

# ÉTUDES ET COMMENTAIRES



## CHRONIQUES

/ Propriété littéraire et artistique



### L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?

par Franck Macrez, Maître de conférences,  
Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg

**L'essentiel >** La loi n° 2012-287 du 1<sup>er</sup> mars 2012 « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle » crée une société de gestion collective destinée à autoriser l'exploitation numérique des œuvres littéraires qui ne sont plus exploitées dans le commerce. Fruit d'un « accord-cadre » conclu entre les principales parties concernées, la solution adoptée vise à faire renaître un *corpus* aujourd'hui délaissé et à répondre aux velléités de numérisation massive de la société Google. La mécanique complexe instaurée par ce texte révèle, à l'analyse, un dispositif en rupture avec les principes traditionnels du droit d'auteur et leur objectif de protection de l'auteur.

2

#### Introduction

1 - Le développement du numérique engendre une nécessité d'adaptation du droit dont la profondeur peut aller jusqu'à en miner des principes que l'on croyait pourtant inaltérables. Le droit d'auteur fait partie des champs juridiques les plus touchés par ce phénomène<sup>1</sup>. L'importance des acteurs en présence, aussi puissants que gourmands, alliée à la grande technicité de la réalité mouvante que le Droit se doit d'appréhender, conduit à la production de textes myopes, votés par réaction, dans l'urgence, sans réelle analyse du problème posé ni du donné légal préexistant, retenant en conséquence des solutions dépourvues de cohérence téléologique et perturbatrices de l'ordre juridique, à tel point que le droit s'en trouve ébranlé en ses fondements mêmes<sup>2</sup>. La loi « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle »<sup>3</sup>, adoptée à une affligeante unanimité tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, fait partie de ces textes dangereux, non du fait de la solution qu'elle entend apporter à la question de la diffusion d'œuvres littéraires que l'on ne peut plus se procurer dans le commerce, mais plutôt en raison de sa méconnaissance des

principes fondamentaux de la matière qu'elle entend régir. Il serait présomptueux de prétendre à l'exhaustivité dans l'inventaire des imperfections législatives présentes dans ce texte. Leur origine s'explique, naturellement, par le contexte dans lequel la loi a été élaborée ainsi que par le caractère accéléré de la procédure parlementaire.

2 - Le problème que le législateur se propose de résoudre est d'une apparente simplicité. Les bibliothèques, et notamment la Bibliothèque nationale de France avec le projet Gallica, procèdent à la numérisation des œuvres écrites dans le but de les conserver et de les rendre accessibles sur l'internet. La diffusion de ces œuvres est néanmoins limitée aux œuvres du domaine public, lorsque l'auteur est décédé il y a plus de soixante-dix ans. Or un grand nombre d'œuvres, par hypothèse créées au XX<sup>e</sup> siècle, restent protégées par le droit d'auteur tout en n'étant plus éditées dans les circuits commerciaux classiques, souvent parce que l'éditeur a renoncé à rééditer l'ouvrage. La diffusion de l'œuvre sous forme numérique pourrait permettre de donner une nouvelle vie à l'œuvre pour le plus grand bénéfice de l'auteur, de son public

(1) V. par ex. : F. Macrez, Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? - Essai sur la cohérence des droits, Lexis Nexis Litec, coll. CEIPI, 2011. (2) V., à propos de la directive « Société de l'information » de 2001, P. Gaudrat, Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information », RTD com. 2003. 87, 285 et 503. (3) N° 2012-287 du 1<sup>er</sup> mars 2012, JO 2 mars, p. 3986.

et de la transmission du savoir en général. Le droit de propriété de l'auteur s'opposant à une telle diffusion sans son autorisation, un mécanisme de gestion collective obligatoire a été imaginé par le législateur. En réalité, le système est fortement inspiré du projet Google Livres, lequel a été abandonné à défaut d'accord des ayants droit<sup>4</sup> : en particulier, le mécanisme d'*opt out* que Google souhaitait imposer était en franche contradiction avec les principes de la propriété intellectuelle, *copyright* américain<sup>5</sup> ou droit d'auteur. En France, Google a en effet été condamné par le tribunal de grande instance de Paris<sup>6</sup>, et le ministre de la culture a en outre réproposé le projet Google Livres<sup>7</sup>.

La solution proposée par Google ayant été rejetée, l'idée de numériser le patrimoine littéraire français ne s'est néanmoins pas éteinte<sup>8</sup>. Un accord-cadre, entre le ministère de la culture et de la communication, le commissariat général à l'investissement, la Bibliothèque nationale de France, le Syndicat national de l'édition et la Société des gens de lettres, fut signé le 1<sup>er</sup> février 2011. Le détail de cet accord n'a pas été rendu public<sup>9</sup>, mais l'on sait que la numérisation d'un corpus de cinq cent mille livres est prévue à partir des collections du dépôt légal conservées à la Bibliothèque nationale de France, le tout grâce au soutien de l'Etat par un financement du programme « développement de l'économie numérique » du « Grand Emprunt »<sup>10</sup>. En outre, une « étude de faisabilité détaillée » était prévue à l'horizon du premier semestre 2011<sup>11</sup>. Surtout, l'accord prévoyait que « les livres numérisés au moyen des investissements d'avenir seraient exploités dans le cadre d'une gestion collective assurant aux éditeurs et aux auteurs, représentés à parité, une rémunération équitable dans le strict respect des droits moraux et patrimoniaux. Le code de la propriété intellectuelle sera modifié en conséquence »<sup>12</sup>. L'option générale a donc été celle de la gestion collective par une société de perception et de répartition des droits (SPRD) représentant à parité les éditeurs et les auteurs. En fait, la nouvelle loi, bien que d'initiative parlementaire, est une loi de « transposition » de l'accord-cadre du 1<sup>er</sup> février 2011, dont le

contenu exact demeure secret, conclu entre le ministère de la culture et diverses parties intéressées considérées comme représentatives.

L'objectif de la loi est de permettre l'« exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle », créant un nouveau chapitre intitulé « Dispositions particulières relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles » au sein du titre III du livre 1<sup>er</sup> du code de la propriété intellectuelle, titre relatif à l'« exploitation des droits ». L'ensemble du dispositif, qui ressemble paradoxalement au modèle proposé initialement par Google, s'articule autour de la catégorie mal déterminée du « livre indisponible » (I), dont le régime de gestion collective n'est pas organisé en faveur des auteurs (II).

