu/sites/default/files/D3.5_report_on_legal_framework_Ed2.pdf>

⁷⁰ Voir la présentation sur le site internet : <<http://sitegenerator.bibliotheek.nl/fobid/overig36/overig36.asp>>

⁷¹ Voir à ce sujet la déclaration du *Digit©E Committee*

<<http://www.sitegenerator.bibliotheek.nl/fobid/img/docs/Declaration%20digitice%20committee.pdf>>

⁷² (1) le projet doit concerner une bibliothèque, un musée ou un service d'archives et ne pas avoir d'objectif directement ou indirectement commercial. (2) Le projet doit concerner les seules œuvres provenant des collections de l'institution. (3) Ces œuvres à numériser doivent faire partie de l'héritage culturel des Pays-Bas. (4) Elles ont été acquises par voie légale. (5) Elles sont réputées épuisées. (6) Les droits concernés sont gérés par des SPRD représentatives. (7) Il est difficile pour les institutions de contacter les ayants-droits. (8) La diffusion peut se faire à des fins d'études, de recherche ou d'enseignement sur le site de l'institution à travers un réseau fermé, tant qu'un autre arrangement ne se substitue par à la représentation de *VOI©E*. (9) En cas d'œuvre visuelle, la reproduction ne doit pas porter préjudice au droit moral du titulaire. (10) Sur le site de l'institution comme sur les sites associés, la possibilité de se manifester doit être offerte aux ayants-droits. (11) L'autorisation est délivrée par le Centre d'enregistrement en fonction des informations fournies par l'institution. (12) L'institution doit donner au centre l'ensemble des informations dont elle dispose concernant les auteurs et titulaires de droits.

condition que la procédure d'*opt out* soit simple et à effet immédiat. Par ailleurs, ce système ne peut constituer un traitement valable que dans la mesure où les SPRD agréées sont représentatives des catégories d'ayants droit les plus concernées par les droits orphelins. Or, il semble que ce n'est pas toujours le cas dans certains pays d'Europe, et notamment en France, où plusieurs SPRD se partagent les intérêts d'ayants droit pour un même domaine : c'est le cas par exemple des œuvres textuelles, dont les ayants droit peuvent être couverts aussi bien par la SACD, la SCAM, la SACEM et l'ADAGP. Le régime de Licences Collectives Etendues est donc avantageux mais pas forcément adapté à l'ensemble des pays. De même, pour ce qui est du système de gestion collective, il suppose le regroupement au sein d'une même société des différentes SPRD, de manière à assurer une bonne représentativité des catégories d'ayants droit concernées.

Les différentes stratégies évoquées présentent différentes solutions alternatives au traitement des œuvres orphelines. Alors que certaines font appel à un aménagement législatif, d'autres fonctionnent sur un modèle de coopération contractuelle entre des sociétés de gestion de droits et les utilisateurs. Ces options se tournent tour à tour vers les ayants droit et vers les utilisateurs. Or, les différents rapports du HLEG montrent qu'une solution à l'échelle nationale ou européenne se doit avant tout de garantir un équilibre entre les intérêts légitimes de chacun. Du côté des ayants droit, le respect des droits exclusifs doit être garanti, ce qui suppose un système souple dont ils peuvent se retirer, et une rémunération proportionnelle à l'usage qui est fait de leur œuvre et à celle qu'ils auraient pu percevoir dans le cadre d'une utilisation normale de l'œuvre. De leur côté, les utilisateurs doivent se voir garantir une sécurité juridique leur permettant l'usage de l'œuvre pour laquelle ils auront effectué des recherches souvent coûteuses et longues. Un équilibre entre ces différents enjeux permettrait une couverture de l'ensemble des cas d'œuvres orphelines. A cet égard, les stratégies législatives telles qu'elles existent en Hongrie ou au Québec permettent à la fois de préserver les intérêts des ayants droit, et d'offrir une protection satisfaisante aux utilisateurs. Elles permettent en outre de libérer l'ensemble des droits susceptibles de devenir orphelins. Par ailleurs, ces solutions pourraient se combiner à d'autres plus adaptées à certains usages spécifiques comme les programmes de numérisation de bibliothèques. Dans ce cas, les systèmes contractuels semblent préférables, comme c'est le cas aux Pays-Bas notamment. Le sous-groupe sur le droit d'auteur du HLEG préconise notamment dans ce cadre l'adoption de clauses permettant une extension de la représentation des SPRD aux ayants droit non-représentés ou la limitation des voies de recours comme dans la solution proposée aux Etats-Unis. Enfin, rappelons que l'interopérabilité des solutions, à quelque niveau que ce soit, est une condition *sine qua non* à leur adoption.

3. LA SITUATION FRANÇAISE ET SES PERSPECTIVES D'EVOLUTION

A. Solutions et stratégies en France

En France, la loi actuelle sur le droit d'auteur incite les utilisateurs à des négociations individuelles, qui ne peuvent avoir lieu que dans le cas où les ayants droit peuvent être identifiés. Certaines mesures concernent indirectement la gestion des œuvres orphelines. C'est le cas de l'article L122-9 du CPI, et de son équivalent pour les droits voisins, L211-2 qui prévoient un système de recours au juge en cas d'abus notoire de non-usage des droits d'exploitation, lorsque les ayants droits ne sont pas connus, ou en cas de

« vacance ou de déshérence », soit lorsque l'auteur n'a pas d'héritiers naturels et que la succession revient à l'Etat. Le juge saisi notamment par le ministre chargé de la culture, peut alors prendre toute mesure qu'il considère appropriée pour débloquer la situation de façon ponctuelle. Bernard Lang, sur une page internet où il a rassemblé un grand nombre de références relatives aux œuvres orphelines et épuisées, en donne un exemple⁷³. Cette « requête à fin de désignation de justice » date de 1984. Elle est adressée au président du tribunal de grande instance (TGI) par le Ministre de la Culture au nom du Centre National de la Cinématographie (CNC), en vue de la désignation de la SACD comme mandataire pour gérer et de conclure les conventions de cession de droits des auteurs de films dont la liste est donnée, et dont les ayants droit étaient alors inconnus. En réponse à cette demande, une ordonnance du TGI autorise le CNC et la SACD à conclure les conventions de cession de droits nécessaires à l'exploitation des films⁷⁴. Cette solution pourrait à la limite être considérée comme suffisante pour l'utilisation exceptionnelle d'une œuvre orpheline : jusqu'à la prise de conscience de l'enjeu, à la fois politique et économique, représenté par les œuvres orphelines avec l'annonce de Google, une personne souhaitant exploiter une œuvre dont les ayants droit étaient inconnus ou introuvables avait donc le choix entre renoncer à son projet, le mener à son terme avec le risque juridique qu'implique une contrefaçon, ou en demander l'autorisation au TGI. On mesure toutefois combien une telle solution est limitée et ne semble pas adaptée à la proportion estimée des œuvres orphelines. Dans le cas des numérisations massives envisagées, le recours systématique au juge provoquerait un engorgement des tribunaux, et ne permettrait de toute façon pas un traitement rapide et satisfaisant des corpus concernés.

Plusieurs expériences ont permis de mettre en lumière la difficulté de l'identification ou de la localisation des ayants droit. Dans le même temps, elles ont fait avancer la réflexion commune entre établissements publics et éditeurs. C'est d'abord le cas de Persée, portail de revues en sciences humaines et sociales⁷⁵. Ce projet répond à un triple objectif : valoriser les publications françaises, favoriser un accès libre aux résultats de la recherche, et mettre à la disposition de la communauté scientifique un outil de recherche et de consultation. Le principe de barrière mobile permet à l'éditeur de fixer une période de trois à cinq ans, pendant laquelle les numéros de revue ne sont pas diffusés sur l'internet. Il peut ainsi poursuivre la commercialisation de sa production sous forme papier ou électronique. Le droit des auteurs est respecté puisqu'en l'absence de contrat ou de clause de cession des droits numériques, les revues partenaires recherchent les auteurs ou leurs ayants droit afin d'obtenir une autorisation de numérisation et de diffusion de leurs œuvres. Certaines mesures ont toutefois été prises : en l'absence de réponse au courrier envoyé aux auteurs ou à leurs ayants droit, passé un délai de trois ans, l'article est publié. L'ayant droit conserve néanmoins la possibilité de faire retirer son article dès lors qu'il en fait la demande. Cette clause ne concerne pas les reproductions, notamment des illustrations : leur diffusion ne se fait que dans le cas où un accord peut être obtenu. Ce projet répond également à une demande de la communauté scientifique qui souhaite bénéficier à la fois d'une meilleure visibilité et d'un meilleur accès à sa production. On peut donc supposer que ces auteurs sont *a priori* favorables à la diffusion de leur œuvre en ligne. Au 3 novembre 2011, les statistiques d'archivage indiquent 41 collections, soit 4207 fascicules numérisés.

⁷³ L'adresse URL de cette page synthétique : <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/>>

⁷⁴ La demande du Ministre de la Culture et l'ordonnance sont reproduites en ligne et consultables à l'adresse suivante : <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CNC-requete-12janv84-L122-9.pdf>>

⁷⁵ Une présentation est disponible sur la page du site : <<http://www.persee.fr/web/support/apropos>>

Le projet mené par l'Institut National de l'Audiovisuel (INA)⁷⁶ avec son Inathèque est un autre exemple. L'institut a passé un accord avec cinq sociétés de perception et de répartition des droits : la SACEM, la SACD, la SCAM, la SDRM et la SESAM. Aux termes de cet accord⁷⁷, il est autorisé à utiliser les œuvres du catalogue audiovisuel et sonore de ces sociétés de gestion collective, dans la mesure elles figurent dans ses archives. Cet accord couvre tout type d'exploitation. Il est toutefois limité aux ayants droit représentés par ces sociétés co-contractantes. Il revient donc à l'INA, quelle que soit l'œuvre qu'elle souhaite utiliser pour la numériser et la mettre en ligne dans son Inathèque, d'identifier ses ayants droit pour vérifier qu'ils sont bien représentés par l'une des SPRD. Lorsque ce n'est pas le cas, elle doit alors les localiser pour demander l'autorisation d'utiliser ces œuvres. Comme le fait remarquer Stef Van Gompel⁷⁸, « l'existence d'un système volontaire de gestion collective des droits [...], n'offrirait [...] pas de réponse complète au problème des œuvres orphelines, dans la mesure où l'ayant droit est libre d'autoriser ou non une société de gestion collective à le représenter et à exercer ses droits. » Ce dispositif trouve donc une version plus aboutie dans le système de gestion collective tel que nous l'avons décrit *supra*, mis en place par plusieurs pays scandinaves. Néanmoins, il représente un exemple de solution contractuelle mise en place par les acteurs de la numérisation.

B. L'offre de la BnF : de la numérisation du domaine public à la diffusion de contenus sous droits

La BnF s'est très tôt dotée d'un outil de diffusion des contenus qu'elle numérisait. La genèse du projet Gallica est contemporaine du projet de création de « l'une des plus grandes, voire la plus grande et la plus moderne bibliothèque du monde »⁷⁹. Dès 1997, un premier portail est en ligne sur l'internet⁸⁰. Il ne cessera de s'enrichir avec les collections du domaine public. A l'annonce en 2005 de l'initiative de Google Recherche de Livres, Jean-Noël Jeanneney, alors président de la BnF, réplique par la publication de *Quand Google défie l'Europe*, plaidoyer pour une réaction française et européenne. La BnF s'engage alors dans un développement plus poussé de l'offre Gallica qui passe par la mise en ligne de textes océrisés⁸¹ et la mise en place, en 2007, d'un nouveau marché de numérisation de masse de 100000 ouvrages par an pendant trois ans⁸². Ce marché coïncide avec un nouveau mode de sélection : celle-ci ne se fait plus livre par livre mais par tranches de cotes, la BnF ayant classé dans ses magasins les documents non pas par ordre d'arrivée mais selon la cotation Clément⁸³ jusqu'en 1996. Par ailleurs, une nouvelle version de Gallica est mise en ligne, Gallica2, qui propose une interface plus personnalisée.

⁷⁶ Voir le *Contrat d'objectifs et de moyens entre l'Etat et l'INA 2010-2014*. <<http://www.ina-entreprise.com/sites/ina/medias/script/presse/579.pdf>>

⁷⁷ On peut consulter cet accord à la page suivante: <<http://www.scam.fr/Portals/0/Contenus/documents/communiques/2005/cp03-10-05-accordINA-SPRD.pdf>>

⁷⁸ Van Gompel, Stef. *Op. cit* p4

⁷⁹ François Mitterrand, allocution télévisée du 14 juillet 1988.

⁸⁰ On retrouve en ligne sur le site *Internet Archive* les versions successives de Gallica : la version archivée la plus ancienne date de 1998 : <<http://web.archive.org/web/19980213022257/http://gallica.bnf.fr/>>

⁸¹ De OCR, *Optical Character Recognition*. La reconnaissance optique de caractères permet des recherches en plein texte, et constitue donc un net progrès dans la maniabilité et les utilisations possibles de Gallica.

⁸² Le marché est passé avec la société Safig. Il s'est achevé en septembre 2010 pour être remplacé par un nouveau marché de numérisation débutant en janvier 2011.

⁸³ Nous reviendrons plus en détail sur ces éléments dans la troisième partie de notre étude.

Dans son *Schéma numérique des bibliothèques*⁸⁴, Bruno Racine, président de la BnF, soutient l'idée de développement de partenariats avec les éditeurs pour la diffusion d'œuvres sous-droit. C'est entre autres l'objet de la recommandation 9 : « Développer l'offre légale de livres numériques, dans le cadre d'un plan de développement du livre numérique en bibliothèque conçu en partenariat avec les éditeurs, et rendre plus visibles ces ressources. » Cette recommandation formalise une coopération entre le SNE et la BnF, qui a déjà permis d'intégrer des contenus sous droit dans Gallica2. Les ouvrages sont présentés sur l'interface. Un lien vers l'éditeur permet de feuilleter le livre et de l'acheter. Ainsi la recherche du patronyme François Bon dans le moteur de recherche de Gallica2 donne une liste de résultats où apparaissent notamment les derniers ouvrages de cet auteur. Lorsqu'il clique sur le premier résultat *Rock n'roll*, le lecteur est renvoyé à une page de Gallica qui décrit le contenu de l'ouvrage en question. Une fenêtre lui propose de le rediriger vers le portail Numilog où il pourra consulter l'ouvrage et l'acquérir s'il le souhaite. Pour les œuvres sous droit, Gallica fonctionne donc comme un portail de recherche. La recherche en plein texte est également possible pour ces œuvres. Le volet juridique de cette collaboration a nécessité la signature de plusieurs types de contrats : entre auteurs et éditeurs, pour la cession des droits d'exploitation numérique ; entre éditeurs et e-distributeurs, pour déterminer les modalités d'accès aux documents ainsi que les prix fixés ; et entre e-distributeurs et la BnF, ce qui a permis à cette dernière d'importer vers Gallica les métadonnées descriptives, la notice et des extraits des documents⁸⁵. Enfin, le Centre National du Livre (CNL) a mis en place des dispositifs de subventions afin d'encourager les éditeurs à participer à cette expérimentation⁸⁶. Par ailleurs, certaines collections particulières ont été mises en ligne, qui contiennent également des documents sous-droits. C'est le cas du partenariat avec le portail Cairn ainsi que du fonds Gilles Deleuze⁸⁷. Dans ce dernier cas, une page du site de la BnF nous apprend que « 30 heures de cours donnés par le philosophe Gilles Deleuze de 1979 à 1984 à l'Université de Paris VIII-Vincennes (puis Saint-Denis) ont été numérisées et seront bientôt accessibles via Gallica. Leur mise en ligne a nécessité l'autorisation des ayants droit conformément au régime du droit au respect de la vie privée, ainsi que de l'auteur de ces enregistrements au titre du droit moral et de ses droits patrimoniaux. » De même, le partenariat avec le portail de revues en sciences humaines Cairn a donné lieu à un accord en vertu duquel la BnF numérise « le rétrospectif des revues diffusées par Cairn et les diffuse par le biais de Gallica de manière gratuite. A titre d'exemples, la revue *Études*, accessible sur Cairn de 2001 à 2009, est numérisée par la BnF de 1856 à 2000 et *la Revue française de psychanalyse*, accessible sur Cairn également de 2001 à 2009, est numérisée par la BnF de 1927 à 2000. D'un point de vue documentaire, les numéros récents des revues numérisées viennent compléter les fonds patrimoniaux disponibles sur Gallica. » Ce programme concerne 9 revues sur les 190 diffusées par CAIRN.

