

Étude critique de la loi du 1^{er} mars 2012 sur le livre indisponible et du régime de l'œuvre orpheline.

Jean-Baptiste VAROQUEAUX
Publié sur : www.lepetitjuriste.fr
En janvier 2013

Résumé de l'étude :

Tirant prétexte de l'indisponibilité de certains livres face à une forte demande du public, notamment des livres orphelins, le législateur a prévu d'expérimenter leur exploitation numérique en ligne dans une loi du 1^{er} mars 2012, outrepassant ainsi le régime désintéressé de la directive œuvre orpheline des 4 et 29 octobre 2012. Il est prévu qu'à défaut d'opposition de l'auteur et/ou de l'éditeur de la version imprimée dans les six mois de l'inscription du livre sur le registre librement et gratuitement accessible en ligne des livres indisponibles, une SPRD (société de perception et de répartition des droits composée paritairement d'auteurs et d'éditeurs) donnerait l'autorisation à des utilisateurs (et en priorité à l'éditeur de la version imprimée et dans des conditions avantageuses) d'exploiter des versions numériques des livres concernés (alors que le principe veut que tout ce qui n'est pas expressément cédé par l'auteur soit conservé par lui, notamment l'exploitation numérique en ligne). Les livres indisponibles qui s'avèrent orphelins sont aussi exploités, alors la part de l'ayant droit est réservée pendant dix ans, des recherches sont menées pour le retrouver, si à terme elles s'avèrent infructueuses l'exploitation se poursuit et la part de l'auteur est réutilisée au profit de la création littéraire, la diffusion gratuite en bibliothèque est alors envisagée à la discrétion de la SPRD.

Introduction :

1. – Le réseau internet est à notre société ce que l'imprimerie était du temps des lumières : une formidable technologie pour la diffusion de l'information à travers le monde. Le terme « numérique » doit être distingué du terme « internet », le premier vise la dématérialisation liée à l'informatique, le second est un mode de communication des éléments dématérialisés. Or c'est l'exploitation par le biais des réseaux, et tout particulièrement l'internet, qui est crainte. Crainte au point que c'est au législateur d'intervenir pour pousser les acteurs économiques dans cette voie. La loi sur le livre indisponible, qui réglera pour leur grande majorité les œuvres orphelines, est critiquable tant par le processus et les objectifs qui ont menés à son élaboration, elle s'apparente alors à un coup d'essai, que par le mécanisme qu'elle met en place, centré sur les intérêts des éditeurs aux dépens de ceux des auteurs.

2. – **Doit-on empêcher l'émergence des œuvres numérisées en considérant qu'il s'agisse d'un nouveau mode d'exploitation des œuvres ?** Empêcher leur émergence signifie ouvrir la porte à la contrefaçon massive, pour autant autoriser sans limite la numérisation revient à nier le principe d'*in favorem auctoris* du droit d'auteur français. Comme dans la pratique la frontière incertaine entre l'exploitation licite d'un livre et la contrefaçon mettait en avant le livre indisponible et l'œuvre orpheline, le législateur a choisi de les jeter en pâture, et accessoirement de les utiliser comme cobayes.

3. – On connaît les conséquences de l'absence d'offre légale, c'est l'émergence irrésistible d'une offre illégale. Les industriels de la musique et du cinéma qui essayaient d'échapper à la montée en puissance d'internet ont subis de plein fouet les effets de ce que l'on peut appeler le téléchargement illégal, ou plus exactement la contrefaçon en ligne. Le rapport Olivennes (OLIVENNES (D.), Rapport Olivennes, 23 novembre 2007. Téléchargeable sur le site du ministère de la culture : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportolivennes231107.pdf>), puis la loi dite Hadopi qui en est issue, ont clairement affichés cette reconnaissance du caractère indispensable de l'offre légale. La réflexion doit inévitablement être étendue au secteur du livre, en particulier avec le développement

et le perfectionnement d'outils de consultation des livres numériques : livres électroniques, tablettes et smartphones. Pour autant les éditeurs sont encore frileux sur la question des livres numériques, les développer servirait à faciliter le développement de la contrefaçon en ligne.

Ils invoquent donc quelques prétextes tirés du surcoût représentés par le développement du livre numérique qui nécessiterait la création de formats, la numérisation puis la numérisation des ouvrages (*cf.* à ce sujet FERRY (L.) et al., *La révolution du livre numérique*, Odile Jacob, avril 2011). Lesdits formats existent déjà (CARRIE (S.), « Le livre numérique : un « OCNI » (Objet culturel non identifié), », CCE., n° 10, octobre 2005, étude 36., n° 1 et 8), des e-books et pdf protégés peuvent être édités par tout internaute un peu curieux. La nécessité de scanner puis la numériser est un faux argument, car pour qu'un éditeur puisse commander une impression, il lui faut fournir à l'imprimeur un fichier contenant l'œuvre sous forme numérique. Par ailleurs un livre numérique s'édite et se distribue sous une forme dématérialisée, les coûts d'impression, de transport et de stockage disparaissent pratiquement. De surcroît, sous la présidence de Nicolas Sarkozy, d'importants efforts ont été réalisés au profit des éditeurs numériques, d'abord une baisse de la TVA sur les livres numériques (ramenée à 5,5%, malgré un avertissement de Bruxelles, par le projet de loi de finance rectificative pour 2012 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2012 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0071.asp>), ensuite une aide financière à la numérisation (Réponse du Ministère de la Cult.&Com. à la question écrite n° 62843, JO. AN., 1^{er} mars 2011.). On peut largement douter de la pertinence de ces aides dans une période dite de crise économique, d'autant plus que l'hésitation des éditeurs ne vient pas d'une difficulté économique de produire ces formats, mais de la peur de perdre leur monopole face à la contrefaçon en ligne et à l'hégémonie des grands acteurs de l'internet (notamment Amazon et Google, ce dernier ayant été condamné pour avoir mis en ligne des œuvres sans le consentement de leur auteur, notamment des livres indisponibles ou des œuvres orphelines, *cf.* TGI Paris, 3^e chambre, 2^e section, jugement du 18 décembre 2009, *Éditions du Seuil et autres c/ Google Inc.*).