### I - Le « livre indisponible », catégorie évasive

3 - La loi du 1<sup>er</sup> mars 2012 intervient tandis qu'une proposition de directive est en cours de discussion au niveau de l'Union européenne<sup>13</sup> concernant les œuvres dites « orphelines », dont une définition est apportée dans un nouvel article L. 113-10 du code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses ». Si la définition donnée nous semble satisfaisante, aucun régime spécifique n'est prévu pour ces œuvres dont l'auteur est absent alors que, parmi le *corpus* des livres indisponibles, il est aisé de présumer que de nombreuses œuvres sont orphelines. Une loi de transposition de la directive, si celle-ci voit le jour, aura pour mission de fixer le régime juridique des œuvres orphelines. Dans l'intervalle, il faut considérer que la quasi-intégralité des œuvres littéraires orphelines est soumise au régime des « livres indisponibles », dès lors qu'elles répondent à la définition du « livre indisponible », situation qui nécessiterait une étude à part entière<sup>14</sup>. Les œuvres orphelines sont donc implicitement incluses dans le nouveau régime<sup>15</sup>. Il est même possible que la directive euro-

(4) Pour une description des difficultés suscitées par le service Google Books en France et aux Etats-Unis, V. H. Gaymard, rapport n° 4189, Proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle, Ass. nat., 2012, p. 13-17. (5) *Authors' Guild v/ Google Inc*, Unreported, 22 mars 2011 (D (US)). V. Z. Efroni et J. Gebert, *The Google Books decision: The Authors Guild v/ Google Inc*, *European Intellectual Property Review* 2011, 33(8), p. 351. Sur la situation des œuvres orphelines dans le cadre du *Google Books Settlement*, V. B. Lang, *Orphan Works and the Google Books Search Settlement: An International Perspective*, *New York Law School Law Review* 2010, 11, vol. 55, p. 111. (6) 18 déc. 2009, *Editions du Seuil c/ Google Inc et France*, JCP G 2010. 247, note A. Lucas ; RLDI 2010/ 57, p. 6, note A. Singh et S. Israël. (7) « Bibliothèque virtuelle : M. Mitterrand rebat les cartes », *Le Monde*, 13 janv. 2010 (« des accords inacceptables »). (8) La présente loi est d'ailleurs essentiellement une loi destinée à répondre aux projets de Google. H. Gaymard, rapport préc., p. 6 : « Le risque de voir un privé s'emparer d'un patrimoine public légitime l'intervention publique ». L'objectif affiché est le « développement de véritables bibliothèques numériques européennes, capables de contrebalancer l'hégémonie de Google » (*ibid.*, p. 25). (9) Les députés ont obtenu, à leur demande, communication de cet accord, quelques heures avant le début de l'examen du texte en séance publique, le rapporteur ayant accepté cette requête « puisque la Commission d'accès aux documents administratifs en a donné l'autorisation » (Travaux de la commission des affaires culturelles, Ass. nat., séance du 18 janv. 2012, in H. Gaymard, rapport préc., p. 38). (10) Communiqué du ministère de la culture et de la communication, « Une deuxième vie pour des titres indisponibles », 2 févr. 2011. (11) Celle-ci n'a à ce jour toujours pas été menée à bien : Ass. nat., intervention du ministre de la culture et de la communication, 19 janv. 2012. (12) Communiqué du ministère de la culture, préc. (13) Commission européenne, Proposition de directive sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, 24 mai 2011, COM(2011) 289 final. (14) V. not. J. Martin et J. Lieber, Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2008 ; B. Lang, *Œuvres orphelines : intérêt patrimonial contre droit moral, Numérisation du patrimoine des bibliothèques*, Actes de Journées d'étude à la Bibliothèque nationale de France, Editions Hermann, 7 déc. 2009, à paraître. (15) Le législateur opère par préterition (V. L. Maurel, *Numérisation : la grande manœuvre des indisponibles*, S.I.Lex, 12 nov. 2011, <http://scinfolex.wordpress.com>), ce qui n'est pas de nature à faciliter la compréhension du texte.

péenne n'y change rien<sup>16</sup>, ce qui expliquerait, sans pour autant le justifier<sup>17</sup>, le choix de la procédure accélérée devant le Parlement.

Le nouvel article L. 134-1 définit l'expression « livre indisponible » comme « un livre publié en France avant le 1<sup>er</sup> 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. » Ainsi, elle définit son objet, le « livre » (A), et le critère qu'il doit revêtir pour bénéficier des dispositions de la loi nouvelle, à savoir être « indisponible » (B).

## A - Le « livre », objet inadéquat

Le texte a pour objet le droit de reproduction et de représentation du « livre »<sup>18</sup>. La métonymie (1) montre l'ignorance du législateur du véritable objet immatériel du droit d'auteur, l'œuvre de l'esprit (2).

### 1 - La métonymie et sa rhétorique

4 - Qu'est-ce qu'un livre ? La question peut être tenue pour philosophique, mais il faut nous en tenir ici au droit positif. Le code de la propriété intellectuelle mentionne les « livres » dans la liste indicative des œuvres protégées de l'article L. 112-2, mais aucune définition n'en est donnée ni dans la législation sur le droit d'auteur ni, à notre connaissance, en jurisprudence<sup>19</sup>. La réglementation fiscale en propose une pour l'application du régime de TVA réduite<sup>20</sup>. Le critère retenu par l'administration fiscale pour la qualification de « livre » est qu'il s'agit d'un ensemble « imprimé » qui contient une œuvre de l'esprit. Par ailleurs, la loi « relative au prix du livre numérique » a retenu la définition dite « homothétique », sorte de fac-similé du livre imprimé<sup>21</sup>. Il conviendrait plutôt de considérer que le législateur procède par métonymie, désignant le

contenu par son contenant, voulant signifier « œuvre contenue dans un livre » par le terme de « livre ». L'intention du législateur est en réalité de traiter des œuvres écrites littéraires<sup>22</sup> faisant l'objet d'un contrat d'édition, en utilisant le terme d'« édition » dans son sens courant, c'est-à-dire pour désigner l'« édition de librairie » de l'article L. 132-6.

5 - La présence d'un trope dans un texte de loi peut surprendre. De prime abord, il est possible de se contenter de regretter un tel manque de rigueur terminologique : les ornements langagiers, figures de style ou de rhétorique, sont simplement surabondants dans le discours législatif. Mais, à la réflexion, le trope est porteur d'une rhétorique pernicieuse et profonde. Elle enferme le destinataire<sup>23</sup> du message dans un discours de référence centré autour du paradigme de l'exemplaire. Ce faisant, elle oblige à accepter, souvent inconsciemment, le raisonnement déstructurant le droit d'auteur en ce qu'il assimile la propriété de l'œuvre du créateur à la propriété de la chose matérielle commercialisée par l'exploitant, au profit de cette dernière. En réalité, cette référence au support de l'œuvre pour définir l'objet de l'exploitation procède d'une grave méconnaissance de la nature du droit d'auteur.

### 2 - Le droit d'auteur sans œuvre

6 - Le droit de propriété de l'auteur est immatériel et appréhende l'œuvre sans considération pour la chose matérielle qui la contient : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle est indépendante de la propriété de l'objet matériel »<sup>24</sup>. Cela tient à la nature même du droit d'auteur : l'indépendance de l'œuvre et du support<sup>25</sup> est sa condition d'existence. La loi nouvelle ne s'encombre pas de ce concept juridique pourtant nécessaire et central pour le droit d'auteur. Elle vise les livres pour organiser leur numérisation et l'exploitation de leur version numérisée.