En outre, la BnF effectue un certain nombre de numérisation dans des cadres bien définis. C'est le cas de la numérisation à des fins de conservation autorisée par la loi DADVSI⁸⁸. En vertu de cette loi, les bibliothèques, les archives et les musées peuvent reproduire – notamment par le biais de la numérisation – les œuvres dont l'état physique ou l'évolution du

⁸⁴ Racine, Bruno. Conseil du livre [dans le cadre du]. *Schéma numérique des bibliothèques*, décembre 2009. 88p. En ligne : URL < <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000143/0000.pdf> >

⁸⁵ Pour plus de détails sur ces contrats, consulter la page de suivante de la BnF : <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_edistributeurs.html?first_Art=non&first_Rub=non>

⁸⁶ Pour davantage de détails sur les modalités et la mise en place de ce partenariat, on pourra consulter la page synthétique du SNE : <<http://www.sne.fr/pages/les-enjeux/bibliotheques-numeriques/portail-de-la-bnf.html>>

⁸⁷ Page disponible à l'adresse suivante : <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_collections_particulieres.html?first_Rub=non#SHDC_Attribute_BlocArticle0BnF>

⁸⁸ Page disponible à l'adresse suivante : <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_loi_dadvisi.html?first_Art=non&first_Rub=non>

support rendrait difficile leur conservation sans cette mesure. Les établissements concernés par l'exception ont également l'autorisation de diffuser ces œuvres par la communication au public, dans l'enceinte de leurs bâtiments. Cette mesure n'apporte donc pas vraiment de solution aux œuvres orphelines puisque celles-ci peuvent dans tous les cas être consultées dans une bibliothèque qui les conserve. Par ailleurs, les œuvres reproduites en vertu de cette exception ne sont pas forcément orphelines. Il est toutefois possible que la faculté de les reproduire et de les numériser ait entraîné une prise de conscience de ces établissements quant à leur gestion délicate. Par ailleurs, la numérisation, si elle ne résout pas la question des droits, permet toutefois de répondre à la dégradation du physique du support, qui, sans cette mesure, pourrait annuler toute possibilité de consultation. Une fois cette œuvre numérisée, il est donc envisageable de rechercher ses ayants droit pour les contacter et parvenir à un accord sur la diffusion des œuvres.

C. Rapports au niveau national et préconisations

De nombreux rapports se sont succédé en France, qui montrent la volonté de la part des pouvoirs publics et des institutions d'accompagner le changement occasionné par la diffusion des technologies numériques. Nombre de ces rapports concernent la situation générale du livre face aux enjeux du numérique. Ils forment un cadre intéressant pour mettre en perspective les réflexions portant sur la question spécifique des œuvres orphelines. Nous avons choisi de les présenter dans un ordre chronologique dans la mesure où chacun intègre d'une manière ou d'une autre les réflexions contenues dans le précédent pour les étayer, les mettre en doute ou les réfuter.

En avril 2005, François Stasse rend son *Rapport au ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*, dans lequel il introduit le concept de zone grise pour désigner la production éditoriale toujours sous-droits mais qui n'est plus commercialement exploitée⁸⁹. Cette zone grise comprend aussi bien les œuvres épuisées que les œuvres orphelines. Or il propose de les rendre accessibles moyennant une rémunération forfaitaire par le biais de la gestion collective obligatoire. Cette désignation de la zone grise passerait par des contrats avec les éditeurs. L'appartenance à cette zone serait néanmoins réversible pour le cas où l'œuvre connaîtrait un regain d'intérêt. Parmi les propositions qui émaillent ce rapport, on citera notamment un élargissement de la diffusion d'œuvres numérisées sous-droits non plus seulement à un public plus large que celui des chercheurs ; l'idée de rendre accessible à distance aux chercheurs, moyennant rémunération, ces mêmes œuvres, de manière expérimentale ; ou encore, l'autorisation de télécharger jusqu'à 5% du poids informatique des contenus numérisés à des fins de recherche ou d'enseignement. On mesure combien ces propositions anticipent la transposition en droit national de la Directive européenne de 2001. De fait, la loi DADVSI du 1^{er} juillet 2006 précisera l'étendue de l'application des exceptions au droit d'auteur, et rendra caduques ces propositions.

L'année 2007 débute avec la publication le 22 février du *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle*. La Commission pour la relance culturelle y traite – entre autres – la question des œuvres orphelines⁹⁰, visuelles en particulier. Elle propose l'introduction dans le CPI d'un régime de gestion collective pour ces œuvres, à travers un amendement

⁸⁹ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Stasse, François. *Rapport au ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*. Avril 2005. 16p <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/stasse/stasse.rtf>>

⁹⁰ FRANCE Commission pour la relance culturelle. *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle*. 295p <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/LivreblancCPRC.pdf>> La question des œuvres orphelines est traitée à partir de la page 68.

prévoyant une définition des œuvres orphelines, un dispositif de gestion et de répartition des droits, et un mode de désignation des sociétés compétentes. Cette proposition s'inscrit dans un contexte d'utilisation massive et abusive de la mention « Droits réservés » pour nombre de photographies publiées, alors même que de simples recherches permettraient d'identifier leurs ayants droit. Il est intéressant de constater que la proposition de loi présentée au Sénat en octobre 2010 reprend sensiblement les mêmes options. En juin 2007, Sophie Barluet rend son rapport *Mission 2010 Pour que vive la politique du livre*, dans lequel elle analyse la situation et les perspectives de la chaîne du livre et formule « 50 propositions pour le livre et la lecture »⁹¹. La deuxième partie de ces propositions concerne en particulier le numérique; elle appelle dans la proposition 24 à « favoriser la numérisation de contenus sous-droits », notamment à travers le soutien par le CNL aux « projets d'intérêt national proposés par le monde de l'édition ». Au mois de juillet, une mission d'audit de modernisation de l'Inspection Générale des Finances (IGF)/Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles (IGAAF) rend son rapport sur la chaîne du livre. Conduite par Alain Cordier, Bernard Fontaine et Lê Nhat Binh, cette mission avait notamment « pour objet de proposer une réflexion stratégique au regard des défis qui sont ceux de l'édition ». Le rapport fait une série de propositions, dont voici la septième : « à l'opposé du principe de gratuité, qui fait l'objet d'une revendication diffuse, défendre la rémunération de la création au profit des éditeurs et des auteurs ». Il prend ainsi le contrepied de la tendance observée avec la diffusion gratuite de plus en plus courante de contenus numérisés en ligne pour « reconnaître aux auteurs et aux éditeurs leurs droits à promouvoir la rémunération de la créativité »⁹². Il évoque dans ces lignes les auteurs contemporains soulignant la nécessité de cette reconnaissance pour maintenir leur créativité. Cette position ne vise donc pas directement les œuvres orphelines. Elle pourrait néanmoins les concerner dans la mesure où le projet de leur diffusion répond précisément à une première mise en ligne gratuite réalisée par Google. En septembre, Antoine Gallimard rend son *Rapport de la Mission de réflexion sur la Librairie indépendante*⁹³ et reprend notamment la proposition de Sophie Barluet de créer un portail de libraires indépendants en ligne. Enfin, le 2 octobre 2007, un groupe de travail du CFC publie une note d'étape sur *Les œuvres orphelines dans le secteur de l'écrit*⁹⁴. Cette note fixe trois objectifs prioritaires dans la stratégie de développement de l'offre numérique : réduire strictement le nombre des œuvres orphelines et prévenir leur apparition; adopter un mécanisme de régulation de diffusion des œuvres opposable au modèle économique de la gratuité; déterminer une ou des solutions de gestion des droits qui demeurent liées aux principes fondamentaux d'exercice du droit d'auteur en tenant compte du contexte international. En matière de solutions de gestion, le groupe de travail considère que le mécanisme de licence légale n'est pas une réponse à l'objectif de régulation et de diffusion des œuvres et constitue une nouvelle exception dommageable. Il lui préfère le système de gestion collective obligatoire qui obligerait les utilisateurs à demander une autorisation en bonne et due forme tout en facilitant leurs démarches et en leur assurant une sécurité juridique. Pour distinguer une utilisation massive d'œuvres des utilisations ponctuelles, il propose un mécanisme allégé, en particulier pour les bibliothèques qui pourraient procéder comme suit: effectuer une recherche élémentaire

⁹¹ FRANCE. MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Barluet, Sophie. *Mission 2010 Pour que vive la politique du livre*. juin 2007. 148p <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000434/0000.pdf>> On consultera en particulier la deuxième partie des propositions p70 sq.

⁹² FRANCE. IGF/IGAAF. Cordier, Alain, Fontaine, Bernard, Binh Lê Nhat. *Rapport sur la chaîne du livre*. Juillet 2007. 52p. <http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/806.pdf>

⁹³ FRANCE. MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Gallimard, Antoine. 12.09.2007. 10p <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapportgallimard07.pdf>>

⁹⁴ FRANCE. Centre Français de la Copie. Groupe de travail CFC. *Les œuvres orphelines dans le secteur de l'écrit*. Note d'étape. 02.10.2007.5p. <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CFC-NOTE-D-ETAPE-2007.10.02.pdf>

pour réduire le nombre d'œuvres orphelines concernées par demande ; publier une liste pour permettre aux ayants droit de se manifester ; obtenir une autorisation temporaire et renouvelable pour l'utilisation des œuvres non revendiquées ; transmettre aux SPRD une déclaration de consultation œuvre par œuvre pour qu'elles déterminent les œuvres concernées par des recherches complémentaires à effectuer. La note d'étape du CFC prend donc position en faveur d'une gestion collective obligatoire, même si elle reconnaît qu'un mécanisme plus souple serait souhaitable dans le cas d'une numérisation de masse, et à des fins non commerciales.

En 2008, la commission sur les œuvres orphelines du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et artistique rend son rapport le 19 mars⁹⁵. Ce rapport inclut en annexe la contribution de Bernard Lang *L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe* (p32 à 62). Le rapport du CSPLA propose une définition des œuvres orphelines que nous avons déjà évoquée plus haut⁹⁶, et formule un certain nombre de recommandations. Pour l'écrit et l'image fixe, il préconise une réforme législative pour permettre un recours à la gestion collective obligatoire. Cette option offrirait un système souple, permettant à la fois de centraliser les informations tout en s'appuyant sur les sociétés de gestion collective existantes. Cette solution reposerait sur une gestion collective obligatoire des droits des œuvres orphelines assurée par des SPRD ; un portail commun à ces sociétés comportant l'ensemble des informations nécessaires aux utilisateurs potentiels d'œuvres orphelines ; et une définition des critères permettant de qualifier des recherches de «sérieuses et avérées». Cette dernière relèverait d'une commission paritaire, instituée par voie réglementaire et composée de représentants d'utilisateurs, d'ayants droit et de l'administration. La commission suggère l'adaptation, par voie législative, d'un modèle inspiré de la gestion d'affaires (prévu à l'article 1372 du Code Civil) à la gestion des droits des œuvres orphelines, ce qui permettrait, en cas de contestation d'une autorisation par des ayants droit réapparus, de s'en remettre au juge afin qu'il apprécie si la société agréée a géré les droits en cause en « bon père de famille». Les autorisations accordées seraient limitées dans le temps. Ce modèle suppose l'aménagement du dispositif prévu de recours au juge (articles L. 122-9). La rémunération des ayants droit serait contractuelle et prendrait en compte le type d'utilisation envisagée, le nombre d'autorisations demandées, les recherches menées par le demandeur ou l'utilisation de recherches déjà effectuées. Enfin, en matière de prévention, la commission recommande l'intégration de métadonnées, et le développement de l'accès aux bases de données de type ARROW⁹⁷. Nous avons déjà évoqué la contribution de Bernard Lang⁹⁸. Le 30 juin 2008, Bruno Patino remet au Ministre de la Culture et de la Communication (MCC) Christine Albanel son *Rapport sur le livre numérique*⁹⁹. Il poursuit dans la voie de promotion d'une offre légale sur le livre numérique plus attractive. Au sujet de la propriété intellectuelle, il défend le maintien du droit d'auteur tel qu'il existe et l'ouverture de discussions interprofessionnelles sur le sujet.

Olivier Poivre d'Arvor et Marc-André Wagner rendent en février 2009¹⁰⁰ leur rapport au MCC. Son titre est : *Quelle perspective pour la politique publique de soutien au livre*

⁹⁵ FRANCE. Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique. Commission sur les œuvres orphelines. Martin, Jean (président de la commission). Lieber, Sophie-Justine (rapporteur). 19.03.2008. 62p. <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>

⁹⁶ Voir notamment le schéma p22

⁹⁷ Voir Infra, III, 2 Réponses curatives et préventives

⁹⁸ Voir supra II,2 Différentes stratégies de gestion

⁹⁹ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Patino, Bruno. *Rapport sur le livre numérique*. 30.06.2008. 71p. <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportpatino.pdf>>

¹⁰⁰ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Poivre d'Arvor, Oliver. Wagner, Marc-André. *Quelle perspective pour la politique publique de soutien au livre français à l'étranger, propositions pour une stratégie concertée des acteurs publics*. 02.2009. 102p. <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000466/0000.pdf>>

français à l'étranger, propositions pour une stratégie concertée des acteurs publics. Si la stratégie d'adaptation de la chaîne du livre n'est pas au cœur de ce travail, l'une des propositions synthétiques concerne « Une stratégie commune de promotion des auteurs et des œuvres à l'international » et évoque par ailleurs « des programmes de soutien à la cession de droits » qui pourraient donner l'occasion de clarifier ces droits lorsqu'ils le nécessitent. En mars 2009, le rapport *Situation du livre, Evaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives*, d'Hervé Gaymard est remis au MCC¹⁰¹. Il reprend lui aussi la proposition de création d'un portail collectif de la librairie en ligne. Une offre légale attractive doit privilégier l'interopérabilité, proscrire les formats propriétaires, et garantir un accès égal de tous aux métadonnées.

Enfin, en 2010, plusieurs rapports sont publiés qui concernent plus ou moins directement la question des œuvres orphelines. C'est d'abord le rapport *Création et Internet*¹⁰², de Patrick Zelnik, Jacques Toubon et Guillaume Cerruti remis au MCC le 6 janvier 2010. Dans le contexte d'une métamorphose de la relation à la culture et de la notion même de consommation culturelle liées à Internet, les services culturels (en ligne ou physiques) demeurent conçus et développés autour de contenus, « produits permanents et durables du processus de création, auxquels sont attachés le droit d'auteur et ses droits voisins ». Or les secteurs musicaux, cinématographiques et audiovisuels, ainsi que le secteur du livre, sont touchés à différents degrés par les effets de cette tension entre service et contenu. L'enjeu du rapport est triple. Il doit en effet permettre: « d'anticiper les mutations que connaîtra bientôt le secteur du livre, [...] de faire évoluer la régulation du secteur de la vidéo et de relancer le secteur de la musique ». La mission résume en introduction son credo sous un intitulé: « Un plan d'action pour faciliter l'action à la création sur internet ». Concernant le secteur du livre, la mission préconise notamment l'extension du prix unique au livre numérique dit « homothétique », ainsi que la création d'une plateforme unique de distribution des livres, mais surtout un investissement plus massif dans la numérisation des livres, en triplant les montants qui lui sont affectés par l'intermédiaire du CNL. Le 12 janvier, Marc Tessier remet son *Rapport sur la numérisation du patrimoine écrit*¹⁰³. Suite à l'annonce d'un partenariat entre la BnF et Google, M. Tessier est chargé d'évaluer l'opportunité d'un tel partenariat et plus généralement des partenariats public-privé. Deux objectifs généraux sont énoncés en priorité: « éviter le risque d'une segmentation du patrimoine, en se donnant l'ambition d'une numérisation exhaustive, ou en tout cas la plus large possible, des ouvrages libres de droits et sous droits » et garantir la place du patrimoine français écrit sur l'internet en assurant l'accès aux fonds numérisés. Le rapport présente d'abord un état des lieux des principales bibliothèques numériques dans lequel il met en évidence les différences entre Google Livres, Gallica et Europeana, tant au point de vue de la qualité des contenus que de leurs volumes¹⁰⁴ et de leur traitement. Il analyse les accords passés entre les bibliothèques et Google, dénonçant notamment la nature et la durée des clauses d'exclusivité négociées par ce dernier. Ces contrats constituent une « réponse inadaptée au regard des missions des bibliothèques » en matière de patrimoine numérisé – favoriser l'accès le plus large possible à ce patrimoine et assurer sa pérennité. Énonçant

¹⁰¹ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Gaymard, Hervé. *Situation du livre, Evaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives*. 03.2009. 422p. <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/rapport_gaymard.pdf>

¹⁰² FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Zelnik, Patrick. Toubon, Jacques. Cerruti, Guillaume. *Création et Internet*. 01.2010. 147p. <<http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presse-Dossiers-de-presse/Rapport-Creation-et-Internet>>

