

Zone grise, zone orageuse :

→ LES ŒUVRES ÉPUISEES DANS L'ÉPICENTRE

MICHÈLE BATTISTI

Association des professionnels
de l'information et de la documentation
(ADBS)
michele.battisti@adbs.fr

Michèle Battisti est chargée de veille juridique auprès de l'Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS). Titulaire du DESS en sciences de l'information et de la documentation de Sciences Po Paris, elle est diplômée de l'Institut d'études politiques de Strasbourg (IEP), de l'Institut d'administration des entreprises (IAE) de l'université de Pau et des pays de l'Adour, et titulaire d'un DU de propriété industrielle (université Robert Schumann, Strasbourg). Actuellement vice-présidente de l'Interassociation Archives Bibliothèques Documentation... (IABD...), elle est aussi membre d'Eblida depuis 1998 et assure des formations sur le droit de l'information. Auteure et coauteure de plusieurs ouvrages et d'articles, elle est rédactrice en chef de la lettre Actualités du droit de l'information publiée par l'ADBS et du blog Paralipomènes.

Google Livres¹ révèle bien tout le paradoxe du numérique, qui présente d'extraordinaires opportunités pour la valorisation et l'exploitation des œuvres *cryogénisées*², mais bouscule les vieux principes du droit d'auteur, affaiblis dans ce nouvel environnement, tant sur le plan des droits patrimoniaux que des droits moraux. Ainsi, Google, entreprise américaine, n'a que faire du régime de droit d'auteur, ce qui explique ses démêlés juridiques avec les éditeurs français. Mais, outre-Atlantique aussi, sa vision, qui lui aurait permis de faire main basse sur les œuvres orphelines, n'a pas été acceptée. Dans un avis rendu le 22 mars 2011 à propos de la validité de la deuxième version de l'accord qui aurait lié Google avec les auteurs et les éditeurs, présentée le 18 février 2010, le juge américain Denny Chin a donné raison à ceux qui contestaient cet accord. Si le droit d'auteur explique pour partie cette décision, le droit de la concurrence a joué un rôle loin d'être négligeable.

Aujourd'hui, lorsque l'on entend redonner une nouvelle vie aux œuvres de la *zone grise*³, ces œuvres encore protégées par le droit d'auteur mais qui ne sont plus exploitées commercialement, on se heurte à une série d'obstacles juridiques rédhitoires.

C'est Google⁴, bien sûr, qui presse les pays européens de trouver rapide-

ment une solution à cette question que la Commission européenne avait, certes, déjà approchée, mais mollement, pour accompagner la création d'Europeana⁵. Si des textes sont toujours préparés au niveau européen⁶, le sujet donne lieu parallèlement à des débats dans plusieurs pays – et à quelques arrangements.

Turbulence

En France, le protocole d'accord relatif aux œuvres épuisées conclu entre Google et Hachette Livre en novembre 2010, alors qu'au même moment des négociations étaient en cours sous l'égide du ministère de la Culture, a été un « coup de tonnerre⁷ ». Si Google et Hachette se sont donné six mois pour affiner les conditions de cet accord, le modèle a vocation à être étendu à d'autres maisons d'édition françaises. Mais cette accalmie dans les conflits avec Google⁸ peut

droit d'auteur⁹», compte rendu de la journée d'étude organisée par l'Afpida le 17 mai 2010 : <http://bit.ly/egvOeW>

5. En 2005, le concept, déjà appréhendé aux États-Unis, semblait émerger en Europe. Voir notamment : izo10, « Bibliothèques numériques », consultation publique, 2005, en ligne : <http://bit.ly/iiHOPa>; Michèle Battisti, « Les œuvres orphelines », *Actualités du droit de l'information*, n° 83, novembre 2005. En ligne : <http://bit.ly/hYED6W>

6. Un projet de directive sur les œuvres orphelines est toujours à l'ordre du jour, selon un discours du 10 mars 2011 de la commissaire Nelly Kroes : <http://bit.ly/hjMoj7>

7. Renault Enguérand, « Numérisation : Hachette signe un accord avec Google », *Le Figaro*, 17 novembre 2010. En ligne : <http://bit.ly/d8FPoo>

8. L'accord n'implique pas un abandon des procédures judiciaires en cours initiées par les éditeurs français.

1. <http://books.google.com/ebooks?hl=fr>

2. Expression trouvée dans *Impressions numériques*, ouvrage écrit par Jean Sarzana et Alain Pierrot, édité par le site www.publie.net

3. François Stasse, dans son rapport sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques françaises, avait utilisé cette expression en avril 2005 : <http://bit.ly/egGorB>

4. Michèle Battisti, « Le livre numérique et la numérisation des fonds : un défi pour le

aussi représenter l'œil d'un cyclone⁹ balayant les modèles économiques et juridiques actuels.

