

Le Code et la licence :

→ QUEL ENCADREMENT JURIDIQUE ET QUELLES PRATIQUES POUR L'ACHAT DE LIVRES NUMÉRIQUES ?

SÉBASTIEN RESPINGUE-PERRIN

Université Paris-Dauphine
sebastien.respingue-perrin
@dauphine.fr

Sébastien Respingue-Perrin a été élève à l'Institut régional d'administration de Lyon avant d'intégrer l'Enssib. Il a été responsable de la politique documentaire au SCD de l'université de Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines et négociateur Couperin. Il a aussi participé à l'enquête pilotée par le ministère de la Culture et de la Communication sur « L'accès des librairies aux marchés de livres des bibliothèques ». Il est depuis septembre 2010 chargé de la communication, de la formation et du secteur droit au SCD Paris-Dauphine.

Avec la proposition de loi sur le prix du livre numérique¹, le dispositif légal encadrant l'acquisition de livres dans l'univers physique semble reconduit dans l'univers numérique : une loi de régulation favoriserait la compétition sur les services lors des appels d'offres grâce à un contrôle du prix par le producteur, alors qu'en parallèle le *Code des marchés publics* (CMP) constitue le « socle » réglementaire encadrant la procédure, elle-même garante du choix du meilleur candidat. Un marché public correspond (idéalement du moins) à la rencontre entre la réalité d'un domaine économique et le besoin d'une bibliothèque.

Comme vient de le rappeler la récente enquête conduite par le Service du livre et de la lecture (SLL) et la Fédération interrégionale du livre et de la lecture (Fill)², les marchés publics sont un élément déterminant du soutien à un secteur économique. Cela sera d'autant plus vrai pour l'édition numérique, où la part de la commande publique est appelée à jouer un grand rôle dans la demande globale³. Toutefois, cette analyse reste une vue de l'esprit. Il est bien nor-

mal qu'une phase « d'observation » soit mise en place par les acheteurs publics, mais il faut également reconnaître de leur part un évitement des rigueurs du CMP avec ses règles très techniques et parfois inadaptées. Le secteur du livre électronique est également mal connu, et il est difficile d'y appliquer les principes de la commande publique : les œuvres sont diffusées par de nombreux acteurs, les droits cédés pour des durées limitées, et les modèles économiques très différents rendent difficiles la comparaison des offres. Nous voilà très loin du schéma classique de la distribution de livres...

Pourtant, la question des marchés de livres électroniques risque, comme dans l'univers physique, de devenir un enjeu. D'abord à cause de la sensibilisation du « grand public » et des tutelles à cet objet. Par ailleurs, ce secteur serait plus concurrentiel que les autres domaines de la documentation, et se prêterait volontiers à une mise en concurrence (on songe par exemple à la lutte entre Amazon et Apple). Enfin, on rappellera que, réglementairement, l'acquisition d'une ressource électronique constitue un « contrat à titre onéreux », et est donc soumise au CMP, qui s'applique au premier euro dépensé. Comment alors concilier dans le futur environnement réglementaire les règles de la commande publique, qui impose en droit de ne recourir qu'à un seul prestataire, et celles de la politique documentaire, dont l'enjeu est de permettre l'accès d'un lecteur à un livre, quel que soit l'intermédiaire ? Les possibles effets pervers d'une mauvaise application du Code seraient les suivants : un rappel à l'ordre de la part des services comptables, le choix de procédures inadaptées et de mauvais critères qui conduiraient à retenir

1. www.senat.fr/dossier-legislatif/pplog-695.html

2. *L'accès des librairies aux marchés d'achats de livres des bibliothèques – état des lieux après une décennie de modifications du cadre législatif et réglementaire*, Ministère de la Culture et de la Communication, 2010 : www.ddm.gouv.fr/article.php3?id_article=1560

3. « *Les bibliothèques peuvent devenir un maillon clé de la filière de l'édition numérique [...]. D'abord comme cliente des éditeurs, notamment dans le domaine scolaire et universitaire* » in Françoise Benhamou et Olivia Guillon, *Modèles économiques d'un marché naissant : le livre numérique*, Ministère de la Culture et de la Communication, 2010 : www.culture.gouv.fr/nav/index-stat.html

* Je remercie André Lohisse pour son aide et son expertise au cours de la rédaction de cet article.

un fournisseur au catalogue inadapté, et une moins bonne gestion des derniers publics. Il ne faut également pas sous-estimer le risque contentieux depuis l'ouverture des voies de recours⁴, a fortiori dans un marché en voie de constitution, où les candidats évincés auront à cœur de défendre la qualité de leur offre.

Des mises en concurrence hâtives risquent également de faciliter la concentration des achats sur quelques prestataires. Alors que le marché de la documentation électronique est déjà détenu par quelques grandes plates-formes d'éditeurs incontournables⁵, tout facteur favorisant une « captation » du marché des bibliothèques entraînerait bien sûr un appauvrissement à terme de l'édition numérique.

La structuration commerciale du secteur du livre numérique : entre libre contractualisation et régulation

Quels sont les fournisseurs de livres numériques pour les collectivités ?

Dans le secteur académique, on renverra à l'analyse de la diversité des modèles économiques des fournisseurs de livres numériques faite par la cellule Ebook de Couperin⁶ (achat, location, abonnement, titre par titre ou pour un ensemble de titres). Sur ce marché, les agrégateurs sont des opérateurs importants (spécialisés ou pluridisciplinaires). Grâce à leur expertise commerciale et technique, ils se rap-

4. Clémence Marino-Philippe, « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », *Revue du droit public et de la science politique*, 20 novembre 2011.

5. Aaron S. Edlin et Daniel L. Rubinfeld, « Exclusion or efficient pricing : the Big Deal Bundling of academic journals », *ABA : Antitrust LJ*, vol. 72, n° 1, 2004.