¹⁰³ FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Tessier, Marc, *Rapport sur la numérisation du patrimoine écrit*. 12.01.2010. 64p. <<http://www.culture.gouv.fr/mcc/content/download/3520/23115/file/Rapport%20sur%20la%20numerisation%20du%20patrimoine%20ecrit.pdf>>

¹⁰⁴ Google Livres annonce alors 10 millions d'ouvrages numérisés; la BnF environ 1 million, dont 150000 monographies et Europeana 6 millions, dont 200000 monographies.

enfin une série de propositions pour permettre un changement d'échelle de la numérisation, il préconise une stratégie à trois niveaux. Il s'agit d'abord de s'appuyer sur la plate-forme Gallica pour la rendre plus accessible au grand public : le rapport suggère ainsi de la rebaptiser, de réformer son « pilotage et ses fonctionnalités » pour en faire « une plate-forme coopérative de valorisation des fonds patrimoniaux et des œuvres numérisées » réunissant bibliothèques publiques et éditeurs. Le deuxième point tient au développement de partenariats avec des acteurs privés – éditeurs, moteurs de recherche, plates-formes de diffusion – pour enrichir et mettre en valeur les fonds numérisés sur l'internet; le rapport n'exclut pas un accord avec Google, mais celui-ci devrait se faire dans le cadre d'un rééquilibrage des modalités de partenariat permettant un échange équitable des fichiers numérisés et des compétences de numérisation¹⁰⁵. La BnF se verrait investie d'une mission de « numérisation de masse des ouvrages collectés au titre du dépôt légal » concernant les œuvres épuisées ou orphelines, « dans un cadre contractuel avec les éditeurs et les représentants des ayants droit ». Enfin, l'objectif est de donner une nouvelle impulsion européenne en renforçant la coordination entre les bibliothèques européennes engagées et en s'appuyant sur le portail culturel commun Europeana. Ce rapport renouvelle donc l'approche traditionnelle du rapport entre acteurs privés et public en proposant des pistes de collaboration envisageables, quoique parfois techniquement difficiles à réaliser, et en étayant par tout un argumentaire la position de force de la BnF dans une éventuelle négociation. Le rapport *Pour un livre numérique créateur de valeurs*¹⁰⁶ remis au Premier ministre par Christine Albanel le 15 avril 2010 propose des pistes pour développer le livre numérique. Il précise notamment l'idée d'un portail Gallica servant de point d'entrée à la filière de diffusion du livre numérique et préconise notamment un accord entre la BnF et les éditeurs autour de trois axes : la numérisation du patrimoine libre de droits, l'accès à des plateformes de vente pour les titres les plus récents, et l'accès aux œuvres de la « zone grise » moyennant une rémunération. Suite à une consultation publique sur les usages du numérique le 7 juin 2010, le MCC et la secrétaire d'État à la Prospective et au Développement de l'économie numérique se sont réunis le 22 septembre pour un point d'étape sur la numérisation des contenus culturels dans les investissements. Dans le cadre de l'emprunt national de 35 milliards d'euros annoncé par le chef de l'Etat le 14 décembre 2009, 4,5 milliards d'euros investis dans l'économie numérique, dont 750 millions seront consacrés au financement de la numérisation des contenus culturels, scientifiques et éducatifs. Trois grands objectifs ont été identifiés concernant tous les types de contenus (écrit - presse et imprimé -, musique, cinéma, audiovisuel, photographie et image fixe, création et jeu vidéo) : développement d'une offre légale dans le domaine du numérique ; accent mis sur la recherche-développement et les services innovants ; et promotion de nouveaux modes de valorisation du patrimoine culturel et artistique et des contenus éditoriaux. En ce qui concerne le domaine de l'écrit, Frédéric Mitterrand a annoncé l'objectif d'une proposition nationale légale concertée, consistant à « numériser les livres indisponibles du XXe siècle sous droits », à partir d'un consortium reprenant l'idée de plate-forme avancée par le rapport Tessier.

On le constate, les dernières années ont vu la multiplication de rapports sur les évolutions du livre. La question des droits revient de manière récurrente et celle des œuvres orphelines est régulièrement évoquée. La décision d'affecter une partie substantielle du grand emprunt à la numérisation des contenus sous-droits montre la volonté d'agir du MCC. Avec l'introduction de la définition des œuvres orphelines dans le CPI suite au vote des sénateurs le 28 octobre 2010, il semble qu'on assiste à une

¹⁰⁵ Il s'agit des propositions « un livre pour un livre » et « une filière de numérisation partagée ».

¹⁰⁶ FRANCE. PREMIER MINISTRE. Albanel, Christine. *Pour un livre numérique créateur de valeurs*. 15.04.2010. 33p. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=104000189&brp_file=0000.pdf>

accélération du processus de règlement de la question. L'introduction des mécanismes de gestion collective dans ce même Code n'a pas été adoptée mais une directive européenne est annoncée pour la fin de l'année 2010, qui devrait encourager les Etats membres à légiférer sur la question selon les orientations retenues. Si cette directive apporte un cadre et évite une modification du CPI en deux temps, il semble d'emblée que l'on s'oriente vers la solution de la gestion collective obligatoire. C'est en effet la direction que prennent les travaux spécifiques du CSPLA et du CFC sur la question. Dans cette optique, l'Etat mandaterait les sociétés de gestion pertinentes en fonction des œuvres pour gérer la perception et la redistribution de leurs droits, lorsqu'ils sont orphelins.

Certaines expérimentations peuvent nous permettre d'affiner la connaissance que nous avons de ces œuvres afin de mieux les gérer, de mesurer leur quantité ou d'essayer de réduire leur nombre.

EXAMEN PRATIQUE DES SOLUTIONS DE GESTION PALLIATIVE, CURATIVE, ET PREVENTIVE

Cette troisième partie se veut davantage tournée vers les aspects pratiques de la gestion des œuvres. Cette étude nous a permis de participer à plusieurs expérimentations qu'il est intéressant de rapporter. Nous avons décrit et analysé dans la partie précédente les différents modes de gestion envisagés en France et à travers le monde. Ces orientations sont toutefois relativement théoriques, même si, pour certaines, elles autorisent déjà une utilisation des œuvres orphelines satisfaisante. Il nous paraît intéressant de revenir sur les aspects plus pratiques de ces réponses à travers les travaux menés. Les estimations du nombre des œuvres orphelines donnent d'importantes proportions des collections conservées dans les bibliothèques. Pour mémoire, le *Gowers Review* donnait une estimation de 40% d'œuvres orphelines dans les collections de la British Library¹⁰⁷. La mission mandatée en 2009 par la Direction générale de l'information et des médias de la Commission Européenne donnait une estimation de 13% des œuvres sous droit au niveau européen, soit environ 3 millions¹⁰⁸. Comme le fait remarquer Bernard Lang, l'ampleur supposée de ce phénomène nécessite d'y apporter des réponses de trois ordres. Des réponses palliatives devraient permettre de faire usage de ces œuvres sans que l'utilisateur ne s'expose à «une insécurité juridique et économique excessive, et en minimisant l'atteinte aux droits exclusifs des titulaires introuvables»¹⁰⁹. Ce sont ensuite des réponses curatives, à même de faire sortir les œuvres de l'orphelinat, notamment lorsqu'elles sont déjà utilisées ou simplement classées en tant que telles. Enfin, des évolutions techniques ou juridiques permettraient de «réduire *a priori* le nombre de ces œuvres, par exemple par la création de registres d'œuvres ou d'auteurs, ou par l'obligation – dans certaines limites – de les documenter»¹¹⁰. Nous reprendrons cette classification pour présenter le chantier de numérisation de masse en cours à la BnF, ainsi que nos différents travaux.

1. REPONSES PALLIATIVES

A. La numérisation à la BnF : les différentes filières

La numérisation des documents libres de droits a été mise en place à la BnF dès 1992, préfigurant la bibliothèque numérique Gallica. Aujourd'hui, cette numérisation a fortement évolué, dans son rythme comme dans sa qualité. On a évoqué dans la partie précédente la numérisation menée par la BnF dans le cadre du dépôt légal. Celle-ci constitue une filière interne, à part entière, et les contenus numérisés ne sont versés dans Gallica que de manière ponctuelle. La principale filière de numérisation concerne le

¹⁰⁷ Gowers, Andrew. *Gowers Review on Intellectual Property*. 12.2006. p74

¹⁰⁸ COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Access to Information. VUOPALA, Anna. *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance*. 05.2010. 47p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>

¹⁰⁹ FRANCE. CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET ARTISTIQUE (CSPLA). *L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe*. Contribution indépendante de LANG, Bernard au rapport de la Commission sur les œuvres orphelines. 17.03.2008. 30p. [En ligne] URL <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>> p.34

¹¹⁰ *Ibid.*

« marché des 100000 » prévoyant la numérisation de 100000 documents par an entre 2007 et 2010. Trois filières de production ont été définies pour ce marché :

- il s'agit d'abord de la filière correspondant au fonctionnement traditionnel de Gallica depuis sa création. Dans cette filière dite « massicot », les documents sont acquis spécifiquement pour la numérisation par le département de la coopération. Cette filière concernait environ 10000 documents en 2007, et environ 5000 en 2008 ; elle est aujourd'hui épuisée.
- la seconde concerne les documents sur microfiches et microfilms conservés au centre technique de conservation de Bussy-Saint-Georges. Ces documents destinés à la sauvegarde des données n'étant pas consultables, ils représentent une source de qualité pour la numérisation.
- la troisième filière concerne les originaux, entrés dans les collections par le biais du dépôt légal. Ces documents représentent la proportion la plus importante des collections numérisées. Si la volumétrie envisagée prévoyait environ 50000 documents numérisés la première année, elle en prévoyait jusqu'à 90000 la troisième.

B. Processus de sélection... et de désélection

La réaction de la BnF face à l'annonce du projet Google Recherche de Livres, s'est traduite par une augmentation de la quantité de documents mis en ligne et le passage du mode image au mode texte avec la reconnaissance optique de caractères. Cette numérisation de masse a nécessité un certain nombre de prises de position quant aux choix documentaires à effectuer, aux supports techniques à privilégier, et aux marges à établir pour garantir la sécurité juridique de l'établissement¹¹¹. Le marché extérieur passé avec la société Safig en 2007 a donc été l'occasion de fixer ces marges de sécurité juridique. Celles-ci prennent plusieurs formes. Les volumes importants à traiter dans le marché de numérisation de masse ont nécessité l'utilisation d'un outil d'aide à la sélection. ADCAT15 est utilisé depuis juin 2007 pour effectuer des extractions massives à partir du catalogue. Alors que la logique qui prévalait auparavant était celle de la sélection, le fonctionnement de cet outil consiste au contraire à désélectionner les œuvres selon des critères d'exclusion définis. Ces critères d'exclusion sont de plusieurs ordres : examen documentaire, pour le cas où une autre édition libre de droits serait jugée plus pertinente, si le document a déjà fait l'objet d'une numérisation, ou encore s'il s'agit d'une publication étrangère. L'état physique du document est également pris en compte : un document dont l'épine dorsale est incomplète (unité de conservation ou notice exemplaire manquante) ou dont la typographie n'apparaît pas adaptée à la numérisation sera automatiquement écarté¹¹². Enfin le critère de droit est pris en compte. Si les catalogues de bibliothèques ne contiennent aucune donnée à valeur juridique, elles disposent toutefois par le biais des fichiers d'autorités auteurs de précieuses informations leur permettant de déduire le statut des œuvres au regard du droit d'auteur. C'est notamment le cas de la date de décès de l'auteur. Lorsque celle-ci est renseignée, elle permet de déduire la date d'entrée d'une œuvre dans le domaine public. La BnF utilise donc de manière détournée cette source pour établir avec le maximum de sécurité juridique les ouvrages qu'elle est à même d'intégrer dans Gallica. Les ouvrages publiés avant 1870 sont considérés par défaut comme faisant partie du domaine public. Pour les

¹¹¹ Pour davantage de détails sur ces questions, voir le travail d'Alina Cantau. *Sélection de documents du Département Sciences et Techniques de la BnF en vue de leur intégration dans Gallica2*. Juin 2007. <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-2025>>

¹¹² D'autres critères comme le format, la marge intérieure ou encore l'ouverture limitée du document sont pris en compte.

œuvres publiées après cette date, une note de cadrage est venue encadrer et harmoniser les pratiques. Pour les monographies, trois cas sont envisagés.

- Lorsque la date de décès de l'auteur est connue, le document sélectionné pour la numérisation doit respecter le délai de 70 ans *post mortem*.
- Lorsque cette date n'est pas connue, mais que la date d'édition du document est connue, l'année 1920 est prise comme limite supérieure. En revanche, cette règle ne s'applique pas aux thèses, dont l'auteur est réputé jeune. Dans ce cas, lorsque la date de décès est inconnue, aucun document postérieur à 1900 ne doit être sélectionné.
- Lorsque ni la date de décès, ni la date d'édition du document ne sont connues, la bibliographie de l'auteur doit être vérifiée, et la date de publication du dernier document présumé être sa dernière publication ne doit pas être postérieure à 1920. Lorsqu'aucune bibliographie n'est disponible, le document ne doit pas être sélectionné.

Ces principes sont applicables aux auteurs principaux comme aux auteurs secondaires : ils concernent donc également les préfaciers, les illustrateurs, les traducteurs, les éditeurs scientifiques, etc. Une vérification doit toutefois être menée pour les auteurs morts à la guerre, dont la couverture de droits est prorogée de 30 ans sur la durée normale de protection. Concernant les publications officielles, et notamment les textes contenant des mesures individuelles ou nominatives susceptibles de contenir des données personnelles, le risque est plus lié à la protection de ces données qu'au droit d'auteur. Une marge de 60 ans est donc appliquée lors de la sélection des documents. Les revues et les périodiques, à l'instar des dictionnaires et encyclopédies, sont assimilés à des œuvres collectives et à ce titre sont soumis à une protection de 70 ans à compter de la publication. Ce système de marges permet de garantir une prise de risques mesurée, sachant que les recherches ne peuvent être poussées très avant. Par ailleurs, la BnF s'est engagée à retirer à la demande d'un ayant-droit tout titre mis en ligne indûment. C'est le cas par exemple, lorsqu'un ouvrage possède une préface qui n'est pas signalée dans la notice. Un ayant-droit ou un utilisateur peut alors signaler le problème aux équipes qui se chargeront de retirer le document si son statut en est changé.

C. Projet d'analyse d'un échantillon de documents rejetés par ADCAT15

Les fonds de la BnF présentent la particularité d'avoir été classés jusqu'en 1996 selon la cotation Clément¹¹³. Cette cotation, conçue par Nicolas Clément pour la réalisation du premier catalogue à la fin du XVIIIe siècle, a permis de classer les livres à l'intérieur de 23 subdivisions systématiques (de la lettre A – Ecriture sainte – à la lettre Z – polygraphie et mélanges). Inspiré des cinq catégories définies par Gabriel Naudé en 1627¹¹⁴, ce classement est régulièrement transformé et adapté avec l'enrichissement des collections. Cette subdivision reflète bien évidemment un état de la connaissance et du développement des arts. La cote R, rassemblant initialement des ouvrages de philosophie, a peu à peu intégré de nouveaux domaines tels que l'occultisme, la pédagogie, mais également les ouvrages de sciences politiques, de chimie, ou de physique. Cette particularité peut être considérée comme un atout dans les projets de la numérisation de masse dans la mesure où elle permet un traitement et une numérisation

¹¹³ Pour davantage de détails, voir : Blasselle, Bruno. *La Bibliothèque nationale*, Que sais-je, PUF, 1993

¹¹⁴ Théologie, Jurisprudence, Histoire, Sciences et Arts, Belles Lettres

des fonds procédant éventuellement par thématique. C'est ainsi qu'un programme de numérisation du fonds de droit été entrepris et, sans doute, facilité par ce classement, à partir de la cote F – Droit et jurisprudence. Dans le cadre de notre étude, elle peut théoriquement apporter des éléments nouveaux et intéressants sur le phénomène des œuvres orphelines : celui-ci touche-t-il uniformément tous les domaines du savoir ou concerne-t-il plus particulièrement certaines catégories d'œuvres ?