4. – Malgré la nécessité d'une offre légale en ligne il faut rappeler qu'en droit

d'auteur les contrats sont interprétés *in favorem auctoris*, soit dans le sens le plus favorable à l'auteur, ainsi si un mode d'exploitation n'est pas expressément prévu par le contrat alors il est réputé avoir été conservé par l'auteur. L'exploitation sous forme numérique se distingue ainsi de l'exploitation sous forme imprimée du livre. Il est possible de contester cette vision des choses, la simple numérisation ne consiste qu'en un changement de support matériel, au final l'acte de consommation sera identique, sauf peut-être dans la perception purement affective du consommateur. En revanche la diffusion sur les réseaux pose un véritable problème sur le plan des droits patrimoniaux et du droit moral puisque l'œuvre est alors « portée à la connaissance de l'univers entier [et est donc] définitivement divulguée » (LUCAS (A.), LUCAS (H.-J), LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, p. 453). Bien sûr les contrats d'édition prévoient désormais de manière systématique la cession du droit d'exploitation numérique, ce qui n'était pas forcément le cas au cours du XX^e siècle, mais est-ce suffisant au regard du droit moral de l'auteur ? L'auteur a droit de choisir les modes de divulgation de son œuvre ce qui lui permet de contrôler les modes d'exploitation. Diffuser une œuvre sur internet revient à la divulguer au monde entier sans véritable espoir de retrait ou de repentir efficace (*Idem.*).

5. – Les difficultés pratiques d'exploitation des livres indisponibles et œuvres orphelines. Dans l'affaire Google (*cf.* TGI Paris, *loc. cit.*), les difficultés juridiques qui surgirent furent celles posées par les œuvres orphelines – « œuvre protégée et divulguée, dont [l'un au moins des titulaires (L. 113-10 alinéa 2 du CPI(Code de la Propriété Intellectuelle))] des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses » (L. 113-10 alinéa 1^{er} du CPI), donc l'œuvre est inexploitable du fait de l'absence d'autorisation de ce titulaire – et par les livres indisponibles – livres introuvables sur le marché parce qu'ils ne sont pas ou plus édités, bien souvent parce qu'ils n'ont pas eu un succès suffisant – ce qui a soulevé des questions d'ordre pratique et a donc éveillé l'intérêt des législateurs français et européens.

D'un point de vue pratique, avant la loi du 1^{er} mars 2012, pour pouvoir exploiter des œuvres orphelines il fallait demander une autorisation au juge, voir mentionner que tous droits étaient réservés, réalité il n'y avait aucune sécurité juridique. Pour ce qui

est des livres indisponibles l'éditeur ayant une obligation d'exploitation effective (cf. L.132-12 et L. 132-17 du CPI), l'indisponibilité ne devrait exister qu'en présence d'œuvres orphelines. Cependant il est possible d'admettre qu'il ne s'agisse que d'une obligation de moyen (cf. *infra* n° 11), l'indisponibilité apparaît alors lorsque l'œuvre n'a pas rencontré de succès sur le marché. Qu'il s'agisse des œuvres orphelines ou des livres indisponibles, exploiter une version numérique et en ligne sans autorisation expresse de l'auteur serait non seulement une potentielle contrefaçon mais aussi une prise de risque considérable d'atteindre au droit de divulgation de l'auteur, voir à son droit au respect de l'œuvre de part la numérisation. La solution la plus évidente pour les livres indisponibles non-orphelin était tout simplement de négocier des avenants aux contrats d'édition avec les auteurs. Cependant cela représentait un travail titanesque pour des ouvrages qui avaient échoué à l'épreuve du marché, quel intérêt les éditeurs auraient-ils à investir davantage dans ce genre de produits qui, de surcroît, concurrenceraient leurs autres produits ? La disponibilité des œuvres n'était pas une question purement économique, mais aussi et surtout culturelle, offrir aux consommateurs un accès effectif à la plus grande diversité de produits culturels possible.

6. – Plusieurs solutions étaient envisageables : l'exploitation de versions numériques, l'impression à la demande, et l'exploitation en bibliothèque. L'exploitation de versions numériques supposait d'exproprier l'auteur de son droit d'autoriser l'exploitation numérique de l'œuvre et évinçait les libraires, mais permettait une diffusion large, une reproduction et une distribution à moindre coût. Ces deux premiers intérêts étaient préservés dans l'utilisation de l'impression à la demande qui supposait d'inciter les libraires à acheter les *Espresso Book Machines* (cf. OnDemandBook, « *The Espresso Book Machine* », YouTube, 15 mai 2012, consulté le 19 octobre 2012. <http://www.youtube.com/watch?v=Q946sfGLxm4>), des imprimantes de plusieurs centaines de milliers d'euros servant à fabriquer des livres à l'unité. Leur prix exorbitant nous semble disproportionné à l'exploitation de livres qui n'ont pas rencontré de succès sur le marché. L'exploitation en bibliothèque faisait monter le débat dans la sphère de l'utopique bibliothèque universelle (cf. à ce sujet FERRY (L.) et al., *La révolution du livre numérique*, Odile Jacob, avril 2011), il s'agissait d'une première marche vers la bibliothèque universelle. Finalement, il

