

Œuvres orphelines :

Commentaires du Snadi en réponse

- ***au texte préparatoire au projet de loi, communiqué
par le Ministère de la Culture et de la Communication***
- ***et aux observations formulées par divers interlocuteurs.***

Juillet 2011

Avant-propos

Nous ne pouvons qu'apprécier les échanges avec le Ministère de la Culture et de la Communication qui nous donnent l'occasion rare d'une écoute de qualité, grâce à la mise en place de la *Mission pour la photographie*.

À l'heure où les aventures du tout commerce, du grand libéralisme, de la globalisation sans frontière, sans foi ni loi, font des ravages économiques, il est bon de rappeler les principes de base constitués par le Code de la propriété intellectuelle et de veiller à ce que celui-ci conserve encore tout son sens.

Il est aussi rassurant de constater que notre Ministère de tutelle est sensible aux évolutions des situations du marché et par conséquent à celles des auteurs.

Il est souhaitable que dans ses fonctions régaliennes, il demeure le gardien des principes et continue d'exercer son devoir de vigilance dans les secteurs fragiles de la création.

La vigilance s'accompagnant de la prévention, il serait également souhaitable aujourd'hui, d'accompagner ce projet d'un volet abordant la lutte plus que jamais nécessaire contre les pratiques aboutissant à la circulation non contrôlée des flux d'images, générateurs potentiels de futures œuvres orphelines.

Vive la liberté! à condition que celle-ci ne soit pas liberticide ni le vecteur d'injustices, de litiges, de désespoirs...

Les personnes responsables de la création, de l'expression, de la diffusion des œuvres, doivent tenir compte de l'éthique de chacun pour assurer sereinement pour tous, l'essor de la culture.

La France s'est beaucoup battue dans le cadre de l'OMC pour la défense du concept de l'exception culturelle. Ce concept repose en partie sur la notion de la propriété incorporelle dans notre approche du droit d'auteur remontant à Beaumarchais.

La future loi sur les œuvres orphelines doit devenir une vitrine exemplaire pour la défense et l'illustration du droit d'auteur *à la française* sur la scène européenne et mondiale.

Philippe Dubois,
Président du Snadi

Introduction	4
1 • Sur l’opportunité même du texte qui nous est soumis.....	5
2 • Sur l’interdépendance entre l’urgence alléguée par certains et le champ d’application du texte.....	6
3 • Une loi sur les œuvres orphelines, au mieux, ne solutionnera que les problèmes posés par les œuvres dites « <i>orphelines</i> ».....	7
4 • À propos de la définition de l’œuvre orpheline. (Projet d’article L.113-10).....	9
5 • Sur la demande de l’UPP visant à faire référence à deux types d’œuvres orphelines : celles n’ayant qu’un auteur, et celles « de collaboration ».....	10
6 • Sur le champ d’application du texte.....	11
7 • Sur les conditions imposées par le texte qui nous est soumis pour qu’une œuvre puisse, le cas échéant, être qualifiée d’œuvre « dite <i>orpheline</i> ». Projet d’article L113-10.....	12
I- Sur la condition d’œuvre protégée.....	12
II- Sur la condition d’œuvre divulguée.....	15
III- À propos des critères « <i>d’œuvre protégée et divulguée</i> ».....	16
8 • Sur la modification de l’article L.122-9 du CPI relatif aux compétences du TGI.....	18
9 • Sur la durée des contrats conclus pour l’exploitation des œuvres orphelines.....	19
10 • Sur les situations induites par la publication ou la représentation autorisée d’images classées orphelines, et représentant des personnes.....	21
11 • Sur la question des responsabilités inhérentes à l’exploitation autorisées d’œuvres orphelines.....	22
12 • Sur le fait que le projet qui nous est soumis prévoit de confier la mission de statuer sur « <i>l’orphelinage</i> »* des œuvres, à une SPRD agréée. Projet d’article L 134-1 II.....	23
13 • Le projet ne prévoit pas qu’une œuvre, puisse être qualifiée d’orpheline, et faire l’objet d’un refus d’autorisation d’exploitation.....	27
14 • À propos de la liste des œuvres orphelines publiée sur un site de communication au public en ligne. Projet d’article L1342 II 2ème alinéas.....	30
15 • En guise de synthèse.....	31
16 • Récapitulatif.....	35

* **Orphelinage** ; n.m. 1559, « état d’orphelin » Larousse de la langue française, Lexis édition 1979

Introduction

Avant le texte préparatoire du Ministère de la Culture et de la Communication qui nous occupe ici, le Snadi, a eu connaissance de trois textes successifs traitant du concept d'œuvre dite « *orpheline* », et visant à aboutir à une modification du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).

- 1) Celui publié en 2007 dans le « *Livre blanc de la politique culturelle* » (pages 72 et suivantes de l'ouvrage),
- 2) Celui remis au Ministère de la Culture et de la Communication par la SAIF, (Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe), l'UPP, (Union des photographes professionnels), et Free Lens,
- 3) Celui, enfin, de la proposition de loi enregistrée à la Présidence du Sénat le 12 mai 2010 ; proposition connue sous le numéro 441.

Les critiques concernant ces textes, exprimées par le Snadi dans son rapport intitulé « *Une confusion pernicieuse : œuvres orphelines et images publiées sans nom d'auteur* » (juillet 2010), ont été inspirées par plusieurs décennies d'expérience des problèmes juridiques liés à la photographie, acquise par quelques-uns de ses membres fondateurs, au sein notamment de la « *Commission litiges* » de l'UPC devenue UPP, ou des associations qui ont précédé celles-ci ; le rapport de la « *Commission sur les œuvres orphelines* », (commission présidée par Maître Jean Martin), rendu au CSPLA ⁽¹⁾ en mars 2008, nous confortant globalement dans nos convictions concernant les problèmes complexes posés par les œuvres orphelines, tout en élargissant notre champ de réflexion.

Ce rapport, ainsi que la « *contribution indépendante* » de Monsieur Bernard Lang qui y est annexée : « *l'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image* », font tous deux allusion à la législation canadienne en la matière.

Lors de nos recherches concernant ce dispositif canadien sur les œuvres orphelines, lequel semble être le plus ancien au monde en application à traiter de la question, nous avons découvert récemment un document daté du 1^{er} décembre 2009 qui nous paraît du plus grand intérêt :

**« Le régime canadien des « œuvres orphelines »
les titulaires du droit d'auteur introuvables et la Commission du droit d'auteur »
par Jeremy de Beer et Mario Bouchard ⁽²⁾**

A la lecture de ce document, nous constatons que ceux qui ont le recul d'une expérience incontestable de plus de vingt ans dans la prise de décisions concernant les difficultés d'ordre éthique et juridique liées à l'exploitation des œuvres dites orphelines, ont été conduits à prendre en considération chacune des problématiques que nous avons soulevées dans notre mémoire : « *Une confusion pernicieuse...* ».

Nous serons amenés à revenir de nombreuses fois sur ce rapport dans le présent mémoire.

¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

² Jeremy de Beer est professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.
Mario Bouchard est l'avocat général de la Commission du Droit d'auteur du Canada.

1 • Sur l'opportunité même du texte qui nous est soumis

Le Snadi éprouve les mêmes réticences que la FNPS ⁽³⁾ et le SPM ⁽⁴⁾, alors qu'était annoncée pour février courant une « *directive communautaire* » sur la question.

Il s'interroge sur la voix de la France à Bruxelles, concernant la préparation de cette directive.

L'urgence ne lui paraissant pas être l'élaboration d'un projet législatif, mais bien plutôt de définir une position française dans le cadre de la préparation de la directive annoncée, si cela n'a pas déjà été fait.

³ Fédération nationale de la presse d'information spécialisée.

⁴ Syndicat de la presse magazine.

2 • Sur l'interdépendance entre l'urgence alléguée par certains et le champ d'application du texte

La SAIF, l'UPP se déclarent hostiles au texte qui nous est soumis, au motif que le temps nécessaire à élaborer un texte qui tienne compte des spécificités du domaine de l'écrit, va entraîner un retard dans la mise en application d'un texte voué au seul domaine de l'image, et qui, à les entendre, serait déjà prêt ou presque prêt ; le SNJ CGT rejoignant la SAIF et l'UPP dans cette opposition à un texte unique traitant du domaine de l'écrit et du domaine de l'image.

L'argument avancé nous paraît pour le moins contestable.

En effet, dès lors que le projet initial du Ministère, et qui est à l'origine de la réflexion de la « *commission sur les œuvres orphelines* », se situe dans le cadre de projets tels que « *la bibliothèque numérique européenne* »⁽⁵⁾, ou bien plus récemment ARROW PLUS⁽⁶⁾, un texte législatif visant exclusivement le domaine de l'image et excluant par conséquent le domaine de l'écrit, ne permettrait toujours pas à des entités telles que la Bibliothèque Nationale par exemple, d'entreprendre les projets de numérisation envisagés.