C'est une autre tempête qui a été déclenchée le 1^{er} février 2011 avec l'accord-cadre visant à organiser la numérisation de 500 000 ouvrages indisponibles, accord signé entre la Bibliothèque nationale de France et (entre autres) le Syndicat national de l'édition. On sait aujourd'hui peu de choses sur les modalités économiques et juridiques¹⁰ de cet accord, dont le tuilage avec l'accord du 30 novembre 2010 est incertain, au grand dam du syndicat FSU de la Bibliothèque nationale de France¹¹, établissement chargé de numériser les ouvrages remis au titre du dépôt légal, et de l'Interassociation Archives Bibliothèques Documentation (IABD...), inquiète des conditions d'usage de ces œuvres une fois numérisées¹², et qui ont demandé tous deux que le contenu de l'accord soit divulgué¹³.

Avant cela, il y avait eu aussi une autre fronde, celle des photographes qui, révoltés de voir les éditeurs de presse recourir abusivement à la mention «droits réservés» pour illustrer leurs publications, ont été à l'origine d'une proposition de loi sur les œuvres visuelles orphelines déposée le 12 mai 2010 au Sénat. Mais, la question s'étant avérée plus large et plus complexe¹⁴, c'est un *texte d'attente* que

9. Michèle Battisti, «Le règlement Hachette/Google : l'œil du cyclone ? Et le symbole d'un changement radical de modèle ?», ADBS, 29 novembre 2010. En ligne : <http://bit.ly/eL2iST>
Voir aussi : Calimaq, «Accord Google/Hachette : zone grise/zone rouge/zone verte», *S.I.Lex*, 30 novembre 2010 : <http://bit.ly/hlhfmB>

10. Peut-être parce que «beaucoup de questions sont encore à approfondir» (F. Mitterrand). En ligne : <http://bit.ly/fmGuy6>

11. «BnF : accord-cadre sur les livres épuisés, ou vrai marché de dupes ?», *Danacturésistance*, 10 mars 2011 : www.bit.ly/fbQohS

12. «500 000 livres numérisés : pour quels usages ?», IABD..., 16 février 2011 : <http://bit.ly/ev3mEJ>

13. Pour le comité des sages, «les termes d'un accord entre une institution publique et un partenaire privé doivent être rendus publics». Samuel Miller, «Numérisation en Europe : les partenariats public-privé sont encouragés», *Inaglobal*, 4 mars 2011 : <http://bit.ly/esagho>

14. Michèle Battisti, «Œuvres visuelles orphelines : une proposition de loi

Code des usages

Défini il y a trente ans et pour la littérature générale, le code des usages stipule que lorsque moins de 50 exemplaires sont vendus par an pour un livre exploité depuis plus de 5 ans, l'auteur peut proposer un nouvel éditeur. L'éditeur dispose de 3 mois pour lui répondre, puis de 15 jours après une deuxième lettre. Deux mois lui sont accordés ensuite pour traiter avec l'éditeur proposé ou avec un autre éditeur qu'il aurait choisi ; 12 mois pour procéder lui-même à la nouvelle édition. À défaut, le contrat est résilié et l'auteur récupère ses droits.

Les règles du contrat d'édition

Définies en 1957, les règles du contrat d'édition indiquent que «l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession» (art. L. 132-12 CPI), que «la résiliation a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, l'éditeur n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition» et que «l'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraison d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois» (art. L. 132-17 CPI).

les sénateurs ont adopté en première lecture le 28 octobre 2010, ce texte se bornant à donner quelques définitions, à annoncer une gestion collective et à commander une étude complémentaire.

Données

Le phénomène

Il existe bien une définition générale de l'œuvre épuisée, celle que l'on vient de donner en introduction. Simple de prime abord, elle devient plus complexe dès lors que l'on s'y intéresse vraiment.

prématurée», *Paralipomènes*, 2 novembre 2010 : <http://bit.ly/dclUpVm>

Au niveau européen, dans un projet de *Memorandum of understanding* (MoU) ou lettre d'intention¹⁵ sur les principes à adopter pour numériser les œuvres hors commerce, négocié en ce mois de mars 2011 par des associations représentant les éditeurs, les auteurs, les sociétés de gestion collective et les bibliothèques¹⁶, ne s'était-on pas contenté d'affirmer prudemment que chaque État membre définirait les règles permettant de savoir si une œuvre est ou non *hors commerce* ? À défaut de s'être penché sur les définitions adoptées par chaque pays européen¹⁷, s'attarder sur la notion d'œuvre épuisée telle qu'elle est définie en France s'avère donc indispensable.