6. Voir la présentation suivante : Guillaume Hatt, *Synthèses sur l'actualité du livre numérique : l'offre, les usages, les perspectives*, Journées interprofessionnelles organisée par la BPI, 2010. En ligne : www.slidshare.net/BiblioCompiègne/bpi-ceb-2

Les caractéristiques commerciales de l'offre de livres électroniques

1 Produire les contenus

Si le développement d'une offre a pris du retard, « la numérisation des textes [...] sera sans doute d'autant plus rapide que les nouveaux entrants commerciaux (Google, Amazon, Sony) conçoivent le texte comme un contenu de plus¹ ». Toutefois, il convient de rester prudent sur le poids acquis par ces nouveaux opérateurs (commerce en ligne, opérateurs de téléphonie, moteurs de recherche...), les éditeurs restant maîtres en dernier ressort de la diffusion de leurs contenus².

2 Déterminer le prix

Faute de certitude concernant le coût de production, il est difficile de fixer le prix de l'ouvrage. De plus, l'assiette déterminant le prix du livre électronique intègre des coûts liés à des usages différenciés selon la nature de l'acheteur et les droits d'exploitation (achat, abonnement, location...)³.

3 Structurer la diffusion des œuvres

Outre le prix, la concurrence passe par les contenus. Chaque plate-forme cherche donc à constituer un large catalogue, d'où la multiplication des partenariats pour l'alimenter, et à en contrôler la diffusion, soit par l'utilisation d'outils techniques comme les Digital Rights Management (DRM), soit par des contrats de distribution sélective. Comme souligné par Françoise Benhamou dans son rapport sur l'économie du livre électronique⁴, le passage au numérique facilite la suppression des intermédiaires, et d'abord des libraires traditionnels. Toutefois, rien n'est acquis, puisqu'il invite aussi à une redéfinition des rôles : « La caractéristique principale des différentes plates-formes tient à la grande diversité de leurs fonctions dans la chaîne économique : créateurs de contenus, diffuseurs, revendeurs ou prestataires techniques⁵. »

S. R.-P.

1. Mathieu Perona et Jérôme Pouyet, *Le prix unique du livre à l'heure du numérique*, Cepremap, 2010, p. 73.

2. « En aval, [les éditeurs] mettent à disposition les contenus, organisent leur circulation et influent sur le prix de vente final. Pour les revendeurs, l'intensité concurrentielle augmente (libraires traditionnels, libraires pure-players, agrégateurs, équipementiers, géants du net, opérateurs mobiles) », sur le site IDATE, « Le marché du livre numérique en pleine émergence », décembre 2010 : www.idate.org/fr/Actualites/E-Book_661.html

3. « Once book content is in digital form an almost infinite number of new business models become available both for online and for offline consumption.

Such models range from the outright perpetual purchase of a digital e-book version to time-delimited rental or subscription and pay-per-view. Within those models there can be an almost infinite range of usage rights conferred or denied to the users », Andy Weissberg, « The Identification of digital book content », *Publisher Research Quarterly*, vol. 24, n° 4, 2008.

4. Françoise Benhamou et Olivia Guillon, *Modèles économiques d'un marché naissant : le livre numérique*, Ministère de la Culture et de la Communication, 2010 : www.culture.gouv.fr/nav/index-stat.html

5. Le MOTif, *L'offre légale et illégale de livres numériques en France*, juillet 2010, p. 3 : www.lemotif.fr/fichier/motif_fichier/171/fichier_fichier_1.offre.de.livres.numa.riques.en.france.le.motif.pdf

prochent du rôle de grossistes dans l'univers imprimé.

Les éditeurs sont également vendeurs, mais ils suivent des stratégies divergentes. Ainsi, leurs livres électroniques sont distribués en direct par des moyens divers :

- des plates-formes distribuant exclusivement leur catalogue, comme pour L'Harmattan. Dans certains cas, la plate-forme est dédiée à un seul produit ;

- des plates-formes, majoritairement académiques, qui constituent des bases de données comportant des contenus différents (revues, données factuelles ou bibliographiques...). Les collections de e-books constituent

alors un sous-ensemble du catalogue, pour lequel une offre spécifique existe ;

- des plates-formes d'éditeurs ayant vocation à distribuer les livres électroniques d'autres fournisseurs (Numilog pour Hachette par exemple).

Il faut souligner l'absence d'offres commerciales à destination des collectivités de la part de certains grands éditeurs français, en dépit de l'existence d'une plate-forme⁷.

7. Par exemple Eden-Livres, qui réunit entre autres les éditions Gallimard, Flammarion et La Martinière : www.eden-livres.fr

Les bibliothèques multiplient donc actuellement les contrats de gré à gré avec différents fournisseurs – dont les catalogues sont de plus susceptibles de se recouper. La segmentation de la diffusion de livres électroniques apparaît dans l'enquête publiée par le Motif (Observatoire du livre et de l'écrit en Île-de-France), qui recense 31 plates-formes actuellement actives en France⁸.

Enfin, une inconnue réside dans l'apparition de nouveaux entrants et en particulier dans la possible commercialisation de vastes corpus numériques, mêlant tout type d'œuvres (épuisées, exploitées, libres de droit...). On songe bien sûr et surtout à Google⁹, mais aussi à Amazon ou Apple, voire à des bibliothèques disposant de fonds numérisés.

La proposition de loi relative au prix unique du livre numérique

Par son intitulé («loi relative au prix unique du livre numérique»), la proposition de loi s'inscrit dans la lignée des objectifs de la loi Lang – maintien de la vitalité du réseau de librairies et, *in fine*, de la création. Concrètement, elle vise à faire appliquer le prix public déterminé par l'éditeur pour ses livres numériques quel que soit le revendeur.