aurait alors été consacré ce pour quoi Google fut condamné. L'idée était de permettre l'exploitation gratuite par les bibliothèques et autres établissements publics destinés à diffuser gratuitement des ouvrages auprès du public. La première solution était la plus avantageuse pour les éditeurs et a été consacrée à titre principale dans la loi, la troisième solution était la plus avantageuse pour le public du fait de la gratuité et a été consacrée à titre accessoire dans la loi, la deuxième solution a été pratiquement écartée. L'impression à la demande reste à un stade de pure réflexion et le législateur a cru bon d'inscrire dans l'article 3 de la loi : « Les organismes représentatifs des auteurs, des éditeurs, des libraires et des imprimeurs engagent une concertation sur les questions économiques et juridiques relatives à l'impression des livres à la demande ». On peut se questionner sur la portée d'une telle disposition, depuis quand la loi a-t-elle pour rôle de constater des situations de fait ? Voilà bien la preuve que cette loi n'est qu'une expérience législative, elle a été impulsée par les grandes maisons d'édition (comme le laisse entendre MACREZ (F.), MACREZ (F.), « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur », Recueil Dalloz, 2012, p. 749, n° 22) : il s'agit de rendre disponibles des livres sur internet et le seul cobaye que l'on décide d'utiliser est celui sur lequel les éditeurs n'ont aucun droit, c'est un coup d'essai gratuit du point de vue des éditeurs.

7. – Alors que l'Union Européenne élaborait une directive sur les œuvres orphelines (Directive européenne du 4 octobre 2012), le législateur français s'est empressé de la vider de son contenu par cette loi du 1^{er} mars 2012 sur les livres indisponibles du XX^e siècle. En effet, parmi celles évoquées dans la directive seules les œuvres littéraires n'étaient pas dotées d'une gestion collective permettant d'appréhender les œuvres orphelines, tel que la SACEM pour les œuvres musicales, pour elles seules se posaient donc ce problème en pratique. Or, une œuvre orpheline si elle n'est pas tombée dans le domaine public est bien souvent indisponible (« Droit des auteurs. – Durée de la protection (CPI, art. L. 123-1 à L. 123-12) », JC, 14 mai 2012, Fasc. 1270 : « l'œuvre indisponible se distingue de l'œuvre orpheline en ce que le titulaire des droits sur elle peut très bien être connu et localisable. Malgré tout, il est fréquent que tel ne soit pas le cas, de sorte que les deux notions se recoupent forcément. »), l'absence d'autorisation empêchant

l'exploitation. Le régime des livres indisponibles, plus intéressant pour les exploitant, est alors applicable. La loi sur les livres indisponibles prévoyait d'ailleurs ce que l'on appellera un régime pour les œuvres présumée quasi-orphelines, lequel reste bien plus intéressant pour les exploitant que ne l'est celui de la directive, juste avant de définir l'œuvre orpheline dans son article 2.

Comment une loi interne peut-elle outrepasser une directive européenne ? C'est une sorte de privilège qu'autorise la directive dans son 4^e considérant : le droit interne qui prévoit déjà un régime pour les œuvres orphelines n'a pas besoin d'être réformé. Le quatrième article de la loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle précise simplement qu'elle entre en application le 1^{er} septembre 2012 si aucun décret d'application n'intervient entre temps. En réalité la loi est privée d'efficacité à défaut de décret d'application, car en vertu de l'article L. 134-7 CPI celui-ci doit préciser comment sera établie le registre des livres indisponibles sans lequel le délai de six mois précédant la gestion par la SPRD ne peut commencer à courir, d'autant plus qu'un décret aurait permis de préciser un certain nombre de points.

8. – **Plusieurs problèmes semblaient converger** : d'abord la nécessité d'une offre légale et abondante sur internet, ensuite l'indisponibilité et l'orphelinat de certaines œuvres pour lesquels plusieurs solutions étaient envisagées, à ces deux premiers problèmes se rattachait l'espoir de créer une bibliothèque universelle numérique, lui est opposée la peur de perte de monopole et de contrôle que suscite chez les acteurs économiques du livre la diffusion sur internet de versions numériques, et enfin l'absence de titularité des éditeurs sur les droits d'exploitation numérique de la plupart des œuvre du XX^e siècle.

Le législateur a donc choisi de jeter dans la pâture internet les œuvres orphelines et les livres indisponibles en espérant ménager la faim des internautes le temps d'observer les résultats. L'article 3 de la loi (sus-évoqué) et l'article L134-3 IV issue de l'article premier de la loi sous-tendent l'idée d'expérimentation en prévoyant des concertations sur d'autres solutions, mais aussi un système de rapports et de recommandations permettant de faire évoluer le mécanisme de recherche des ayants droit. Économiquement cela représentait un moindre mal pour les éditeurs qui

n'exploitaient pratiquement pas ou plus ces œuvres. La titularité de l'auteur, voir de l'éditeur de la version imprimée, sur le droit d'exploitation numérique est simplement rongée : ils doivent activement s'opposer à la gestion collective, à défaut la gestion collective permet d'attribuer ce droit d'exploitation à un tiers, tout en prévoyant la rémunération de l'ayant droit. Pour autant le simple fait de ronger la titulaire de l'auteur est déjà une atteinte aux principes du droit d'auteur français : il-y-a usurpation du droit d'exploitation (l'auteur peut choisir de l'exercer négativement en cessant d'exploiter l'œuvre), du droit de destination (l'auteur peut avoir choisi de ne pas exploiter l'œuvre sous une forme numérique), voir du droit moral de divulgation (en prévoyant implicitement l'exploitation sur internet).

9. – La loi du 1^{er} mars 2012 dite « par les éditeurs, pour les éditeurs » (Intervention du député Tardy (L.), Assemblée nationale, séance publique du 19 janvier 2012) prévoit une exploitation des livres indisponibles (1), comme des œuvres orphelines (2), globalement plus avantageuse pour l'éditeur que pour l'auteur.