Sur ce point nous ne pouvons que renvoyer à la lecture du rapport de Monsieur le Sénateur Jean-François Humbert⁽⁷⁾ :

« ... il convient de rappeler qu'avec un texte ne traitant que de la question des œuvres visuelles, sera bloquée toute numérisation d'ouvrages écrits orphelins, quand bien même la valorisation des images contenues dans ces ouvrages deviendrait possible. »

Cette remarque du Sénateur Jean-François Humbert, pour pertinente qu'elle soit, ne doit cependant pas nous conduire à nous bercer d'illusions, en imaginant qu'une telle loi sur les œuvres orphelines, incluant œuvres du domaine de l'écrit et œuvres du domaine de l'image fixe, serait de nature à soustraire les institutions et autres détenteurs de fonds d'archives, à des arbitrages parfois délicats et pouvant, dans certains cas, s'avérer lourds de conséquences.

Tel est l'objet du titre suivant.

⁵ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines 19 mars 2008. Page 5.

⁶ *Rapport de Monsieur le Sénateur Jean-François Humbert au nom de la Commission des affaires culturelles et de l'éducation du Sénat déposé le 20 octobre 2010. Page 12.*

⁷ *Id. Page 16.*

3 • Une loi sur les œuvres orphelines, au mieux, ne solutionnera que les problèmes posés par les œuvres dites « orphelines ».

Une « *lapalissade* » pour attirer l'attention sur le fait qu'une loi sur les œuvres orphelines, aussi parfaite soit-elle, ne fera pas disparaître pour autant complètement, les obstacles à la numérisation et aux exploitations envisagées des fonds d'archives de nos institutions et autres détenteurs privés, et pour insister sur le fait qu'ici ou là, il subsistera toujours une certaine « *insécurité juridique* ».

Au cours des recherches qu'elle aura conduites avant de solliciter l'instance *ad hoc* à propos des œuvres dont elle n'aura pu identifier ou localiser l'auteur ou les ayants droit, il y a des chances pour qu'elle soit parvenue à contacter certaines personnes prétendant être auteur ou ayant droit de telle(s) ou telle(s) des œuvres visées.

Supposons notre projet législatif abouti, promulgué, avec son cortège de décrets d'application, et prenons un exemple.

La Bibliothèque nationale de France (BNF) souhaite dans le cadre du projet de bibliothèque numérique européenne, exploiter une collection de numéros d'une publication périodique *lambda*.

Peut importe ici qu'elle considère chacun des numéros comme une « *œuvre composite* » comme l'évoque le rapport de la Commission présidée par Maître Jean Martin ⁽⁸⁾, ou bien qu'elle considère chaque article, chaque photographie, chaque dessin, comme autant d'œuvres prises isolément.

Supposons donc qu'au cours de ses recherches, même infructueuses pour la majorité des œuvres concernées, l'institution soit parvenue à entrer en contact avec une ou plusieurs personnes prétendant être auteur ou ayant-droit de tel ou tel texte, photographie, dessin, et que cette, ou ces personne(s) refuse(nt) d'accorder leur autorisation pour l'exploitation envisagée, ou bien fixe(ent) des exigences jugées inacceptables

Deux questions se poseront donc toujours pour l'institution.

1- Dans quelles conditions, par qui, seront appréciées la pertinence de ces revendications, de la qualité d'auteur ou d'ayant droit sur telle ou telle œuvre ?

2- Une fois cette question tranchée et en supposant le prétendant reconnu comme auteur ou comme ayant droit, quel sera le choix de l'institution ?

- La BNF renonce à exploiter le numéro concerné de la publication.
- La BNF décide d'exploiter quand même le numéro en question de la publication, mais masque les œuvres litigieuses (textes, dessins, photos).

⁸ *Opus cit.* II-3-3. Page 14.

- La BNF, au vu des éléments excipés par le prétendant, estime que celui-ci ne dispose probablement pas d'autres éléments de preuves, et que, dans ces conditions il y a peu de chances que ce prétendant soit reconnu par un tribunal comme auteur ou ayant droit des œuvres concernées, et décide en conséquence de s'affranchir des autorisations, nécessaires, mais qu'elle ne peut obtenir ?
- Le Responsable du projet à la BNF obtient de l'institution qu'elle engage une procédure à l'encontre de ce ou ces prétendus ayant(s) droit moraux ou patrimoniaux, sur le fondement des dispositions des articles L.121-3 (et/ou) L.122-9 du CPI, estimant qu'elle est victime d'un « *abus notoire* » ?

4 • Á propos de la définition de l'œuvre orpheline. (Projet d'article L.113-10)

Contrairement aux œuvres dites « *de collaboration* », aux œuvres dites « *composites* », ou bien aux œuvres dites « *collectives* », - au sens des trois alinéas de l'article L.113-2 du CPI-, pour lesquelles ces qualificatifs tirent leur pertinence, des conditions mêmes dans lesquelles elles ont été créées ... , aucune œuvre qui serait dite « *orpheline* », (si la France doit adopter l'expression d'origine anglo-saxonne qui s'est internationalement imposée), ne saurait être orpheline par essence, ou si l'on préfère, être intrinsèquement orpheline.

Il ne semble aujourd'hui être contesté par personne que, dans le cadre du projet législatif qui nous occupe, une telle qualification aura pour origine une DECISION, fondée sur une APPRECIATION, par une instance donnée, dans des circonstances données, et à un moment donné.

Et que cette QUALIFICATION sera réversible.

Bref, qu'elle ne concerne pas la nature (l'essence) de l'œuvre que l'on souhaite, en fait, placer à titre provisoire, ou si l'on préfère conservatoire, sous un statut dérogatoire particulier au regard de la loi.

La décision étant toujours prise, si l'on peut dire, par défaut.

C'est pourquoi, plutôt que de vouloir d'emblée, donner une définition de l'œuvre orpheline et suggérant que celle-ci est *orpheline* en tant que telle, il nous paraît plus judicieux, dans un article de loi introductif, de définir en quelque sorte, L'ŒUVRE INSCRITE AU REPERTOIRE DES ŒUVRES ORPHELINES.

Nous suggérons la tournure suivante :

**« Est dite orpheline une œuvre figurant au répertoire (français ?, européen ?)
« des œuvres dites orphelines. Cette qualification est acquise dès l'inscription
« de l'œuvre à ce Répertoire, et perdure tant qu'elle n'en est pas radiée. »**

Un « *chapitre* », tel que prévu par le projet qui nous est soumis, précisant ensuite les conditions et critères à satisfaire pour une telle qualification, et le cursus au terme duquel l'œuvre peut être inscrite au dit Répertoire.

En n'oubliant pas les références aux divers décrets visant :

- la dévolution des compétences et agréments,
- la création de la base de données et de son fonctionnement,
- les éventuelles voies de recours contre les décisions et les responsabilités inhérentes aux autorisations d'exploitations accordées (préjudices subis par des personnes figurant sur des œuvres dont l'exploitation aurait été autorisée,
- etc,...

**5 • Sur la demande de l'UPP visant à faire référence
à deux types d'œuvres orphelines :
Celles n'ayant qu'un auteur, et celles « de collaboration ».**

Une telle mention visant à distinguer les œuvres orphelines « *mono-auteur* », des œuvres orphelines « *de collaboration* », nous apparaît tout à fait inopportune, en tous cas dans la forme qu'elle semble avoir prise.

Ceci pour la bonne et simple raison que dans le cas d'une œuvre dont on ne sait rien de l'auteur, l'on ne pourra bien évidemment, le plus souvent, présumer être en présence d'une œuvre à auteur unique, ou d'une œuvre « *de collaboration* ».

De plus, lorsque l'on ignore tout de l'auteur d'une œuvre, il n'est pas non plus concevable de postuler que cette œuvre n'est pas elle-même, dans certains cas, une œuvre « *composite* » au sens de l'article L.113-2, réalisée en intégrant une œuvre antérieure elle aussi susceptible d'ailleurs d'être orpheline.

Un exemple :

Le portrait d'une personne en présence d'une sculpture dans un atelier de sculpteur.

Le personnage peut sembler être l'auteur de l'œuvre en question. Ce n'est toutefois pas une certitude. Ni la personne, ni la sculpture, et pas d'avantage l'auteur de la photographie, ne sont connus.

S'agit-il d'un autoportrait du sculpteur posant à côté de l'une de ses œuvres ou bien d'une œuvre *composite* au sens de l'article L-113- 2 ?

6 • Sur le champ d'application du texte.

Le Snadi demeure attaché au principe d'une loi unique traitant à la fois des œuvres dites orphelines du domaine de l'image et des œuvres dites orphelines du domaine de l'écrit. C'est-à-dire traitant de l'ensemble de la « matière première » commune à la presse et à l'édition de librairie, si l'on peut oser cette expression pour évoquer des richesses incorporelles.

• Nous maintenons l'argument avancé dans notre mémoire « *Une confusion pernicieuse...* »⁽⁹⁾.

À savoir qu'il y aurait tout intérêt à ce que la ou les instances habilitée(s) à prendre des décisions concernant les œuvres susceptibles d'être qualifiées d'orphelines, aient une égale compétence dans le domaine de l'écrit et dans le domaine de l'image fixe, qu'il s'agisse :

- d'apprécier au mieux la pertinence et la qualité des recherches alléguées par le demandeur en vue de l'identifier, de localiser, auteur(s) et (ou) ayants droit,
- ou de se prononcer sur l'opportunité ou non d'accorder une autorisation d'exploitation en fonction notamment des risques judiciaires, au regard du droit à l'image de personnes susceptibles de figurer sur les œuvres, et en fonction des utilisations envisagées par le demandeur.