Le protocole d'accord Google/Hachette Livre signalait que l'accord définitif fixerait les critères distinguant l'œuvre *en rupture de stock* de celle qui est *définitivement épuisée*, objet de l'accord. Si la loi française et le code des usages¹⁸ donnent des indications (voir encadré), le protocole semble vouloir apporter des informations très concrètes (croiser les données de la base Électre avec les listings des éditeurs par exemple¹⁹). Dans les faits, il semble bien que les éditeurs entendent donner la liste des

15. Dans le cadre de négociations contractuelles, notamment lorsqu'elles sont longues et ardues, la lettre d'intention reprend les points sur lesquels les parties se sont déjà entendues. Une grande attention doit être accordée à la rédaction de ce document, plutôt utilisé dans les pays anglo-saxons, et qui peut être retenu par le juge comme une volonté réelle de contracter. En ligne : <http://bit.ly/hjnxO5>

16. Eblida (European Bureau of Library, Information and Documentation Associations) y représente les bibliothèques ; www.eblida.org

17. Un travail qu'étrangement personne n'a fait.

18. Une présentation résumée du contrat d'édition est proposé sur le site de la Société des gens de lettres : <http://bit.ly/hvgloV>
Le *Code des usages. Littérature générale* (1981) est consultable sur le site du SNE : <http://bit.ly/ift9oc>

19. Nicolas Gary, «L'Union des écrivains redoute l'accord entre Hachette et Google», *Actualité*, 20 novembre 2010 : www.actualite.com/actualite/22790-google-hachette-oeuvres-indisponibles-numeriser.htm

livres concernés²⁰. À cet égard, les auteurs auraient sans doute un mot à dire, parce que l'œuvre *définitivement épuisée* permet à l'auteur de récupérer ses droits (voir encadré ci-contre) et, puisqu'il s'agit de numériser leurs livres, en raison de la question liée aux droits numériques (voir ci-après).

Au-delà du livre?

Protocole d'accord Google/Hachette Livre, accord-cadre sur les livres indisponibles, Europeana : dans les discussions actuelles, on vise plus ou moins clairement les ouvrages (et leurs illustrations) qui, dans la quasi-totalité des cas, avaient été commercialisés, ou, au mieux, l'écrit et l'image fixe, comme dans le rapport sénatorial relatif à la proposition de loi française sur les œuvres visuelles orphelines.

À quelles conditions pourra-t-on numériser d'autres œuvres ? Il n'est pas certain que les répertoires des sociétés de gestion collective couvrent tous les cas de figure.

Et l'œuvre orpheline?

Dans cette immense masse d'œuvres épuisées, les œuvres orphelines sont majoritaires²¹. Il y a consensus sur le fait qu'il s'agit d'œuvres dont on n'arrive pas à identifier les ayants droit ou, s'ils sont identifiés, que l'on n'arrive pas à localiser pour négocier les droits nécessaires. Cela semble limpide, sauf si l'on mentionne la « *recherche diligente* », sérieuse et avérée, celle qui est requise pour affirmer que

l'on se trouve face à une œuvre réellement orpheline. Plus la recherche sera longue, plus les moyens accordés seront importants, plus les chances de trouver les ayants droit augmentent. Puisque cette recherche a un coût, à quel niveau de recherche doit-on s'arrêter ?

Au-delà de l'œuvre publiée?

Dans son rapport sur le sujet, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) couvrirait dans la définition des œuvres orphelines les œuvres divulguées, une notion plus large que l'œuvre publiée, reprise aussi dans la proposition de loi sur les œuvres orphelines visuelles adoptée en première lecture par les sénateurs. Mais, en 2005, François Stasse, dans son rapport sur la zone grise, parlait d'une « *production éditoriale qui avait cessé de vivre commercialement*²² ». Ces œuvres épuisées, qualifiées récemment d'indisponibles, car « *non commercialisées en librairie* », dans le protocole d'accord du 1^{er} février 2011, restent toutefois des œuvres précédemment commercialisées. Encore faut-il définir précisément la notion de *commercialisation* et celle de *librairie*²³.

Si l'on traduit sans nuance le terme *out-of-commerce*, employé désormais au niveau européen pour remplacer celui d'*out-of-print*, voire si l'on reprend le terme d'*indisponibles en librairie*, on inclut les œuvres qui n'ont jamais été publiées²⁴, soit des œuvres susceptibles de figurer elles aussi dans nos fonds (interviews, photos d'amateurs, dépliants, rapports de recherche...) et pour lesquelles aucune solution ou des solutions trop complexes nous sont offertes.

Ce n'est qu'en élargissant la définition que l'on pourra numériser et communiquer au public avec toute la sécurité juridique voulue toutes les

œuvres épuisées, et non seulement les livres, mais aussi (voire surtout) les œuvres orphelines de nos fonds, qu'elles aient été ou non publiées.