1) L'exploitation des livres indisponibles

10. – **Le champ d'application vague de la loi du 1^{er} mars 2012.** Le champ d'application de la loi sur les livres indisponibles est prévu par l'article L. 134-1 du CPI : « on entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique. ».

11. – L'utilisation du vocable « livre » porte à confusion, n'aurait-il pas été plus sage de renvoyer à la notion « d'œuvre littéraire » ? Seule une circulaire du 30 décembre 1971 semble donner une définition juridique du livre, il s'agit d'un ensemble imprimé et basé sur une œuvre littéraire. On peut donc légitimement voir ici, tout comme Monsieur Macrez, une confusion dans l'esprit du législateur entre l'œuvre et son support (MACREZ (F.), « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », Recueil Dalloz, 2012, p.749, n° 1 et 11). Cependant, le livre est expressément visé à l'article L. 112-2 du CPI en tant qu'œuvre de l'esprit, il ne paraît pas y avoir une véritable confusion, mais plutôt une

limitation du champ d'application à un type d'œuvre en particulier. Ainsi toute œuvre qui ne se rattacherait pas à la catégorie des livres devrait être exclue, notamment celle figurant dans la liste de l'article L. 112-2 du CPI, le raisonnement serait plus convainquant si la liste n'était pas exemplative.

12. – La notion d'indisponibilité est elle-même à préciser. Il faut d'abord que les livres aient déjà fait l'objet d'une publication en France, c'est-à-dire qu'ils aient été divulgués et exploités par reproduction en tant que livres en France. Il faut ensuite que cela ait eu lieu avant le 1^{er} janvier 2001 (seuls les livres indisponibles du XX^e siècle sont visés, en pratique depuis 2001 les contrats d'édition prévoient l'exploitation numérique et en ligne). Il faut enfin qu'ils ne soient plus ni commercialement diffusés, ni publiés. Y a-t-il indisponibilité lorsqu'il y a diffusion commerciale ou publication à l'étranger ? Selon nous, l'esprit de l'article étant de vérifier la disponibilité en France, il importera peu que la diffusion provienne ou non de l'étranger dès lors qu'elle est émise vers la France.

Il nous semble aussi que l'indisponibilité doit être distinguée de l'inexécution par l'éditeur de son obligation exploiter effectivement les ouvrages que les auteurs lui ont confié. En effet il est rappelé à de multiples reprises dans la loi du 1^{er} mars 2012 que l'indisponibilité ne présume pas l'application des articles L. 132-12 et L. 132-17 du CPI, lesquels prévoient la sanction en cas d'inexécution de cette obligation d'exploitation. Admettre une identité entre l'indisponibilité et l'inexécution de cette obligation révélerait une incohérence du législateur (MACREZ (F.), *op. cit.*, n° 11), en vertu d'un principe de cohérence il faut comprendre que lorsque le législateur semble se contredire cela doit signifier qu'une nuance existe dans ses propos. Ainsi l'indisponibilité devrait être distinguée de la non-exploitation de l'œuvre, la seule démonstration par l'auteur de l'indisponibilité de l'œuvre sur le marché ne permettrait pas de sanctionner l'éditeur (POLLAUD-DULLIAN (F.), « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », RTD Com. 2012, p. 337, sous le titre « 2 - L'exercice du droit d'autoriser l'exploitation numérique par la SPRD »). L'auteur devra prouver que cette indisponibilité est due à l'inactivité de l'éditeur. Comme l'évoque Monsieur Macrez (MACREZ (F.), *loc. cit.*) : « un nouveau concept autonome d'œuvre "indisponible", s'ajoutant donc à ceux d'édition épuisée et d'œuvre ne bénéficiant plus d'une "exploitation permanente et suivie" ». On peut

supposer que cela revienne à considérer que l'obligation de l'éditeur n'est plus qu'une obligation de moyen, et non de résultat, il n'a l'obligation de mettre en œuvre que les moyens nécessaires à l'exploitation continue de l'œuvre.

13. – Il reste qu'un livre entrant dans le champ d'application de la loi n'est pas automatiquement réputé indisponible, il faut auparavant qu'il soit inscrit sur le registre des livres indisponibles.

14. – **Le mécanisme appliqué aux livres indisponibles du XX^e siècle.** Dès lors que quelqu'un, qui que ce soit et sans avoir à démontrer un quelconque intérêt à agir (POLLAUD-DULLIAN (F.), « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », RTD Com. 2012, p. 337), observe l'indisponibilité d'un livre, il peut en demander l'inscription à la BNF (Bibliothèque Nationale de France) sur le registre qu'elle tient (L. 134-2 alinéa 1^{er} du CPI) et qui est établi et mis en ligne par un organisme de communication en ligne (aucune précision n'est donnée à ce sujet, on peut supposer qu'il s'agisse de la BNF elle-même, mais rien n'est moins sûr). Celle-ci va vérifier que le livre entre bien dans le champ d'application de la loi, elle n'aura cependant pas à motiver sa décision (contrairement à une proposition faite pendant l'élaboration de la loi, cf. compte rendu analytique officiel du 9 décembre 2011 : http://www.senat.fr/cra/s20111209/s20111209_2.html).

15. – L'auteur et l'éditeur doivent alors intervenir s'ils ne veulent pas qu'une gestion collective soit faite de l'exploitation numérique du livre. On retombe, comme le précise Monsieur Macrez (MACREZ (F.), « L'exploitation numérique des livres indisponibles, que reste-t-il du droit d'auteur ? », Recueil Dalloz, 2012, p. 749, n° 2) dans le mécanisme d'*opt out* pour l'emploi duquel Google Inc. avait été sanctionné (cf. TGI Paris, *loc. cit.*) : à défaut de refus expresse de l'ayant droit le livre est exploité. Un unique argument peut sauver le mécanisme, Google faisait une exploitation directe de l'œuvre sans avertissement préalable tandis que la loi sur les livres indisponibles prévoit une publicité de six mois préalable à toute exploitation.