• Ajoutons qu'une telle dichotomie, œuvres du domaine de l'écrit relevant d'une loi et instituant une ou plusieurs instances spécifiques, et œuvres du domaine de l'image fixe relevant d'une autre loi et d'autres instances, ne serait pas sans poser quelques problèmes auxquels il convient de penser dès à présent.

En effet, dans la presse comme dans l'édition, une image est généralement accompagnée d'une légende, et celle-ci ne se limite pas toujours à répondre à des questions telles que « *qui, quoi, où, quand ?* ». Et peut avoir des auteurs dont il peut être important de tenir compte :

- Il peut s'agir de l'auteur du texte au sein duquel est insérée l'image.
- Il peut s'agir d'un secrétaire de rédaction reprenant un ou plusieurs éléments de l'article dans lequel il prévoit d'inclure l'image (photographie de presse notamment).
- Il peut aussi s'agir de l'auteur de l'image soi-même, et le titre peut parfois faire partie intégrante en quelque sorte de l'œuvre.

Un exemple, le nu très connu de Léon Herrschritt intitulé « *Le dos d'Anne* ». Il est évident que son titre n'est pas dissociable de l'œuvre, comme « *Morceaux en forme de poire* » n'est pas dissociable de la partition d'Eric Satie.

Attirons sur ce point l'attention sur l'article L.112.4 du CPI, lequel stipule :

« *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même.* » • *Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L.123-1 à L.123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion.* »

⁹ *Opus cit. IV-2. Pages 14 et 15, et VI-1. Page 21.*

7 • Sur les conditions imposées par le texte qui nous est soumis, pour qu'une œuvre puisse, le cas échéant, être qualifiée d'œuvre dite « orpheline ». Projet d'article L.113-10

I- Sur la condition d'œuvre protégée

En l'état actuel du droit, dire si une œuvre est ou non protégée, relève du monopole du juge.

Il est nécessaire ici d'attirer l'attention sur le fait que l'originalité de l'œuvre, critère sur lequel notamment se fonde l'élection de l'œuvre au rang des œuvres protégées, est prise en considération de façon tout à fait différente, selon le type d'œuvre auquel on a affaire.

a) Dans le domaine de l'écrit, il n'est guère imaginable qu'un éditeur par exemple, après avoir versé des années durant des droits à l'auteur d'un roman, vienne soutenir auprès d'un tribunal que le roman en question ne présente finalement aucune originalité, n'est donc pas une œuvre protégée, et que par conséquent sa réédition ou sa traduction accompagnée d'une édition à l'étranger, ne saurait justifier le versement de nouveaux droits d'auteur.

Dans le domaine de l'écrit le juge n'aborde cette question de l'originalité – fondement de l'élection au rang des œuvres protégées -, que de façon tout à fait indirecte si l'on peut dire, lorsqu'un auteur, son éditeur, attaquent un autre auteur et son éditeur, en invoquant le plagiat d'un ouvrage dont il sont auteur ou ayant droit.

b) De même dans le domaine de la peinture ou du dessin, l'évidence de l'originalité d'une œuvre plastique, n'est jamais d'emblée remise en question, sauf dans le cas d'un litige lié au plagiat.

c) Tout autre est la pratique lorsqu'il s'agit de photographie, en dépit du fait que la loi n'oblige en rien le juge à un questionnement spécifique à la photographie.

Et de nos jours, l'invocation du manque d'originalité d'une photographie, voire l'invocation du fait que des instructions avaient été données quand à sa réalisation, constitue en quelque sorte le « jockey » de nombre d'exploitants de photographies malfaisants, pour tenter de se soustraire au délit de contrefaçon.

Et sur cette problématique le contexte jurisprudentiel est contrasté.

- Ici, par exemple, telles photographies de conditionnements alimentaires et autres menus objets, commandées, acceptées, payées à leur auteur pour l'utilisation initialement prévue, ceci par une enseigne de la grande distribution les destinant aux boîtes à lettres de sa zone de chalandise, ... sont jugées par une Cour d'Appel être des œuvres originales, et partant, protégées.

- Là, toujours par exemple, telle photographie d'une « installation », œuvre d'un artiste plasticien contemporain, commandée, acceptée, rémunérée à son auteur sous forme de droits d'auteur pour les utilisations initialement prévues, ceci par un galeriste parisien, est, des années plus tard, ... jugée par une Cour d'Appel, œuvre non protégée car estimée dépourvue d'originalité*.

* Jacques L'hoir / Galerie de France, arrêt du 24 juin 2005. Cour d'appel de Paris .

C'est ainsi, qu'après des décennies d'exercice de sa profession, un auteur photographe, même très réputé dans sa spécialité, demeure dans l'incertitude complète quant à la nature, au statut juridique, du fruit de son travail... suspendus à la décision arbitraire d'un juge.

Aussi, dans un tel contexte, notre syndicat ne peut que s'interroger sur le bien fondé d'une disposition, ne conférant à l'instance *ad hoc* ayant vocation à statuer sur l'éventuelle inscription des œuvres au régime des œuvres dites orphelines, le pouvoir de le faire, qu'à la condition que celles-ci soient des *œuvres protégées*, puisque cette instance, de tout évidence, ne peut préjuger de la décision d'un tribunal sur cette question.

Laquelle décision par ailleurs, et nous insistons sur ce point, est susceptible pour une même œuvre de différer d'une Cour d'Appel à une autre.

Sur cette question comme sur d'autres, nous nous penchons sur l'approche canadienne qui nous paraît être une référence incontournable.

L'article 77 de la loi sur le droit d'auteur qui instaure le « *régime canadien des œuvres orphelines* », exclut lui aussi de son champ d'application les œuvres non originales.

L'on pourrait donc penser que, sur ce point, le projet d'article L.133-10 qui nous est soumis s'inspire de bonne école. Une opinion qui doit être tempérée, tant le concept d'originalité se fonde au Canada sur des critères profondément différents, (pour ne pas dire contradictoires) de ceux retenus en France.

Au Canada, nous citons ici Jeremy de Beer et Mario Bouchard ⁽¹⁰⁾

*« L'article 77 ne s'applique pas aux œuvres non originales. Pour qu'une œuvre soit « protégée, son auteur doit avoir exercé « **du talent et du jugement** » dans sa « création. L'exercice du **talent** s'entend ici du « recours aux connaissances « personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience « pour produire l'œuvre » ; et **jugement** signifie « la faculté de discernement ou « la « capacité à se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant « différentes options possibles pour produire l'œuvre ».*

Il apparaît ainsi que les critères d'appréciation au Canada se fondent sur le *curriculum* de l'auteur dans la pratique de sa discipline.

« *Connaissances* », « *aptitudes acquises* », et « *capacités de jugement...* », résultant d'EFFORTS MÉRITOIRES pour les premières, et de la confrontation de l'auteur au monde dans l'EXERCICE de sa pratique pour les secondes.

L'on pourrait presque dire, sans nécessairement prendre le mot au sens strict que l'appréciation canadienne de l'originalité de l'œuvre, semble fondée sur le professionnalisme de l'auteur.

¹⁰ *Opus cit. 2 page 12 et 3 a) page 13.*

Tout au contraire, en France, l'article L.112-1 du CPI exclut nommément le MÉRITE des critères à prendre en considération pour élire une œuvre au rang des œuvres protégées. (11)

Le juge français devant exclure de son dispositif, la prise en compte de la technicité, de l'habileté de l'artisan, bref précisément les ACQUIS de l'auteur, qui résultent d'un apprentissage au prix d'efforts méritoires, tout comme son perfectionnisme l'incitant par exemple à faire des essais préliminaires, des tests, ou à recommencer ce dont il n'est pas satisfait, démarches qui elles aussi relèvent du MÉRITE de l'auteur.

D'une certaine façon l'article L.112-1 de notre CPI interdit au juge de prendre en compte par exemple tout ce qui différencie l'enfant, le bétotien, du photographe -professionnel ou non- le plus chevronné. C'est à dire la capacité du fait de la maîtrise technique et de la persévérance dans l'effort, à obtenir un résultat au plus près de ce que l'auteur avait conçu, voulu obtenir, « *pré-visualisé* ».

Et donc, pour déterminer si l'œuvre est originale, le juge français confronté à une photographie centre généralement son dispositif sur la question de savoir si l'œuvre porte ou non « *l'empreinte* » de son auteur, constitue ou non l'expression de sa personnalité.

Petit jeu dont chacun comprend qu'il est risqué pour l'auteur de la photographie, et qui s'apparente souvent, pour cet auteur, à un jeu de hasard.

C'est pourquoi un certain nombre de décisions de justice rendues en France et qui ne reconnaissent pas comme des œuvres protégées, des images de professionnels reconnus dans leur discipline (décisions que nous dénonçons), nous semblent plus difficilement imaginables au Canada. Ce qui resterait bien sûr à confirmer.

Quoi qu'il en soit, cette conception canadienne de l'originalité de l'œuvre, dès lors qu'elle nous apparaît se fonder d'avantage sur le *cursus* de l'auteur dans son domaine de création, que sur l'appréciation de l'œuvre en elle-même, nous semble rendre encore plus improbable, aléatoire, que l'approche française, l'appréciation de l'originalité, lorsque l'on ignore précisément tout du dit auteur.