L'article 1 de la loi restreint son champ d'application, en prenant en compte la difficulté à définir le livre numérique : le texte n'a vocation à s'appliquer qu'au livre dit «homothétique». C'est le cas quand «il est commercialisé sous sa forme numérique

8. www.lemotif.fr/fr/article/bdd/article/1081

9. « Google est désormais dépositaire d'un fonds livresque libre de droit exceptionnel. [...] De nouvelles alliances croisées vont certainement voir le jour au cours des prochains mois : pour les livres libres de droits [...] Google jouera un rôle pivot », in : Alain Jacquesson, *Google livres et le futur des bibliothèques numériques*, Éd. du Cercle de la librairie, collection « Bibliothèques », 2010, p. 204-205. Si cette société dispose d'un corpus gigantesque, on peut néanmoins s'interroger sur la possibilité pour elle de construire une offre marchande pour les bibliothèques (voir le refus de la validation de l'accord entre Google et les ayants droit par un juge américain à cause de ses effets potentiellement anticoncurrentiels).

La loi sur le prix unique du livre

La loi n° 81-766 du 10 août 1981 sur le prix unique du livre, dite « loi Lang », s'est substituée au dispositif du « prix net » en vigueur jusque-là, et qui permettait au libraire de fixer librement le prix des livres, sans que l'éditeur puisse indiquer un quelconque prix de référence.

Le « prix unique » signifie que le même livre sera vendu au même prix, par tous les détaillants, partout en France. C'est l'éditeur (ou l'importateur) qui fixe librement le prix de vente au public de chacun des ouvrages qu'il édite (ou importe). Seule une remise maximale de 5 % est autorisée pour la vente aux particuliers. Cependant, passé un certain délai après la mise en vente des livres, le détaillant peut solder les ouvrages.

La notion de « livre » est définie comme suit, non pas dans la loi, mais par la direction générale des impôts : « Un livre est un ensemble imprimé, illustré ou non, publié sous un titre ayant pour objet la reproduction d'une œuvre de l'esprit d'un ou plusieurs auteurs en vue de l'enseignement, de la diffusion de la pensée et de la culture. » Tous les types d'ouvrages sont concernés : littérature générale, bandes dessinées, beaux livres, livres destinés à la jeunesse, ouvrages de luxe, livres scolaires, livres de poche...

La loi précise aussi, dans son article 1, que « tout détaillant doit offrir le service gratuit de commande à l'unité », mais que, cependant « et dans ce seul cas, le détaillant peut ajouter au prix effectif de vente au public qu'il pratique les frais ou rémunérations correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles expressément réclamées par l'acheteur et dont le coût a fait l'objet d'un accord préalable ».

Loi disponible dans sa version consolidée sur : www.legifrance.gouv.fr

Y.D.

et publié sous forme imprimée ou qu'il est par son contenu et sa composition, susceptible d'être imprimé, à l'exception des éléments accessoires propres à l'édition numérique¹⁰ ». Même si cette

10. Voir le dossier législatif à l'adresse suivante : www.senat.fr/dossier-legislatif/pplog-695.html#timeline-6

définition est assez étendue (mais doit également être précisée par décret), certaines collections de « livres numériques » vont échapper à la loi, notamment les ouvrages multimédias où le texte est inséparable d'autres contenus ou est conçu nativement pour la mise en ligne. Il faut espérer que cette première exception ne va pas décourager la création de ces œuvres complexes, un éditeur pouvant privilégier la sécurité économique en développant un livre homothétique.

La qualification du « caractère homothétique » d'un livre sera donc vraisemblablement un élément de futures discussions entre les bibliothèques et les éditeurs, puisqu'elle conditionnera les négociations sur son prix.

D'un autre côté, la loi devrait clarifier les tarifs et contribuer ainsi à une « vérité » des prix. L'article 2 prévoit actuellement que « toute personne établie en France qui édite un livre numérique dans le but de sa diffusion commerciale en France est tenue de fixer un prix de vente au public pour tout type d'offre à l'unité ou groupée », et que « ce prix est porté à la connaissance du public ». Ne reste-il alors aucune marge pour les négociations ? En réalité, ces dernières ont bien leur place, mais leur nature varie selon le produit acheté et le type d'établissement. Tout d'abord, « [l]e prix peut différer en fonction du contenu de l'offre et de ses modalités d'accès ou d'usage ». Le législateur a ainsi pris en compte la nature et l'ampleur des droits concédés dans la fixation du prix. Mais cela revient à « dynamiser¹¹ » le prix unique. On mesure alors la future difficulté pour les éditeurs de déterminer un prix public pour les bibliothèques, qui gèrent des mises à disposition collectives (à la différence d'une simple exploitation à usage privé)¹². La tentation sera alors

11. L'expression est empruntée à Mathieu Perona et Jérôme Pouyet, *Le prix unique du livre à l'heure du numérique*, Cepremap, 2010.

12. Nous renvoyons sur ce sujet à l'analyse de Lionel Maurel, « Usage collectif et usage privé en bibliothèque : essai de clarification », 12 octobre 2010, *S.I. Lex* : http://scinfollex.wordpress.com/2010/12/12/usage-collectif-et-usage-prive-en-bibliotheque-essai-de-clarification/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+http%2Fscinfollexwordpresscom+%28%3A%3A+S.I.L

de restreindre les droits pour réduire les coûts. Cette disposition milite pour la création d'un espace de discussion avec les éditeurs afin de prendre en compte la diversité des exploitations des œuvres, en amont de la fixation du prix public.

Par ailleurs, conscient des particularités du secteur de l'édition scientifique, une exception à la loi a été ajoutée par le législateur. Au troisième alinéa, il est prévu que l'obligation de fixer un prix public « ne s'applique pas aux livres numériques [...] lorsque ceux-ci sont intégrés dans des offres proposées sous la forme de licences d'utilisation et associant à ces livres numériques des contenus d'une autre nature ». En d'autres termes, la loi ne devrait pas s'appliquer pour les livres distribués sur les grandes plates-formes comme Science Direct ou Springer. Qu'en est-il alors pour des offres commerciales proposant exclusivement des livres électroniques, simplement hébergés sur une de ces plates-formes ? Cette dérogation s'applique-t-elle ? Par ailleurs, il est important de souligner que cette exception n'est pas une « exception bibliothèque » mais que la loi prévoit que ces licences « doivent être destinées à un usage collectif et proposées dans un but professionnel, de recherche ou d'enseignement supérieur ». Au sens strict et sous réserve de corrections, cette exception ne concernerait donc pas les établissements dépendant des collectivités locales.