(16) Une fois la directive adoptée, il n'est en effet pas certain que le régime des œuvres écrites soit modifié : l'art. 9.2 de la proposition de directive réserve les « actes conclus et [les] droits acquis » avant la date de transposition. En d'autres termes, les œuvres orphelines qualifiées de « livres », et dont la publication est antérieure au 1<sup>er</sup> janv. 2001, ne seront pas concernées par la future réforme européenne : B. Khiari, rapport n° 151, Proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle, Sénat, 2011, p. 19-20. (17) V. par ex., estimant que la « loi française constitue une véritable manœuvre de contournement au niveau national [du] dispositif européen » projeté : L. Maurel, Numérisation : la grande manœuvre des indisporhelines, préc. (18) Art. L.134-3, I, al. 1<sup>er</sup> : « Lorsqu'un livre est inscrit dans la base de données mentionnée à l'article L. 134-2 depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé par » une société de gestion collective. Les références aux « droits de reproduction et de représentation du livre » et non à l'œuvre sont omniprésentes dans le texte : V. art. L. 134-3, I, al. 2 ; L.134-4, I, al. 3 ; L. 134-4, II ; L. 134-5, al. 1<sup>er</sup> ; L. 134-5, al. 6 ; L. 134-6, al. 1<sup>er</sup> et 2. (19) Et pour cause : la liste n'est destinée qu'à fournir des exemples d'œuvres protégeables, et s'il doit y avoir débat judiciaire, ce sera sur le terrain de l'existence d'une œuvre. (20) Instruction fiscale du 12 mai 2005, DB 3 C 215 : « 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. - Cet ensemble peut être présenté sous la forme d'éléments imprimés, assemblés ou réunis par tout procédé, sous réserve que ces éléments aient le même objet et que leur réunion soit nécessaire à l'unité de l'œuvre ». Suit une longue liste indicative d'exemples de ce qui doit et ne doit pas être considéré comme « livre » au sens du code général des impôts. (21) Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique, art. 1<sup>er</sup> : « La présente loi s'applique au livre numérique lorsqu'il est une œuvre de l'esprit créée par un ou plusieurs auteurs et qu'il est à la fois commercialisé sous sa forme numérique et publié sous forme imprimée [...] ». (22) La proposition de loi initiale portait, malgré son intitulé, sur les « œuvres indisponibles ». Le Sénat a choisi de remplacer l'œuvre par le « livre » (séance du 9 déc. 2011, not. amendements nos 16 et 19). C'est précisément l'inverse qu'il fallait faire ! Le but était que « la proposition de loi concerne bien les seuls livres indisponibles et non pas l'ensemble des œuvres » (motifs de l'amendement n° 16, préc.). Mais il fallait distinguer en fonction du type d'œuvre, non en fonction de leur support. (23) Cela inclut les parlementaires ayant débattu le texte. (24) Art. L. 111-3 CPI. V. B. Gleize et S. Lacour, De l'indépendance des propriétés incorporelle et corporelle, in M. Vivant (dir.), Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz, 2003, p. 101. (25) V. O. Pignatari, Le support en droit d'auteur, thèse, Poitiers, 2009.

7 - Nous sommes donc en présence d'une loi visant à régir le droit d'auteur, propriété de l'auteur sur son œuvre, sans aucune référence à l'objet incorporel de ce droit <sup>26</sup>. L'on sait que l'évolution contemporaine du droit d'auteur tend à la disparition de celui pour lequel il a été conçu, l'auteur <sup>27</sup>, impliquant une déconstruction de sa logique propriétaire destinée à le recentrer autour de l'exploitant <sup>28</sup> qui est le maître de la commercialisation des exemplaires <sup>29</sup>. L'usage de la métonymie <sup>30</sup> ne démontre pas seulement qu'est mise en œuvre l'idée fautive d'un archétype propriétaire entièrement centré sur l'article 544 du code civil <sup>31</sup>. Elle procède d'une grave confusion entre propriétés incorporelle et corporelle induisant une absorption de la première par la seconde : celui qui maîtrise le support et sa commercialisation, l'exploitant, est l'objet de toutes les attentions législatives au mépris du véritable propriétaire, le créateur de l'œuvre. L'inverse est pourtant à défendre et aurait été conforme à l'esprit du texte et son objectif de diffusion de la culture : la propriété de l'auteur porte, notamment par ses attributs moraux, un intérêt général culturel tandis que la propriété civiliste procède d'intérêts privés <sup>32</sup>. Le principal argument des promoteurs du texte était, comme il est de coutume, « la défense du droit d'auteur ». Dès lors, il est incongru de constater qu'est méconnu le principe même qui lui permet d'exister.

## B - L'indisponibilité, critère mal défini

8 - Le nouvel article L. 134-2 du CPI décide de la création d'une « base de données publique, mise à disposition en accès libre et gratuit par un service de communication au public en ligne, qui répertorie les livres indisponibles ». Cette base doit être gérée par la Bibliothèque nationale de France, laquelle « veille à sa mise en œuvre, à son actualisation et à l'inscription » des diverses mentions relatives au statut de l'œuvre. Le second alinéa de cet article permet à « toute personne » de demander à la Bibliothèque nationale de France l'inscription du « livre » dans la base de données. Toute la question est de connaître le sens du critère d'indisponibilité du livre. Le livre est dit indisponible au sens de la loi lorsqu'il « ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur » (1) et qu'il ne fait pas l'objet d'une « publication sous forme imprimée ou numérique » (2).

1 - L'absence de diffusion commerciale : une frontière injustifiée

9 - Il est possible de se demander d'emblée la raison d'être de ce critère de « diffusion commerciale par un éditeur ». En

effet, cette dernière implique nécessairement une publication ou une divulgation, et l'un de ces critères aurait pu sembler suffisant. Mais ce serait trop se rapprocher du droit moral de l'auteur. L'explication tient surtout au fait que la loi entend faire bénéficier du programme de numérisation, et de la gestion collective subséquente, uniquement une certaine catégorie de livres : ceux ayant fait l'objet d'un contrat d'édition et d'une diffusion commerciale.

Le choix procède selon nous d'une politique législative et culturelle hémiplogique. Une discrimination est instaurée entre les œuvres publiées par l'entremise d'un éditeur à titre commercial, lesquelles « méritent » de bénéficier du nouveau régime, et les autres, publiées par une personne autre qu'un éditeur, ce qui inclut notamment de nombreuses publications universitaires. L'option manque en outre de cohérence eu égard à l'objectif général du texte : l'accessibilité de tous à la culture <sup>33</sup>. Il n'y aurait de « culture » à rendre accessible au plus grand nombre que celle qui a connu une diffusion commerciale par l'entremise d'un éditeur...