Nous reviendrons sur cette question en page 17 (Comment sortir de l'impasse ?), en indiquant de quelle manière la pratique canadienne semble s'affranchir de la prise en compte de ce critère « *d'œuvre protégée* », qui lui est pourtant imposé par la Loi.

¹¹ Article L.112-1 du CPI « les dispositions du présent code protègent le droit des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

II - Sur la condition d'œuvre divulguée

Trois remarques :

1) En présence d'écrits ou d'images présentant un risque judiciaire estimé trop élevé, les éditeurs d'ouvrages, les directeurs de publication des journaux et périodiques concernés, ont assez généralement, à leur époque, décidé de ne pas publier ces textes, ces images.

Nous pouvons donc raisonnablement soutenir que, dans l'hypothèse où le projet législatif sur les œuvres orphelines ne viserait uniquement que les œuvres déjà « *divulguées* », les risques judiciaires inhérents à leur exploitation une fois celles-ci qualifiées d'orphelines, seraient incontestablement statistiquement moindres. Nous pensons ici au risque fondé sur des revendications au **droit à l'image** de personnes susceptibles d'être représentées sur les dites œuvres.

Pour autant il serait tout à fait erroné d'imaginer que ce type de risque disparaîtrait dans un tel cas de figure.

- D'une part, la jurisprudence de l'article 9 du Code civil a évolué et continuera d'évoluer.
- D'autre part, et c'est essentiel, parce que le ressenti d'une personne, confrontée à la communication au public de son image ou de celle d'un parent dépend considérablement de l'utilisation qui est faite de cette image, et du contexte éditorial.

Aussi, limiter le champ d'application du projet législatif aux seules œuvres « *divulguées* », ne saurait constituer une solution au problème posé par les éventuels « *dommages collatéraux* » qui peuvent découler d'une autorisation accordée d'exploiter une œuvre qualifiée d'orpheline.

2) Un second élément nous semble à prendre en considération.

Dans leur mémoire ⁽¹²⁾ Jeremy de Beer et Mario Bouchard citent un rapport du BSAC anglais ⁽¹³⁾, lequel,

*« attribue en partie le caractère censément limité de l'efficacité du régime
« canadien à sa portée étroitement nationale et à son INAPPLIQUABILITE
« aux œuvres non publiées. »*

3) Enfin, les mêmes Jeremy de Beer et Mario Bouchard ⁽¹⁴⁾ ne manquent pas d'évoquer le « rapport américain et l'étude du BSAC britannique », lesquels, ont tous deux recommandé que « la formule que l'on adopterait pour régler le problème des œuvres orphelines comporte des solutions pour les œuvres publiées comme pour les non publiées ».

¹² *Opus cit.1. Page 8.*

¹³ *British Screen Advisory Council (review of the) 2006.*

¹⁴ *Opus cit.2. Page 12.*

III- À propos des critères « d'œuvre protégée et divulguée »

Trois observations

1) Le Snadi, qui s'est montré extrêmement critique quant aux textes successifs défendus par la Saif ou l'UPP concernant les œuvres dites orphelines, ne peut sur ce point que souscrire à leur propos, — ces deux entités se plaçant dans l'hypothèse où la SPRD Saif deviendrait maître-d'œuvre en l'affaire —, à savoir que ces critères reviendraient à imposer à cette dernière « *une obligation de preuve impossible* » à rapporter.

2) Au sein même de la « *commission sur les œuvres orphelines* » initiée par le CSPLA, la préconisation de ce critère « *d'œuvre protégée* » n'a manifestement pas fait l'unanimité. L'on se reportera à la « *contribution* » de Bernard Lang ⁽¹⁵⁾ pour lequel « *préciser* » dans la définition que l'œuvre orpheline doit être une œuvre protégée, induit une complexité supplémentaire inutile à ses yeux, ou bien nécessiterait un texte plus détaillé. Bernard Lang fonde son raisonnement sur le fait que « l'orphelinat » peut concerner en fait, et les droits moraux et les droits patrimoniaux, et que selon les cas l'orphelinat d'une œuvre peut relever d'un seul ou de ces deux attributs du droit d'auteur.

3) Dans l'état actuel de notre droit, qui permet au juge et à lui seul, de soustraire une œuvre du champ des œuvres protégées, au motif que celle-ci ne serait pas originale,

... vouloir confier à une Instance non judiciaire (SPRD ou tout autre), la mission de statuer sur des demandes d'autorisation d'exploitation d'œuvres dont on ne retrouve pas les ayants-droit, en cas de « *vacance ou de déshérence* » (concept d'œuvre orpheline ?),

... tout en créant pour cette Instance non judiciaire, l'obligation de se prononcer au préalable sur l'originalité des œuvres concernées, fondant leur élection au rang des œuvres protégées, alors que, nous l'avons vu, trancher cette question reste l'apanage du juge,

... constitue un exemple parfait d'aporie.

Ne serait-ce que pour cette raison, dans sa rédaction actuelle, le texte qui nous est soumis nous paraît s'éloigner beaucoup de la loi « *juridiquement fiable* » que l'on nous avait laissé espérer.

¹⁵ *Opus cit. I-3. Page 36.*

Comment sortir de l'impasse ?

L'exemple canadien, là encore, nous semble indiquer la voie.

Jeremy de Beer et Mario Bouchard ⁽¹⁶⁾ n'esquivent pas le problème similaire, inhérent au « régime canadien des œuvres orphelines » qui lui aussi, on l'a vu, écarte de son champ d'application, les œuvres non protégées, que celles-ci soient non originales ou bien tombées dans le domaine public :

« Toutefois, certains pourraient soutenir qu'il y a de très bonnes raisons de penser que la Commission devrait envisager de délivrer des licences dans le cas où il n'est pas possible d'établir avec certitude si les œuvres en question sont protégées par le droit d'auteur, en dépit du risque qu'elle courrait ainsi d'outrepasser sa compétence... »

« Les questions d'originalité s'attachent au contexte et sont parfois ambiguës. De même, il est souvent difficile pour le demandeur de savoir si l'œuvre dont il s'agit est tombée dans le domaine public. Si l'on connaît l'identité de l'auteur et la date de son décès, il est possible d'en déduire quand l'œuvre est tombée ou tombera dans le domaine public. Si on ne les connaît pas— ce qui arrive souvent avec les œuvres orphelines —, il peut se révéler impossible d'établir quand la protection a pris ou prendra fin. Dans de tels cas, une interprétation trop étroite de la compétence de la commission pourrait aggraver le problème que le régime des œuvres orphelines est censé régler, en accroissant la frustration des utilisateurs éventuels. Il pourrait donc sembler raisonnable, lorsqu'il n'est pas possible d'établir si l'objet en question est encore protégé par le droit d'auteur, de délivrer une licence qui serait valable pour le cas où l'œuvre n'appartiendrait pas au domaine public, de manière que le demandeur puisse en faire l'utilisation projetée en toute tranquillité d'esprit. Cela semble être la pratique suivie par la Commission jusqu'à maintenant. »

Le « Jésuitisme » du propos, si l'on peut oser cette expression, n'échappera à personne ;

« il pourrait sembler raisonnable... » (En substance) de s'affranchir des limitations imposées par la loi...

« Cela semble être la pratique suivie par la Commission jusqu'à maintenant. »

(Nous reviendrons dans notre conclusion sur une telle démarche).

• Recommandation

Le Snadi suggère donc que le projet de loi donne mission à l'instance agréée pour statuer sur les œuvres orphelines, de toujours le faire dans l'hypothèse où les dites œuvres s'avèreraient être protégées, c'est-à-dire être originales et non encore tombées dans le domaine public.

¹⁶ Opus cit. Page 14 et 15.

8 • Sur la modification de l'article L.122-9 du CPI relative aux compétences du TGI.

Le Snadi est tout à fait d'accord avec l'UPP et le SPM sur la nécessité d'une clarification.

Nous pensons qu'il y a lieu, avant toutes suggestions de notre part sur ce point, de savoir s'il existe, de la part des auteurs du texte préparatoire au projet de loi qui nous est soumis, une différence entre les situations évoquées aux articles L.121-3 et L.122-9 de notre actuel CPI,... et les œuvres dites orphelines telles qu'elles peuvent être définies dans le texte qui nous occupe.

En d'autres termes, une œuvre dite orpheline est-elle oui ou non, tout simplement une œuvre dont il apparaît qu'elle se trouve dans l'une des trois situations évoquées dans ces deux articles ?

9 • Sur la durée des contrats conclus pour l'exploitation des œuvres orphelines.

Notre syndicat n'est pas fondamentalement hostile à ce que, comme le souhaite la Saif, la durée maximale des contrats soit réduite à trois ans.

Toutefois ce qui nous paraît important, c'est la durée pendant laquelle les auteurs ou leur ayants-droit retrouvés, une fois reconnus comme tels par l'instance habilitée, sont susceptibles d'avoir encore à subir la poursuite de l'exploitation d'une œuvre, poursuite à laquelle ils seraient hostiles.