Enfin, à la différence de la loi Lang¹³, aucune mesure ne contraint les éditeurs à autoriser tous les détaillants à diffuser les livres numériques. À l'inverse des marchés de livres imprimés, il sera donc pertinent d'attribuer des marchés sur le critère du « nombre d'éditeurs fournis ».

Les possibilités de recours à la négociation dans les marchés publics

L'appel d'offres : une procédure souvent en décalage avec la réalité économique

Un marché vise à mettre en compétition des concurrents, après publicité, et à ne retenir qu'une seule offre. Toute autre application est dérogatoire. Cette approche restrictive des grands principes de la commande publique a fait de l'appel d'offres la « procédure reine¹⁴ » aux yeux de nombreux acheteurs publics.

Ce « dogme » de la mise en concurrence a été dénoncé par plusieurs commentateurs : « Par le biais de l'appel d'offres [...] trop de marchés publics restent encore des contrats d'adhésion ; ce qui, en l'espèce, remet en cause la liberté contractuelle dans les contrats publics¹⁵. » Ainsi, l'appel d'offres n'autorise pas de phase de négociation ; de plus, un marché mal défini risque dans l'univers numérique de limiter les fournisseurs et donc, *in fine*, d'appauvrir les collections.

Enfin, cette contrainte juridique signifie l'impossibilité d'exiger d'un fournisseur de remettre une offre dans le cadre du marché aux conditions négociées par un consortium : seule sa proposition initiale peut être jugée. Les conditions de substitution de l'offre consortiale en remplacement de celle du titulaire du marché doivent donc être décrites avec le plus de précisions possibles dans le cahier des charges, et traitées avec prudence.

Les restrictions apportées par le Code à la possibilité de négocier

Comment introduire alors une phase de négociation dans une procédure ? Pour ce qui est des achats au-dessus des seuils formalisés, le Code prévoit une possibilité de négocier à l'article 35 – ces marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence sont utilisés à l'issue d'une procédure pour laquelle seules des offres « irrégulières ou inacceptables¹⁶ » ont été remises. Une autre solution consiste à recourir à la procédure du dialogue compétitif (article 36), cette piste devant toutefois être explorée avec prudence¹⁷.

Il faut donc chercher d'autres modalités d'achat plus souples dans la « boîte à outils » du Code.

La principale repose sur l'article 35-II-8°, qui permet de s'adresser sans publicité préalable ni mise en concurrence à « des opérateurs économiques déterminés pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité¹⁸ ». En d'autres termes, la solution retenue par le CMP pour les achats de biens jouissant d'une exclusivité de distribution ne consiste pas à les sortir du Code, mais à créer une procédure particulière, allégée des formalités de mise en concurrence.

Cette forme de marché est donc très souple et peut être utilisée au-delà des seuils formalisés pour acheter une unique ressource. Elle permet de résoudre les trois problèmes posés par l'achat de documentation électronique : il requiert un minimum de formalisme, permet de négocier et autorise le recours direct à un fournisseur.

Un important bémol : le recours à la procédure de l'article 35-II est très encadré. Le juge refuse ainsi de considérer licite l'achat en direct auprès de l'éditeur, si d'autres modes de

14. « L'appel d'offres est la procédure de droit commun » in *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*. En ligne : www.marche-public.fr/Guide-bonnes-pratiques-telecharger.htm

15. Jean-Marc Peyricol, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », *AJDA (L'Actualité juridique droit administratif)*, 2009.

16. Le CMP prévoit qu'une offre est inacceptable si les crédits budgétaires alloués au marché ne sont pas suffisants.

17. Alain Jossuaud, « Marchés publics : dialoguer n'est pas négocier », *AJDA*, 2005.

18. Article 35-II-8° du *Code des marchés publics*.

distribution alternatifs existent¹⁹, ce qui est le cas a priori pour tout achat passé auprès d'un agrégateur. En effet, la preuve de l'exclusivité commerciale est délicate et incombe à l'administration. Les bibliothèques se doivent donc d'être très prudentes et de demander dans la mesure du possible un certificat auprès de leur fournisseur (ce qui permettra de se retourner contre ce dernier en cas de recours). Il sera ordinairement très difficile d'obtenir une copie de la clause d'exclusivité, pour des raisons de confidentialité commerciale évidentes ou pour des raisons tenant au type de contrat de distribution²⁰. Rappelons enfin que, si un litige se présentait, le recours à cette procédure doit également être justifié par le besoin de la bibliothèque. Enfin, si, formellement, sa mise en œuvre a l'apparence d'une contractualisation de gré à gré, elle ne doit pas être confondue avec les contrats exclus du champ des marchés publics listés à l'article 3 du CMP (il ne s'agit donc pas de hors-marché).

En particulier, le droit exclusif tel qu'il est entendu à ce dernier article est très différent : il ne concerne que des contrats passés avec une personne publique qui « bénéficie d'un droit [...]

19. Nous renvoyons en particulier au jugement du tribunal administratif de Versailles du 22 octobre 2010, qui a condamné la cour d'appel de la même ville pour avoir acheté ses ouvrages en direct auprès de l'éditeur. Le moyen soulevé par la défense (fondé sur le prix unique du livre) a été rejeté par le tribunal administratif qui considéré que le prix n'est pas le seul critère de choix : « le délai de traitement des commandes, des livraisons, le service après-vente et la qualité du service du suivi et de la facturation » font partie des éléments à prendre en compte lors de l'analyse des offres.

20. La remise d'un tel document n'est pas aussi aisée que cela puisse paraître. Par exemple, dans le cas du contrat de mandat, qui serait l'instrument privilégié par les éditeurs pour la commercialisation de leurs œuvres par des tiers, le distributeur est le « représentant » du producteur. Or « l'exclusivité n'est pas de droit dans le contrat de mandat » (Philippe Malaurie, *Les contrats spéciaux*, Defrenois, 2011, p. 323). Par conséquent, il ne sera pas toujours exigible auprès d'un agrégateur de produire un acte attestant de la détention d'une exclusivité – qui pourrait pourtant exister de fait (si l'éditeur n'a encore mandaté aucune autre société) ou être partielle (ne couvrir qu'un type de clientèle par exemple).