Nous avons dans un premier temps pensé analyser dans cette optique quelques échantillons d'œuvres rejetées par ADCAT15 au niveau du critère de droit. Mais, cette application est conçue pour écarter le maximum d'œuvres ne correspondant pas à l'un des critères définis. Ainsi, un seul de ces critères peut être exclu pour le document. Il n'est donc pas possible de savoir avec fiabilité combien ont été désélectionnés pour un critère donné : un ouvrage écarté au niveau du filtre « documentaire » à cause de son format inadéquat aurait tout aussi bien pu être écarté au niveau du filtre « droits ». Si nous avons pensé dans un premier temps procéder à l'analyse d'un échantillon des fonds rejetés pour tenter d'y déceler certaines tendances concernant notamment la nature des fonds concernés par ces rejets, il s'est avéré ensuite que cet échantillon était nécessairement biaisé dans la mesure où il n'incluait pas les documents rejetés pour d'autres critères. Certains autres biais nous ont été signalés. L'ensemble des documents numérisés avant les marchés de masse ne figuraient pas dans les échantillons auxquels nous avons eu accès. De plus, pour des raisons de poids de la base, un filtre automatique a été placé sur les notices postérieures à 1944. Il n'était donc pas possible d'avoir de données au-delà de cette date. Enfin certains documents dont l'épine dorsale est incomplète ne pouvaient être chargés dans les extractions depuis ADCAT15. L'échantillon sur lequel nous pensions travailler dans un premier temps était donc plusieurs fois tronqué, ce qui remettait en cause sa pertinence. C'est pourquoi nous avons finalement choisi de ne pas le traiter pour nous concentrer sur un corpus plus représentatif : les extractions du catalogue général.

D. Analyse du catalogue

a. Méthodologie

Choix d'un échantillon

Nous avons procédé à une analyse des extractions du catalogue Bn-Opale Plus sur les cotes Ybis et R. Ces cotes ont été choisies pour les domaines de la connaissance qu'elles représentent. La première regroupe les romans. La seconde correspond aux sciences philosophiques, morales et physiques. L'association de ces deux cotes permet donc une observation à la fois sur un domaine précis (le roman), et sur un champ plus vaste qui regroupe à la fois la philosophie, la sociologie, la morale, la chimie, l'économie ou encore la physique. Nous avons choisi de travailler sur des extractions du catalogue pour les années 1920, 1950 et 1980. Il faut toutefois préciser que les documents dont les notices sont renseignées avec la mention « 19.. » sont de fait exclus de notre corpus qui s'en trouve donc légèrement biaisé. Par ailleurs, il est probable, en particulier pour l'année 1920, que certaines œuvres soient passées au travers des mailles du dépôt légal. Ce corpus est cependant moins tronqué que les extractions d'ADCAT15 et nous a semblé plus pertinent dans la mesure où il rassemble la quasi-totalité des documents entrés dans les collections pour ces années. L'année 1920 nous paraissait intéressante dans la mesure où elle constitue la limite supérieure de sélection pour les œuvres de droit douteux dont on ne peut déterminer notamment la date de mort de l'auteur. Par ailleurs, elle s'inscrit dans un contexte d'après-guerre où de nombreuses maisons

d'édition se créent avec plus ou moins de pérennité. L'année 1950 se situe également dans l'immédiat après-guerre et voit la coïncidence de plusieurs facteurs : d'une part, le secteur éditorial connaît une forte croissance et commence à se concentrer; d'autre part, on peut supposer que par rapport à l'année 1920, les données permettant de déduire le statut de l'œuvre ont pu être mieux renseignées. Enfin, l'année 1980 correspond à une période plus contemporaine et se situe quelques années avant l'apparition du numérique, qui a permis à la fois une collecte d'information plus complète, et l'émergence dans les contrats de clauses de cession de droits numériques.

Mode d'analyse

Ce travail d'analyse a été mené en collaboration avec Agnès Simon, qui travaillait sur les œuvres épuisées. Nous avons travaillé pour la cote Ybis, sur les années 1920, 1950 et 1980, et pour la côte R, sur la seule année 1920. Pour les résultats des analyses des années 1920, 1950 et 1980 de la côte R et une approche comparative de ces années, on se reportera donc à l'étude d'Agnès Simon, qui porte plus spécifiquement sur les œuvres épuisées. Nous présentons ici le résultat de nos analyses sur les cotes et les années que nous avons traitées, ainsi qu'une comparaison des résultats obtenus pour les cotes R et Ybis pour 1920. Pour chacune des cotes et des années étudiées, nous avons travaillé sur une quarantaine de notices pour lesquelles il s'agissait d'identifier plusieurs types de critères. Notre logique étant celle d'un échantillonnage, nous nous sommes efforcés de sélectionner des exemples variés mais représentatifs de la diversité des situations dans lesquelles se trouvent les œuvres. Ainsi nous avons généralement pris les notices dans l'ordre dans lequel elles avaient été extraites jusqu'à atteindre le nombre que nous nous étions fixé. Toutefois, afin, de sonder les informations disponibles pour des types d'œuvres différentes, nous avons recherché cette variété lorsque l'un de ces types était déjà bien représenté. C'est le cas des œuvres écrites par un seul auteur, que nous avons regroupées dans un onglet « auteur unique » : dans la cote Ybis, ce type d'œuvre est naturellement surreprésenté. C'est pourquoi nous avons parfois laissé de côté certaines notices pour en sélectionner d'autres portant sur des œuvres dérivées, ou ayant un auteur secondaire.

Nous avons opté pour un tableau *Excel* organisé en différents onglets : auteur unique ; auteur(s) secondaire(s), œuvre collective ou de collaboration, œuvre dérivée, œuvre composite. Dans ce tableau nous avons transcrit les informations qui nous semblaient pertinentes et que nous avons regroupées en quatre rubriques.

Titre	Auteur1	auteur2	Editeur	Ville	Notice auteur	Domaine du savoir
-------	---------	---------	---------	-------	---------------	-------------------

Première rubrique : données bibliographiques

Ces données ont été remplies à partir de la notice extraite et du catalogue en ligne BN Opale plus.

Disponibilité	Editeur en activité	Autre édition?	Version de cette édition (ou d'une autre) numérisée dans Gallica
---------------	---------------------	----------------	--

Deuxième rubrique : données sur l'édition et l'éditeur

Pour compléter ces données, nous avons utilisé la base de données *Electre*, à laquelle les élèves-conservateurs ont accès par le biais du VPN¹¹⁵ de l'ENSSIB. Publiée par le

¹¹⁵ *Virtual Private Network*

Cercle de la librairie, cette bibliographie commerciale française a vocation à recenser tous les livres publiés en langue française. Elle rassemble donc l'ensemble des notices bibliographiques de ces livres, ainsi que des livres épuisés et à paraître. La base annonce le référencement de 1200000 ouvrages disponibles recensés, 500000 œuvres épuisées et 14000 à paraître¹¹⁶. Si cette base est performante pour identifier la disponibilité des œuvres ainsi que le statut des éditeurs, elle connaît toutefois certaines limites, en particulier lorsque l'on remonte le temps. Elle est en effet héritière de la base créée par le Cercle de la librairie en 1977 pour faciliter l'impression de sa bibliographie annuelle. Par ailleurs, la création de l'ISBN¹¹⁷ en 1972 a simplifié ces opérations de référencement. En deçà de ces dates, les données sont donc plus rares, et donc incomplètes. Une recherche complémentaire sur le moteur de recherche *Google* – recensant actuellement le plus grand nombre de pages web – nous a donc permis de compléter parfois ces données. Par ailleurs, le catalogue général de la BnF indique les œuvres numérisées, et le cas échéant, leur présence dans Gallica. Dans certains cas, la consultation de cette version numérisée nous a permis de compléter certaines données, notamment concernant l'identité des auteurs secondaires, ou l'édition.

Type d'auteur	Date d'entrée dans le domaine public	Information manquante	Date de mort de l'auteur
---------------	--------------------------------------	-----------------------	--------------------------

Troisième rubrique : Informations permettant de déduire le statut juridique de l'œuvre

Cette rubrique a été renseignée à partir de la notice bibliographique, lorsque celle-ci comportait la date de mort de l'auteur. Lorsque ce n'était pas le cas, ou lorsque l'auteur n'avait pas de notice, nous avons eu recours à différentes bases de données telles que VIAF (*Virtual International Authority File*), qui rassemble les fichiers autorisés d'une quinzaine de bibliothèques nationales pour faciliter la circulation de ces notices. La consultation de Leonore, base de données des titulaires de l'ordre de la Légion d'honneur depuis la création de l'ordre et décédés avant 1977, nous a également permis de trouver la date de décès de certains auteurs, enfin, pour certains illustrateurs notamment, la recherche *Google* a permis d'obtenir certains éléments.

La colonne « type d'auteur » permettait de connaître la durée des droits liée à l'œuvre et, lorsque tous les éléments étaient disponibles, la date d'entrée dans le domaine public. Nous avons repris pour la remplir les différents types d'auteurs et d'œuvres envisagés par le CPI. Ainsi la présence d'un auteur secondaire incite à considérer l'œuvre comme étant de collaboration, et à prendre en compte pour déterminer la durée de protection de l'œuvre la date de décès du dernier co-auteur survivant. Nous avons néanmoins souhaité conserver un onglet « œuvres de collaboration ou œuvre collective ». Cet onglet rassemble deux types d'œuvres dont le régime de protection n'est pas identique : les œuvres de collaboration octroient une durée de protection de 70 ans à compter du décès du dernier co-auteur survivant ; les œuvres collectives sont protégées pour cette même durée, mais à partir de leur année de publication. Dans les faits et pour ce qui concerne les œuvres textuelles, il est souvent délicat de différencier ces types d'œuvres, c'est pourquoi nous les avons rapprochées dans un même onglet, tout en signalant à l'intérieur si l'œuvre était collaborative ou collective. La distinction entre cet onglet et le précédent (auteurs secondaires) permettait en outre de séparer les œuvres de collaboration conçues comme telles – par exemple avec un directeur de publication – des œuvres rédigées par un seul auteur mais comportant des illustrations ou une préface.

¹¹⁶ Page d'accueil du site : <<http://www.electre.com/>>

¹¹⁷ *International Standard Book Number*

Œuvre sous droits	Œuvre libre de droits	Œuvre de droit douteux
-------------------	-----------------------	------------------------

Quatrième rubrique : statut de l'œuvre au regard du droit d'auteur

Nous avons complété cette dernière rubrique en fonction des informations précédentes : le type d'œuvre et les dates de décès des auteurs nous permettaient de déterminer la date d'entrée dans le domaine public. Dans la colonne «œuvres de droit douteux», nous avons fait figurer celles pour lesquelles nous ne parvenions pas à identifier la date de décès d'un ayant-droit. Cette appellation est quelque peu abusive dans la mesure où nous n'avons pas pu, faute d'accès à suffisamment de dictionnaires bibliographiques, à des sources plus complètes, et faute de temps, mener les recherches complètes. Ces œuvres ne peuvent donc être considérées comme orphelines. D'abord, la loi ne décrit pour l'instant pas ce que doivent être les recherches «avérées et sérieuses» qui permettraient de les désigner ainsi. De plus, les œuvres orphelines ne se réduisent pas aux œuvres dont on ignore la date d'entrée dans le domaine public : elles rassemblent, selon la définition adoptée, des œuvres «protégée[s] et divulguée[s], dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses»¹¹⁸. Il est donc probable que pour un certain nombre d'œuvres protégées et dont on connaît la date de mort des auteurs, les ayants droit actuels ne puissent être identifiés ou localisés. Là encore, le temps et les moyens nous ont manqué pour partir à la recherche de ces ayants droit. Les œuvres signalées dans cette colonne sont donc susceptibles d'être orphelines. Il faut y ajouter celles marquées sous-droits qui sont également dans cette situation, mais dont il est difficile d'estimer le nombre. Par ailleurs, les œuvres notées de droit douteux sont parfois sous-droits lorsque la date de décès de l'un des co-auteurs permet de le déduire. Toutefois, nous avons conservé cette appellation pour signaler deux faits : retrouver les ayants droit de ces auteurs serait *a fortiori* plus difficile, et dans le doute, l'utilisation de ces œuvres est bloquée par l'incertitude sur l'un des co-auteurs.

b. Commentaires sur les analyses

Cote Ybis

Cote Ybis	Œuvres d'auteur unique	Œuvres comportant au moins un auteur secondaire	Œuvres collective ou de collaboration	Œuvres dérivée	Œuvres composite
Année 1920 Total : 54 (Dont 6 dans Gallica)	30	17	0	7	0
Année 1950 Total : 50 (dont 5 dans Gallica)	25	8	2	14	1
Année 1980 Total : 49 (dont 5 dans Gallica)	28	3	1	13	4

¹¹⁸ Définition adoptée par le Sénat lors du vote de la proposition de loi n°441 le 28 octobre 2010.

La cote Ybis rassemblant des romans, elle est naturellement constituée en majorité d'œuvres produites par un seul auteur. Quelques-unes comportent une préface ou des illustrations. D'autres encore moins nombreuses – du moins pour l'année 1920 – sont dérivées c'est-à-dire traduites depuis une langue étrangère. Cette proportion tend toutefois à se modifier puisque les œuvres traduites sont proportionnellement mieux représentées à partir de 1950. Au contraire, la proportion des œuvres comportant au moins un auteur secondaire diminue nettement. Cette baisse reflète-t-elle une réalité ? Il est difficile de répondre à cette question en l'absence de données plus fournies. On peut néanmoins remarquer que le même phénomène se produit pour la cote R¹¹⁹. Par ailleurs, la mention des œuvres figurant dans Gallica correspond aussi bien à l'édition de la notice qu'à une autre édition le plus souvent antérieure. En 1920, une seule œuvre a été numérisée et intégrée dans le catalogue de Gallica. Pour l'année 1950, outre les 5 œuvres versées dans Gallica – il s'agit cette fois systématiquement d'autres éditions – trois œuvres sont accessibles sur des postes en interne : elles ont sans doute été numérisées à des fins de conservation. Il nous a paru intéressant de signaler l'état de la numérisation pour cette année limite, en y incluant les œuvres numérisées dans des versions antérieures, même si souvent l'appareil critique est daté et justifierait que l'on inclue la version la plus récente.

	Nombre d'œuvres		Nombre d'œuvres disponibles		Nombre d'œuvres sous-droits	Nombre d'œuvres libres de droits	Nombre d'œuvres de droit douteux
	A auteur unique	Dont l'auteur a une notice	Chez le même éditeur	Chez un autre			
1920	30	14	2	2	11	7	12
1950	25	13	1	1	9	1	15
1980	28	27	11	4	28	0	0

L'analyse comparative de nos échantillons de notices d'œuvres écrites par un seul auteur sur les trois années montre une proportion importante d'œuvres dont on ne peut déterminer la date d'entrée dans le domaine public pour l'année 1950. On aurait en effet pu attendre un degré de renseignement supérieur pour les auteurs de ces années. Or il semble que ce niveau de renseignement est semblable à celui de l'année 1920. Ainsi, par défaut d'information sur la date de décès des auteurs, il n'est pas possible de déterminer la date d'entrée dans le domaine public de ces œuvres. On peut ajouter que pour l'année 1920, la date moyenne d'entrée dans le domaine public est 2013. Si le respect du droit d'auteur ne peut s'accommoder de moyennes, ce résultat confirme toutefois que le risque juridique pris par l'établissement avec la limite supérieure de 1920 est relativement faible.

¹¹⁹ Voir le mémoire d'étude d'Agnes Simon sur *La renaissance des œuvres épuisées au XXe siècle*. DCB19. Villeurbanne. 12.2010.

	Œuvres comportant au moins un auteur secondaire	Nombre total d'auteurs (dont notices)	Notice			Œuvres disponibles		Sous-droits	Libres de droits	De droit douteux
			Auteur	Préfacier	Illustrateur	Chez le même éditeur	Chez un autre éditeur			
1920	17	38 (29)	13	9	7	0	3	8	0	9
1950	8	16 (9)	6	3	0	0	1	2	0	6
1980	3	7 (5)	3	2	0	1	2	3	0	0

Outre la diminution du nombre d'œuvres comportant au moins un auteur secondaire, ce tableau montre un niveau honorable de renseignement pour les notices de ces œuvres, en ce qui concerne les années 1920 et 1950 : environ 2/3 des auteurs possèdent une notice, ce qui permet de déterminer la date d'entrée dans le domaine public de la moitié des œuvres en 1920, et d'un tiers en 1950. Par ailleurs, le nombre de nouvelles éditions est faible, ce qui peut laisser penser qu'il est difficile de retrouver trace des ayants droit.

Il est également intéressant de constater certains cas où les auteurs secondaires ont une notice tandis que l'auteur principal n'en possède pas. C'est le cas dans 4 des exemples de 1920. Cela concerne également un cas dans notre échantillon de 1950. Les nouvelles éditions ont systématiquement été réalisées chez un autre éditeur. Elles concernent parfois des œuvres pour lesquels l'un des auteurs secondaires ne possède pas de notice. Cela ne pose toutefois pas de problème dans la mesure où le contenu de l'œuvre n'est pas dépendant de la contribution de ces auteurs secondaires (préface, illustration). Pour autant, ces contributions apportent une lumière particulière sur l'œuvre et il serait intéressant de pouvoir comparer en diachronie les différentes versions de certaines œuvres.