Nous serions donc plutôt enclins à souhaiter maintenir la durée maximale des contrats à cinq ans, et prévoir que le cas échéant, une fois une œuvre sortie du « *Répertoire des œuvres dites orphelines* », sans pour autant être tombée dans le domaine public, la durée du contrat restant à courir soit susceptible, dans certaines conditions, d'être écourtée.

Toutefois en l'affaire, il conviendrait bien sûr de prendre en compte les investissements de l'exploitant de l'œuvre, mais aussi la nature de l'exploitation autorisée.

Sur cette question, il conviendrait de pouvoir distinguer et tenir compte des raisons de l'hostilité de l'auteur et (ou) de ses ayants droit à la poursuite de l'exploitation contractuelle en cours.

Deux hypothèses peuvent être envisagées.

Première hypothèse

Elle est fondée sur l'estimation d'une rémunération estimée trop faible.

La pertinence, tout comme l'expression même d'une telle contestation, dépendrait bien sûr du montant perçu au titre de l'exploitation, c'est-à-dire du barème réglementaire (envisagé).

- L'argument serait tout à fait sérieux, si le barème s'avérait sensiblement inférieur aux barèmes en vigueur dans la profession (barèmes UPP définis comme étant une moyenne). ⁽¹⁷⁾
- Il perdrait au contraire son bien fondé dès lors que la rémunération versée par l'exploitant permettrait de reverser aux auteurs ou ayants droit retrouvés, des droits d'un montant plutôt supérieur à la moyenne des droits perçus par les auteurs en général, pour des exploitations comparables d'œuvres non orphelines.

¹⁷ Union des photographes professionnels, précédemment Union des photographes créateurs (UPC).

Sur cette question du montant à payer par l'exploitant d'une œuvre orpheline, le Snadi partage l'approche britannique du BSAC citée par Jeremy de Berr et Mario Bouchard (18), pour lequel :

**« un régime des œuvres orphelines ne doit pas nécessairement
« permettre une utilisation rapide et bon marché de telles œuvres »**

Deuxième hypothèse

Auteurs et (ou) ayants droit retrouvés sont susceptibles d'invoquer des préjudices moraux, pouvant dans certains cas, avoir des conséquences au plan matériel, voire le cas échéant les exposer à des poursuites judiciaires.

1• Il convient ici d'attirer l'attention sur l'un des principaux viviers d'œuvres du domaine de l'image, susceptibles d'être, un jour, déclarées orphelines.

Dans la presse, tout particulièrement dans la presse périodique, les journalistes travaillant à la commande et rémunérés dans le cadre de la loi du 4 juillet 1974, œuvraient le plus souvent à partir d'une demande verbale, et remettaient leurs images (ektachromes) sans qu'il soit d'usage de leur délivrer un bon de livraison, du fait allégué que leur relation à l'entreprise relevait du code du travail.

Quand bien même ces *ektachromes** étaient remis à la rédaction dans un conditionnement sur lequel figurait le nom de l'auteur (caches carton pour les 24x36, pochettes plastique dans le cas du moyen format ou du 4x5 inches), ces originaux étaient le plus souvent rendus par les photographeurs en vrac (*ektas** hors des caches ou des pochettes). Il ne se trouvait généralement personne au sein des rédactions pour replacer les films dans leur conditionnement d'origine et ces *ektas* demeuraient le plus souvent dans des dossiers au sein des rédactions.

Lors d'une décision de cessation de la publication prise par le groupe propriétaire du magazine, voire en cas de dépôt de bilan de la filiale, ces dossiers mis en cartons d'archives, étaient bien souvent récupérés par la société mère, voire confiés à une autre filiale du groupe, quand ils n'étaient pas évacués avec le matériel de bureau et dispersés en vente publique.

Quelle sera la souffrance morale, des années plus tard, d'un auteur constatant que telle filiale du groupe de presse auquel il collaborait, exploite pour trois fois rien ses images après que cette société ait obtenu pour celles-ci, la qualification d'*œuvres orphelines*, puis découvrant l'impuissance dans laquelle il se trouve à faire cesser cette exploitation ?

2 • Nous l'avons déjà développé dans notre mémoire « *Une confusion pernicieuse* » (19), les plus graves préjudices que pourront causer à leur auteur l'exploitation d'images classées orphelines, seront ceux qui auront pour origine l'exploitation d'images représentant des personnes.

C'est l'objet du titre suivant.

* *ektachrome* : marque déposée de Kodak devenue un nom générique pour désigner une image positive transparente couleur ou diapositive. Abrégé sous le terme « *ekta* ».

¹⁸ *Opus cit.* Page 21.

¹⁹ *Opus cit.* III.4 Page 11 et 12 et VI.1.2. Page 22.

10 • Sur les situations induites par la publication ou la représentation autorisée d'images classées orphelines, et représentant des personnes.

Nous avons déjà déploré que les textes soumis notamment par la SAIF, l'UPP et Free Lens au Ministre de la Culture et de la Communication n'abordent pas la question de la responsabilité dans de telles affaires ; et développé quelques préconisations

Est-il nécessaire d'insister ici sur le fait que nous regrettons que le texte qui nous est soumis par notre ministère de tutelle, n'aborde toujours pas ces problèmes qui nous paraissent de la plus haute importance ?

De telles publications d'images représentant des personnes sont ainsi susceptibles de causer de nombreux préjudices.

a) Aux personnes représentées, connues ou inconnues ; lesquels préjudices dépendront bien sûr, entre autre, pour une large part du contexte éditorial dans lequel est faite la publication de l'image.

b) Aux auteurs des images et (ou) à leur ayants droit :

- Rupture de liens de toutes natures, (affectifs, intellectuels, ...) entre les personnes représentées, voire leur famille, et le photographe.
- Rupture pouvant avoir des conséquences pécuniaires.
- Et susceptible d'exposer l'auteur à des poursuites judiciaires.

Recommandations du Snadi

1) Hormis les demandes concernant la reproduction, la mise en ligne de fac-similé en quelque sorte des publications originales, dans tous les autres cas de demande d'exploitation d'images représentant des personnes, qu'il s'agisse de personnalités ou d'illustres inconnus dont le nom figurait sur le document, l'instance habilitée à statuer sur la demande d'exploitation d'œuvres orphelines ne devrait pas être autorisée à porter une appréciation favorable quant au sérieux des recherches conduites par le demandeur, si celui-ci n'a pas, en plus de ses recherches dans les grands fonds répertoriés, entrepris des recherches en direction de la famille des personnes représentées, voire de leur entourage notoirement connu, lorsqu'il s'agit de personnalités publiques.

2) La création d'un fonds de garantie

Les montants versés en contrepartie de l'autorisation accordée d'exploiter une œuvre classée orpheline, doivent être suffisants pour permettre, indépendamment des versements aux auteurs (ou ayants droit) qui se seraient fait reconnaître, la création d'un fonds de garantie.

Ce fonds étant destiné à la prise en charge des frais d'avocat et autres dépends, en attaque comme en défense, des auteurs ou ayants droit, estimant subir des préjudices moraux du fait d'une exploitation non autorisée par eux, d'images représentant des personnes, lorsque celles-ci allèguent une atteinte à leur droit à l'image sur le fondement de l'article 9 du Code civil.

11 • Sur la question des responsabilités inhérentes aux exploitations autorisées d'œuvres orphelines.

Puisque, comme nous venons de l'évoquer, il y a des préjudices possibles, en cas d'exploitation d'une œuvre qualifiée d'orpheline, il y a lieu de s'interroger sur la détermination des responsabilités en la matière.

Dès lors qu'une œuvre aurait été inscrite au Répertoire des œuvres orphelines, et telle ou telle exploitation de celle-ci, autorisée à l'insu de son auteur ou de ses ayants droit, et donc sans leur consentement, la responsabilité de ceux-ci ne saurait être envisagée.

La future loi doit être explicite sur ce point.

Reste à déterminer qui, de l'instance habilitée ayant autorisé la dite exploitation, ou de l'exploitant ayant bénéficié de l'autorisation d'exploiter, doit être tenu pour responsable des éventuels dommages collatéraux provoqués par l'exploitation.

À notre sens la future loi ne devrait laisser aucune place à des jurisprudences fluctuantes.

Il n'est sans doute pas indifférent ici d'attirer l'attention sur le fait que, bien que cette question des responsabilités face aux conséquences envisageables des exploitations autorisées d'œuvres orphelines n'ait pas fait l'objet d'un traitement précis dans le rapport de Madame Sophie Justine Lieber, ⁽²⁰⁾ son importance dans l'économie générale du projet législatif à venir, était sans doute bien présente dans l'esprit de certain des membres de cette Commission.

Nous en voulons pour preuve les phrases qui suivent :

*« enfin, la question de l'étendue de la responsabilité de la personne ayant délivré
« les autorisations est également sensible » (²¹)*

Et, non sans avoir noté en pied de page l'opposition de la SPEDIDAM ⁽²²⁾ à un tel principe :

*« le caractère sérieux des recherches doit toutefois pouvoir être apprécié en fonction
« du type d'œuvres orphelines. Cette modulation pourrait également intervenir au
« regard d'un impératif d'intérêt général tel que la mise en valeur par une institution
« culturelle publique du patrimoine qu'elle détient » (²³).*

L'une de nos recommandations s'inscrit dans la logique de cette exigence ⁽²⁴⁾.