Le mode opératoire

En droit d'auteur, la règle est imparable : toute reproduction sur un nouveau support représente un nouveau mode d'exploitation de l'œuvre et nécessite une autorisation exprès de celui ou de celle qui dispose des droits d'auteur sur l'œuvre. Toute bibliothèque qui voudrait numériser les œuvres trouvées dans son fonds doit donc obtenir pour ceci un accord des ayants droit. Le propriétaire de l'œuvre ne dispose pas des droits d'auteur²⁵, sauf dans le cas exceptionnel où l'ayant droit les lui aurait cédés (au moment du dépôt par exemple). Toute la difficulté consiste à trouver les ayants droit, soit ceux qui disposent vraiment des droits permettant de numériser les œuvres, et à négocier les conditions de leur diffusion.

Pour les œuvres épuisées figurant dans les catalogues des éditeurs, les choses semblent simples : tout comme pour les œuvres commercialisées, il suffirait d'obtenir un accord de l'éditeur. Mais tous les contrats d'édition, notamment les plus anciens, n'accordent pas aux éditeurs les droits numériques des œuvres de leurs auteurs, ces droits qui seuls permettent de négocier les droits pour numériser les œuvres et les communiquer sur les réseaux. Puisque, par ailleurs, faute d'avoir assuré une exploitation suivie des œuvres, certains de ces contrats pourraient être résiliés, il incombe auparavant aux éditeurs de négocier des avenants aux contrats initiaux, voire de nouveaux contrats. Ces œuvres, en attente de négociation, seraient tout compte fait également orphelines.

Comment utiliser ces œuvres, surtout lorsqu'elles sont orphelines ?

20. Ce qui rejoint les recommandations de François Stasse, qui considérait qu'au-delà de cinq ans d'exploitation « *les œuvres actives sur le plan commercial* » étaient peu nombreuses.

21. Définir la quantité d'œuvres épuisées ? Une question récurrente qui me semble inutile. Elle dépend de toute manière des définitions adoptées. La question essentielle est de pouvoir qualifier une œuvre afin de définir son traitement juridique. Les chiffres avancés çà et là montrent bien que leur pourcentage par rapport à l'ensemble des œuvres protégées est loin d'être anecdotique (70 à 80 %, voire plus selon le mode de calcul et les définitions adoptées). Quant aux œuvres orphelines, elles représenteraient 40 % du fonds de la British Library.

22. *Op. cit.*

23. Un groupe de travail n'avait-il pas été créé pour circonscrire « *les œuvres conçues à des fins pédagogiques* » de l'exception pédagogique ?

24. Serait-ce la raison de l'apparition du qualificatif *indisponible* ?

25. Sauf si le propriétaire de l'œuvre découvre qu'il s'agit d'une œuvre non divulguée lors de la vie de l'auteur et durant les 70 ans qui ont suivi son décès. Dans ce cas, il sera autorisé à en exploiter les droits d'auteur pendant 25 ans. Il s'agit toutefois d'une œuvre du domaine public et non d'une œuvre épuisée.

Doit-on les geler faute de disposer des droits nécessaires, ce qui serait dommageable à la fois pour l'accès à la connaissance et l'économie d'un pays ? Des solutions sont à l'étude.

Dégel

La *gestion collective* donnerait une nouvelle vie aux œuvres épuisées ou orphelines. Qu'elle soit ou non imposée par la loi, la gestion collective organise la collecte et le reversement des droits via un guichet unique, ce qui serait satisfaisant si les conditions exigées étaient acceptables, adaptées à la situation du moment, et les modalités de la gestion transparentes.

Les usages

Dans le protocole d'accord du 1^{er} février 2011, l'accent est mis sur la *commercialisation* des ouvrages, envoyés via la Bibliothèque nationale de France à des *sites marchands*. On imagine donc que des usages commerciaux (téléchargement, impression, voire abonnement pour un accès permanent) seraient proposés à des individus, mais aussi, par exemple, à des éditeurs qui souhaiteraient rééditer un livre dans son intégralité ou partiellement. Ce serait donc les usages collectifs offerts par les bibliothèques ou destinés à l'enseignement et à la recherche qui, en échange d'une compensation équitable via des licences d'accès, seraient couverts par la gestion collective obligatoire.