Rédaction des marchés de documentation électronique : quelles obligations ?

Depuis la loi Murcef de 2001*, tout contrat passé au terme d'une procédure de marché public possède le caractère de contrat administratif. Un certain nombre de mentions obligatoires doivent figurer dans les pièces du marché : durée, montant, formes, prix ou modalités d'exécution, désignation du comptable assignataire...

Tout marché peut se référer à un cahier des clauses administratives générales (CCAG). Afin de fournir aux acheteurs publics les documents les plus appropriés, le ministère des Finances a rédigé plusieurs CCAG (fournitures courantes et services, prestations intellectuelles, techniques de l'information et de la communication). Chaque CCAG propose un dispositif contractuel appliqué par défaut, par exemple au sujet de la propriété et de l'exploitation ultérieure de l'objet du marché.

Le choix du CCAG le plus adapté à l'achat de documentation électronique n'étant pas évident, une expertise juridique supplémentaire semble souhaitable. Quant aux licences signées avec les prestataires, elles peuvent être intégrées au marché en tant qu'élément de l'offre du candidat.

S. R.-P.

* Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef), en ligne sur : www.legifrance.gouv.fr

sur le fondement d'une disposition législative. Sur cette base, on peut conclure que l'accès des bibliothèques aux livres électroniques numérisés dans le cadre d'une loi sur les œuvres orphelines ou épuisées ne nécessiterait pas de passation de marché, la BnF étant légalement dépositaire d'une mission de service public.

En dessous des seuils formalisés, le CMP permet de recourir beaucoup plus facilement à la négociation. « Lorsque leur montant est inférieur aux seuils [...], les marchés peuvent être passés selon une procédure de mise en concurrence adaptée par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et de l'étendue

des besoins²¹. » Par ailleurs, ces marchés permettent une publicité « allégée », plus simple à mettre en œuvre. La personne publique a comme principale contrainte de détailler dans le cahier des charges le déroulement de la procédure (les différentes étapes, les critères retenus...). Elle devra surtout veiller à maintenir une égalité de traitement des candidats : à tel point que même si un seul fournisseur candidate, la négociation ne devra pas impliquer une modification de l'objet du marché.

En jouant sur l'allotissement thématique, seuls les candidats en mesure de répondre pourront déposer une offre, négociée dans un second temps.

Il s'agit donc vraisemblablement de la procédure la plus adaptée (mise en concurrence « réelle » ou « artificielle » avec un fournisseur dont on n'a pas pu prouver le monopole). Le principal obstacle à sa mise en œuvre étant dans la nécessité de rester en dessous des seuils formalisés, il peut être utile de réfléchir à une limitation de la durée du marché (l'estimation du montant du marché prenant en compte sa totalité).

La mise en concurrence : un outil au service de la politique documentaire ?

Une technique de négociation

Il faut donc veiller à ne pas exclure d'office la mise en concurrence, sous réserve d'avoir conscience de ses limites. Cette dernière peut se montrer utile dans certaines circonstances : par exemple en cas de rationalisation des procédures d'acquisition ou de la gestion des droits... Il peut s'agir également de mettre en concurrence des plates-formes dont les contenus sont jugés suffisamment proches²².

Enfin, si plusieurs prestataires sont en mesure de fournir un même

21. *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, op. cit.

22. Danielle Laurent et Marie-Joëlle Tarin, « Les groupeurs d'abonnements en bibliothèques universitaires : une évaluation », *BBF*, n° 2, 2008, p. 47-49. En ligne : <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2008-02-0047-006>

produit (un livre ou un catalogue), les conditions d'une mise en concurrence sont alors réunies. Cela vaut bien sûr pour tous les fournisseurs permettant un choix titre à titre.

Quels bénéfices peuvent tirer les bibliothèques de cette mise en concurrence entre fournisseurs ? Le recours à un marché peut être considéré comme une technique de négociation, créant une émulation entre candidats. Il s'agit de contraindre ces derniers à répondre au besoin en intégrant dans le cahier des charges des spécifications techniques désirées (par exemple, la conformité des statistiques au protocole Counter, la fourniture de fichier ePub...), ou d'évaluer la qualité de service lors du choix des critères du marché (accès distant, conditions d'archivage, permettre l'annotation...). La démarche de la cellule Ebook de Couperin visant à faire connaître aux éditeurs les contours d'une « offre idéale²³ » s'inscrirait tout à fait dans une telle démarche, et invite à une mutualisation autour de la rédaction des cahiers des charges. Cette valorisation des services sera d'autant plus nécessaire que, dans tous les cas, le prix sera étroitement encadré (même pour le livre non homothétique, les pratiques de « prix conseillés » sont également susceptibles de lisser les différences de prix entre les offres).

De plus, cette comparaison des offres des éditeurs poussera à une meilleure connaissance de leurs catalogues et de leur adéquation aux besoins de la bibliothèque (quels éditeurs sont distribués ? depuis quand ? quelle correspondance avec les versions papier ?).

De nouvelles procédures d'achat en faveur de nouveaux usages

Enfin, une expertise plus poussée de quelques procédures prévues par le Code pourrait renouveler en partie les politiques d'achat, si elles ne sont pas trop techniques à mettre en œuvre. On

23. www.couperin.org/index.php?option=com_flexicontent&view=items&id=599:les-10-commandements-de-lediteur-de-books-pour-une-offre-ideale&Itemid=227

se bornera donc à avancer ici quelques propositions.