²⁰ *Maitre de requête du Conseil d'Etat, rapporteur de la Commission sur les œuvres orphelines présidée par Maître Jean Martin.*

²¹ *Opus cit. I.2.1. Page 6 .*

²² *Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes.*

²³ *Opus cit. II.1.3. Page 10.*

²⁴ *Supra. 10.1). Page 20.*

12 • Sur le fait que le projet qui nous est soumis prévoit de confier la mission de statuer sur « l'orphelinage »* des œuvres, à une SPRD agréée. Projet d'article L.134-1 II

Le Snadi a été le premier, nous semble-t-il à attirer l'attention sur la situation inacceptable de « *conflit d'intérêt* » inhérente à une telle dévolution, dans laquelle se trouverait placée la SPRD en question. (25)

Dès lors qu'il appartiendrait à la SPRD agréée de statuer sur les demandes qui lui seraient adressées, en portant une APPRECIATION sur le caractère « *avéré et sérieux* » des recherches alléguées par les demandeurs, une telle SPRD se trouverait en situation de conflit d'intérêt puisque, concomitamment,

- elle serait amenée à percevoir des flux financiers dans le cas où elle porterait une appréciation favorable quant à la qualité des recherches,
- et à ne pas percevoir dans l'hypothèse où elle porterait une appréciation défavorable sur ces mêmes recherches.

Et la proposition de loi déposée devant le Sénat par Madame Marie Christine BLANDIN, les membres du groupe Socialiste, apparentés et rattachés, sous le numéro 441, encourt sur ce point tout au moins, les mêmes objections que celles développées à propos des textes qui l'ont précédé.

Auditionnés par le Sénateur Jean-François Humbert, rapporteur pour la proposition 441, nous avons à la lecture de son rapport discuté en séance plénière de 20 Octobre 2010, la conviction d'avoir été parfaitement compris :

« Une confusion des rôles : les sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) devraient à la fois apprécier le caractère orphelin d'une œuvre au vu des recherches effectuées par le demandeur et percevoir les rémunérations des œuvres ainsi identifiées. Ces sociétés de gestion seraient donc à la fois juge et partie dans le traitement des œuvres orphelines, avec un intérêt évident à en reconnaître le plus grand nombre. Sans plus de précision sur les rôles et les procédures, ce texte serait donc préjudiciable au bon fonctionnement d'un système qui pourtant doit faire l'objet d'une grande prudence au regard de son caractère dérogatoire au droit de la propriété intellectuelle. »

Le Sénateur Jean François Humbert, pense au travers d'un amendement adopté par la Commission avoir trouvé une solution qui « *règle **partiellement** cette question* » (26)

Lequel amendement, adopté en séance plénière dispose :

« une instance paritaire représentative des auteurs et des utilisateurs est chargée de définir les critères permettant de déterminer si une œuvre est orpheline... »

*Orphelinage ; n.m. 1559, « état d'orphelin » Larousse de la langue française, Lexis édition 1979

25 Snadi « une confusion pernicieuse » III 2 p 17.

26 Rapport au nom de la commission culture enregistré le 20 Octobre 2010.

Le texte qui nous a été soumis par le Ministère de la culture et de la communication s'inscrit dans cette logique.

Projet :

« Art 134-2-1 les critères permettant de qualifier les recherches de « sérieuses et avérées au sens de l'article L.113-10 sont définis par une « commission paritaire présidée par un représentant de l'Etat et composée « en nombre égal, d'une part, des représentants des auteurs, d'autre part, de « représentants d'utilisateurs ».

Disons le sans ambages, nous estimons que cette solution partielle, selon l'aveu même du Sénateur Humbert, ne nous paraît pas du tout à la hauteur des enjeux ;

1• Il nous paraît tout à fait utopique d'imaginer que la définition de « *critères permettant de déterminer si une œuvre est orpheline* », (par une instance paritaire ou non), puisse constituer une grille de combinaisons, une espèce d'algorithme, permettant en quelque sorte d'automatiser le processus de décision, et soit susceptible de prendre en compte l'extrême diversité des cas que l'instance habilitée sera amenée à traiter.

La première difficulté étant constituée par la nécessaire hiérarchisation des facteurs à prendre en considération, au cas par cas.

Notre conviction sur cette question, on va le voir, est tout à fait similaire à celle exprimée par Jeremy de Beer et Mario Bouchard avec le recul d'une vingtaine d'années d'expérience en matière de décisions concernant les œuvres dites orphelines .⁽²⁷⁾

« ...Comme nous le verrons ci-dessous, la Commission a le pouvoir de prendre des « dispositions réglementaires prescrivant des conditions uniformes de recherche « aux demandeurs. Elle ne l'a pas encore fait, principalement à cause des « avantages qu'elle trouve à conserver une approche souple, pouvant s'adapter à « la diversité des circonstances dans lesquelles se pose le problème des œuvres « orphelines. »

« Si la Commission n'a pas pris de dispositions réglementaires proprement dites, « sa pratique témoigne de l'application de critères informels propres à guider « l'évaluation des efforts de recherche des demandeurs. La Commission établit au « cas par cas si cette recherche est suffisante, en fonction d'exigences qui « dépendent largement des circonstances. Le rapport américain énumère de « nombreux facteurs suggérés par les commentateurs, dont la Commission prend « automatiquement une grande partie en considération dans le contexte des « demandes formées sous le régime de l'article 77 ».

« Certains facteurs pertinents se rapportent à la nature du demandeur. Par « exemple il importe de savoir si celui-ci est une personne physique, une entité « commerciale ou un organisme sans but lucratif. L'utilisation projetée par le « demandeur peut aussi se révéler pertinente, c'est à dire que son caractère, selon « qu'il est commercial ou non, peut influencer sur la conclusion de la Commission quant

²⁷ Opus cit. Page 20.

« à savoir si l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur ».

« D'autres facteurs concernent la nature de l'œuvre et les renseignements disponibles sur son auteur ». Il peut se révéler important de savoir si l'œuvre elle – même... ».

Jeremy de Beer et Mario Bouchard poursuivent (28)

« Le paragraphe 77 (4), qui est entré en vigueur presque une décennie après la promulgation de la première version de l'article 77, confère à la Commission le pouvoir de régir par règlement l'attribution des licences. Or la Commission n'a jamais fait usage de ce pouvoir. La plupart des personnes qui ont présenté des observations pour le rapport américain s'opposaient à ce que le Copyright Office des Etats-Unis établissent des règles relatives aux critères de recherche, au motif que cela risquerait de limiter la flexibilité dans les cas spéciaux. D'un autre point de vue, l'établissement de dispositions réglementaires pourrait rendre le processus plus transparent et prévisible. **On constate donc l'existence d'un choix possible entre deux formules en relation inverse: d'un côté, l'uniformité et la prévisibilité, de l'autre, la souplesse et l'équité.** »

2• Dès lors qu'il apparaît que la décision de l'instance habilitée relèvera toujours d'une APPRECIATION, - **à moins de vouloir privilégier sur cette délicate question, la prévisibilité sur l'équité** -, pour reprendre les mots de Jérémie de Beer et Mario Bouchard, la SPRD évoquée dans le texte préparatoire au projet législatif qui nous occupe, demeurera toujours systématiquement en position de juge et partie, si elle se voit confier, la mission de statuer sur les demandes d'autorisation d'exploitation, et que concomitamment, elle soit amenée comme il est envisagé à percevoir ou à ne pas percevoir des flux financiers selon les APPRECIATIONS qu'elle aura portées.

Les aléas récents de la vie politique, avec par exemple l'affaire dite du « Mediator », le dossier « Woerth-Bettancourt » et l'intention du gouvernement annoncée dans la presse, de légiférer sur les situations de conflit d'intérêt, nous renforce, si besoin en était, dans notre conviction que ce serait une grave erreur de persister à vouloir créer *ex nihilo*, par voie législative une institution à vocation de service public, se substituant au pouvoir actuel du Juge, et dont l'intégralité des décisions qu'elle aurait à prendre, le serait dans une situation de conflit d'intérêt.

• **Recommandations**

Le Snadi réclame donc, pour statuer sur « l'orphelinage » des œuvres dont on ne parvient pas à retrouver auteur(s) et/ou ayants droit, et sur leur éventuelle autorisation d'exploitation, la création d'une instance **TOTALEMENT** indépendante de toute SPRD susceptible d'avoir à percevoir des flux financiers inhérents aux exploitations autorisées de telles œuvres.

²⁸ Opus cit. et loc. Page 23.

3• Le Snadi constate que la Fnappi ⁽²⁹⁾ semble partager sa préoccupation sur ce point, et que le SNJ-CGT ne semble pas non plus souhaiter que les SPRD aient le rôle décisionnaire que leur attribue, dans son état actuel, le projet de texte qui nous est soumis.

Ces convergences nous paraissent de bons augures pour trouver des solutions consensuelles sur cette question.

²⁹ *Fédération nationale des agences de presse photo et information.*

13 • Le projet ne prévoit pas qu'une œuvre puisse être qualifiée d'orpheline, et faire l'objet d'un refus d'autorisation d'exploitation.