Si cette distinction est loin d'être manifeste dans les communiqués publiés pour présenter le protocole d'accord, on note que, dans son rapport qui entend favoriser la *renaissance* des œuvres épuisées au niveau européen²⁶, le comité des sages, composé

26. Commission européenne, « Stratégie numérique : le comité des sages escompte une "nouvelle renaissance" grâce à la mise en ligne du patrimoine culturel européen », communiqué de presse, IP/11/17, 17 janvier 2011 : <http://bit.ly/ennevY>
Voir aussi : Michèle Battisti, « Le comité des sages se penche sur les œuvres épuisées », *Paralipomènes*, 22 janvier 2011 : <http://bit.ly/fHboHY>

Une ouverture avec l'exception à des fins de conservation et de préservation des conditions de consultation ? *

Accordée aux bibliothèques accessibles au public, aux musées et aux services d'archives, cette exception leur permet de reproduire des œuvres non commercialisées figurant sur des supports de lecture obsolètes, ou menacées de disparaître en raison de la détérioration des supports. La communication de ces œuvres ne peut être envisagée qu'au sein même de la bibliothèque et sur des terminaux dédiés. Une communication sur un site internet, et même sur un intranet ou un extranet, ou tout autre mode de diffusion, ne sont pas couverts par cette exception.

* Exception insérée le 1^{er} août 2006 dans la liste des exceptions figurant dans les articles L. 122-5 et L. 211-3 du *Code de la propriété intellectuelle* par la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (Dadvisi).

de trois experts mandatés par la Commission européenne, soulignait que la gestion collective n'était envisageable que lorsque l'œuvre n'était pas exploitée commercialement par les ayants droit, directement ou en collaboration avec un partenaire privé. Le comité dissociait aussi la rémunération pour des usages commerciaux de la redevance « appropriée » due pour des usages non commerciaux.

Sur l'aspect non commercial de la gestion collective obligatoire ou de la licence légale, on note que la Sofia gère un droit de prêt public gratuit et non un droit de location. La loi n'habilite le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)²⁷ qu'à délivrer des accords pour des usages gratuits. Selon les dispositions de la loi, un accord exprès de l'éditeur via le CFC est requis lorsque les photocopies sont vendues. Chaque éditeur a le choix

27. Centre français d'exploitation du droit de copie : www.cfcopies.com
Voir dans ce numéro l'article de Philippe Masseron, « Droit de copie et bibliothèques : le grand malentendu », p. 69-72.

d'accorder ou non cette autorisation, et ce choix doit être compatible avec les autorisations de vente accordées par les auteurs. Les bibliothèques pourraient y recourir pour communiquer légalement au public les œuvres épuisées de leurs fonds, car le système de gestion collective ne peut pas, dans ce cas, être réservé à une seule entité.

La représentativité

S'il s'agit d'œuvres orphelines, comment l'organisme gestionnaire peut-il percevoir des droits au nom de personnes qui ne l'ont pas mandaté ? Que faire des sommes non perçues qui, dans la plupart des cas, ne pourront pas être reversées faute d'avoir retrouvé les ayants droit, et qui représenteront rapidement un pactole ?

Pour la gestion collective imposée par la loi²⁸ pour la reprographie faite à des fins collectives non commerciales, le CFC, organisme agréé pour collecter et reverser les droits exigés, représente l'ensemble des éditeurs, y compris ceux qui n'ont pas adhéré au CFC, et envoie à tous les éditeurs la somme qui est due chaque année, à charge pour eux d'envoyer au CFC la facture afférente. Les sommes non réclamées rejoignent l'ensemble des sommes *irrépartissables* qui, au bout de dix ans, seront utilisées pour financer la création. Nous ne sommes pas très éloignés de ce qui était préconisé pour gérer les œuvres orphelines²⁹, et pas loin d'imaginer qu'un système similaire est à l'étude en France pour les œuvres épuisées.

Toutefois, puisque les éditeurs comptent donner la liste des œuvres couvertes par la gestion collective, il semble y avoir confusion entre gestion collective volontaire et obligatoire.

28. Dans un mode de gestion collective obligatoire, ce sont des collèges d'éditeurs et d'auteurs qui définissent les barèmes et les pourcentages accordés aux auteurs et aux éditeurs. Dans un système de licence légale, adopté pour le prêt public, c'est la loi qui fixe les modalités du partage.

29. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Commission sur les œuvres orphelines, *Rapport*, 19 mars 2008. En ligne : <http://bit.ly/eulLxL>

Si celle-ci est obligatoire, elle couvre *de facto* tout type d'œuvres épuisées, y compris celles des ayants droit qui n'auront pas donné un mandat exprès à la société de gestion collective. L'*opt-out* envisagé dans l'accord, c'est-à-dire la possibilité offerte de se retirer du système, à la fois pour les éditeurs et les auteurs, au titre du droit moral ou du droit patrimonial, ne peut se faire qu'a posteriori et non a priori. Si la consultation de l'extrait des ouvrages est autorisée à titre gratuit, bien que nous sachions que l'extrait d'œuvre n'est pas couvert par l'exception de citation, il serait pour le moins excessif d'exiger une compensation financière pour un tel usage. La gestion collective devrait couvrir l'accès à l'ensemble de l'œuvre, voire la reprise des extraits à des fins non commerciales.