2 - L'absence de publication : l'essence du contrat d'édition ignorée

10 - L'indisponibilité du « livre » n'est pas une situation inconnue du code de la propriété intellectuelle. Au sein des dispositions relatives au contrat d'édition, l'article L. 132-12 impose à l'éditeur « d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. » L'alinéa 2 de l'article L. 132-17 prévoit quant à lui que « la résiliation a lieu de plein droit lorsque [...] l'éditeur n'a pas procédé [...], en cas d'épuisement, à [l]a réédition [de l'œuvre] » <sup>34</sup>. Autrement dit, « l'éditeur doit veiller à ce que l'ouvrage reste disponible. A défaut, le contrat d'édition est résilié automatiquement » <sup>35</sup>. Pourtant, le nouveau texte se contente de créer 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 ». Pareille cécité laisse perplexe, tant il est aisé de percevoir que les situations se recoupent.

11 - La loi nouvelle affirme en effet de manière quelque peu laconique : « L'inscription d'un livre dans la base de données ne préjuge pas de l'application des articles L. 132-12 et L. 132-17 » <sup>36</sup>. En d'autres termes, les œuvres indisponibles de l'article L. 134-1 nouveau ne sont pas nécessairement des œuvres épuisées au sens de l'article L. 132-17. Et le fait que l'œuvre ne soit plus commercialement disponible ne permet pas non plus

(26) V. néanmoins l'art. L. 134-5, al. 6 et 8, mentionnant l'« exploitation de l'œuvre ». (27) V. par ex. : A. Latreille, L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur, Dr. et patr., sept. 2007. 28 ; J. Ralite, Vers un droit d'auteur sans auteur, in Anatomie de la crise financière, Manière de voir, n° 42, nov.-déc. 1998. (28) Une « restructuration à l'envers de ce qu'il était », conséquence de la « reconstruction du paradigme autour du producteur » (P. Gaudrat, art. préc., RTD com. 2003, spéc. p. 285 s., n°s 42 s.). (29) P. Gaudrat, art. préc., RTD com. 2003, spéc. p. 510 s., analysant « la reconstruction du droit autour de l'exemplaire ». (30) Comme, du reste, la métaphore du « pirate », omniprésente depuis une dizaine d'années dans les discussions sur l'évolution des propriétés intellectuelles. (31) V. P. Gaudrat, La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ?, RTD com. 2011. 562. (32) V. par ex. : O. Pignatari, thèse préc., p. 595. (33) B. Khiari, rapport préc., in *limine*, p. 5 et 18. (34) L'alinéa 3 du même article précise : « L'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraisons d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois ». (35) E. Pierrat, Le droit du livre, Electre - Editions du Cercle de la Librairie, 2000, p. 65. (36) Nouvel art. L. 132-4, al. 3.

de considérer que l'obligation d'exploitation permanente et suivie n'est pas remplie. Il paraît pourtant clair que les hypothèses se recouvrent exactement. Mais, pour que la résiliation de plein droit opère, l'auteur doit l'avoir fait constater, et l'on a voulu éviter que l'inscription dans la base de données des œuvres indisponibles permette *ipso facto* la résiliation du contrat, ce qui permettrait à l'auteur de retrouver l'intégralité des droits patrimoniaux. Il s'agit pourtant bien d'une situation dans laquelle l'éditeur n'assume plus d'« exploitation permanente et suivie », obligation qui « est de l'essence du contrat d'édition »<sup>37</sup>, la permanence de l'exploitation s'expliquant par le fait qu'il s'agit d'un contrat à exécution successive. Cette négation du jeu des dispositions relatives au contrat d'édition par la loi nouvelle aboutit à conserver les éditeurs en bonne place au sein du mécanisme de gestion collective obligatoire, au mépris des droits des auteurs. En effet, il est nécessaire qu'ils détiennent quelques droits patrimoniaux, pour justifier leur participation à la société de gestion.

## II - La gestion collective, en dépit des auteurs

La gestion collective qu'instaure la loi nouvelle n'offre aucune garantie de protection des auteurs, tant par la composition paritaire de la société de gestion collective (A) que par l'organisation de son fonctionnement (B).

### A - La composition de la société de gestion collective

La future société de perception et de répartition des droits (SPRD)<sup>38</sup> sera soumise à agrément du ministre de la culture en considération d'éléments assez classiques en la matière : diversité des associés, qualification professionnelle des dirigeants, moyens mis en œuvre<sup>39</sup>... La composition paritaire de la SPRD mérite que l'on s'y attarde (1), car elle concerne à la fois la gouvernance de la société de gestion, mais permet également de préjuger des règles de répartition qui seront fixées (2).

#### 1 - Le caractère paritaire discutable

12 - L'article L. 134-3, III, 2°, du code de la propriété intellectuelle prévoit une « représentation paritaire des auteurs et des éditeurs parmi les associés et au sein des organes dirigeants ». La place accordée aux éditeurs est, croyons-nous, difficilement justifiable : la gestion collective porte sur les droits numériques qui appartiennent généralement aux auteurs. En effet, le législateur a voulu organiser l'exploita-

tion des « livres [...] pour lesquels aucune disposition relative aux droits numériques n'existe dans le contrat d'édition »<sup>40</sup>. Ainsi, pour une grande partie du *corpus* considéré, la cession de ces droits numériques n'a pas eu lieu, les auteurs en restant donc les seuls titulaires en application des articles L. 131-3<sup>41</sup> et L. 122-7, alinéa, 4. Ce dernier dispose que « lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits (de reproduction ou de représentation), la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ». Il ne fait pas de doute qu'internet constitue un nouveau mode d'exploitation<sup>42</sup>. Il est vrai que le jeu de l'article L. 131-6 peut laisser place à une incertitude puisqu'il valide la clause de cession pour une exploitation « sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat », à condition que celle-ci soit expresse. Et que le principe d'interprétation restrictive, issu de la loi du 11 mars 1957, ne s'applique pas pour les contrats d'édition conclus avant son entrée en vigueur. Les promoteurs de la loi s'inquiètent donc de l'incertitude, même si ces deux questions ne sont pas explicitement évoquées dans les débats parlementaires. L'exposé des motifs de la proposition sénatoriale affirmait en effet que « la titularité des droits numériques est incertaine » et surtout qu'« une campagne systématique d'adaptation de centaines de milliers de contrats anciens à la réalité digitale constituerait, pour eux, un travail difficile, disproportionné et peu rationnel du point de vue économique »<sup>43</sup>. Le but de la loi est donc bien d'éviter aux éditeurs de renégocier des cessions pour les droits numériques.

13 - En définitive, l'incertitude quant à la cession, à la considérer sérieuse, aurait pu profiter à l'auteur en accord avec la fonction du droit d'auteur et avec la finalité irriguant l'ensemble de la législation sur les contrats d'auteur, de protection de l'auteur. Surtout, la titularité de l'éditeur est conjecturale du fait de l'absence d'exploitation permanente et suivie<sup>44</sup>. L'incertitude tient uniquement au fait que la résiliation de plein droit des contrats en cause n'a pas été expressément prononcée, les auteurs n'ayant pas entrepris les démarches pour la faire constater. Et pour cause : nombre d'entre eux sont introuvables.