- Opposition à l'exercice du droit d'autorisation par l'auteur : soit dans les six mois à compter de l'inscription, soit après si l'exploitation sous forme numérique est susceptible de nuire à sa réputation ou à son honneur (L. 134-4 CPI), soit conjointement avec l'éditeur du livre imprimé ou s'il prouve être le seul titulaire des

droits (L. 134-6 CPI). On remarquera que l'article permet à l'auteur d'interdire l'exploitation numérique si elle porte atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur, faisant un parallèle avec le droit moral au respect de l'œuvre. On peut, cependant, se demander si ce n'est pas plutôt le droit de retrait et de repentir qui serait mis en œuvre, faculté pour l'auteur de faire cesser une exploitation, l'article prévoyant spécialement que l'opposition de l'auteur ne sera pas soumise à indemnisation préalable, or la question ne se pose qu'en matière de droit de retrait et de repentir. Au regard de cette absence d'indemnisation préalable, on peut se demander s'il n'y a pas plutôt une application spéciale du droit de divulgation en vertu duquel tout nouveau mode d'exploitation de l'œuvre doit être autorisé par l'auteur qui en fixe les conditions (la jurisprudence est incertaine sur ce point et la doctrine reste fortement divisée, *cf.* LUCAS (A.), LUCAS (H.-J), LUCAS-SCHLOETTER (A.), *op. cit.*, n° 518), il ne suppose pas, en droit commun, la démonstration d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation. Toute la question est donc de savoir à quel droit se réfère l'article, et s'il faut l'interpréter dans le sens où il évince la possibilité de l'auteur d'interdire le mode d'exploitation par l'emploi de ses autres droits moraux (*cf.* MACREZ (F.), *op. cit.*,) ce qui serait aberrant au regard de leur inaliénabilité (POLLAUD-DULLIAN (F.), *op. cit.*, sous le titre « 1 - L'opposition »), ce à quoi nous répondrions positivement.

- Opposition à l'exercice du droit d'autorisation par l'éditeur disposant du droit de représentation sous forme imprimée : soit dans les 6 mois à compter de l'inscription (L. 134-4 CPI), soit conjointement avec l'auteur (L. 134-6). Cependant l'éditeur a alors l'obligation d'exploiter effectivement le livre dans les deux ans qui suivent son opposition (sauf en ce qui concerne l'article L. 134-6 du CPI), numériquement ou non (POLLAUD-DULLIAN (F.), *loc. cit.*), à défaut il ne sera plus tenu compte de son opposition (L. 134-3 CPI en révisé la preuve). Ici le droit d'opposition est rattaché au monopole d'exploitation de l'éditeur.

L'opposition s'effectue par notification écrite auprès de la société de perception et de redistribution des droits et ne nécessite pas d'indemniser qui que ce soit (ni l'éditeur de la version numérique bien qu'il ait engagé des frais, ni l'éditeur de la version imprimée ou de l'auteur dont le droit moral est bafoué). Cependant l'opposition postérieure au délai de 6 mois n'aura d'effets immédiats que dans l'hypothèse de l'atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur, dans les autres

hypothèses elle ne sera effective qu'à l'issue de la période d'exploitation engagée par l'éditeur numérique, « à concurrence de cinq ans maximum et à titre non exclusif » (L. 134-6 alinéa 5 du CPI).

16. – Pour être réputée indisponible une œuvre doit être inscrite pendant six mois sur ce registre sans qu'il y ait eu d'opposition efficace, alors c'est une SPRD (Société de Perception et de Répartition des Droits), société d'exploitation collective constituée d'auteurs et d'éditeurs et qui est agréée par le ministre chargé de la culture (L. 134-3 I du CPI), qui va autoriser l'exploitation sous une forme numérique des livres indisponibles. La loi est assez exigeante concernant ces SPRD : leurs associés doivent être diversifiés, professionnellement qualifiés, il doit y avoir une représentation paritaire d'auteurs et d'éditeurs ainsi qu'une rémunération équitable entre eux, des moyens permettant de retrouver les ayants droits et de défendre leurs intérêts, et enfin permettre la meilleure disponibilité des œuvres.

Ces exigences sont légitimes, bien qu'elles ne soient pas des conditions mais de simple critères d'évaluation dans la sélection des SPRD, car celles-ci se substituent à l'auteur, voir à l'éditeur disposant des droits d'exploitation de la version imprimée, dans le droit d'autoriser l'exploitation numérique de l'œuvre. D'ailleurs le terme « exploitation » est extrêmement large, il ressort d'une étude comparative des alinéas 1^{er} et 4 de l'article L. 134-5 du CPI qu'il vise l'exercice cumulatif du droit de reproduction et du droit de représentation du livre sous une forme numérique. Cela ne se justifierait pas si l'objectif n'était que de prévoir l'exploitation sous forme de livre numérique, alors le seul droit de reproduction aurait suffi. Visiblement la diffusion en ligne par représentation est aussi à prévoir. On peut craindre que la diffusion n'aille au delà de l'exploitation classique du livre, sous forme de publicité par exemple, alors le seul pouvoir de l'auteur serait d'interdire l'exploitation qui atteindrait à son honneur ou à sa réputation.