Les modalités

L'Interassociation Archives Bibliothèques Documentation... (IABD...) s'était inquiétée à plusieurs reprises des conditions imposées, du fait notamment qu'au coût de la recherche des ayants droit lorsqu'il s'agit d'œuvres orphelines s'ajouteraient les sommes à verser à la société de gestion collective si les barèmes n'étaient pas *raisonnables*, et, de manière générale, des conditions de la sortie de la *zone grise* si celles-ci devaient être brutales et coûteuses³⁰. Selon les systèmes envisagés jusqu'à présent, il incomberait en effet, dans ce dernier cas, d'indemniser l'ayant droit pour la période d'utilisation de son œuvre, alors qu'une licence d'utilisation aurait déjà été versée, mais aussi de devoir supprimer dans les meilleurs délais l'œuvre en question du répertoire. Les licences devraient être accordées pour une durée suffisante et prévoir des compensations financières qui

30. Michèle Battisti, « Oui à la gestion collective, mais... », *Paralipomènes*, 26 janvier 2011 : <http://bit.ly/g7A9RY>
– « Donner accès aux œuvres visuelles orphelines en toute légalité », IABD..., 18 juin 2010 : <http://bit.ly/gWwOfu>
– « Numériser et communiquer en toute légalité les œuvres orphelines au public », IABD..., 2 décembre 2009 : <http://bit.ly/gnBeBQ>

tiennent compte des sommes investies pour valoriser l'œuvre.

Dans son rapport, le comité des sages mettait précisément l'accent sur les coûts de transactions raisonnables, qui devaient être compatibles avec la valeur commerciale de l'œuvre (se traduisant, par exemple, par des recherches d'ayants droit moins intenses pour les œuvres les plus anciennes). On peut imaginer des modalités différentes selon la nature de l'œuvre, le fait qu'elle ait été ou non publiée, etc.

Impact

Sur le droit d'auteur

Au niveau international, on avait déjà procédé à une révision du droit d'auteur pour l'adapter à l'environnement numérique, ce qui s'est traduit par deux traités en décembre 1996. La directive européenne sur le droit d'auteur en a découlé, donnant lieu à une transposition, avec la loi Dadvsj³¹, qui s'est traduite par de nouvelles exceptions au droit d'auteur dans la législation française. La Commission européenne envisage à présent de nouvelles réformes : une directive pour les œuvres orphelines, des recommandations (apparemment) pour les œuvres épuisées non orphelines, mais aussi de nouvelles règles pour les sociétés de gestion collective³².

Une solution plus radicale encore est envisagée par le comité des sages, qui préconise que les auteurs enregistrent leurs œuvres, ce qui modifie les règles actuelles de la Convention de Berne, qui protège une création originale de l'esprit par le droit d'auteur du seul fait de son existence, et non uniquement si elle est enregistrée. L'idée ainsi émise de mettre au goût du jour un registre des œuvres est une véritable révolution, mais cette procédure risque d'être longue à adopter au sein de l'Organisation mondiale

31. Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. En ligne : www.legifrance.gouv.fr

32. Michèle Battisti, « Abattre les "murs de Berlin" de la culture », *Paralipomènes*, 21 novembre 2010 : <http://bit.ly/aGohGv>

de la propriété intellectuelle (OMPI) qui gère la Convention de Berne³³. La base de données Arrow (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works)³⁴, qui vise à identifier les ayants droit des livres, puis progressivement, mais sans doute à très long terme, d'autres œuvres au niveau européen n'est-elle pas, selon la Commission européenne, appelée à jouer ce rôle³⁵?

Mais, l'ouvrage une fois numérisé, certaines règles s'avèrent réellement obsolètes si l'on prend pour exemple le contrat d'édition³⁶. Les notions d'exemplaires, de livres indisponibles, de tirages épuisés, de rupture de stock, voire celle d'achèvement de l'œuvre, celle-ci pouvant être « enrichie » à tout moment sur les réseaux... : toutes ces notions figurant dans le *Code de la propriété intellectuelle* (CPI) n'ont plus de sens dans l'environnement numérique. S'interroger sur l'épuisement des œuvres numérisées et de celles nativement numériques épuisées se posera aussi – une question totalement écartée aujourd'hui, mais qui va se poser très vite.