	Nombre d'œuvres dérivées	Nombre total d'auteurs (dont notices)	Notice			Nombre d'œuvres disponibles		Sous-droits	Libres de droits	De droit douteux
			Auteur	traducte	Autre	Chez le même éditeur	Chez un autre			
1920	7	18 (13)	7	4	2	0	3	3	1	3
1950	14	39 (18)	9	6	3	3	1	1	0	13
1980	13	29 (26)	12	13	1	0	3	13	0	0

On constate d'abord une plus grande proportion d'œuvres dérivées à partir de 1950. La plupart de ces œuvres dérivées sont des traductions. On trouve toutefois de rares adaptations – deux sur l'ensemble des notices étudiées. La proportion d'auteurs ayant une notice augmente nettement: d'environ 2/3 en 1920 et en 1950, elle passe à 9/10^e en

1980. Dans le même temps, la proportion de traducteurs ayant une notice augmente également : de la moitié environ en 1920, elle passe à 2/3 en 1950. En 1980, tous les traducteurs en possèdent. Compte tenu de la reconnaissance faible dont bénéficie en général la profession, cette complétude dès les années 1980 peut constituer un net apport de référencement dans le cadre d'une numérisation à grande échelle. On peut enfin distinguer les traductions d'auteurs antiques ou d'époque classique – Homère, Cervantès – des auteurs du XIXe siècle – Tolstoï, Dickens –, du début XXe et contemporains – Twain, Kipling, Lampedusa, Calvino, Grass. La proportion des derniers est nettement plus importante pour chaque année analysée.

Nous avons identifié moins de 10 œuvres collaboratives, collectives ou composites. Il est toutefois intéressant de constater que parmi les nombreux auteurs représentés, un seul ne possédait pas de notice. Si ces œuvres semblent par définition plus complexes à gérer du point de vue des droits, l'apparente complétude des notices est toutefois un premier pas encourageant dans ce traitement.

Comparaison Cote Ybis/Cote R pour 1920

Nous avons analysé un échantillon de 39 notices de 1920 pour la cote R. Il nous paraît donc intéressant de comparer les résultats de cette cote avec les données de la même année pour Ybis.

1920	Œuvres sous-droits		Œuvres libres de droits		Œuvres de droit douteux		Nombre d'auteurs		Nombre de notices		Nombre d'œuvres épuisées/ nombre total	
	Ybis	R	Ybis	R	Ybis	R	Ybis	R	Ybis	R	Ybis	R
Auteur unique	11	2	7	6	12	10	30	18	14	9	26/30	18/18
Auteur 2 nd aire	8	4	0	2	9	7	38	28	29	18	14/17	10/13
Œuvre collaborative/ collective	/	1	/	0	/	4	/	10	/	5	/	4/5
Œuvre dérivée	3	0	1	1	3	2	18	6	13	3	4/7	2/3

On remarque d'abord que le nombre d'œuvres comportant au moins un auteur secondaire, et *a fortiori* le nombre d'œuvres collaboratives ou collectives, est plus important proportionnellement dans la cote R que dans la cote Ybis. Le rapport entre le nombre d'auteurs et le nombre de notices est toutefois sensiblement le même dans les deux cotes. Corrélativement au rapport entre le nombre de notices et le nombre d'auteurs, la proportion d'œuvres de droit douteux est semblable en R et en Ybis. Si l'on peut penser que la proportion d'œuvres à auteurs multiples complexifie la tâche de recherche des ayants droit, et rend plus difficile le traitement juridique de la cote R en vue d'une numérisation par rapport à Ybis, le renseignement des notices est du moins sensiblement le même pour les deux cotes. En revanche, la proportion d'œuvres épuisées semble légèrement plus importante en R qu'en Ybis. Le contenu de la cote R, rassemblant notamment des ouvrages d'occultisme, de morale et de sociologie, est sans doute généralement plus daté que celui de la cote Ybis.

Les éditeurs

	Editeurs disparus	Editeurs en activité	Nouveaux éditeurs (par rapport à l'échantillon précédent)
1920	28	27	/
1950	19	29	Env. 20
1980	9	40	3

On peut enfin remarquer pour l'ensemble des échantillons étudiés l'évolution des maisons d'édition. Si un certain nombre d'éditeurs des années 1920 sont toujours en activité, la plupart d'entre eux ont subi plusieurs transformations sous formes de successions, de rachats. Ainsi de l'éditeur Plon, très actif en 1920 sous le nom Plon-Nourrit et Cie, racheté par les Presses de la Cité après la seconde Guerre Mondiale, ou encore de la maison d'édition E. Flammarion, qui, devenu 4^e groupe français, a absorbé plusieurs de ses concurrents – Arthaud et Delagrave, qui figurent notamment dans nos échantillons. Par ailleurs, certaines œuvres publiées chez une maison d'édition connaissent une nouvelle publication chez un éditeur du même groupe. C'est par exemple le cas du roman d'André Schwarz-Bart *Le Dernier des justes*, publié aux éditions du Seuil en 1959 – rachetée en 2004 par le groupe La Martinière – et aujourd'hui édité en poche chez Points. Aujourd'hui cette concentration éditoriale se traduit ainsi par des groupes contrôlant de nombreux éditeurs : Hachette Livre, le premier éditeur français et deuxième sur le plan mondial, rassemble ainsi une trentaine d'éditeurs français parmi lesquels Armand Colin, Fayard, Grasset, JC Lattès ou Larousse. Ces super-éditeurs contrôlent par le biais de leurs rachats une large part des catalogues français, et surtout la plus grande partie des œuvres qui se vendent : les 30 plus grosses maisons d'éditions françaises réalisent 90% du chiffre d'affaires du secteur. Dans ce contexte, l'accord Google-Hachette signé en novembre 2010 et établissant un cadre légal pour la numérisation des œuvres indisponibles – outre les dissensions qu'il révèle entre les différents éditeurs sur la question – signifie un accès pour le groupe californien à l'ensemble des catalogues des éditeurs du groupe. La diffusion des œuvres qu'ils contiennent trouvera sans doute dans cet accord une nouvelle dimension. Elle pourrait toutefois accentuer l'écart existant entre ces œuvres et les œuvres de groupes ou d'éditeurs de moindres dimensions.

Il est difficile de tirer de notre analyse des conclusions sûres. Celle-ci nous confirme toutefois dans l'idée que l'apparition de droits orphelins est accentuée par la multiplicité des auteurs, et que le phénomène des œuvres orphelines concerne en priorité les cotes regroupant ce type d'œuvres. Pour autant, le traitement bibliothéconomique de ces cotes pluri-thématiques dont R est un exemple apparaît égal à celui des autres cotes, ce qui tend à montrer que les auteurs qui y sont représentés ne sont pas plus complexes à suivre et à retracer que ceux des cotes plus homogènes.

2. REPONSES CURATIVES ET PREVENTIVES

Nous avons choisi de rapprocher ces deux types de réponses dans la mesure où elles relèvent d'objectifs opérationnels proches : faire sortir les œuvres de l'orphelinat ou éviter qu'elles y entrent. Or les stratégies permettant d'atteindre ces objectifs sont également proches, sinon semblables. Il s'agit d'abord d'une mise en commun de toutes

les sources contenant des informations susceptibles de permettre l'identification des droits. C'est ensuite la mise en place d'outils de gestion des droits liés aux œuvres.

A. Utiliser et intégrer aux notices les métadonnées juridiques et commerciales

Le problème du respect du droit d'auteur est crucial dans les projets de numérisation de masse. Certains systèmes, appelés métadonnées juridiques permettent aujourd'hui de «recueillir, de conserver et de gérer, parfois automatiquement, les informations à caractère juridique qui se rattachent aux objets d'une collection numérique.»¹²⁰. Ces métadonnées de type administratif – à distinguer des métadonnées descriptives et techniques – correspondent à des éléments de gestion et d'administration des collections. Lionel Maurel signale une ambiguïté du catalogage traditionnel «entre la notion de propriété intellectuelle et deux notions connexes que sont la responsabilité intellectuelle [...] et l'adresse bibliographique.»¹²¹ C'est cette ambiguïté qui fait la limite des données bibliographiques contenues dans les notices que nous avons étudiées : celles-ci ne donnent des informations sur le statut de l'œuvre que de manière indirecte. La structure préalable à la création de ce type de métadonnées a été le langage XML (*Extensible Markup Language*) fonctionnant avec un système de balises permettant de décrire le contenu de documents de manière structurée. De nombreux développements en sont issus, appelés DRM (*Digital Rights Management*). Nous ne traiterons que quatre exemples représentatifs.

L'insuffisance des données juridiques a conduit à la création du Dublin Core en 1995, notamment sous l'égide de l'OCLC (*Online Computer Library Center*). Le Dublin Core est un schéma de métadonnées qui intègre des éléments de propriété intellectuelle en plus des éléments de contenu et de description valables pour n'importe quelle ressource en ligne. Le champ relatif au droit de ce schéma a été enrichi par une catégorie «titulaire de droits» et une catégorie «provenance/possesseur» permettant d'indiquer les changements intervenus dans la propriété de la ressource depuis sa création. Il permet par ailleurs de signaler différents niveaux d'accès à la ressource – ce pourrait être un accès depuis l'intérieur d'un réseau donné par exemple – ainsi qu'un document à valeur légale autorisant l'usage de la ressource. D'autres champs tels que la date, le titre ou le type d'œuvres donnent indirectement des informations à caractère juridique pour nommer la ressource et calculer sa durée de protection. On mesure aisément l'utilisation qui pourrait être faite de ce type de mentions dans le cadre d'une bibliothèque numérique : elles permettraient de déterminer différents niveaux d'accès, de sélectionner de manière automatique les œuvres en fonction du statut que l'on souhaite. Par ailleurs, elles permettraient de garder trace des ayants droit et d'éviter l'apparition de droits orphelins.

Un autre schéma XML, le METS (*Metadata Encoding and Transmission Standard*) «permet de créer un document qui encapsule toutes les métadonnées d'un objet numérique»¹²², et de regrouper ainsi en un seul fichier les métadonnées du document, des liens vers d'autres métadonnées stockées à part, et les fichiers qui composent le

¹²⁰ MAUREL, Lionel. *Panorama des systèmes de métadonnées juridiques et de leurs applications en bibliothèques numériques*. Les cahiers de propriété intellectuelle. Vol. 19. N°1. 01.2007. En ligne <http://archivesic.ccsd.cnrs.fr/docs/00/13/02/22/PDF/PANORAMA_DES_SYSTEMES_DE_METADONNEES_JURIDIQUES_ET_DE_LEURS_APPLICATIONS_EN_BIBLIOTHEQUE_NUMERIQUE1.pdf> On consultera avec intérêt cet article, ainsi que le chapitre qui y est consacré par Isabelle Westeel dans l'ouvrage *Numériser et mettre en ligne*. Claerr, Thierry, Westeel, Isabelle (dir.). Presses de l'ENSSIB [collection la Boîte à outils]. 2010. Villeurbanne.

¹²¹ Maurel. *Op. Cit.*

¹²² Claerr et Westeel, *Op. Cit.*

document. C'est le schéma qui a été retenu par la BnF dans le cadre du système d'archivage SPAR (Système de Préservation et d'Archive Réparti) destiné à recevoir le produit de la numérisation de conservation et de consultation, la production du dépôt légal sous forme numérique – dont le dépôt légal internet – et la production administrative et technique interne. METS est également utilisé entre autres par Persée et Cairn. Ce schéma a également connu une extension sur son volet juridique. METSRights permet une collecte plus fine des éléments juridiques, mais contrairement au Dublin Core, ne prévoit pas leur application automatique. Les informations collectées sont relativement précises : ayant-droit (nom, fonction, contact), catégorie de droits (sous-droits, sous licence, domaine public), « contexte » (utilisateurs, type d'utilisation, contraintes d'utilisation). Ce schéma apparaît donc particulièrement intéressant pour « servir de base à la création d'un fichier des titulaires de droits. » « Il s'agit plus d'un vecteur d'informations à caractère juridique à usage interne ou externe que d'un système de verrouillage. »¹²³

La création des Creative Commons – sous licence duquel est placé ce mémoire – est un système nouveau d'expression des droits qui participe de ce mouvement. Ce manifeste pour une nouvelle conception du droit que nous avons déjà évoqué consiste en un système de licences délivrées *a priori* par les créateurs de contenus. S'il constitue un DREL (*Digital Rights Expression Language*), il renverse la perspective des autres langages décrits pour autoriser les droits *a priori*, et non les canaliser *a posteriori*. Un jeu d'icônes apposées au document lui-même permet de signaler les usages autorisés, de la mention de la paternité de l'auteur à celle du refus d'une utilisation commerciale ou d'une modification, en passant par l'abandon complet des droits sur l'œuvre. Du point de vue des bibliothèques, ce système permet un signalement simple des usages autorisés de la collection numérique tombée dans le domaine public. Son usage n'est toutefois pas possible pour les œuvres indisponibles ou orphelines car seul le créateur de l'œuvre peut délivrer de telles licences. Lionel Maurel fait aussi remarquer qu'elles pourraient inspirer une signalétique nouvelle des droits des usagers quant aux collections numériques.

Enfin, une dernière catégorie de DREL permet un contrôle effectif de la diffusion des œuvres et s'applique particulièrement à la protection d'œuvres à valeur commerciale. C'est le cas notamment de l'ORDL (*Open Digital Rights Language*), standard ouvert permettant une gestion des licences et un contrôle des usages plus précis que les autres langages évoqués précédemment. Il s'appuie sur des informations sur les licences pour définir les droits liés à une ressource et à ses usages, conditions et limites autorisés. Chaque champ correspond à une action qui peut se faire selon différents usages : la zone « *transfer* » propose ainsi les usages « *sell, lend, give, lease, transfer* ». Chaque aspect de l'utilisation est ainsi encadré de manière stricte. Ce langage trouve toutefois ses limites dans l'expression du statut juridique des œuvres, moins détaillé que dans les autres langages¹²⁴. En revanche le contrôle des accès et usages, et la gestion des licences et redevances semblent très satisfaisants.

Ces langages d'expressions des droits numériques (DREL) ont permis la mise en place d'environnements numériques sécurisés du point de vue juridique, par le biais de systèmes de gestion des droits. Les DRM peuvent permettre d'alléger la charge des établissements dans la difficile gestion des droits, voire « un traitement automatisé de l'information juridique ».¹²⁵ Ils sont donc adaptés à un traitement des œuvres orphelines,

¹²³ Maurel. *Op. Cit.*

¹²⁴ Ces langages étant conçus pour un usage commercial, les contenus qu'ils fournissent sont normalement déjà encadrés par un contrat ou une licence.

¹²⁵ Maurel. *Op. Cit.*

dans la mesure où ils peuvent servir de base au développement de fichiers de titulaires de droits.

A la BnF, un projet intitulé SOLON (Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives) a été mis en place pour extraire les données de SPAR et les filtrer en fonction des droits liés au document, du statut de l'utilisateur, et des types d'utilisations autorisés. Ce module d'accès devait s'appuyer sur les notices bibliographiques et sur les fichiers autorité pour diffuser les contenus numériques en salle de lecture ou sur internet, en fonction d'arbres de décisions implémentées. Interface de gestion dynamique des droits, liée au réservoir SPAR, le projet Solon n'a toutefois pu être poursuivi faute d'un budget suffisant pour achever sa mise en place. Les droits sont donc gérés manuellement dans le catalogue. Toutefois, un projet d'envergure est en cours de gestation qui permettra d'envisager une nouvelle gestion dynamique de ces droits.

B. Le projet européen ARROW

Le projet d'une mise en commun des bases de données sur les titulaires de droits trouve son origine dans de nombreux rapports nationaux et européens.¹²⁶ Il s'est traduit par le programme expérimental ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*), puis ARROWplus, financé par la commission européenne via le programme *eContent+* qui regroupe des partenaires d'horizons différents : bibliothèques nationales et universitaires, associations d'éditeurs, organismes de gestion des droits de reproduction, sociétés de représentation des ayants droit, organismes transnationaux – TEL (*The European Digital Library*), IFRRO (*International Federation of Reproduction Rights Organisations*) –, développeurs de technologies tels que Numilog, etc.