Il est donc totalement incohérent que la société de gestion créée ne soit pas une société *d'auteurs* autorisant l'exploitation numérique à leur seul bénéfice. L'existence du précédent du droit de prêt, pour lequel la loi prévoit une « représentation équitable des auteurs et des éditeurs parmi ses associés et au sein de ses organes dirigeants »<sup>45</sup>, ne permet pas de justifier pareille entorse au droit de propriété de l'auteur sur son œuvre, d'ailleurs reconnu comme ayant une valeur constitu-

(37) A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2006, n° 681 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janv. 1970, D. 1970. 281, note A. Breton ; 29 juin 1971, JCP 1971. IV. 216. (38) Nous ne pensons pas prendre de risque inconsidéré en affirmant que la Sofia (Société française des intérêts des auteurs de l'écrit, <http://www.la-sofia.org>) sera la SPRD désignée. V. H. Gaymard, rapport préc., p. 39. (39) Art. L. 134-3, III, nouveau. (40) B. Khiari, rapport préc., p. 5 ; H. Gaymard, rapport préc., p. 12 : « Les éditeurs n'ont fait figurer des dispositions relatives à l'exploitation numérique dans les contrats qu'à partir de la fin du XX<sup>e</sup> siècle ». (41) V. par ex. : G. Vercken, *Les accords entre entreprises de presse et journalistes au regard du code de la propriété intellectuelle : quelques réflexions*, Légipresse 2001, n° 187, II. 149. (42) A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 459. (43) J. Legendre, Proposition de loi n° 54 rectifiée relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle, Sénat, 21 oct. 2011, p. 3. (44) *Supra*, n° 10. (45) Art. L. 133-2, al. 2 (issu de la loi du 18 juin 2003).

tionnelle <sup>46</sup>, mais simplement de remarquer que la transgression du principe est réitérée <sup>47</sup>. Il est néanmoins indéniable que l'éditeur joue un rôle central dans la valorisation des œuvres et que le voir purement et simplement évincé de toute exploitation de l'œuvre qu'il a contribué à faire connaître au public en la publiant initialement serait sévère. Un droit de préférence pour l'exploitation numérique semble une solution adéquate. Elle est d'ailleurs retenue par la présente loi et, à notre sens, se suffisait à elle-même <sup>48</sup>.

## 2 - Les conséquences contestables

Outre que la présence des éditeurs, qui ne sont généralement pas cessionnaires des droits numériques, ôte toute légitimité à la gestion collective créée <sup>49</sup>, les conséquences de l'organisation paritaire sont de deux ordres.

14 - La première conséquence de cette composition paritaire tient à la question de la répartition des sommes perçues. Les règles de répartition doivent être, selon le nouvel article L. 134-3, III, 5°, du code de la propriété intellectuelle, « équitables ». La loi prévoit que l'agrément délivré par le ministère à la société de gestion tient compte « du caractère équitable des règles de répartition des sommes perçues entre les ayants droit, qu'ils soient ou non parties au contrat d'édition » <sup>50</sup>. La composition paritaire implique vraisemblablement que la répartition « équitable » soit fixée pour moitié aux auteurs et pour l'autre moitié aux éditeurs. Qu'il soit permis de douter de l'équité de la solution qui consiste à reverser la moitié d'une rémunération à une catégorie de personne qui ne dispose pas des droits d'exploitation numérique fondant son assiette <sup>51</sup>. En outre, la rémunération des éditeurs ne correspond à aucun risque financier puisque l'investissement pour la numérisation du *corpus* est réalisé grâce aux fonds du « Grand Emprunt ». Et, s'il existe un risque commercial, en tout état de cause minime, il pèse sur l'exploitant, utilisateur, ayant obtenu l'autorisation d'exploiter à la SPRD et qui n'est pas nécessairement la même personne que l'éditeur d'origine de l'ouvrage imprimé. Le législateur a néanmoins limité la liberté de la SPRD en ajou-

tant, dans ce même alinéa, que « le montant des sommes perçues par le ou les auteurs du livre ne peut être inférieur au montant des sommes perçues par l'éditeur » <sup>52</sup>. C'est bien le moins... Et cela montre que le législateur est conscient que les intérêts des deux catégories de personnes auxquelles il impose la coexistence au sein d'une même société ont tendance à diverger, cette divergence pouvant dégénérer en abus <sup>53</sup>.

15 - La seconde conséquence de la composition paritaire tient à ce que la présence des éditeurs puisse paraître problématique en termes de gouvernance de la SPRD. L'exploitant n'a pas les mêmes préoccupations que l'auteur. L'objectif du dispositif légal est, naturellement, que l'exploitation sous forme numérique des œuvres indisponibles soit la plus large possible, ce qui est conforme à la volonté de l'auteur. Or l'intérêt bien compris des éditeurs est en contradiction avec cet objectif. En effet, ceux-ci estiment, à tort ou à raison, que le catalogue actuellement proposé à la vente, composé d'œuvres récentes, entre en concurrence avec le futur catalogue composé des œuvres indisponibles <sup>54</sup>. Comment dès lors considérer que la SPRD va optimiser sa politique de valorisation du *corpus* des œuvres du XX<sup>e</sup> siècle alors que la moitié des associés et organes dirigeants de cette société a tout intérêt à privilégier son propre catalogue ? Le risque est notamment que l'entreprise de numérisation soit réalisée en fonction d'exigences techniques de faible qualité, au détriment des auteurs des œuvres numérisées, permettant d'éviter une entrée en concurrence sur le marché des « liseuses » de livres électroniques.

## B - Le fonctionnement de la gestion collective

16 - Les SPRD agréées par le ministère auront « qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont la charge », selon l'article L. 134-3, II. Il reprend la formulation générale de l'article L. 321-1, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle si ce n'est que la référence aux statuts de la SPRD a disparu. Des amendements <sup>55</sup> avaient proposé que soit exigée la production à l'instance d'un mandat de l'auteur, dont l'œuvre est prétendument contrefaite, mais ils ont été rejetés