Sur les modèles économiques

En France, dans le protocole d'accord du 1^{er} février 2011, il semble qu'il y ait confusion entre la nécessité d'une « *présence patrimoniale sur les réseaux* », nécessitant une aide de l'État (ce qui semble justifié), alors qu'on apprend par ailleurs que les œuvres numérisées avec l'aide du grand emprunt seraient surtout destinées à être *commercialisées*. Le grand emprunt n'est pas à

33. www.wipo.int/portal/index.html.fr

34. www.arrow-net.eu

35. Ce registre européen des droits laisse toutefois perplexe, en raison de la complexité de sa mise en œuvre. Pourra-t-on se borner à le consulter pour répondre à l'obligation de recherche diligente ? Qu'en sera-t-il des mises à jour faisant apparaître un auteur ?

36. Calimaq, « Le contrat d'édition, ce fossile vivant », *S.I. Lex*, 8 décembre 2010 : <http://bit.ly/gvLsmv>
– Michèle Battisti, « Le contrat d'édition : adaptation ou révolution ? Ou quand les droits numériques font craquer les règles », *Paralipomènes*, 21 janvier 2011 : <http://bit.ly/flAXWU>

proprement parler de l'argent public, mais la numérisation des œuvres se fait avec l'aide d'un partenaire public, la BnF, et sur ce point l'accord ne répond pas aux recommandations du comité des sages, pour lequel la commercialisation des œuvres ne peut être envisagée que lorsque la numérisation est faite par l'éditeur lui-même, ou avec l'aide d'un partenaire privé.

S'il est vrai que l'aide du grand emprunt doit être remboursée par les éditeurs, une partie des sommes versées à ce titre proviendrait des bibliothèques publiques via les abonnements payés pour proposer à leur public de consulter les œuvres : sur place uniquement ou à distance aussi, mais (beaucoup) plus cher ? N'y aurait-il pas une strate de trop ?

S'il est vrai que la BnF pourrait garder une copie des œuvres pour son propre usage (sans que l'on sache de quels usages il s'agit), les seuls usages gratuits accordés au public seraient la consultation de la notice, enrichie certes, et le feuilletage (on imagine la lecture de quelques extraits).

Aucune attention n'est portée, en revanche, aux autres bibliothèques qui disposent également d'œuvres appartenant à la zone grise dans leurs fonds et qui sont, dans les projets actuels, vouées à payer des abonnements pour accéder aux œuvres de la zone grise numérisées par la BnF. Un modèle peu satisfaisant, qui rappelle celui de Google qui, dans son projet de règlement, entendait proposer des licences d'accès aux bibliothèques³⁷.

Front chaud et brumeux

Pour clarifier la zone grise, zone aux fronts encore instables, quelques pistes sont proposées.

Une gestion collective obligatoire

La gestion collective obligatoire semble être la solution vers laquelle on se tourne. Comme nous l'avions

noté, retrouver les auteurs de son catalogue ou leurs ayants droit plusieurs années après que les derniers droits leur ont été versés peut s'avérer difficile. La gestion collective obligatoire est de ce fait également une solution pour les éditeurs.

En effet, elle permet d'encadrer juridiquement la prise de risque. Si la proposition de Google, qui prônait l'*opt-out*, a été rejetée par le juge Chin aux États-Unis, c'est parce que cet accord aurait donné à une multinationale un avantage concurrentiel et aurait imposé un modèle d'affaires unique à l'industrie du livre³⁸. La gestion collective obligatoire permettrait d'utiliser une œuvre sans avoir le mandat exprès de son ayant droit, qui peut être l'auteur et non l'éditeur dans certains cas, mais dans un système encadré par la loi.

La question qui se pose, en revanche, est celle de la *commercialisation* des œuvres, pour laquelle il faut envisager de verser à l'auteur une rémunération et non une simple compensation financière. La loi sera modifiée, a-t-on souligné à plusieurs reprises : il faudra sans nul doute distinguer les fins commerciales des fins non commerciales.

Acquitter une licence devrait permettre aux bibliothèques de proposer à leur public un accès aux œuvres épuisées, et aussi de numériser les œuvres de leurs fonds. Mais, pour assurer une présence sur les réseaux de l'ensemble du patrimoine, la gestion collective devrait être appliquée à toutes les œuvres et pas uniquement aux livres. Dans les négociations autour du MoU, accord négocié en ce moment au niveau européen, les éditeurs viennent d'exclure la presse, les périodiques et les œuvres qui n'ont

jamais été publiées³⁹. Devra-t-on geler les autres œuvres, ou concevra-t-on un autre système ?

Des solutions simples, à des coûts raisonnables

Dans les systèmes envisagés, les bibliothèques souhaitant numériser leurs fonds devraient rechercher les ayants droit, ce qui a un coût, payer aussi une licence pour utiliser l'œuvre, puis pour la valoriser, et enfin négocier avec l'auteur dès lors qu'il apparaîtrait. Est-ce réaliste ?