Dans le cadre des nombreux projets de mise en ligne de contenus numérisés, aussi bien de la part des bibliothèques que des éditeurs, la question du statut des œuvres pose problème car l'information est éparpillée entre les différents acteurs. Si l'œuvre est conservée dans les bibliothèques ou les archives, les informations sur ses ayants droit se trouvent auprès des sociétés de gestion de droits ou des éditeurs. L'objectif d'ARROW est d'une part de rassembler ces informations dans des bases de données d'envergure qu'il pourra moissonner pour rechercher les informations nécessaires ou diriger l'utilisateur vers ces informations avec une pertinence accrue, et d'autre part de rendre ce processus le plus automatisé possible afin d'alléger des recherches pour l'instant lourdes, coûteuses, à l'issue incertaine, et qui dépassent souvent le coût de la numérisation elle-même. Chacun des acteurs impliqués dans le projet y trouvera un bénéfice : outre l'allègement des coûts de recherche, les bibliothèques pourront améliorer les services aux usagers et éviter de numériser ce qui l'a déjà été. Les ayants droit bénéficient d'un contrôle accru sur la diffusion de leurs contenus ; le cas échéant, ils peuvent se manifester plus simplement pour revendiquer leur droit sur une œuvre reconnue jusque-là comme orpheline. Les SPRD peuvent procurer une assistance plus efficace aux ayants droit qu'elles représentent, élargir la gamme de leurs services notamment sur la gestion numérique des droits. Les éditeurs de contenus en ligne acquièrent une plus grande visibilité sur internet pour leurs collections, atteignent de nouveaux marchés et peuvent améliorer leurs relations avec les ayants droit. La bibliothèque européenne fournit un accès à des collections plus importantes et redirige les usagers vers les ressources ou services appropriés.

¹²⁶ Voir à ce propos le premier et le dernier chapitre de notre deuxième partie.

La présence du terme « orphan » dans l'acronyme ARROW témoigne de la préoccupation de réduire le nombre d'œuvres touchées par cette situation. La mise à disposition d'une base d'informations centralisée sur les ayants droit permettrait d'éliminer ou du moins de traiter plusieurs des causes qui y conduisent : la dispersion de l'information dans ce que Marc Autret¹²⁷ appelle « le labyrinthe des sociétés de gestion de droit » et le grand nombre d'éditeurs ; la difficulté, le coût et le temps des recherches induits par cette dispersion, mais aussi le lien distendu, voire inexistant, entre éditeurs et ayants droit, une fois le cycle commercial de l'œuvre achevé.

Ce projet a pour l'instant une dimension expérimentale qui se traduit par une répartition en sept groupes de travail. Le premier concerne le pilotage global du projet et se trouve coordonné par AIE (*Associazione Italiana degli Editori*). Le volet dissémination est dirigé par l'IFRRO, les aspects juridiques et économiques par la FEP (*Federation of European Publishers*). La BnF fait partie du comité de direction et dirige le groupe de travail sur l'interopérabilité des données. Trois autres groupes touchent le processus de travail, l'implémentation du programme, et la validation du prototype. Ce dernier se présente actuellement comme une demande concernant une œuvre, un auteur, et une langue. ARROW interroge TEL et des bases de données européennes pour récolter des notices pour l'ensemble des éditions. Il déterminera ensuite si l'œuvre est encore sous-droit par le biais des notices obtenues, en contrôlant sa disponibilité, l'activité ou non de son éditeur. En fonction du résultat, l'ayant droit peut être contacté directement ou par le biais de la société de gestion de droits compétente. Si cette dernière ne possède pas de mandat et si l'ayant-droit ne peut être contacté, alors l'œuvre peut être considérée comme orpheline. Ce prototype n'a pour l'instant aucune valeur juridique, et nécessiterait un cadre législatif pour l'acquérir et organiser la gestion ultérieure de l'œuvre. Dans ce cas, celle-ci pourrait être utilisée moyennant versement d'une provision destinée à indemniser l'ayant-droit dans le cas où il se manifeste. Dans le cas contraire, la destination des sommes perçues devrait également être prévue par la loi.

C. Expérimentations ARROW, sur les recherches « manuelles » concernant la situation des œuvres

Dans le cadre du développement de ce prototype, le pilote du projet UIBK (Université d'Innsbruck) a souhaité comparer les différents processus de recherche suivis par certains établissements nationaux avec le traitement automatique par ARROW. C'est ainsi qu'il a demandé à plusieurs établissements, parmi lesquels figure la BnF, de procéder à des recherches sur un échantillon de 100 exemples représentatifs de la diversité des situations d'un point de vue juridique – auteurs morts à la guerre, œuvres anonymes ou pseudonymes, œuvres disponibles uniquement en version numérique, etc.

Nous avons pu participer à cette expérimentation en effectuant une partie des recherches pour une quinzaine de cas au total. Les recherches s'arrêtent au moment où l'on trouve trace des ayants droit. L'un des objectifs de cette expérience est de mesurer le temps de recherche pour une série donnée de vérifications pour déterminer une durée et un coût moyens. Il s'agit de déterminer le statut juridique du document et plus précisément sa forme (œuvre collective, œuvre dérivée..) et sa date d'entrée dans le domaine public, sa disponibilité ou non, et l'identité de ses ayants droit. Chaque étape de la recherche est

¹²⁷ AUTRET, Marc. *150 questions sur l'édition*, Préface de PIERRAT, Emmanuel, L'Oie plate, 2005, Paris

consignée dans un tableau conçu par UIBK, et organisé en sept champs et huit colonnes, dont nous reproduisons une capture d'écran¹²⁸.

Control number:		1412148:cb3122270aPUBLIC							
Year:	1937	Author(s)	Rivault, René	Title:		Contributor:		Publisher:	Hermann, France
<small>Please fill out the yellow cells in the "sources" sheet first! Explanation for this sheet: Please enter the control number which is used in the MARC XML for this book as well as some basic data such as year/author/title/publisher/country. Then go through the different steps and check the sources. Only the first 4 cells of sources are linked to the "sources" sheet. The not linked cells can be used for any ad-hoc source only used once. "Activity start time" means the point of time when the activity was actually started. "Activity end time" means the point of time when the activity was actually ended. Of course, there can be a lot of interruptions. Therefore the difference between these 2 points can be much higher than the real time needed for the activity. Therefore a third column was introduced: "Estimated net time". Please insert here, how many minutes you estimate that you needed really for only doing the activity.</small>									
Step	Sources	Who	Activity start time	Activity end time	Estimated net time	Availability	Result	Comments	
1	Check book metadata	Acronym	dd.mm hh:mm	dd.mm hh:mm	means "real" time, e.g. 2 min.	is book related info available in this source?	Document here any search result, e.g. authors life data, etc.	Explain here any "peculiarities"	
1_1	BNF	SL	02/07 14:22	02/07 14:25	3min	yes	bibliographic records	No death date for the author	
1_2	TEL								
1_3	WorldCat	SL	02/07 14:26	02/07 14:28	2 min	yes	Same data as Bnf		
1_4	DNB								
1_5									
1_6									
2	Check in/out of print status	Acronym	dd.mm hh:mm	dd.mm hh:mm	means "real" time, e.g. 2 min.	is book related info available in this source?	Document here any search result, e.g. authors life data, etc.	Explain here any "peculiarities"	
2_1	Electre	SL	02/07 14:29	02/07 14:30	1 min	no		Out of print	
2_2	Gallica	SL	02/07 14:35	02/07 14:37	2 min	no			

Les champs à compléter comportent la collecte d'informations sur (1) les données bibliographiques du document, (2) la disponibilité de l'œuvre, (3) les droits liés à l'œuvre, (4) l'auteur, (5) l'éditeur, (6) les autres sources d'informations possibles, (7) les coordonnées des ayants droit. Pour chacun d'eux, une série de ressources à consulter est indiquée, servant ainsi de protocole d'encadrement de la recherche. La dernière ligne du tableau UIBK résume les informations sur le document et indique s'il est sous-droit ou dans le domaine public, disponible ou non, si l'éditeur est actif ou inactif, et si l'ayant-droit a pu être identifié ou si l'œuvre risque d'être orpheline.

Avant de commenter les résultats de notre travail, plusieurs remarques préalables sont nécessaires. D'abord, nos recherches portaient sur les étapes 1, 2, 4 et 5, les autres étapes n'étant pas réalisables par nos soins faute d'accès au contact du CFC, de la SGDL, et partant aux coordonnées des ayants droit. Il faut donc supposer que la durée complète d'une recherche serait plus importante que celles que nous avons effectuées. Nous n'avons donc malheureusement pu répondre à la dernière question «l'œuvre a-t-elle un ayant-droit identifié ou est-elle présumée orpheline?». Cela nous prive d'une information précieuse. Par ailleurs, la durée de nos recherches est tributaire d'une certaine lenteur due à la prise en main des outils (du moins pour les premiers échantillons). La phase d'adaptation aux outils est du reste à prendre en compte dans toute entreprise de recherche. Ainsi le temps passé par une personne manipulant déjà les outils de la recherche est certainement plus court. Enfin, certaines recherches, notamment dans des dictionnaires de bibliographies, ont été effectuées sur certaines œuvres préalablement à notre travail. Nous incluons le temps qu'elles ont représenté. Ces réserves posées, voici un tableau synthétisant les résultats des recherches :

¹²⁸ Nous reproduisons l'intégralité de ce tableau en annexe.

Sous-droits	Domaine Public	Disponible	Indisponible	Actif	Inactif	Durée
1	0	0	1	1	0	37
1	0	0	1	1	0	36
1	0	0	1	0	1	16
0	1	0	1	0	1	12
1	0	0	1	0	1	59
0	1	0	1	1	0	5
0	1	0	1	0	1	57
0	1	0	1	1	0	48
0	1	0	1	0	1	9
1	0	0	1	0	1	14
1	0	0	1	0	1	77
1	0	0	1	0	1	11
1	0	0	1	1	0	58
1	0	0	1	1	0	36
1	0	0	1	0	1	16
10	5	0	15	6	9	32,75

D'abord, aucune des œuvres étudiées n'était disponible commercialement. UIBK ne l'a pas établi comme critère de sélection des exemples à analyser. Il est probable qu'un échantillon plus large aurait permis d'en identifier, comme la recherche sur les extractions de catalogue l'avait permis. Toutefois, comme nous l'avons signalé, les droits orphelins concernent essentiellement des œuvres sorties du circuit commercial. Il est donc naturel que cette situation touche en majorité – sinon uniquement – des œuvres indisponibles.

On constate par ailleurs que la durée des recherches est très inégale. Elle peut aller de 5 à 77 minutes. Le résultat des recherches n'est pour autant pas forcément plus fourni dans le cas de recherches longues. Le cas ayant nécessité une recherche totale de 77 minutes concerne une œuvre sous-droit, indisponible, mais dont l'éditeur est actif ; pour une autre œuvre dans la même situation une recherche de 8 minutes a suffi. Tout dépend donc non de la situation de l'œuvre, mais de la présence ou non des informations utiles dans les bases les plus utilisées, et de l'ordre dans lequel ces bases sont consultées. Le professionnalisme et l'expérience de la recherche peuvent sans doute permettre de raccourcir les délais de recherche dans la mesure où certaines compétences sont très utiles. Savoir où trouver l'information, connaître les outils les plus rapides semblent les premières de ces compétences. Le champ « informations sur l'auteur » signale à lui seul 66 sources susceptibles d'apporter des éléments. La sélection de ces sources et leur connaissance est donc primordiale. Dans ce cadre, l'intérêt d'une recherche automatisée est la prise en charge de requêtes simultanées et leur réponse rapide. Le prototype d'ARROW ne supporte actuellement que trois requêtes en même temps et ne peut y répondre que dans des délais importants. Il doit donc encore être développé techniquement, et apporter la preuve de sa fiabilité et de son intérêt auprès des différents acteurs de la chaîne du livre. Si les bibliothèques et les éditeurs ont tout intérêt à ce qu'un tel programme aboutisse la question se pose de savoir si les ayants droit approuveront ce procédé, dans la mesure où il justifierait – et peut-être faciliterait – la reconnaissance d'œuvre comme étant orphelines.

Conclusion

L'utilisation des œuvres orphelines n'est pas réglée. On a évoqué l'annonce le 22 septembre de l'affectation de 750 millions d'euros au financement de la numérisation des contenus culturels, scientifiques et éducatifs dans le cadre du grand emprunt. Le ministre de la culture Frédéric Mitterrand œuvre à la mise en place d'une proposition nationale légale concertée, consistant à « numériser les livres indisponibles du XXe siècle sous droits ». Lors du discours de clôture du forum de la SGDL le 14 octobre, portant cette année sur le thème de la gestion collective, il a évoqué l'exploitation des œuvres orphelines comme un « prolongement de la gestion collective [...] aujourd'hui envisageables pour le livre, sur la base d'une évolution [du] code de la propriété intellectuelle. »¹²⁹ La proposition de loi du 28 octobre adoptée en première lecture au Sénat et l'annonce d'une Directive européenne sur la question pour la fin de l'année 2010 signalent une issue proche. Toutefois, le protocole d'accord entre Hachette Livre et Google présenté le 17 novembre semble remettre en cause la position unique adoptée jusqu'alors par les éditeurs. Cet accord présenté comme « gagnant-gagnant » et dont les dispositions sont susceptibles d'être « reprises par tous les éditeurs français qui le souhaiteraient »¹³⁰ prévoit le contrôle de la numérisation des œuvres par Hachette : le groupe français détermine ainsi les œuvres qu'il souhaite voir numériser – ou mettre en ligne, lorsqu'elles l'ont déjà été – par Google. Par ailleurs, il dispose de l'utilisation du fichier numérisé : celui-ci peut être mis en ligne et distribué via les plates-formes commerciales en ligne, dont Google Editions ou il peut être simplement indexé par ces plates-formes et sera utilisé par Hachette à des fins non-commerciales. Enfin Hachette entend faire bénéficier la BnF des œuvres numérisées dans le cadre du protocole. Celui-ci est donc présenté comme une solution bénéficiant à tous les acteurs, y compris publics. Les éditeurs l'ont accueilli favorablement dans l'ensemble, comme un premier accord équilibré et le signe que Google entend désormais se plier aux règles du droit d'auteur. Bruno Racine y voit lui-aussi « le signe qu'on passe d'une logique de conflit à une logique de coopération. » La position du SNE, toujours en procès avec Google, est plus prudente. Il rappelle que ce dernier n'a, « à ce jour, jamais respecté ses engagements à l'égard du droit de la propriété intellectuelle. » Le Ministère rappelle dans un communiqué « que les questions de la numérisation et des droits des œuvres indisponibles font l'objet d'un travail commun entre l'ensemble des éditeurs, les auteurs et le ministère de la Culture et de la Communication dans le cadre des Investissements d'Avenir, afin de préserver au mieux les droits de la création, les intérêts économiques de la filière, y compris les libraires, et les attentes du public. »¹³¹ Le protocole doit donc respecter les principes de cette concertation.

L'« affaire » des œuvres orphelines est donc d'une actualité brûlante, et l'équilibre que le ministre de la Culture et de la Communication appelle de ses vœux semble plus que jamais nécessaire pour garantir une solution viable où chacun trouve son compte. Un mécanisme permettant leur gestion est envisagé à relativement court terme. L'option de la gestion collective obligatoire semble avoir la préférence des autorités. Plusieurs difficultés se présentent pour sa mise en œuvre. On a pu mesurer combien toute

¹²⁹ Frédéric Mitterrand. Discours de clôture du forum de la Société des Gens de Lettres. Paris. 14.10.2010. [En ligne] <<http://www.sgdl.org/toutes-les-actualites/694-discours-de-cloture-de-frederic-mitterrand?1f378a47b733c0dcd5b334d850ee4020=b463321f4a04e96ce987c4c8c9d3a54a>>

¹³⁰ Communiqué du groupe Hachette Livres. 17.11.2010. [En ligne] <<http://www.hachette.com/mag/026/000000012123/communiqua-du-groupe-hachette-livre.html>>

¹³¹ Communiqué du Ministère de la Culture et de la Communication. 17.11.2010. [En ligne] <<http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presses/Communiqués/Protocole-d-accord-conclu-entre-Google-et-Hachette-Livre>>

modification du droit de la propriété intellectuelle est sensible. Des solutions différenciées ou suffisamment souples sont souhaitables afin de permettre des usages variés – numérisation à des fins non commerciales ou, au contraire, nouvelle exploitation d’une œuvre par exemple. La préservation d’un équilibre entre les intérêts de chacun ne doit pas empêcher la simplicité et l’homogénéité du mécanisme qui garantira sa mise en œuvre et, partant, le strict respect du droit d’auteur. Cette solution doit donc passer prioritairement par un redéploiement des compétences des sociétés de perception et de répartition des droits plutôt que par la création d’un nouvel organisme qui ajouterait à la complexité de la gestion collective des droits.