17. – Faut-il vraiment qu'un tel droit soit accordé à une société constituée à parts égales d'auteurs et d'éditeurs ? Peut-être aurait-elle dû être constituée uniquement d'auteurs. En effet, seul l'auteur est sensé disposer du droit d'exploitation de la version numérique à défaut de prévision contractuelle, cependant on ne peut s'empêcher d'arguer que l'esprit du contrat d'édition était d'accorder à

l'éditeur le monopole d'exploitation du livre en tant que tel, bien que l'argument n'ait que peu de valeur face à l'interprétation *in favorem auctoris*. Par ailleurs, certains contrats d'édition auront pu prévoir la cession du droit d'exploitation numérique, le livre concerné n'échappera pas pour autant au mécanisme de la loi du 1^{er} mars 2012. Comme le remarque Monsieur Macrez (MACREZ (F.), *op. cit.*, n° 15), un conflit surviendra entre les auteurs, désireux de faire une diffusion la plus large possible de leurs œuvres, et les éditeurs, inquiet de la concurrence que cette exploitation pourrait faire à leur propre catalogue et, nous ajouterons, désintéressés dès l'origine de l'exploitation de ces livres (il leur appartenait en tant qu'éditeur d'exploiter effectivement, *cf. supra* n° 11).

18. – Toutefois, tandis que l'auteur peu vigilant finira impuissant face à l'exploitation de son œuvre, le sort de l'éditeur de la version imprimée semble plus appréciable. En principe le droit d'exploitation numérique est accordé par la SPRD de manière non-exclusive (c'est-à-dire à une pluralité d'exploitants) pour une durée de 5 ans renouvelable (L. 134-3 I alinéa 2 du CPI), mais l'éditeur de la version imprimée jouit d'un double privilège : il a deux mois pour accepter la proposition de la SPRD d'exploiter de manière exclusive la version numérique et ce pour une durée de 10 ans tacitement renouvelable, sauf lorsque le régime des œuvres quasi-orphelines est applicable (L. 134-5 alinéa 3 du CPI). Ce n'est qu'en cas de refus de sa part, refus présumé en cas de silence, ou s'il ne prouve pas l'exploitation effective dans les trois ans suivant l'autorisation (L. 134-5 alinéa 5 du CPI), que la SPRD pourra proposer l'exploitation à d'autres éditeurs. La règle semble aussi profiter à l'éditeur qui se serait opposé à la gestion collective conformément à l'article L. 134-4 du CPI, mais qui n'aurait pas effectivement exploité le livre dans le délai de deux ans, rendant caduque son opposition. À ce traitement de faveur, un contre-pouvoir est accordé à l'auteur qui pourra démontrer que l'éditeur favorisé ne disposait pas ou plus des droits d'impression (L. 134-5 CPI). Contrairement à ce qui aura pu être avancé par Monsieur Macrez (MACREZ (F.), *op. cit.*, n° 21), la sanction n'est pas la sortie de l'œuvre de l'exploitation collective, mais seulement la déchéance du « droit de préférence » (*Ibidem.*, n° 17). Nous le rejoindrons concernant l'inadmissibilité de l'inversion de la charge de la preuve (*Ibidem.*, n° 21), l'auteur doit apporter la preuve négative que l'éditeur ne dispose pas des droits d'auteur, ce qui revient à permettre à

l'éditeur de se prévaloir à l'encontre de l'auteur de la présomption de titularité reconnue à l'exploitant (mécanisme prétorien permettant à l'exploitant d'être présumé titulaire des droits à l'égard de ceux qui exploiteraient postérieurement, en vertu de sa possession antérieure, la limite de cette présomption étant de ne pouvoir être opposée à l'auteur).

19. – Ce mécanisme est complexe et il faudra faire extrêmement attention à ne pas confondre la SPRD désignée sous le terme de société agréée et dont le rôle est d'autorisation l'exploitation, et les exploitants autorisés désignés sous le terme d'« utilisateurs » (L. 134-5 alinéa 7 et L. 134-6 alinéa 5 du CPI) et qui auront le statu d'« éditeur de livre numérique au sens de [l'article 2 de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011](#) relative au prix du livre numérique » (L. 134-5 alinéa 7 du CPI), ils bénéficieront donc d'une TVA allégée (laquelle risque d'être censurée par la Cour de justice de l'Union Européenne au regard d'une incompatibilité avec la directive 2006/112/CE du conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée). On notera que malgré cette divergence les deux types de sociétés (SPRD et utilisateurs) seront rétribuées pour leur exploitation des livres indisponibles, qu'ils soient ou non orphelins (l'article L. 134-8 autorise l'exploitation des livres présumés orphelins).

20. – Cette expérience législative n'a pas été menée exclusivement sur l'exploitation numérique du livre indisponible, elle explore aussi la voie de l'exploitation gratuite en bibliothèque, et à titre onéreux en tant que livre indisponibles, à l'égard des œuvres orphelines.

2) L'exploitation des œuvres orphelines et des livres quasi-orphelins

21. – La loi du 1er mars 2012 donne une définition précise des œuvres orphelines dans l'article L. 113-10 du CPI mais n'utilise pas ces termes dans les articles L. 134-8 et L. 134-9 du CPI, pourtant ces derniers définissent un régime applicable aux livres présumées partiellement orphelins. Il y a donc une distinction à faire entre l'œuvre orpheline et l'œuvre quasi-orpheline qui a une incidence sur le régime applicable.

22. – **La distinction fictive des œuvres orphelines et des œuvres partiellement orphelines.** La définition de la loi française (article 2 de la loi sur les livres indisponibles) est similaire à celle de la directive européenne sur les œuvres orphelines : l'œuvre orpheline est une œuvre protégée par le droit dont aucun des titulaires des droits (L. 113-10 alinéa 2 du CPI) n'a pu être identifié ou retrouvé malgré des recherches diligentes. Cependant la loi française exige des recherches diligentes, avérées et sérieuses (L. 113-10 alinéa 1^{er} du CPI), et la directive vise expressément des genres d'œuvres sans que l'on sache si la liste est ou non limitative. Comme l'indique la directive, la définition française l'emporte sur la définition européenne. Pour qu'une œuvre soit orpheline, il faut donc au préalable effectuer des recherches diligentes, avérées et sérieuses.