On conçoit fort bien qu'il y ait des recherches à faire pour retrouver les ayants droit, évitant ainsi les dérives du DR (droits réservés), tout particulièrement abusif lorsqu'il s'agit d'œuvres récentes. Mais l'effort de recherche devrait tenir compte des outils existants, de la nature de l'œuvre, voire, comme l'indiquait le comité des sages, de l'ancienneté de celle-ci.

Plusieurs angles à examiner

La question de la concurrence du libre accès aux œuvres proposé par les établissements culturels vis-à-vis de la distribution commerciale des œuvres protégées a été posée. On parle ici d'œuvres qui ont déjà connu une vie commerciale, et l'enjeu, à présent, est de servir de tremplin à de nouvelles créations, en encadrant juridiquement cet usage.

Or, dans les solutions juridiques envisagées, on tend à ajouter des obligations sans imaginer l'impact économique et culturel qu'elles peuvent avoir. Faire obstacle à l'accès à l'information, entendu aussi comme une réutilisation, c'est également faire obstacle au levier économique que l'on vient d'évoquer, non seulement pour les bibliothèques, mais aussi pour les éditeurs qui voudraient reprendre des œuvres n'appartenant pas à leurs catalogues, et pour le public qui doit pouvoir s'en servir.

37. Michèle Battisti, « Google Books et son règlement », *Actualités du droit de l'information*, 24 mai 2009 : <http://bit.ly/eD5909>

38. Cécile Mazin, « Règlement Google Books : la liberté rendue aux éditeurs », *ActuaLitté*, 25 mars 2011 : <http://bit.ly/fw3H5D>
 – Voir aussi : Michèle Battisti, « Le livre numérique et la numérisation des fonds : un défi pour le droit d'auteur ? », compte rendu d'une conférence organisée par l'Afpida, ADBS, mai 2010 (en ligne : <http://bit.ly/egvOeW>) soulignant que Google est un *business model* fondé sur les œuvres épuisées.
 – Voir aussi : Calimaq, « Règlement Google : fin de partie ? », *S.I.Lex*, 23 mars 2010 : <http://scinfolex.wordpress.com/2011/03/23/reglement-google-book-fin-de-partie>

39. L'accord est en cours de négociation, cette étape ne préjuge donc en rien de la teneur de l'accord ultime.

N'oublions pas que la gestion collective organise une compensation financière, que les auteurs sont dûment cités, et qu'en ce qui concerne leur droit à l'intégrité et leur droit de divulgation, que leur œuvre ne soit pas diffusée sera perçu, pour la plupart d'entre eux, comme ayant un impact bien plus négatif.

Le juridique est utilisé à la rescousse de modèles économiques en péril, et l'on tend, volontairement ou non, à entretenir une confusion entre droit et économie. Il est nécessaire de définir des politiques culturelles évitant, comme on peut le craindre aujourd'hui, une confiscation du patrimoine collectif.

Les œuvres épuisées posent des défis économiques et culturels, mais aussi politiques. Si les principales dispositions du protocole d'accord Google/Hachette ont vocation à être étendues à tous les éditeurs français, ce n'est plus le droit ou le politique

qui gouverne, mais des acteurs privés. Avec l'accord-cadre du 1^{er} février 2011, le ministre de la Culture a repris la main; coup d'arrêt aussi aux États-Unis, où le deuxième règlement proposé par Google n'a pas été accepté par le juge Chin. Mais, comme les partenariats entre le secteur public et le secteur privé sont fondamentaux pour une solution équilibrée, il s'agit de placer le curseur de manière optimale, en tenant compte de plusieurs facteurs, notamment des usages d'internet, ou encore du rayonnement à assurer au patrimoine.

Effervescence

La diffusion des œuvres épuisées représente un enjeu pour tous les acteurs : pour l'éditeur, qui pense à la longue traîne et à répondre à l'une de ses obligations éditoriales, celle d'exploiter les œuvres de son cata-

logue et, à défaut, de voir les auteurs récupérer leurs droits d'auteur; pour Google, dont les modèles économiques l'amènent à poursuivre son inexorable avancée; pour les auteurs ou leurs ayants droit, qui y voient aussi de nouvelles opportunités en termes de notoriété; et enfin pour les bibliothèques, qui veulent valoriser leurs collections et favoriser l'accès à la connaissance.

C'est ici l'occasion de rappeler un principe essentiel : l'équilibre sur lequel est fondé le droit d'auteur, qui vise aussi à favoriser la création d'œuvres nouvelles. Si ces œuvres sont effectivement protégées par le droit d'auteur, elles ont déjà connu une vie commerciale, et, si l'on évitera de parler de purgatoire, il s'agit bien d'une période transitoire dont la régulation reste à imaginer, certes, mais vite. ●

Mars 2011