Le nombre de rapports publiés et de groupes de travail réunis pour réfléchir à cette question témoigne d’un effort d’analyse et de prospection à tous les niveaux pour apporter des réponses adaptées aux attentes de chacun. A travers l’adaptation des mécanismes traditionnels, qu’ils soient législatifs, contractuels, ou documentaires, l’objectif de ces réponses est de faire sortir les œuvres orphelines de leur situation, de faciliter leur utilisation et de prévenir leur apparition. Cette préoccupation s’inscrit dans un contexte plus large marqué par le sceau de l’action. Après l’échec vécu par l’industrie musicale faute d’une prise en compte suffisamment rapide des nouveaux enjeux du marché numérique, chacun souhaite éviter qu’une telle situation ne se reproduise pour un autre secteur. Dans le cadre des investissements d’avenir, un appel à projets

dédié à la numérisation et la valorisation des contenus culturels, scientifiques et éducatifs a été lancé le 8 décembre par le ministre de la Culture et de la Communication, le ministre chargé de l’industrie, de l’énergie et de l’économie numérique et le commissaire général à l’investissement¹³². Cet appel à projet organisé autour de trois axes – production, traitement et gestion, et mise à disposition de contenus numériques – devrait contribuer à « renforcer et à stimuler le potentiel de croissance des filières de contenus numériques », ainsi que les « projets de collaborations entre fournisseurs de contenus, acteurs technologiques et organismes de recherche, en vue de développer des solutions innovantes pour la numérisation, l’indexation, la gestion et la valorisation de contenus culturels, scientifiques et éducatifs »¹³³.

Cette effervescence témoigne aussi d’une évolution des compétences dans les métiers des bibliothèques vers des spécialisations techniques et juridiques. En effet, à mesure que des sujets comme celui des œuvres orphelines prennent de l’importance, le besoin d’expertise se démultiplie : « dans l’ordre numérique, toute question est à la fois juridique, économique et technique. »¹³⁴

¹³² On pourra consulter l’intégralité de cet appel à projet à l’adresse URL suivante : <http://www.industrie.gouv.fr/fsn/numerisation/AAP-NUMERISATION-VALORISATION-CONTENUS.pdf>

¹³³ Communiqué du Ministère de la Culture et de la Communication du 08.12.2010. [En ligne] < <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presses/Communiqués/Investissements-d-avenir-Lancement-de-l-appel-a-projets-Numerisation-des-contenus>>

¹³⁴ GIMAZANE, Rémi. , *L’intégration des enjeux numériques dans la politique du livre et de la lecture (2005-2010)*. Documentaliste. Sciences de l’information. 2010. Vol 47 n°2.

Sources

ENTRETIENS :

- Denis Bruckmann, Directeur général adjoint de la BnF, directeur des collections, en charge des questions scientifiques et techniques. 10.06.2010

- Lionel Maurel, Département de la Coopération - Service Pôle Associés Gallica. BnF. 15.06.2010

- Claire Simon, Chef de la mission de coordination – Direction des collections. BnF 15.06.2010 ; 29.06.2010 ; 04.10.2010

- Eric Dussert, Coordinateur de la numérisation des imprimés. BnF 15.06.2010 ; 29.06.2010 ; 04.10.2010

- Sophie Sepetjan, Directrice adjointe du département des affaires juridiques et de la commande publique. BnF 28.06.2010

- Valérie Dhiver. Programme ARROW. BnF. 29.06.2010

- Rémi Gimazane. Service du Livre et de la Lecture. Département de l'édition et de la librairie. Ministère de la Culture et de la Communication. 29.06.2010

Bibliographie et webographie

L'ensemble des adresses URL citées a été vérifié le 22.12.2010.
Les textes de loi et rapports sont présentés par ordre chronologique.

Textes de loi

France :

Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique [en ligne] URL <<http://admi.net/jo/loi57-298.html>>

Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle. [en ligne] URL <<http://www.admi.net/jo/loi85-660.html>>

Code de la propriété intellectuelle. Version en vigueur au 22.12.2010 [en ligne] URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=985777A56D0E1A2F27748693999FD83F.tpdjo11v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20101222>

Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information . Version consolidée au 14.06.2009 [en ligne] URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3DC61E7F6C950975D293E2D43269EEBA.tpdjo07v_3?cidTexte=LEGITEXT000006054152&dateTexte=20101222>

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Version consolidée au 30.10.2009 [en ligne] URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=985777A56D0E1A2F27748693999FD83F.tpdjo11v_1?cidTexte=LEGITEXT000020736830&dateTexte=20101222>

Proposition de loi relative aux œuvres visuelles et modifiant le code de la propriété intellectuelle. N°441. [en ligne] URL : <<http://www.senat.fr/leg/pp109-441.html>>

International :

Convention de Berne pour la protection littéraire et artistique. 09.09.1886, dernière modification le 27.09.1979. [en ligne] URL: <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html>

DIRECTIVE 2001/29/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. [en ligne] URL: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>>

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. adopté à Genève le 20 décembre 1996. [en ligne]. URL : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html>

Rapports et documents institutionnels

France :

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Stasse, François. *Rapport au ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*. Avril 2005. 16p. [en ligne] URL <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/stasse/stasse.rtf>>

FRANCE Commission pour la relance culturelle. *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle*. 22.02.2007. 295p. [en ligne] URL <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/LivreblancCPRC.pdf>>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Barluet, Sophie. *Mission 2010 Pour que vive la politique du livre*. juin 2007. 148p. [en ligne] URL <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000434/0000.pdf>>

FRANCE. IGF/IGAAF. Cordier, Alain, Fontaine, Bernard, Binh Lê Nhat. *Rapport sur la chaîne du livre*. Juillet 2007. 52p. [en ligne] URL <http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/806.pdf>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Gallimard, Antoine. *Rapport*. 12.09.2007. 10p. [en ligne] URL <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapportgallimard07.pdf>>

FRANCE. CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET ARTISTIQUE. *Commission sur les œuvres orphelines*. Présidée par MARTIN, Jean. 19.03.2008. 62p. [en ligne] URL <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>

FRANCE. CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET ARTISTIQUE (CSPLA). *L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe*. Contribution indépendante de LANG, Bernard au rapport de la Commission sur les œuvres orphelines. 17.03.2008. 30p. [en ligne] URL <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Poivre d'Arvor, Oliver. Wagner, Marc-André. *Quelle perspective pour la politique publique de soutien au livre français à l'étranger, propositions pour une stratégie concertée des acteurs publics*. 02.2009. 102p. [en ligne] URL <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000466/0000.pdf>>

FRANCE. CONSEIL DU LIVRE. Racine, Bruno. *Schéma numérique des bibliothèques*, décembre 2009. 88p. [en ligne] URL <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000143/0000.pdf>>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. Gaymard, Hervé. *Situation du livre, Evaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives*. 03.2009. 422p. [en ligne] URL <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/rapport_gaymard.pdf>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. ZELNIK, Patrik; TOUBON, Jacques; CERRUTI Guillaume. *Création et internet*. 06.01.2010. 147p. [en ligne] URL <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/10400006/index.shtml>>

FRANCE. MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. TESSIER, Marc. *Rapport sur la numérisation du patrimoine écrit*. 12.01.2010. 64p. [en ligne]. URL : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000016/0000.pdf>>

FRANCE. PREMIER MINISTRE. Albanel, Christine. *Pour un livre numérique créateur de valeurs*. 15.04.2010. 33p. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=104000189&brp_file=0000.pdf>

MOTif. Observatoire du livre et de l'écrit en Ile de France. ASTIER Pierre, PECHER Laure. *Le droit d'auteur en usage en Europe*. 10.2010. 117p. <http://www.lemotif.fr/fichier/motif_fichier/184/fichier_fichier_le.droit.d.auteur.en.usag.e.europe2.pdf>

Europe :

COMMISSION EUROPEENNE. GROUPE DES REPRESENTANTS NATIONAUX. *Principes de Lund*. 04.04.2001. 6p. [En ligne] URL <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/ist/docs/digicult/lund_principles-fr.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. GROUPE DES REPRESENTANTS NATIONAUX. *Plan d'action de Lund*. 04.04.2001. [En ligne] URL <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/ist/docs/digicult/lund_principles-fr.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Interim Report*. 16.10.2006. 20p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/interim_report_16_10_06.pdf>

ROYAUME-UNI. INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. *Gowers review on intellectual property*. 11.2006. 146p. [en ligne] URL <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/gowers_review_index.htm>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Digital Libraries and public sector information. VETULANI Agnieszka. *The Problem of Orphan Works in the EU : an overview of legislative solutions and main actions in this field*. 02.2008. 59p. [en ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/report_orphan_vetulani%20%28corrected%20version%29%20%282%29.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*. 04.06.2008. 30p. [En ligne] URL

<http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Sector-specific guidelines on due diligence criteria for orphan works. Joint Report.* 04.06.2008. 7p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf>

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, CREWS, Kenneth, *Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et des services d'archives.* Genève, 2008. 476p. [en ligne] URL <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_17/sccr_17_2.pdf>

ROYAUME-UNI. INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE © *the way ahead: A Copyright Strategy for the Digital Age 2009.* 2009. 54p. [En ligne] URL <<http://www.ipo.gov.uk/c-strategy-digitalage.pdf>>

COMMISSION EUROPEENNE. *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* [Non publié au Journal officiel]. Bruxelles. 19.10.2009. [en ligne] URL <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/mi0045_fr.htm>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. *Audition publique sur les œuvres orphelines,* Bruxelles. 26.10.2009. 2p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/orphanworks/report_fr.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. Copyright Subgroup. *Final Report "Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future".* 12.2009. 17p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hleg_final_report09.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON DIGITAL LIBRARIES. *i2010 Digital libraries initiative: recommendations and challenges for the future.* 12. 2009. 17p. [en ligne] URL : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Access to Information. VUOPALA, Anna. *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance.* 05.2010. 47p. [En ligne] URL <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>

COMMISSION EUROPEENNE. DIRECTION GENERALE DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION ET DES MEDIAS. Unit E4 Digital Libraries and Public Sector Information. VETULANI Agnieszka. *The Problem of Orphan Works in the EU An overview of legislative solutions and main actions in this field*. 02.2008. 59p. [En ligne] URL

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/report_orphan_stagiaire_2/report_orphan_vetulani%20%28corrected%20version%29%20%282%29.pdf

COMMISSION EUROPEENNE. EContentplus. ARROW. *Report on legal framework E d.2*. 01.08.2010. 31p. [En ligne] URL <http://www.arrow-net.eu/sites/default/files/D3.5_report_on_legal_framework_Ed2.pdf>

Sélection de pages ou de communiqués de groupements d'intérêts ou d'associations professionnelles

INTERNATIONAL FEDERATION OF REPRODUCTION RIGHTS ORGANISATIONS (IFRRO). *Statement on Orphan Works*. 05.2007. 1p. [en ligne] URL <http://www.ifrro.org/upload/documents/IFRRO%20Statement%20on%20Orphan%20Works%20May%202007.pdf>

INTERNATIONAL FEDERATION OF LIBRARY ASSOCIATIONS AND INSTITUTIONS (IFLA), PUBLISHER'S ASSOCIATION (IPA), *Joint statement on Orphan Works*. 06.2007. 2p. [en ligne] URL <<http://www.ifla.org/VI/4/admin/ifla-ipaOrphanWorksJune2007.pdf>>

GROUPEMENT EUROPEEN DES SOCIETES D'AUTEURS ET DE COMPOSITEURS (GESAC). *L'Initiative européenne en matière de bibliothèque numérique – Le point de vue des parties intéressées, Contribution du GESAC*. Séminaire du 14.09.2007. Bruxelles. 4p.

INTER-ASSOCIATION ARCHIVES BIBLIOTHEQUES DOCUMENTATION (IABD). *Non au règlement Google Livres en France Oui à une solution publique alternative grâce à l'emprunt national*. Communiqué du 07.09.2009. 3p. [en ligne] URL <<http://www.iabd.fr/IMG/pdf/IABD-communique-Google-2009-09-07.pdf>>

INTER-ASSOCIATION ARCHIVES BIBLIOTHEQUES DOCUMENTATION (IABD). *Numériser et communiquer en toute légalité les oeuvres orphelines au public*. Déclaration du 02.12.2009. 4p. [en ligne] URL <<http://www.iabd.fr/IMG/pdf/IABD-Declaration-oeuvres-orpheline.pdf>>

EUROPEAN NETWORK FOR COPYRIGHT IN SUPPORT OF EDUCATION AND SCIENCE (ENCES). *New Directive on Orphan Works?*. 25.11.2010 [en ligne] URL <[http://www.ences.eu/newsarchive/90c1f6c2bd5eaafea81849b53194d05f/?tx_mininews_pi1\[showUid\]=33](http://www.ences.eu/newsarchive/90c1f6c2bd5eaafea81849b53194d05f/?tx_mininews_pi1[showUid]=33)>

Droit d'auteur et numérisation en bibliothèques

Droit d'auteur et propriété intellectuelle

BENHAMOU Françoise, FARCHY Joëlle. *Droit d'auteur et copyright*. Paris. La Découverte. 2007. 123p. ISBN : 978-2-7071-5062-2

CARON Christophe. *Abus de droit et d'auteur*. Paris. Litec. 1998. 341p. ISBN : 2-7111-2951-9

HUGO Victor. Congrès littéraire international, discours d'ouverture, séance publique du 17 juin 1878. In : *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles*. IV. J. Hetzel. Paris. 1880. 414p. [en ligne] URL

<<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k374591/f91.image.pagination.r=Congr%C3%A8s+litt%C3%A9raire+international+1878+Victor+Hugo.langFR>>

PIERRAT, Emmanuel. *Le droit du livre*. Paris. Editions du Cercle de la librairie, 2005. 372p. ISBN : 2-7654-0792-4

SAGOT-DUVAUROUX Dominique. La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle. In : *Les Majorats littéraires, de Proudhon, et autres textes choisis et présentés par D. Sagot-Duvauroux*. Les Presses du réel. Paris. 2002. [en ligne] URL <<http://www.lespressesdureel.com/PDF/224.pdf>>

WHITTAKER Isabelle. *La question des formalités préalables de protection au regard de la Convention de Berne et de la législation américaine et française*. Paris. 23.02.2008. [En ligne] URL <<http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-question-des-formalit%C3%A9s-pr%C3%A9alables-de-protection-au-regard-de-la-convention-de-berne-et-d>>

WHITTAKER Isabelle. *Les dispositions légales contre le contournement des mesures techniques pour la protection du droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*. Paris. 18.04.2010. [en ligne] URL <<http://m2bde.u-paris10.fr/content/les-dispositions-l%C3%A9gales-contre-le-contournement-des-mesures-techniques-pour-la-protection-d>>

Numérisation et bibliothèques

CANTEAU Alina. *Sélection de documents du Département Sciences et Techniques de la BnF en vue de leur intégration dans Gallica2 : rapport de stage de Master*. Master SIB. Villeurbanne : ENSSIB. 06.2007. 98p. [en ligne] URL <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-2025>>

CHANTEPIE Philippe, LE DIBERDER Alain. *Révolution numérique et industries culturelles*. La Découverte. Paris. 2005. 122p. ISBN : 2-7071-4511-4

CLAERR Thierry, WESTEEL Isabelle (dir.) *Numériser et mettre en ligne*. Presses de l'ENSSIB [collection la Boîte à outils]. Villeurbanne. 2010. 199p. ISBN : 978-2-910227-80-7

DARNTON Robert. *La bibliothèque universelle, de Voltaire à Google*. In : Le Monde Diplomatique. 03.2009. [En ligne] URL <<http://www.monde-diplomatique.fr/2009/03/DARNTON/16871#nh2>>

GIMAZANE Rémi. *L'intégration des enjeux numériques dans la politique du livre et de la lecture* (2005-2010). Documentaliste. Sciences de l'information. 2010. Vol 47 n°2.