Pour des achats occasionnels de livres très difficiles à se procurer ou à des fins de recherche, une piste à explorer consisterait à recourir à la procédure de la carte d'achat. Cette dernière permet en effet de passer des commandes de fournitures et de services de petit montant (un montant maximum est préfixé) auprès de fournisseurs référencés. Toutefois, il s'agit d'un type de modalité d'achat très réglementé, qui constitue un marché en soi : « *La passation de ce marché de services est soumise aux dispositions du Code des marchés publics et respecte le principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Le marché est passé par l'autorité compétente pour le faire au sein de l'entité publique*²⁴. » Afin d'éviter une dérive des coûts due à l'indexation du prix sur la taille du lectorat potentiel, on pourrait envisager de tarifier l'acquisition au nombre d'accès – ces derniers correspondant au nombre de liseuses permettant la consultation de l'ouvrage. Cette solution permettrait de limiter les coûts, tout en restant adaptée aux usages nomades du livre électronique.

Pour des établissements de plus grande taille, il est possible de recourir à la procédure de l'accord-cadre (article 76). Elle repose sur une mise en concurrence préalable, au terme de laquelle un panel de fournisseurs est retenu. Par la suite, des marchés subséquents sont passés avec ces fournisseurs selon des modalités définies par la collectivité.

Ainsi, une bibliothèque pourrait retenir un « vivier » de prestataires de livres électroniques, et les remettre régulièrement en concurrence, par exemple sur la base du prix et de la disponibilité des ouvrages. La biblio-

24. Voir : Ministère des Finances, *Instruction n° 05-025-Mo-M9 du 21 avril 2005 portant exécution des marchés publics par carte d'achat*. Afin d'assouplir cette procédure, on pourrait ainsi imaginer le référencement d'une plateforme d'éditeur comme fournisseur d'un marché, en veillant à en limiter le montant en dessous de 4 000 € HT afin de limiter les surcoûts liés à la gestion de ce marché. En ligne : www.budget.gouv.fr/directions_services/Tresor_public/bocp/bocpo504/ins05025.htm

thèque ne serait donc pas liée à un seul prestataire, à sa tarification et à un catalogue limité. Cette forme de marché permettrait même de concevoir un marché « monographies » unique. L'ouvrage pourrait être commandé soit en version papier, soit en version électronique. Cela aurait l'avantage de rationaliser le pilotage des collections et de valoriser la candidature des libraires lors de la consultation. Le portail de la librairie indépendante 1001Libraires.com, en permettant de constituer des paniers mêlant livres papiers et livres électroniques, constituerait de ce point de vue un outil précieux – s'il tient ses promesses²⁵.

Le contour des marchés de livres électroniques

Dans le domaine du livre numérisé, l'attention des professionnels s'est jusqu'à présent portée sur les autres contrats administratifs (partenariats public/privé, concessions...). Les bibliothèques auront donc vraisemblablement à s'approprier et à expérimenter des formes nouvelles de marchés publics²⁶, rompant avec les procédures calquées sur l'appel d'offres. Le *Code des marchés publics* ne constitue pas en soi un obstacle à l'achat de livres électroniques, mais l'idéal comptable d'un marché unique risque d'être assez rapidement confronté à la réalité d'une offre mouvante, dans une économie de prototypes où les mises en concurrence seront parfois possibles et d'autre fois non²⁷...

L'achat de livres électroniques s'effectuant dans des configurations com-

25. Pour plus de renseignements, voir : Clarisse Normand, « 1001Libraires.com, le portail en détail », *Livres Hebdo*, n° 859, 2011.

26. Dans le cadre des négociations, il serait par exemple sans doute plus pertinent de proposer pour les PRES des offres utilisant la procédure de la coordination de commande (A 7 du *Code des marchés publics*) que le groupement de commande.

27. Cependant, il ne faut pas sous-estimer les évolutions perpétuelles des textes, le ministère des Finances venant encore d'annoncer qu'il réfléchissait à une simplification des « petits marchés » : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-95920QE.htm>

merciales diverses, « *c'est en laissant les agents choisir parmi des instruments contractuels variés que les droits sont le plus rigoureusement définis et l'optimum économique atteint*²⁸ ».

Chaque bibliothèque devra gérer, selon ses moyens et la nature de la documentation dont elle a besoin, un ou des marchés, alors même que ces établissements sont pris entre les exigences contradictoires du contrôle de légalité et des fournisseurs. La complexification des procédures et la limitation des durées des marchés risquent d'alourdir significativement le suivi administratif, d'autant que le choix de procéder ou non à une mise en concurrence doit toujours être justifié.

La passation des marchés va devenir un véritable enjeu de politique documentaire, puisque le choix des fournisseurs conditionnera la nature de la collection, à cause de la titularité des droits attachés à la distribution.

Les deux questions principales à prendre en compte seront les suivantes : est-il possible, légalement, de négocier le prix de cette offre ? Cet ouvrage n'est-il distribué que par un seul fournisseur ?

La formalisation du marché peut cependant jouer un rôle clé dans la reconnaissance de la bibliothèque comme service gestionnaire de ces ressources au sein de sa collectivité.

Enfin, il est difficile pour un établissement isolé d'avoir une vue complète de l'offre dans un secteur. Ce point renforce l'intérêt d'une mutualisation de la veille sur les bases au sein des consortiums, du renforcement de l'étude systématique des circuits de distribution, et légitime les marchés passés dans le cadre de groupement de commande.

Quelle pratique peut-on anticiper de cette « rencontre » entre l'achat public et la loi sur le prix numérique ? À terme, (avec toutes les précautions d'usage et si le secteur s'y prête), il est possible que le modèle courant d'achat de livres électroniques prenne la forme suivante : un marché « princi-

pal » finement alloti ou sous la forme d'un accord-cadre, passé avec des distributeurs privilégiés pour une durée limitée afin de pouvoir suivre les évolutions du marché, complété par des contrats avec des fournisseurs bénéficiant d'une exclusivité de distribution et par des groupements de commande pour lesquels les obligations de mise en concurrence auront déjà été prises en charge.

Dans ces conditions, les bibliothèques devraient pouvoir accéder à un large catalogue (ou du moins à un catalogue correspondant à leur public), au moindre coût.