(46) Con. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, JO 3 août, p. 11541, cons. 14 et 15 ; D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard, 2878, chron. X. Magnon, et 2007. 1166, obs. L. Gay ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet, et 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri. (47) V. à propos de la présence des éditeurs dans la SPRD responsable de la gestion du droit de prêt : S. Nérissou, La légitimité de la gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne, thèse, Paris I, 2011, nos 587 et 763 s. (48) *Infra*, n° 17. (49) F. Siiriainen, « Théorie générale de la gestion collective - Logique de droit exclusif de la gestion collective », J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, 15 janv. 2006, Fasc. 1550, n° 23 : « les sociétés de gestion collective perdraient en quelque sorte leur légitimité et leur fondement juridique s'en trouverait entaché, à accueillir en leur sein d'autres personnes que des titulaires de droits exclusifs ». (50) Art. L. 134-4, III, 5°, nouveau. (51) V., critiquant une situation analogue s'agissant du droit de prêt : P. Gaudrat, v° *Propriété littéraire et artistique*, Rép. civ. Dalloz, 2011, n° 724 : « cette rémunération de l'éditeur sur des sommes réputées rémunérer l'acte créatif est inopportune et infondée ». (52) Cette disposition, introduite par le Sénat, était contestée par le rapporteur à l'Assemblée nationale au motif que « c'est à la SPRD et non au législateur qu'il appartient de fixer les modalités de répartition des sommes perçues » (Commission des affaires culturelles, Ass. nat., 18 janv. 2012, amendement AC 46 ; H. Gaymard, rapport préc., p. 28), affirmation erronée si l'on songe que les clés de répartition sont fixées pour le droit de prêt (art. L. 133-4 CPI) ou la copie privée (art. L. 311-7 et L. 311-1, al. 2). (53) F. Siiriainen, art. préc., n° 24-25 ; M. Ficsor, Rapport préparé par le Bureau international de l'OMPI, Droit d'auteur, nov. 1989. 327, spéc. n° 238 (« ... il ne faut pas oublier non plus que les éditeurs sont aussi des hommes d'affaires et qu'ils ne sauraient donc négliger des facteurs comme les revenus et les bénéfices. [...] Il est donc indéniable que certains conflits d'intérêts peuvent surgir entre les éditeurs et les auteurs (par exemple lors de la négociation des clauses contractuelles ou de la détermination des parts des auteurs et des éditeurs dans les montants à répartir) »). (54) V., par ex., à propos des œuvres orphelines : J. Martin et J. Lieber, Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines, *op. cit.*, p. 23 (« Il est par ailleurs nécessaire de veiller à ce que l'exploitation d'œuvres orphelines ne concurrence pas artificiellement l'exploitation d'œuvres sous droits non orphelines »). (55) V. amendements nos 4 et 18, séance publique Ass. nat., 19 janv. 2012.

sans que les raisons du rejet ne permettent d'en inférer une prise de position, au moins implicite, du législateur <sup>56</sup>. L'occasion de clarifier la question, irritante pour bien des spécialistes <sup>57</sup>, des modalités d'admission de la recevabilité à agir de la SPRD au nom de ses adhérents <sup>58</sup> est donc manquée. Ce sont surtout les mécanismes d'autorisation d'exploitation qui doivent ici retenir l'attention, ainsi que les possibilités de sortie du système de gestion collective. La gestion collective a, par nature, pour objet de donner des autorisations d'exploitation, avec en l'espèce une organisation légale accordant un droit de préférence à l'éditeur (1). Les possibilités de sortie de ce mode collectif de gestion montrent qu'elles laissent une marge de manœuvre restreinte à l'auteur (2).

#### 1 - Les autorisations d'exploitation : un droit de préférence à l'éditeur

17 - Le nouvel article L. 134-3, I, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle dispose : « Sauf dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article L. 134-5, la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique sont autorisées, moyennant une rémunération, à titre non exclusif et pour une durée limitée à cinq ans, renouvelable. » L'ordre de rédaction des articles du nouveau chapitre du code de la propriété intellectuelle semble laisser à penser que ce type d'autorisation, ouverte à toute personne désireuse d'exploiter les œuvres sous forme numérique, est de principe. Dans la réalité, ce qui est formellement présenté comme une exception constitue le principe <sup>59</sup> : un droit de préférence accordé à l'éditeur, qui cumule donc de manière inédite et fort peu orthodoxe les qualités d'utilisateur-exploitant et de membre de la SPRD <sup>60</sup>. L'autorisation sera donnée à l'éditeur d'origine de la version imprimée, en vertu et selon les modalités de l'article L. 134-5. Celui-ci dispose en son premier alinéa que « la société de perception et de répartition des droits propose une autorisation de reproduction et de représentation sous une forme numérique d'un livre indisponible à l'éditeur disposant du droit de reproduction de ce livre sous une forme imprimée ». Cette autorisation est, en vertu du troisième alinéa de cet article, délivrée « à titre exclusif pour une durée de dix ans tacitement renouvelable ».

18 - Accorder un droit de préférence pour l'exploitation numérique à l'éditeur qui a initialement pris le risque de publier l'œuvre désormais indisponible nous paraît totalement

justifié. Une telle préférence s'explique par l'« engagement historique de l'éditeur en faveur de l'œuvre » et par la volonté de lui permettre « de gérer son catalogue de droits de manière cohérente » <sup>61</sup>. L'exclusivité consentie s'explique pour les mêmes raisons. D'autant qu'il demeure tenu d'assurer une « exploitation permanente et suivie » en vertu de l'article L. 132-12. Il dispose néanmoins d'un délai de trois ans, à compter de la notification à la SPRD de sa décision de faire jouer son droit de préférence, pour « exploiter [...] le livre indisponible concerné » (al. 5). L'obligation d'exploiter, qui participe de l'essence même du contrat d'édition, est par conséquent suspendue de manière temporaire. Dans la logique du texte, cela est naturel puisque, par hypothèse, aucune exploitation n'est plus réalisée pour l'œuvre qualifiée d'indisponible ! La permanence de l'exploitation est donc suspendue par ce texte d'exception, et le principe renaît selon nous à l'issue de la période consentie à l'éditeur pour reprendre l'exploitation.

Par ailleurs, la condition pour bénéficier du droit de préférence est de disposer du « droit de reproduction [du] livre sous une forme imprimée », preuve supplémentaire que l'hypothèse selon laquelle l'éditeur serait cessionnaire des droits numériques est hautement improbable. La situation est logique, à considérer l'éditeur comme utilisateur de la SPRD qui l'autorise à exploiter les œuvres sous forme numérique. Elle est totalement injustifiée quant à la position de l'éditeur comme membre de la SPRD : il cumule indûment les fonctions, situation de conflit d'intérêts <sup>62</sup> d'ailleurs interdite dans les sociétés de gestion les plus importantes <sup>63</sup>. Le rôle de la loi devrait pourtant être de protéger les auteurs face aux risques d'abus d'un opérateur économiquement puissant <sup>64</sup>. En outre, il sera intéressant de connaître l'avis des autorités de la concurrence sur un système impliquant que les exploitants se fixent les prix à eux-mêmes, tout en étant bénéficiaires de la répartition des sommes ainsi perçues. La justification de l'expropriation de l'auteur est d'autant moins concevable. Il en est de même du mécanisme de sortie de la gestion collective.