En d'autres termes, le texte suggère qu'une recherche avérée et sérieuse reconnue par la SPRD, constituerait la condition NECESSAIRE ET SUFFISANTE, pour satisfaire la demande d'autorisation d'exploitation.

« *L'orphelinage* » de l'œuvre prononcée par l'instance habilitée constituerait donc en quelque sorte, le feu vert aux utilisations envisagées, quelles que soient celles-ci.

L'instance habilitée ne disposant d'aucun moyen juridique, en l'état actuel du texte qui nous est soumis, pour prendre en considération le cas d'espèce particulier de chaque demande.

Ainsi, par exemple, une demande d'autorisation d'exploitation, pour une biographie plus ou moins sulfureuse, voire pour une campagne publicitaire, d'une épreuve photographique (possiblement jamais publiée auparavant) et représentant une personnalité connue et son entourage familial, serait examinée selon les mêmes critères qu'une demande d'autorisation visant une banale vue de Paris figurant sur une page d'une publication *lambda* déposée par une institution publique dans le cadre d'une mise en ligne de sa collection de l'ensemble des numéros parus sur une période donnée. (On nous pardonnera d'avoir choisi ici des cas extrêmes, ceci dans un souci de démonstration).

Force de constater que dans un cas et dans l'autre, les risques de ce que nous avons appelés « *les « dommages collatéraux* » et les enjeux financiers y afférant, sont sans communes mesures.

Une telle disproportion dans les enjeux, nous pousse à attirer encore une fois l'attention sur l'une des recommandations, essentielles à nos yeux, de la Commission sur les œuvres orphelines déjà citée dans le présent mémoire.

« Le caractère sérieux des recherches doit toutefois pouvoir être apprécié de façon modulée en fonction du type d'une œuvre orpheline. Cette modulation pourrait également intervenir au regard d'un impératif d'intérêt général tel que la mise en « valeur, par une institution culturelle publique, du patrimoine qu'elle détient ».

C'est dans cette perspective que notre syndicat réclamait dans son rapport « *Une confusion pernicieuse...* »⁽³⁰⁾ que la loi à venir impose de statuer en deux temps sur les demandes d'autorisations d'exploitation des œuvres dont les demandeurs ne parviendraient pas à retrouver les auteurs et ayants droits.

1^{er} temps : les recherches conduites par les demandeurs apparaissent-elles ou non suffisantes pour que l'œuvre puisse être qualifiée d'œuvre orpheline ?

2^{ème} temps : En cas de réponse favorable à cette première question, compte tenu de la nature de l'œuvre, de son contexte, d'une part, et compte tenu de la nature de l'exploitation envisagée, d'autre part, doit-on accorder ou refuser l'autorisation ?

³⁰ *Opus cit. VI. 1.2. Page 22.*

Le Snadi réitère donc sa demande d'une loi rendant obligatoire ce double questionnement.

L'on peut très bien envisager un degré d'exigence en matière de recherches, relativement peu élevé, pour qu'une œuvre puisse être inscrite au répertoire des œuvres dites orphelines.

L'inscription de l'œuvre à ce répertoire augmente les chances de retrouver ultérieurement, auteurs(s) et (ou) ayant(s) droit.

Ceux-ci étant susceptibles de consulter cette base de données.

Ce niveau de recherche pourrait, dans la grande majorité des cas, être estimé suffisant pour que soit accordées les autorisations pour les exploitations ne présentant pas à priori de grands risques, notamment en matière de « dommages collatéraux ».

Évoquons ici les reproductions, mise en ligne de *fac-similé* de publications existantes, les publications universitaires, les ouvrages d'érudition.

Cela dans le cadre de dispositions législatives conférant à l'instance habilitée un devoir d'appréciation des risques (dommages collatéraux tout particulièrement) et une capacité lorsque les risques paraissent élevés à,

- surseoir à statuer, pour ce qui concerne l'autorisation d'exploitation sollicitée, en demandant des recherches plus approfondies ;
- à conditionner l'autorisation à des modifications du contexte de la publication ou de la représentation envisagée (appareil de légende des dessins, photo) ;
- voire à refuser l'autorisation pour l'exploitation envisagée.

La prise en compte du contexte éditorial pour autoriser ou refuser l'autorisation d'exploitation, pose bien évidemment la question du niveau d'information à exiger de la part du demandeur quant à son projet.

Il apparaît qu'en la matière, pour revenir sur le modèle canadien, la « Commission du droit d'auteur du Canada » dispose de toute latitude.

Tout comme il apparaît que le modèle canadien fonctionne conformément aux préconisations que nous venons d'évoquer.

Citons ici, une fois encore Jeremy de BEER et Mario BOUCHARD ⁽³¹⁾

• À propos du niveau des recherches :

« Les efforts jugés nécessaires dépendent du facteur contextuel, entre autre de la nature du demandeur, de l'œuvre et de l'utilisation projetée. »

et, déjà cité :

« Certains facteurs pertinents se rapportent à la nature du demandeur. Par exemple, il importe de savoir si celui ci est une personne physique, une entité commerciale, un organisme sans but lucratif. L'utilisation projetée par le demandeur peut aussi se révéler pertinente, c'est à dire que son caractère, selon qu'il est commercial ou non, peut influencer sur la conclusion de la commission

³¹ *Opus cit. Page 20.*

« quant à savoir si l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur ».

• À propos du conditionnement de l'autorisation, à des modifications du contexte éditorial :

« En outre, il arrive souvent que la commission exige comme modalité de la licence, que le bénéficiaire de celui-ci utilise l'œuvre en faisant les références bibliographiques incluses ».

14 • À propos de la liste des œuvres orphelines publiée sur un site de communication au public en ligne.

Projet d'article L.134.2. II. 2ème alinéas

L'expression « *liste des œuvres orphelines* » appelle, de notre part, les plus grandes réserves quant à sa pertinence.

Dans le domaine de l'écrit

Des mentions telles que par exemple :

- xxx, nouvelle de xxx, publiée dans la livraison du ... du quotidien xxx,
- xxx article paru dans xxx du ... et consacré aux conséquences économiques de la fin de la guerre d'Algérie,

... peuvent tout à fait, dans une base de données accessible au public, constituer pour les auteurs ou ayants droit de tels écrits, un outil efficace pour découvrir que l'on a cherché à les joindre dans le but de négocier une éventuelle exploitation de leurs écrits en question.

Dans le domaine de l'image, et tout particulièrement dans le domaine de la photographie, il en serait tout autrement.

- Si une photographie est répertoriée par exemple, « *portrait en buste, en uniforme d'un amiral français* », compte tenu du nombre relativement réduit d'amiraux, une telle mention serait susceptible d'inciter des auteurs ou des ayants droit pouvant éventuellement être concernés à se manifester.

- **Il ne peut en être de même avec des mentions telles que :**

- « *appelé du contingent- armée de terre* »,
- « *les bords du Loiret en automne* »,
- « *l'église de Collioure* »,
- « *gardien de but arrêtant un ballon. Football* »,

... pour ne prendre que quelques exemples.

La base de données à laquelle nous aspirons, devrait donc en ce qui concerne les œuvres du domaine de l'image, donner accès aux œuvres elle même, les mots « *liste des œuvres* » nous paraissant inopérants dans la mesure où la plupart des photographies n'ont pas à proprement parler de titre, mais sont éventuellement accompagnées de légendes dont les photographes ne sont bien souvent pas les auteurs.

Il ne nous échappe pas pour autant qu'une telle représentation des œuvres visées, sur une base de données accessible au public, à créer, constituerait déjà une contrefaçon, et qu'il conviendra sans doute de procéder à une harmonisation de notre CPI pour pouvoir la créer.

15 • En guise de synthèse

L'ensemble des demandes et autres préconisations que nous venons d'exposer ici, tire sa substance,

- de l'expérience des problèmes d'éthiques et juridiques posés par l'exploitation des images des auteurs photographes, expérience acquise par certains des fondateurs de notre syndicat au cours de décennies d'actions militantes au service de leur profession,
- des réticences de nombres de nos adhérents à l'idée de voir « *écornés* » les principes fondateurs de notre actuel CPI.
- des incitations à la plus extrême prudence, contenues dans le rapport de la *commission sur les œuvres orphelines* présidée par Maître Jean Martin.

Bien que s'inscrivant dans le contexte d'un droit d'auteur d'inspiration plus anglo-saxonne que de tradition française, le « **modèle canadien** », en vigueur depuis plus de deux décennies, et tel qu'analysé par messieurs Jeremy de Beer et Mario Bouchard,

- nous conforte dans nos convictions, exprimées bien antérieurement à la découverte du rapport de ces deux auteurs,
- et nous persuade que le texte préparatoire au projet qui nous est soumis par le Ministère de la Culture et de la Communication, tirerait profit à s'en inspirer sur plusieurs points.

Sans chercher à nous résumer, nous reprenons ici les grands axes autours desquels nous réclamons une réorientation de ce texte préparatoire.

1- La définition de l'œuvre orpheline, remplacée en quelque sorte par la description du cursus au terme duquel une œuvre peut être, à titre réversible, inscrite au Répertoire des œuvres dites orphelines.