Conclusion

La loi maintient un équilibre dans les conditions actuelles d'achat, mais en segmentant le secteur par type de produits. S'il ne s'accompagnera pas obligatoirement d'une hausse des tarifs (comme le montre le précédent du monde de l'imprimé), l'encadrement du prix bridera la liberté des fournisseurs de proposer une offre adaptée. Le problème des bibliothèques consistera donc dans un premier temps à définir des critères communs de qualité de services, afin d'homogénéiser l'offre des fournisseurs. Ces critères porteront sur la qualité de la base, des formations ou du conseil, mais pourraient intégrer aussi les droits d'exploitation consentis. Par ailleurs, la multiplication des statuts juridiques du livre électronique entraînera vraisemblablement une divergence croissante entre les pratiques des bibliothèques universitaires et celles de lecture publique, les premières pouvant plus facilement justifier du statut juridique des bases associant revues et livres pour justifier une dérogation à la mise en concurrence... Enfin, la diversité des achats de livres électroniques (homothétiques ou non, édités à l'étranger ou en France, exclusivité ou non...) laisse penser que les bibliothèques devront gérer plusieurs modes de contractualisation (marché « en direct » ou non, négociation ou non...), dont le formalisme dépendra de la nature du livre acheté.

Dans cette mesure, il serait opportun de renverser l'optique actuelle des

textes, et de distinguer clairement les achats des collectivités dans les futurs décrets d'application, au lieu de définir le régime juridique du prix selon le produit.

Cela ne signifie pas nécessairement exempter tous les achats de livres électroniques des bibliothèques de l'obligation prévue à l'article 2 de la loi – sauf à exclure les librairies. Pour ces dernières, une mise en concurrence dans le cadre d'un prix réglementé peut être une garantie de conserver un accès à la commande publique.

Pour cela, le problème de la détermination des droits d'utilisation doit être réglé. Plusieurs pistes sont envisageables, l'idéal étant de conserver la possibilité légale de discuter avec le fournisseur retenu et donc d'aménager la notion de « prix public ». Dans le dispositif légal actuel, une limitation en amont par l'éditeur des droits d'exploitation est envisageable (un achat par accès unique, avec un droit de reprographie très encadré par exemple). Cette solution consisterait à mettre en place un « barème » des droits, qui pourrait alors constituer un carcan lors des négociations avec les éditeurs...

Une autre possibilité serait de discuter de ces offres dans le cadre consorsial, afin de parvenir à un « co-pilotage » en amont du prix public – ce qui renouvellerait la nature même des négociations et permettrait à la librairie de rester présente sur le marché des collectivités.

Afin de sensibiliser les producteurs à la diversité des besoins des bibliothèques, il serait sans doute utile que des contacts soient pris avec le Syndicat national de l'édition, le Syndicat de la librairie française et le Groupement français de l'industrie de l'information afin de présenter les besoins et la variété de nos institutions. ●

Avril 2011

28. Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 265.

La guerre des Chambres n'a pas eu lieu

Plusieurs points de la loi (finalement promulguée au JO du 26 mai 2011) ont fait l'objet d'un vif débat entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Les allers et retours entre les deux Chambres expliquent ainsi sa promulgation tardive.

La Commission mixte paritaire (CMP), réunissant le 5 mai des représentants des deux Chambres, a su trouver une rédaction faisant l'unanimité. Mais, comme on le verra, au prix d'un surcroît d'insécurité juridique.

À la recherche d'un compromis pour la filière numérique

Plusieurs articles ont été débattus jusqu'au dernier moment. Si leur sujet ne concerne pas directement les bibliothèques, leur application touchera à moyen terme nos institutions. Tout d'abord, l'article 8 de la loi crée un Comité de suivi parlementaire. Ce dernier est en charge de réaliser un rapport annuel, vérifiant « notamment si l'application d'un prix fixe au commerce du livre numérique profite au lecteur en suscitant le développement d'une offre légale abondante, diversifiée et attractive, et favorise une rémunération juste et équitable de la création et des auteurs ». Rendez-vous est donc pris pour juger des effets de la loi sur la situation de la librairie, ou sur le montant des dépenses et le choix des futurs fournisseurs des bibliothèques...

Un autre « nœud » de la discussion parlementaire concernait l'encadrement de la rémunération des auteurs dans l'univers numérique. On sait que le Code de la propriété intellectuelle (CPI) est très précis à ce sujet (article L132 et suivants) et que de vifs échanges ont opposé représentants des auteurs et éditeurs sur les droits numériques.

Si ce point juridique semble loin du quotidien des politiques documentaires, il est en réalité très important. La reconnaissance dans les textes d'un droit d'exploitation dans l'univers numérique distinct de l'exploitation dans l'univers physique aurait ouvert la porte à une rediscussion d'un nouveau contrat, séparé du contrat d'édition. Conditionnée par le préalable d'un nouvel accord entre les parties, la commercialisation d'une œuvre sous forme

d'ebooks aurait été largement retardée... Il fallait donc trouver un équilibre entre protection des auteurs et mise à disposition du public.

La rédaction de l'article 5 bis de la CMP répond à cette préoccupation, puisque le contrat d'édition garantira aux auteurs le versement d'une rémunération « juste et équitable » en cas d'exploitation numérique de l'œuvre. Cela revient à reconnaître la spécificité de cette dernière, sans la dissocier des autres modes d'exploitation. De plus, l'éditeur sera tenu de rendre compte à l'auteur « du calcul de cette rémunération de façon explicite et transparente ».

Cette rédaction ne s'avère donc pas « bloquante » pour la diffusion. L'éditeur conserve le droit d'exploiter sans avoir à renégocier tous les contrats d'édition à partir d'un mode de répartition des droits imposé par les textes, mais a l'obligation de rendre des comptes à l'auteur.

Dans la version promulguée de la loi, cet article est devenu l'article 6 et modifie l'article L132-5(V) du CPI (ce qui constitue une garantie maximale pour les auteurs).