#### 2 - La sortie de la gestion collective : une faculté restreinte pour l'auteur

19 - La gestion collective n'est pas, dans cette loi, inéluctable. En effet, des portes de sortie sont aménagées, ce qui crée dans le droit français une forme totalement inédite de gestion col-

(56) En réalité, la problématique liée à la règle « Nul ne plaide par procureur » était ignorée des protagonistes de la discussion à l'Assemblée nationale. Il en ressort que le but était de faciliter l'action en justice de la SPRD en n'exigeant pas de mandat spécifique auteur par auteur, œuvre par œuvre. Mais, précisément, la formulation finalement retenue ne permet pas d'exclure cette exigence de la part du juge ! Le rejet des amendements exigeant un mandat de l'auteur ne nous paraît donc pas constituer un argument solide pour qu'un juge accepte, *a contrario*, que le mandat n'est pas nécessaire à la recevabilité de l'action. (57) V. spéc. : S. Nérissou, thèse préc., nos 730 s., et les réf. citées. (58) V., et pour s'en tenir à des jurisprudences relativement récentes, retenant la recevabilité de la SAIF pour l'intérêt collectif mais non pour l'intérêt individuel : TGI Paris 20 mai 2008, SAIF c/ Google Inc, www.juriscom.net ; RTD com. 2008. 556, obs. F. Pollaud-Dulian (« la SAIF doit, lorsqu'elle agit en défense des intérêts de ses membres, les dénommer dans son assignation et dans ses écritures et préciser quelle somme est réclamée au nom de chacun d'eux ») ; et en appel, Paris 26 janv. 2011, D. 2011. 2369, obs. J. Larriou. (59) B. Khiari, rapport préc., p. 19. (60) S. Nérissou, thèse préc., p. 99 s. (61) B. Khiari, rapport préc., p. 33 (pour les deux citations). (62) A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 575, n° 825 : « Le risque est celui de conflits d'intérêts au cas où certains utilisateurs prennent le contrôle de sociétés d'édition ». (63) Pour la Sacem, art. 11 bis des statuts et art. 29 du règlement général ; pour la SACD, art. 9 du règlement général. (64) M. Ficsor, rapport OMPI, préc., n° 239.

lective « obligatoire » : imposée par la loi mais optionnelle ou, à tout le moins, présumée. Avant l'entrée de l'œuvre dans le répertoire de la société de gestion collective, l'article L. 134-4, I, alinéa 1<sup>er</sup>, offre une porte de sortie : « l'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée de ce livre peut s'opposer à l'exercice du droit d'autorisation » de la reproduction et de la représentation sous forme numérique par la SPRD agréée, dans un délai de six mois après l'inscription du « livre » dans la base de données recensant les « livres indisponibles ». Il convient de préciser que le terme de « titulaire » ne se rapporte qu'à l'éditeur, l'auteur pouvant dans tous les cas s'opposer à l'entrée en gestion collective<sup>65</sup> sans autre formalité que celle d'une notification par écrit<sup>66</sup>. La brièveté du délai de six mois est adaptée à la situation des auteurs collectivement organisés, mais il nous semble difficile et bien improbable qu'un auteur seul se livre à une veille concernant l'inscription potentielle de ses œuvres sur la base tenue par la Bibliothèque nationale de France<sup>67</sup>. En outre, cela revient pour l'auteur à devoir effectuer positivement une démarche pour jouir de ses droits d'exploitation numérique de manière exclusive. La situation créée nous paraît difficilement compatible avec le principe affirmé à l'article 5.2 de la convention de Berne selon lequel « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ». Dès lors le dispositif législatif prête le flanc à un contrôle de conventionalité puisque contraire à un traité international ratifié.

Dans l'hypothèse où l'éditeur exerce son droit d'opposition, l'article L. 134-4, II, du code de la propriété intellectuelle fait peser sur lui l'obligation d'exploiter dans un délai de deux ans. Il doit en outre apporter à la SPRD la « preuve de l'exploitation effective du livre ». *A contrario*, l'absence d'exploitation peut perdurer durant deux années, ce qui fait une fois de plus douter que le principe soit encore la permanence de l'exploitation. Quoi qu'il en soit, il faut retenir que le principe d'exploitation permanente et suivie retrouve toute sa vigueur à l'issue de cette période.

20 - A l'issue du délai de six mois prévu par l'article L. 134-4, I, l'exploitation du « livre » sous forme numérique peut être exclusivement autorisée par la SPRD. Néanmoins, des possibilités de sortie de la gestion collective subsistent. En vertu de l'article L. 134-6, alinéa 1<sup>er</sup>, la demande de sortie peut être réalisée de manière conjointe, de la part de l'auteur et de l'éditeur « disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée » du livre, et « à tout moment ». L'auteur n'ayant jamais cédé les droits d'exploitation numérique devrait pou-

voir décider seul. Cependant, la solution peut sembler raisonnable et conforme à l'esprit du contrat d'édition : auteur et éditeur décident ensemble du mode d'exploitation à donner à l'œuvre.

21 - L'auteur peut s'opposer, postérieurement à l'entrée de son œuvre dans le giron de la gestion collective, à l'exploitation sous forme numérique dans trois cas : en cas d'atteinte à son honneur ou sa réputation ; s'il prouve que l'éditeur ne dispose pas des droits de reproduction imprimée ; s'il prouve qu'il est le seul titulaire des droits numériques.

L'alinéa 3 de l'article L. 134-4, I, du code de la propriété intellectuelle prévoit que l'auteur peut s'opposer à l'exercice du droit de reproduction ou de représentation du « livre » s'il estime que cela « est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation », précisant que « ce droit est exercé sans indemnisation ». Cette disposition, introduite par le Sénat, aurait pour objet un « renforcement des droits moraux des auteurs »<sup>68</sup>. Il est vrai que, contrairement au cas prévu par l'article L. 121-4, l'auteur n'aurait pas d'indemnisation à verser en contrepartie de ce retrait très spécifique. Mais l'on a peine à comprendre quelle hypothèse est visée par cette disposition importée directement du droit spécifique du logiciel (art. L. 121-7, 1<sup>o</sup>) qui n'a de droit d'auteur que le nom<sup>69</sup>. La prétendue concession faite aux auteurs est en réalité dénuée de portée.

L'article L. 134-5, alinéa 5, prévoit une obligation d'exploiter pesant sur l'éditeur « à défaut d'opposition de l'auteur apportant par tout moyen la preuve que cet éditeur ne dispose pas du droit de reproduction d'un livre sous une forme imprimée ». Il est en effet raisonnable de présumer que l'éditeur qui a publié l'œuvre disposait, à l'époque de la publication, des droits de reproduction pour ce faire. Mais la loi va plus loin en présumant que l'éditeur dispose toujours, actuellement, de ces droits ; ce qui est sujet à caution. Surtout, elle fait peser sur l'auteur une preuve négative généralement impossible à apporter : il lui faudra par exemple retrouver le contrat d'édition stipulant que la cession était limitée à un nombre déterminé d'exemplaires. Et l'on peut douter qu'une telle preuve soit suffisante : une cession ultérieure au contrat produit pourrait très bien avoir eu lieu. S'agissant d'un contrat conclu plusieurs décennies auparavant, l'hypothèse est hautement improbable. Précisément, la *ratio legis* première, et explicitement reconnue<sup>70</sup>, réside dans la volonté du législateur d'éviter ce travail fastidieux de recherche des contrats d'édition aux éditeurs !