23. – Pourtant la loi vise l'hypothèse des « livres indisponibles conservés dans [les] fonds [des bibliothèques accessibles au public] dont aucun titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée n'a pu être trouvé dans un délai de dix ans à compter de la première autorisation d'exploitation » (L. 334-8 du CPI), sachant que l'agrégation des SPRD est subordonnée aux « moyens probants que la société propose de mettre en œuvre afin d'identifier et de retrouver les titulaires de droits aux fins de répartir les sommes perçues » (L. 134-3 III 8^e du CPI). La proposition de loi sur les livres indisponibles visait « des recherches avérées et sérieuses », mais du fait de l'intervention de l'Assemblée nationale et de la commission « l'écho au régime des œuvres orphelines n'est plus qu'un souvenir » (MEURIS (F.), « La recherche d'un compromis définitif autour des livres indisponibles du XX^e siècle », CCE., n° 4, Avril 2012). En allégeant l'obligation de recherche de la SPRD et en ne visant que les titulaires du droit de reproduction sur les livres imprimés, le législateur crée fictivement une nouvelle catégorie d'œuvres voisines aux œuvres orphelines : les œuvres présumées partiellement orphelines.

Présumées, car la SPRD peut se contenter de moyens probants pour effectuer la recherche des titulaires des droits, tandis que la définition d'œuvre orpheline est plus exigeante.

Partiellement, car la loi de mars 2012 vise le « titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée ». On peut se demander si cela peut aussi concerner

l'auteur dans l'hypothèse où il serait le seul détenteur des droits. Dans le cas où il ne serait pas identifié ou trouvé, l'œuvre ne serait pas seulement présumée partiellement orpheline mais présumée totalement orpheline. Il faudrait alors se demander quel régime devrait prévaloir.

24. – Cette définition est fictive dans la mesure où le législateur cherche simplement à écarter l'exigence de lourdes recherches pour l'application d'un régime spécial aux œuvres partiellement indisponibles et orphelines présentes dans les fonds des bibliothèques. En pratique, l'hypothèse visée dans les articles L. 134-8 et L. 134-9 du CPI devrait recouvrir la quasi-totalité des cas d'œuvres orphelines (PIRIOU (F.-M.), « "Œuvres orphelines" : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », CEE., n° 7, Juillet 2012, étude 14, n° 28 : « Quelle place pourra être encore réservée au statut européen d'orphelin, dans ce cadre de gestion collective ? Selon une première estimation, quelque 500 000 ouvrages publiés au XX^e siècle seraient retenus comme indisponibles mais nul ne sait combien d'entre eux seront considérés comme orphelins. »). Pour vérifier la pertinence de la distinction, il faudrait désormais confronter le régime des œuvres orphelines avec celui des œuvres présumées partiellement orphelines.

25. – **Le régime applicable aux œuvres partiellement orphelines face à la directive.** La loi sur les livres indisponibles prévoit dans un premier temps la perception des droits au profit de la création littéraire et dans un deuxième temps la gratuité en bibliothèque.

26. – La perception des droits profitera à la création littéraire. La gratuité de ces œuvres quasi-orphelines ne profitera qu'aux bibliothèques, mais leur exploitation ne sera pas réservée à ces dernières. L'article L.134-9 de CPI prévoit la possibilité de leur appliquer le statut de livre indisponible et de permettre leur exploitation numérique par les utilisateurs. « *Les sommes perçues au titre de l'exploitation des livres indisponibles et qui n'ont pu être réparties parce que leurs destinataires n'ont pu être identifiés ou retrouvés avant l'expiration du délai prévu au dernier alinéa de l'article L. 321-1* » seront utilisées au profit « *des actions d'aide à la création, à des actions de formation des auteurs de l'écrit et à des actions de promotion de la lecture publique mises en œuvre par les bibliothèques* ». Ainsi l'œuvre partiellement

orpheline servira la création littéraire, la partie des recettes affectée habituellement à l'auteur sera affectée à cet intérêt général, ce qui est contraire au régime prévu dans directive européenne selon laquelle les bénéfices qui pourraient découler de l'exploitation des œuvres orphelines ne devraient servir qu'aux objectifs de conservation, de mise à disposition du public et de recherche des ayants droit.

La part réservée à l'auteur sera réservée pendant dix ans, à l'issue de quoi l'œuvre sera présumée partiellement orpheline par le jeu des articles L.134-8, -9 et L.321-1, alinéa 3 du CPI, et les sommes perçues reversées. La loi du 1^{er} mars 2012 ne s'oppose pas à ce que l'exploitation commerciale se poursuive au-delà de ce délai. Cette exploitation entre alors en contradiction avec la non-exploitation commerciale prévue par la directive européenne. D'autant plus que celle-ci prévoit l'arrêt immédiat de l'exploitation en cas de découverte de l'ayant droit, alors que la loi sur les livres indisponibles permettent la poursuite de l'exploitation jusqu'au terme de l'autorisation (accordée pour 5 ans, *cf.* n° 18). Enfin, aucun contrôle n'est prévu dans la directive, la loi sur les livres indisponibles est plus stricte sur ce point concernant les œuvres partiellement orphelines : un contrôle est opéré par le ministre chargé de la culture par le biais d'un rapport annuel rédigé par les SPRD.