On voit toutefois bien la difficulté à mesurer ce que signifie exactement une « rémunération équitable ». Significativement, les élus participant à la CMP ont noté que cette question était trop importante pour faire l'objet d'un texte législatif hâtif et qu'une réflexion plus approfondie devait être menée.

Une loi européenne ?

La question qui a fait l'objet des remaniements les plus importants en CMP portait sur la question du champ d'application territoriale de la loi, dans un domaine où les frontières physiques s'effacent. En effet, par crainte des effets de dumping (différence entre les taux de TVA, possibilité de redistribuer en France les ouvrages sans respect du prix public...), la loi ne pouvait ignorer le risque de fragiliser les distributeurs français par rapport à leurs concurrents étrangers.

Dès lors, le législateur devait composer avec deux contraintes contradictoires : garantir l'efficacité de la loi et le respect des règles de

la concurrence. C'est sur ce sujet que l'opposition entre le Sénat et l'Assemblée a été la plus vive.

De plus, ces échanges se sont déroulés dans un climat tendu, où ces questions avaient pris un relief particulier :

- Tout d'abord, un avis de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2009 mettait en garde contre le choix d'une solution réglementaire : « La notion même de prix unique du livre [...] vient à l'encontre de ce principe général de la liberté des prix et du principe de libre concurrence. » Toutefois, l'Autorité notait dans la foulée la conformité de ce dispositif aux Traités dans l'univers physique, entre autres au titre de l'exception pouvant s'appliquer à des biens culturels. À la fin de son analyse, elle faisait néanmoins valoir la particularité du commerce électronique : dans ce domaine, une directive (2000/31/CE) prévoit que « les États membres ne peuvent [...] restreindre la libre circulation des services de la société de l'information ».

- Ensuite, à l'initiative de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, une perquisition a été menée le 1^{er} mars 2011 dans les locaux de plusieurs grandes maisons d'édition (Albin Michel, Flammarion, Hachette...) pour soupçon d'entente et de pratiques anticoncurrentielles.

Ces événements ont sans doute influé sur les débats : l'enjeu étant majeur, les positions n'en étaient que plus tranchées. Afin de garantir une équité entre les obligations des sociétés françaises et des sociétés étrangères, le Sénat avait souhaité étendre la loi à « toute personne qui édite un livre numérique dans le but de sa diffusion commerciale en France » – donc aux éditeurs étrangers. Cette solution était ainsi économiquement la plus protectrice pour les détaillants français.

En deuxième lecture, l'Assemblée nationale avait pour sa part privilégié une stricte sécurisation juridique et supprima toute clause d'extraterritorialité. Elle a ainsi restreint l'obligation de fixer un prix unique aux éditeurs installés en France. La Commission des affaires culturelles décida même d'aller plus loin, en limitant le champ de la loi aux seuls vendeurs établis sur le territoire. Un distributeur étranger vendant des fichiers en France aurait donc été en droit d'en changer le prix.

Une concession avait été faite à la Chambre haute, sous la forme d'un alinéa introduit à l'article 3. Il s'agissait d'interdire toute clause dans un contrat de diffusion qui viserait à autoriser la vente d'ebooks à des acheteurs



→ situés en France à un prix inférieur à celui du prix public fixé en France. Finalement, le souci de donner sa pleine efficacité au dispositif semble l'avoir emporté : la CMP s'est rangée aux arguments du Sénat. La clause d'extraterritorialité est maintenue. La loi stipule à son article 3 : « *Le prix de vente, fixé dans les conditions déterminées à l'article 2, s'impose aux personnes proposant des offres de livres numériques aux acheteurs situés en France* », donc à tout distributeur de livres. Notons toutefois que c'est la rédaction de l'Assemblée nationale qui a été retenue à l'article 2, et que ce sont uniquement les livres édités en France qui seront soumis au respect du prix de vente.

La force du consensus

Cette mesure permet donc d'éviter qu'un éditeur soit contraint par un « géant » de la vente en ligne à « casser les prix », mais aussi que certains éditeurs soient tentés de conclure un accord privilégié avec un fournisseur situé hors de France – assuré d'être le moins-disant.

Cette rédaction interdit également à certains grands distributeurs français de créer des filiales à l'étranger pour contourner la loi, comme la Fnac avait pu le faire après la mise en place de la loi Lang (tribunal de grande instance de Paris, 4 juin 1984, *Société des éditions Gallimard et autres c/Fnac*).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a pour sa part eu l'occasion de confirmer cette « exception culturelle » du secteur du livre (3 octobre 2000, *Échirolles Distribution SA*), mais a récemment modulé sa position de principe en faisant valoir que les restrictions imposées à un éditeur ou à un importateur étranger ne pouvaient empêcher ce dernier de prendre en compte les caractéristiques d'un marché national (30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c/ Libro Handelsgesellschaft*).

Une incertitude sur la mise en œuvre du texte persiste donc. Comme l'a indiqué Hervé Gaymard, rapporteur : « *Nous aurons à suivre, d'une part, son efficacité vis-à-vis des plateformes transfrontalières, et, d'autre part, sa compatibilité avec le droit communautaire.* »

Une saisine de la CJUE risque ainsi d'entraîner l'invalidation de ce texte dès sa mise en application.

D'un autre côté, on ne peut sous-estimer le poids que représente le quasi-consensus autour de la loi en France. Ses défenseurs peuvent également s'appuyer sur la Convention Unesco de 2005 et sa référence à la sauvegarde de la diversité culturelle.

Dans l'attente de l'issue finale de ces discussions, et de la parution du calendrier des décrets d'application, il reste que le dispositif législatif actuel imposerait aux fournisseurs de livres électroniques de distinguer nettement dans leurs offres les livres édités en France des livres édités à l'étranger.

Les livres édités en France sont en effet les seuls dont le prix ne puisse pas être négocié (sauf exception de l'article 3 de la loi, pour les établissements de recherche). Ce qui pose alors le problème du bon critère de choix des offres...

S. R.-P. (juin 2011)