(65) H. Gaymard, rapport préc., p. 50 : « L'auteur pourra s'opposer dans tous les cas à l'entrée en gestion collective du fait de sa qualité d'auteur. L'éditeur pourra s'y opposer, pour autant qu'il détienne le droit de reproduction, c'est-à-dire pour autant que le contrat n'ait pas été dénoncé ou ne soit pas arrivé à son terme ». (66) Et donc sans avoir l'obligation de fournir un motif. *Contra*, H. Gaymard, rapport préc., p. 57 (l'« auteur s'oppose au nom du droit moral »). (67) Un délai plus long, par exemple d'un an comme cela avait été proposé par certains parlementaires (amendement n° AC 17, Commission des affaires culturelles, Ass. nat., 18 janv. 2012), aurait été préférable au regard de la situation personnelle de l'auteur. (68) B. Khiari, rapport préc., p. 20. (69) V. par ex. : F. Macrez, Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?, *op. cit.*, nos 271 s., et les réf. citées. (70) Proposition de loi n° 54 rectifiée préc., exposé des motifs : « Une campagne systématique d'adaptation de centaines de milliers de contrats anciens à la réalité digitale constituerait, pour (les éditeurs), un travail difficile, disproportionné et peu rationnel du point de vue économique ».



L'article L. 134-6, alinéa 2, constitue une pierre d'achoppement plus grave encore. Il dispose que « l'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à la société de perception et de répartition des droits [...] le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique, s'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire des droits définis audit article L. 134-3 », c'est-à-dire des droits d'exploitation numérique. Non seulement l'auteur se voit déposséder, au profit d'une société de gestion collective à composition paritaire, des droits d'exploitation numérique qu'il n'a généralement pas expressément cédés, mais, pour qu'il recouvre l'exercice de ces droits, on fait peser sur lui la charge de la preuve qu'il en est le titulaire. Autrement dit, il doit prouver l'absence de cession, c'est-à-dire un fait négatif généralement impossible à établir. Quand bien même il produirait un contrat d'édition ne contenant pas une telle clause de cession, cela ne prouve pas qu'il ne les a pas cédés par ailleurs : *diabolica probatio domini...* Le mécanisme heurte de front les principes fondamentaux, tenant à la nature du droit d'auteur, des articles L. 111-1<sup>71</sup> et L. 113-1. Selon ce dernier, en effet : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. » La présomption existe bien en faveur de l'auteur, et en conséquence la charge de la preuve d'une autre titularité pèse sur la personne qui désire s'en prévaloir. Cela est incontournable : l'auteur est propriétaire de son œuvre. L'exception que la nouvelle loi apporte au principe est de taille. Il est possible de se demander si elle est proportionnée, eu égard à son caractère superflu quant à l'objectif de la loi et à la valeur constitutionnelle du droit de propriété de l'auteur, ce qui laisse à notre avis subsister un doute quant à la validité du dispositif légal. Le mécanisme d'*opt out* était précisément ce qui était décrié dans le projet de numérisation massive de la société Google<sup>72</sup>. Le système a d'ailleurs été rejeté aux États-Unis, car jugé trop attentatoire aux droits des auteurs. Il trouve ici sa légitimité juridique dans la loi, bien que des réserves d'ordre constitutionnel puissent être émises.

## Conclusion

22 - Rédigée « par les éditeurs, pour les éditeurs »<sup>73</sup>, la loi est promulguée à leur plus grand profit. Elle est la manifeste

tation de ce que « dans la réalité, la règle juridique n'a été édictée que parce qu'une force sociale en a exigé l'existence, en étant victorieuse de celles qui s'y opposaient ou en profitant de leur indifférence »<sup>74</sup>. Les éditeurs dans le secteur du livre avaient besoin de combler le fait qu'ils ne sont pas titulaires des droits d'exploitation numérique, et ne se sont pas embarrassés d'une négociation avec les auteurs, comme les entreprises de presse ont dû le faire avec les journalistes. Ce faisant, ils bénéficient également d'un financement de l'État à hauteur de plusieurs centaines de millions d'euros pour les opérations de numérisation : un véritable coup de maître.

Il reste à espérer que la considérable marge de manœuvre accordée aux éditeurs sera utilisée à bon escient, par l'élaboration d'une offre de livres électroniques de bonne qualité technique, nullement garantie par la loi<sup>75</sup>, mais qui ne conduirait pas les auteurs et le public à la défiance. Car la contestation dont souffre le droit d'auteur a pour objet ses excès, dont cette loi myope est un exemple<sup>76</sup>, et non le principe de propriété du créateur en lui-même<sup>77</sup>. Il est regrettable que le législateur ait sacrifié les principes d'un droit respectueux des auteurs à des intérêts marchands privés et immédiats, donnant au public un visage déformé de la matière, dont il devient dans ces conditions compréhensible qu'elle soit contestée.

23 - En définitive, et à s'en tenir à la cohérence de la loi nouvelle avec les principes traditionnels du droit d'auteur, le bilan de ce texte voté en urgence est désastreux. L'objet même du droit est totalement méconnu : l'œuvre, immatérielle, est confondue avec son support, le livre. Les auteurs se voient, par la force de la loi, obligés de partager les fruits de l'exploitation de leur création avec un exploitant dont la titularité des droits d'exploitation numérique est fortement sujette à caution. L'obligation d'exploitation permanente et suivie, qui participe de l'essence même de l'archétype des contrats d'exploitation du droit d'auteur, est anémiée. La présomption de titularité des droits d'exploitation sur l'œuvre au profit de son propriétaire naturel est réduite à néant. Que reste-t-il du droit d'auteur ?

(71) « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». (72) Le système prévu par Google était pourtant moins contraignant pour les auteurs que le dispositif de la présente loi : *United States District Court Southern District of New York*, 9 nov. 2009, *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al., v/ Google, Inc., Amended Settlement Agreement*, 05 CV 8136-DC, <http://www.googlebooksettlement.com>, art. 3.5 (*Right to Remove or Exclude*). (73) Intervention du député L. Tardy, Ass. nat., séance publique du 19 janv. 2012. (74) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 28. (75) Le pire scénario reste en effet envisageable : le programme de numérisation serait opéré selon des critères techniques de faible qualité (numérisation photographique, sans reconnaissance de caractère), l'ensemble étant vendu aux seules bibliothèques. Les consommateurs de livres électroniques ne bénéficieraient pas de l'offre portant sur les ouvrages du XX<sup>e</sup> siècle, à l'exception de quelques titres au libre choix de l'exploitant. Pour le reste, l'ensemble du catalogue serait, de fait, « gelé » quant à toute entreprise de numérisation de qualité (numérisation texte, format epub destiné aux liseuses électroniques *ad hoc*). (76) La vision à court terme semble devenir une habitude légistique. V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, n° 12 : « la courte vue érigée en principe » ; F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n° 83, p. 81 : « le choix politique, à courte vue, semble primer trop souvent sur les considérations de technique juridique nécessitant un certain recul ». (77) Rappelons que le phénomène de contestation de la propriété intellectuelle est historiquement apparu pour contrer les velléités des exploitants dans le domaine des bases de données. V. à ce sujet la fine analyse de M<sup>me</sup> von Lewinski, *International copyright over the last 50 years - A foreign perspective*, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2003, 50, p. 581.