27. – La gratuité en bibliothèque a vocation à survenir dans un deuxième temps. L'article L. 134-8 du CPI prévoit plusieurs conditions à cette gratuité : il doit s'agir d'une œuvre partiellement orpheline (*cf. supra* n° 22) exploitée depuis 10 ans en tant qu'œuvre indisponible – encore que cette interprétation soit contestable, l'exploitation visée pour marquer le début de la prescription pourrait aussi désigner la toute première exploitation – qu'une bibliothèque entend proposer à ses abonnés de manière gratuite et par voie numérique, sans rechercher un avantage économique ou commerciale. La même exigence est reprise par la directive qui prévoit que les bénéfices ne doivent servir qu'à couvrir les coûts de numérisation et de mise en ligne des œuvres orphelines. L'article prévoit que la SPRD peut refuser d'accorder aux bibliothèques de diffuser gratuitement les œuvres orphelines sous réserve de motiver sa décision. Plusieurs auteurs, notamment Florence-Marie PIRIOU, pointent du doigt le défaut de précision des hypothèses dans lesquelles la SPRD pourrait refuser (PIRIOU (F.-M.), « "Œuvres orphelines" : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », CCE., n° 7, juillet 2012, étude 14, n° 28 : « Comment sera jugé

le refus motivé de la société ? »). Cependant, l'alinéa suivant réservant l'acceptation à l'absence d'avantage économique ou commercial recherché, on peut légitimement croire que cette circonstance cantonne le pouvoir de décision de la SPRD. Il est aussi possible de se référer à la directive qui réserve le régime des œuvres orphelines à la condition « qu'il soit raisonnablement justifié de supposer que les ayants droit de ces œuvres ou phonogrammes ne se seraient pas opposés aux usages permis par cette directive », élargissant ainsi les possibilités de refus de la SPRD.

Dans la directive, comme dans la loi au sujet des œuvres partiellement orphelines, la réapparition de l'ayant droit entraîne la réintégration de celui-ci dans ses droits et l'arrêt immédiat de l'exploitation, mais seule la directive prévoit une compensation. Dans le cas des œuvres partiellement orphelines, selon la loi sur les livres indisponibles, un délai de dix ans, pendant lequel le livre indisponible est exploité et les ayants droit recherchés, doit être respecté avant la mise à disposition gratuite par les bibliothèques.

28. – Lorsqu'une œuvre entrera dans le champ d'application de l'article L.134-8 du CPI, elle pourra être mise à disposition gratuitement – pour la bibliothèque comme pour l'utilisateur – sous forme numérique. Sera-t-elle pour autant disponible par le biais des réseaux informatiques ? Cela semble évident (V. en ce sens CARRE-PIERRAT (O.), « La numérisation des livres indisponibles » CCE., n° 1, janvier 2012), mais alors dans quelles conditions ? Le plus pertinent serait de limiter l'accès à ces contenus numériques, l'article L. 134-8 réservant la gratuité d'accès aux abonnés d'une bibliothèque qui possède une version imprimée du livre. Cependant, le format numérique, outre son intérêt quant à la conservation des œuvres, doit avoir pour objectif de faciliter l'accès à ces œuvres, ceci pour palier à l'indisponibilité. L'idéal est donc leur mise sur le réseau, en particulier le réseau internet. Il ne serait pas pertinent, contrairement à ce qui était proposé dans le livre vert de la Commission européenne sur « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », que le mode de distribution traditionnel, le prêt opéré pour la version papier, soit transposé à l'utilisation de la version numérique (*cf.* en ce sens CARRIE (S.), *Loc. Cit.*). En revanche, les SPRD n'opteront jamais pour une diffusion illimitée, elle rendrait pratiquement inefficace l'article L. 134-9 du CPI, ou le

reléguerait à une place transitoire, car l'exploitation commerciale par des éditeurs muterait en mise à disposition gratuite par des bibliothèques ce qui n'est pas de l'intérêt des SPRD.

Bibliographie

Étude issu d'un travail commun de recherche mené par METRAT (Flora), RIOU (Vincent), SCHWARTZ (Julie) et VAROQUEAUX (Jean-Baptiste), *La loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, séminaire de Propriété littéraire et artistique de BENSAMOUN (Alexandra), 23 octobre 2012.

Manuels, ouvrages, traités et thèses :

FERRY (L.) et al., *La révolution du livre numérique*, Odile Jacob, avril 2011.
LUCAS (A.), LUCAS (H.-J), LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012

Articles, notes, publications :

« Droit des auteurs. – Durée de la protection (Code de la propriété intellectuelle, art. L. 123-1 à L. 123-12) », JC Civ., Fasc. 1270, 14 mai 2012.
CARRE-PIERRAT (O.), « La numérisation des livres indisponibles » CCE., n° 1, janvier 2012, alerte 3.
CARRIE (S.), « Le livre numérique : un "OCNI" (Objet culturel non identifié) », CCE n° 10, octobre 2005, étude 36.
MACREZ (F.), « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », Recueil Dalloz, 2012, p. 749.
MEURIS (F.), « La recherche d'un compromis définitif autour des livres indisponibles du XX^e siècle », CCE., n° 4, Avril 2012.
PIRIOU (F.-M.), « "Œuvres orphelines" : approche d'un nouveau statut juridique européen et français », CCE., n° 7, Juillet 2012, étude 14.
POLLAUD-DULIAN (F.), « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », RTD Com. 2012, p. 337.

Ressources en ligne :

OnDemandBook, « The Espresso Book Machine », YouTube, 15 mai 2012, consulté le 19 octobre 2012. <http://www.youtube.com/watch?v=Q946sfGLxm4>

Textes officiels et légaux :

Code de la propriété intellectuelle (CPI).
Compte rendu analytique officiel du sénat, 9 décembre 2011.
Directive 2006/112/CE du conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.
Directive 2012/28/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines et Directive du conseil du 4 octobre 2012.

LOI n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle.

OLIVENNES (D.), Rapport Olivennes, 23 novembre 2007. Téléchargeable sur le site du ministère de la culture :

<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportolivennes231107.pdf>

Projet de loi de finance rectificative pour 2012 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2012 :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0071.asp>

Réponse du Ministère de la Cult.&Com. à la question écrite n° 62843, JO. AN., 1^{er} mars 2011.

TGI Paris, 3^e chambre, 2^e section, jugement du 18 décembre 2009, Éditions *du Seuil et autres c/ Google Inc.*