HOORN Esther. *Creative Commons Licences for cultural heritage institutions, A Dutch perspective*, IvIR. Amsterdam. 09.2006. 73p. [en ligne] URL <http://www.ivir.nl/creativecommons/CC_for_cultural_heritage_institutions.pdf>

ROUET François. *Le livre : mutations d'une industrie culturelle*. La documentation française. Paris. 2000. 306p. ISBN : 2-11-004459-4

TREGOUET René. *Edito : De Borges à Google : le rêve d'une bibliothèque universelle devient réalité*. In. @RT Flash. Lettre 328 du 18 au 24 mars 2005. [site en ligne] URL <http://www.tregouet.org/edito.php3?id_article=382>

ZWIRN Denis. *Etude en vue de l'élaboration d'un modèle économique de participation des éditeurs à la bibliothèque numérique européenne, 2007*. 10.04.2007. 80p. [en ligne] URL <<http://www.arald.org/ressources/pdf/dossiersenligne/EUROPEANA-NUMILOG2007.pdf>>

Droit d'auteur et numérisation

AGNEW Grace. *Digital Rights Management : a librarian's guide to technology and practice*. Chandos publishing. Oxford. 2008. ISBN : 978-1-84334-125-3

ALIX Yves (dir.). *Le droit d'auteur et les Bibliothèques*. Editions du Cercle de la Librairie. Paris. 2000. 237p. ISBN : 2-7654-0785-1

BEUVE-MERY Alain. *Querelle financière entre auteurs et éditeurs*. In : Le Monde des livres. 17.12.10. [En ligne] URL <http://www.lemonde.fr/livres/article/2010/12/17/querelle-financiere-entre-auteurs-et-editeurs_1454680_3260.html#ens_id=561616>

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE France. *Dématérialiser la production normative : présentation du projet Solon*. 16.12.2004. [en ligne] URL <<http://www.frlii.org/IMG/pdf/solon.pdf>>

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE. *Diffusion d'œuvres sous-droit : contrats sur des collections particulières*. Mise à jour le 28.09.2010 [page en ligne] URL <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_collections_particulieres.html?first_Rub=non#SHDC_Attribute_BlocArticle_0BnF>

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE. *Diffusion d'œuvres sous-droit : expérimentation avec les éditeurs*. Mise à jour le 28.09.2010. [page en ligne] URL <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_edistributeurs.html?first_Art=non&first_Rub=non>

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE. *Diffusion d'œuvres sous-droit : loi DADVSI*. Mise à jour le 28.09.2010. [page en ligne] URL <http://www.bnf.fr/fr/professionnels/gerer_les_droits/i.gerer_sousdroits/s.numerisation_sousdroit_loi_dadvs.html?first_Art=non&first_Rub=non>

DELAMOTTE Eric, LAMARCHE Thomas, ZIMMERMAN Jean-Benoît [et al.]. *La propriété intellectuelle emportée par le numérique*. Dossier spécial de : "Terminal : technologie de l'information, culture & société" ISSN 0997-5551, (2008-2009, automne-hiver) n°102. 199p. ISBN : 978-2-296-07488-0

DOUEIHI Milad. *La grande conversion numérique*. Traduit de l'anglais par Paul Chemla. Ed. du Seuil. Paris. 2008. 271p. ISBN : 978-2-02-096490-6

DUSSOLIER Séverine. *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*. Larcier. Bruxelles. 2005. 582p. ISBN : 2-8044-1716-6

LUCAS André. *Droit d'auteur et numérique*. Litec. Paris. 1998. 355p. ISBN : 2-7111-2925

MARTIN, Alban. *Et toi, tu télécharges ? Industries du divertissement et des médias à l'ère du numérique*. Pearson education France. Paris. 2010. 214p. ISBN : 978-2-7440-6421-0

MAUREL Lionel. *Bibliothèques numériques: le défi du droit d'auteur*. Presses de l'ENSSIB. Villeurbanne. 2008. 356p. ISBN : 978-2-910227-69-2

MAUREL Lionel. *Panorama des systèmes de métadonnées juridiques et de leurs applications en bibliothèques numériques*. Les cahiers de propriété intellectuelle. Vol. 19. N°1. 01.2007. [En ligne] URL <http://archivesic.ccsd.cnrs.fr/docs/00/13/02/22/PDF/PANORAMA_DES_SYSTEMES_DE_METADONNEES_JURIDIQUES_ET_DE_LEURS_APPLICATIONS_EN_BIBLIOTHEQUE_NUMERIQUE1.pdf>

MITTERRAND Frédéric [Ministre de la Culture et de la Communication]. Discours de clôture du forum de la Société des Gens de Lettres. Paris. 14.10.2010. [En ligne] <<http://www.sgdl.org/toutes-les-actualites/694-discours-de-cloture-de-frederic-mitterrand?1f378a47b733c0dcd5b334d850ee4020=b463321f4a04e96ce987c4c8c9d3a54a>>

NGUYEN DUC LONG, Christine. *La numérisation des œuvres : aspects de droits d'auteur et de droits voisins*. Paris, Litec, 2001. ISBN : 2-7111-3278-1

RIFKIN Jérémie. *L'âge de l'accès, la nouvelle culture du capitalisme*. traduit de l'anglais (États-Unis) par Marc Saint-Upéry. La Découverte. Paris. 2000. 395p. ISBN : 2-7071-4608-0

SOCIETE DES GENS DE LETTRES. *La question des droits numériques*. Paris. [page en ligne] URL <<http://www.sgdl.org/les-services/les-contrats/550-la-question-des-droits-numeriques>>

SYNDICAT NATIONAL DE L'ÉDITION. *Les enjeux*. [page en ligne] URL <<http://www.sne.fr/pages/les-enjeux/bibliotheques-numeriques/portail-de-la-bnf.html>>

Publie.net, édition numérique. *Publie.net révolutions douces : le contrat auteur d'édition numérique*. 06.12.2008. Paris. Le tiers livre [blog en ligne] URL <<http://www.tierslivre.net/spip/spip.php?article1540>>

Œuvres orphelines

DORSTTER Laura. *Les solutions envisagées en France et en Grande Bretagne pour répondre à l'insécurité juridique liée aux oeuvres orphelines*. Paris. 21.04.2009. [en ligne] URL <<http://m2bde.u-paris10.fr/content/les-solutions-envisag%C3%A9es-en-france-et-en-grande-bretagne-pour-%C3%A9pondre-%C3%A0-lins%C3%A9curit%C3%A9-juridiqu>>

FABIANI Marie-Hélène. *La diffusion et l'appropriation des oeuvres orphelines à l'occasion de l'affaire Google*. In: Gazette du Palais. N°169-170 du 18-19.06.2010. Lextenso. Paris. 2010.

HUMBERT Pauline. *De l'encadrement légal des œuvres orphelines*. édité sur le site Juriscom.net le 10/12/2010. [en ligne] URL <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1279>>

KLIMPEL Paul. *Les œuvres orphelines : quelques réflexions au sujet des œuvres orphelines et de leurs familles d'accueil*. 64^e Congrès de la Fédération internationale des archives du film. Paris. 04.2008. En ligne : URL <http://www.cnc-aff.fr/internet_cnc/Internet/ARemplir/Docs/Klimpel_fr.pdf>

LANG Bernard. *Œuvres orphelines – éditions épuisées*. 09.2007. [page de liens en ligne] URL <<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/>>

VAN GOMPEL, Stef. *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*. Iris plus 2007/4. Strasbourg. 04.2007. [En ligne] URL <http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.fr>

Google

Hachette Livre. *Google et Hachette Livre signent un protocole d'accord*. [Communiqué]. 17.11.2010. [En ligne] URL <<http://www.hachette.com/press/google-et-hachette-livre-signent-un-protocole-d-accord.html>>

JACQUESSON, Alain. *Google Livres et le futur des bibliothèques numériques*. Paris, Editions du Cercle de la Librairie, 2010. 223p. ISBN : 978-2-7654-0980-9

JEANNENEY Jean-Noël. *Quand Google défie l'Europe : plaidoyer pour un sursaut*. Mille et une nuits. Paris. 2005. 113p. ISBN : 2-842-05912-3

MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION. *Protocole d'accord conclu entre Google et Hachette Livre*. [Communiqué]. 17.11.2010. [En ligne] URL

<http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presse/Communiqués/Protocole-d-accord-conclu-entre-Google-et-Hachette-Livre>

RACINE, Bruno. *Google et le nouveau monde*. Paris, Plon, 2010, 149p. ISBN : 978-2-259-21203-8

Table des annexes

ANNEXE 1 : TABLEAU DE LA COTATION CLEMENT ACTUALISEE ET UTILISEE JUSQU'EN 1996.....	92
ANNEXE 2 : COPIE D'ECRAN D'UN TABLEAU D'ANALYSE DES EXTRACTIONS DU CATALOGUE POUR LA COTE YBIS (1920).....	93
ANNEXE 3 : COPIE D'ECRAN D'UN TABLEAU D'ANALYSE POUR L'EXPERIMENTATION ARROW.....	95

Annexe 1 : Tableau de la cotation Clément actualisée et utilisée jusqu'en 1996

A	Ecriture Sainte
B	Liturgie
C	Pères de l'Eglise
D	Théologie catholique
D2	Théologie non catholique
E	Droit canonique
F	Droit et jurisprudence
G	Géographie et histoire générale
H	Histoire ecclésiastique
I	Histoire ancienne et histoire des pays du Bassin méditerranéen
K	Histoire d'Italie
L	Histoire de France
M	Histoire de l'Allemagne et des pays d'Europe du Nord et du Centre
N	Histoire de la Grande Bretagne et de l'Irlande
O	Histoire d'Espagne et du Portugal
O2	Histoire d'Asie
P	Histoire d'Amérique
P2	Histoire d'Océanie
Q	Bibliographie
R	Sciences philosophiques, morales et physiques
S	Sciences naturelles
T	Sciences médicales
V	Sciences et art
X	Linguistique et rhétorique
XO	Langues orientales
Y	Poésie et théâtre
Y2	Romans
Z	Polygraphies et mélanges

Annexe 2 : Copie d'écran d'un tableau d'analyse des extractions du catalogue pour la cote Ybis (1920)

				Données commerciales				Données permettant de déduire le statut juridique de				Statut présumé de l'œuvre		
Titre	Auteur principal	Editeur	Ville	Notice auteur	Domaine du	Disponibilité	Editeur en ac	Autre édition	Version de	Date	Date de	Œuvre sous	Œuvre libre	œuvre de
									cette édition					
								(ou d'une	Type	domaine	Information	l'auteur		douteux
								autre)	d'auteurs	public	manquante			
								numérisée						
Crainquebille, France	Anatol C. Levy	Paris	Paris	oui	Littérature	oui	oui	oui	http://visu	1997 /		1924	x	
Ménétès-le-Til	Huet, Maurice	Librairie des le	Paris	oui	Littérature	non	non	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
Le Doute	Istvie, E.	Gauthier-Villa	Paris	non	Littérature	non	non	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
La Fin d'un be	Jaloux, Edmor	La Renaissanc	Paris	oui	Littérature	non	oui	oui (4)	non	auteur unique	2019 /	1949 x		
Le Poète rusti	Jammes, Fran	Mercure de Fr	Paris	oui	Littérature	non	oui	oui (4)	non	auteur unique	2008 /	1938	x	
Contes de la v	Jasinski, Max	Vuibert	Paris	oui	Littérature	non	oui	oui (3)	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
La quenouille	Jean-Javal, Lil	B. Grasset	Paris	oui	Littérature	non	oui	oui (3)	non	auteur unique	2028 /	1958 x		
Au Carmel, ro	Jollivet-Castel	Bibliothèque (Paris	Paris	oui	Littérature	non	non	non	non	auteur unique	2007 /	1937	x	
L'Entrave, ron	Colette (pseuc	E. Flammarior	Paris	oui	Littérature	oui	oui	oui	non	auteur unique	2024 /	1954 x		
Morceau de r	Juhellé, Albert	E. Fasquelle	Paris	non	Littérature	non	non	oui (une en 15	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
Un aristocrate	Keim, Albert	A. Michel	Paris	oui	Littérature	non	oui	non	non	auteur unique	2017 /	1947 x		
Le Vent du lar	Kerst, Mauric	F. Lointier	Paris	non	Littérature	non	non	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
Les Deux som	La Brête Jean	Plon-Nourrit e	Paris	non	Littérature	non	non (repris)	non	non	auteur unique	2015 date de mort (1945 x		
L'Amour le pl	La Bruyère, Re	collection Stel	Paris	non	Littérature	non	non	oui	non	auteur unique	2021 date de mort (1951 x		
La Vie inquiè	Lacretelle, Jac	B. Grasset	Paris	oui	Littérature	non	oui	oui	non	auteur unique	2065 /	1985 x		
Moralités lége	Laforge, Jule	G. Crès	Paris	oui	Littérature	oui chez un a	non	oui	non	auteur unique	1957 /	1887	x	
Un drame en l	Lagrange, Pau	Perrin	Paris	non	Littérature	non	oui	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
L'Oiseleur des	La Guérinière, E.	Figuière	Paris	non	Littérature	non	non	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
Où va l'amour	Landre, Jeann	A. Michel	Paris	non	Littérature	non	oui	non	non	auteur unique	2006 /	1936	x	
Un auteur foli	Landre, Jeann	J. Ferenczi	Paris	non	Littérature	non	non	non	non	auteur unique	2006 /	1936	x	
Le Drame mys	Langlois, Jacq	Plon-Nourrit e	Paris	non	Littérature	non	non (repris)	non	non	auteur unique inconnue	date de mort (non			x
Le Chemin de	Ernest Péroch	G. Clouzot	Niort	oui	Littérature	oui (chez autr	non	oui	non	auteur unique	2012	1942 x		
Les conquêtes	Mme Charles	A. Mame et fil	Tours	non	Littérature	non	non	oui	non	auteur unique inconnue	inconnue			x
Brouillonne et	Pierre Perraul	Gautier et Lan	Paris	oui	Littérature	non	oui	non	non	auteur unique	1989	1929	x	
Histoires simp	Henriette Perr	F. Nathan	Paris	non	Littérature	non	oui (repris)	non	non	auteur unique inconnue	inconnue			x
Plus fort que	Blaise Petivea	E. Flammarior	Paris	non	Littérature	non	oui (repris)	non	non	auteur unique inconnue	inconnue			x
Le fils du gran	Charles Pettit	E. Flammarior	Paris	non	Littérature	non	oui (repris)	oui	non	auteur unique	2018	1948 (wikiped	x	
Faux serment:	Fernand Peyr	J. Ferenczi	Paris	non	Littérature	non	non	non	non	auteur unique	2027	1957 (SGDL)	x	
Intoxiquée	Maxime Phalè	Le bon livre	Paris	non	Littérature	non	non (repris?)	non	non	auteur unique inconnue	inconnue			x
Le Village en	Sander Pierror	G. Crès	Paris	oui	Littérature	non	non	non	non	auteur unique	2015	1945 x		

Annexe 3 : Copie d'écran d'un tableau d'analyse pour l'expérimentation ARROW

Control number:		1937		Author(s)		Rivault, René		Title:		Contribution à		Publisher(s)		Hermann, France	
Please fill out the yellow cells in the "sources" sheet first! Explanation for this sheet: Please enter the control number which is used in the MARC XML for this book as well as some basic data such as year/author/title/publisher/country. Then go through the different steps and check the sources. Only the first 4 cells of sources are linked to the "sources" sheet. The not linked cells can be used for any ad-hoc source only used once. "Activity start time" means the point of time when the activity was actually started. "Activity end time" means the point of time when the activity was actually ended. Of course, there can be a lot of interruptions. Therefore the difference between these 2 points can be much higher than the real time needed for the activity. Therefore a third column was introduced: "Estimated net time". Please insert here, how many minutes you estimate that you needed really for only doing the activity.															
Step	Sources	Who	Activity start time	Activity end time	Estimated net time	Availability	Result	Comments							
1 Check book metadata															
1.1	BNF	SL	02/07 14:22	02/07 14:25	3min	yes	bibliographic records	No death date for the author							
1.2	TEL														
1.3	WorldCat	SL	02/07 14:26	02/07 14:28	2 min	yes	Same data as Bnf								
1.4	DNB														
1.5															
1.6															
2 Check in/out of print status															
2.1	Electre	SL	02/07 14:29	02/07 14:30	1 min	no		Out of print							
2.2	Gallica	SL	02/07 14:35	02/07 14:37	2 min	no									
2.3	Numilog	SL	02/07 14:39	02/07 14:41	2 min	no									
2.4	Eden livres	SL	02/07 14:43	02/07 14:45	2min	no									
2.5															
2.6															
3 Check licensed rights info															
3.1	CFC														
3.2															
3.3															
3.4															
3.5															
4 Check authors info															
4.1	DBF														
4.2	WBIS	ND	07.06. 16:10	07.06. 16:11	1 min	no		Rivault, René (1908-....) No death date							
4.3	Léonore	ND	07.06. 16:11	07.06. 16:13	2 min										
4.4	GeneaNet	ND	07.06. 16:13	07.06. 16:15	2 min										
4.5	Dictionnaire biographique des scientifiques, 2003 Le second siècle de l'Institut de France, 1999-2005	ND	07.06. 16:16	07.06. 16:20	3 min	no									
4.6		ND	07.06. 16:20	07.06. 16:21	2 min	no									
4.7	VIAF		02/07 15:20	02/07 15:22	2min	yes	Same data as Bnf	No death date for the author							
5 Check publishers info															
5.1	#REF!														
5.2	Electre	SL	02/07 15:28	02/07 15:29	1min	yes	publisher in activity								
5.3	Dilicom														
5.4	CFC														
5.5															
5.6															
6 Check other sources															
6.1															
6.2	SGDL														
6.3	IMEC														
6.4	Electre														
6.5															
6.6															
7 Contact rightholders															
7.1	Author 1														
7.2	Author 2														
7.3	Publisher 1														
7.4	Heir 1														
7.5	...														
7.6															
7.7															
7.8															
7.9															
7.10															

Results:

Final result of manual diligent search: Under copyright/Out of print/publisher in activity

Number in UIBK grid: (Which case does this book represent in the "UIBK grid"? Might be filled out by library or UIBK)