2- L'affirmation par la loi, de ce que la reconnaissance par l'instance habilitée, du fait que les recherches conduites par le demandeur ont bien été « *sérieuses* », ou si l'on préfère que celui-ci a bien fait son possible dans les circonstances, pour tenter d'en retrouver les auteurs et/ou ayants droit, bref la décision par l'instance habilitée de considérer l'œuvre comme étant orpheline au sens de la loi, ne doit pas *ipso facto* valoir autorisation d'exploitation pour l'utilisation envisagée.

La loi devant imposer à l'instance habilitée un double questionnement.

- Compte tenu des recherches effectuées par le demandeur, l'œuvre peut-elle ou non être placée sous le régime de « l'orphelinage » ?
- Compte tenu de la personne du demandeur, de la nature de l'œuvre et du contexte dans lequel elle s'inscrit, et de la nature de l'exploitation envisagée, l'autorisation d'exploitation sollicitée doit-elle être accordée, refusée, ou conditionnée à des modalités particulières ?

3 • L'exploitation de certaines œuvres, une fois celles-ci qualifiées d'orphelines, est susceptible, nous l'avons évoqué, d'engendrer des préjudices en cascade :

- Préjudices à des tiers, mis en cause par la reproduction ou la représentation de ces œuvres : diffamation, atteinte à la vie privée, droit à l'image des personnes figurant sur les images (photographies tout particulièrement) ;
- Lesquels préjudices sont susceptibles de rejaillir ensuite sur les auteurs et/ou ayants droit des œuvres en question.

Monsieur Bernard Lang ⁽³²⁾, à propos de l'exercice de la tutelle sur les œuvres orphelines mettait en garde :

« ... Cela ne peut se faire, dans l'intérêt de tous, que dans la mesure où la Loi encadre l'exercice de la tutelle, et en particulier sécurise économiquement et juridiquement les acteurs qui exercent la tutelle et ceux qui bénéficient de ses autorisations, tout en préservant les intérêts des ayants droit introuvables » ⁽³³⁾

La loi sur les œuvres orphelines ne pouvant abolir le cadre juridique de la diffamation, de l'atteinte à la vie privée, et du droit des personnes sur leur image, la « *sécurité juridique* », - et donc économique-, d'une part de l'instance habilitée susceptible d'autoriser l'exploitation, et d'autre part de celui qui bénéficie de l'autorisation d'exploitation,... ne peut s'obtenir qu'à deux conditions.

³² INRIA, Institut national de recherche en informatique et automatique.
AFUL, Association francophone des utilisateurs de linux et de logiciels libres.

³³ Contribution indépendante annexée au Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines. Page 44.

• **Première condition :**

Faire porter la responsabilité de ces diffamations, atteinte à la vie privée, atteinte au droit à l'image des personnes, désignées ou représentées sur les œuvres, sur l'auteur de l'œuvre ou ses éventuels ayants droit, non encore retrouvés.

Solution inacceptable, puisque l'exploitation litigieuse aurait été faite sans consentement de ceux-ci.

• **Deuxième condition :**

Encadrer par la loi l'exercice de l'instance susceptible d'accorder l'autorisation d'exploitation, en interdisant à celle-ci tout simplement de telles autorisations d'exploitations, chaque fois qu'une œuvre du domaine de l'image fixe représente une ou plusieurs personnes, et chaque fois qu'une œuvre du domaine de l'écrit met en cause une personne identifiable susceptible de s'estimer diffamée.

Solution sans doute trop radicale.

Comment trouver un juste milieu ?

• Aucune liste de critères, fut-elle élaborée par une commission paritaire, ne pourra conduire à une automatisation de la décision à prendre par l'instance habilitée, à moins de tomber dans l'interdiction systématique que nous venons d'évoquer.

L'instance habilitée doit donc disposer d'un large pouvoir, au cas par cas.

• Un fond de garantie spécifique alimenté par un pourcentage prélevé sur les montants versés à la ou aux SPRD au titre des exploitations autorisées, pourrait assurer la prise en charge automatique des frais d'avocats et autres dépends des auteurs ou ayants droit identifiés à la suite des publications ou représentations litigieuses, lorsque ceux-ci estiment que l'exploitation en question de leur œuvre leur crée un préjudice vis à vis de personnes mises en cause par leur écrit, ou représentées sur leurs images (dessin, photographie tout particulièrement).

Citons encore ici Bernard Lang :

*« ... on peut se poser la question de l'interdiction de l'utilisation ou de l'acceptation
« d'une œuvre orpheline au besoin par voie de justice, si certaines conditions ne
« sont pas remplies. » (34)*

Puis plus après :

*« ... le législateur doit aussi préciser quel organisme aura la charge de chaque
« obligation, et de s'opposer éventuellement à l'utilisation ou l'exploitation de
« l'œuvre. Cet organisme pourrait être distinct de celui qui gère la formalité
« correspondante. » (35)*

³⁴ *Opus cit. Contribution indépendante...17 mars 2008. Page 46.*

³⁵ *Ibid infra page 46.*

Plus loin encore :

« *il n'est pas nécessaire que les organismes habilités à recevoir et gérer les fonds soient les mêmes que ceux qui négocient le montant des droits, et il est même probablement bon de veiller à ce que ces deux types d'organismes soient toujours indépendants de façon à éviter les risques de conflits d'intérêt.* » ⁽³⁶⁾

Ce qu'il qualifie de « *probablement bon* » constitue pour le Snadi un impératif absolu : Faire en sorte que l'instance habilitée à statuer sur l'exploitation des œuvres orphelines, soit totalement indépendante des SPRD.

La seule autre façon de rendre acceptable la confusion des rôles que nous avons dénoncée, entre la fonction consistant à autoriser ou non l'exploitation envisagée et celle consistant à recevoir des flux financiers dans les cas où l'autorisation d'exploitation serait accordée, serait de considérer les décisions de la ou des SPRD d'autoriser ou non l'exploitation des œuvres classées orphelines, comme des actes de gestion des SPRD, rendant celles-ci, *ipso facto*, juridiquement responsables vis à vis des personnes diffamées, atteintes dans leur vie privée ou leur droit à l'image, du fait même de l'exploitation qu'elles ont autorisée.

Le Snadi ne pense pas que cela soit souhaitable.

C'est pourquoi, répétons le ici, le Snadi réclame que la loi à venir prévoit de confier, et l'inscription des œuvres au *Répertoire des œuvres orphelines*, et les décisions concernant leur éventuelle autorisation d'exploitation, à une autorité totalement indépendante de la ou des SPRD chargée(s) des flux financiers relatifs aux exploitations autorisées.

³⁶ *Op. et loc.cit. page 47. Bernard Lang se place dans l'hypothèse où le montant des droits (à l'exemple de la licence du dispositif canadien) est conditionné au cas par cas par la nature de l'œuvre et de son exploitation envisagée sans application d'un barème, c'est à dire celle où le montant à verser en contrepartie de l'exploitation autorisée est fixée par l'instance qui accorde ou non l'autorisation.*

16 • Récapitulatif

Nous l'avons exposé dans les premières pages du présent mémoire, il nous paraît absolument nécessaire que la loi à venir traite des œuvres du domaine de l'image ET du domaine de l'écrit,... lesquels ne nous paraissent pas dissociables, au regard des motifs qui justifient le projet.

Les trois questions que nous venons d'évoquer, sont étroitement interdépendantes, et appellent de la part des rédacteurs du projet une vision globale.

- 1- Une œuvre n'est pas orpheline par nature.

Mais elle peut être placée, à certaines conditions, sous un régime dérogatoire du droit commun.

- 2- Ce n'est pas parce qu'une œuvre est placée sous un tel régime dérogatoire, que doit être, pour autant, autorisée n'importe quelle exploitation de celle-ci.

Il est impératif de prévoir les risques inhérents à l'exploitation envisagée. Et de savoir qui subira les conséquences éventuelles de ces risques. Ceci avant de statuer sur les demandes d'autorisation.

- 3- L'extrême diversité des cas de figures rend utopique l'efficacité de telle ou telle grille de critères permettant d'aboutir dans chaque cas à la meilleure, ou en tous cas à la moins mauvaise décision.

Aussi, l'instance habilitée à statuer sur l'exploitation des œuvres, une fois celles-ci classées orphelines, doit jouir d'une très large liberté pour hiérarchiser les différents facteurs spécifiques qui lui paraissent prédominer à l'examen de chacune des demandes d'autorisation d'exploitation qui lui parviennent.

L'exemple canadien nous montre que la Commission du droit d'auteur du Canada est parfois amenée pour ce faire, à s'affranchir quelque peu de la lettre de la Loi, pour mieux en respecter l'esprit.

Une telle autonomie, une telle liberté, un tel *pouvoir discrétionnaire*, ne sauraient bien évidemment être acceptables qu'à la condition d'être confiés à une instance totalement préservée des situations de conflit d'intérêt.

Telle l'autorité, à laquelle nous aspirons.

• *En terminant ce rapport,
nous pensons à Jean Desauois,
Président de la Fnappi,
qui vient de nous quitter,
et qui fut un partenaire loyal,
sincère et précieux.*

Jean-Noël Giroix
Bernard Dupont
Philippe Dubois
Snadi@wanadoo.fr
www.snadi.org
Snadi juillet 2011