

« Le problème des œuvres orphelines et de la  
numérisation »

*Des orphelines aux indisponibles (et inversement)*

---

**Séminaire CEIPI / OMPI / ICTDS**

**Franck Macrez**

**Maître de Conférences au CEIPI, avocat**

## **Introduction générale**

### **1.- Problèmes posés**

- Numérisation massive par Google sans autorisation à partir de 2003
    - Création de Europeana, Gallica (en France) pour les œuvres libres de droit.
    - Mais quid des œuvres encore sous droit ?
  - Utilisation de la mention « droits réservés », abusive dans certains secteurs (photographie)
- ➔ Volonté de créer un cadre juridique sécurisé pour l'« utilisation » et la numérisation massive d'œuvres.

## **2.- Solutions apportées et textes étudiés**

- Europe : Directive n° 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 « sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines », JOUE 27 oct. 2012, n° L 299, p. 5 et s.

- France : Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, JORF n°0053 du 2 mars 2012 page 3986

Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014

## Introduction générale

1.- Problèmes posés

2.- Solutions apportées et textes étudiés

## Première partie : La directive européenne sur les œuvres orphelines

I.- L'objet de la directive : les « œuvres orphelines »

II.- Les utilisations permises par la directive

Conclusion de la première partie

## Seconde partie : La loi française sur les « livres indisponibles »

I.- L'objet de la loi : le « livre » et l'article L.1111-1

II.- Le critère : l'indisponibilité et l'article L.132-12

III.- La caractéristique paritaire de la gestion collective et le droit de propriété de l'auteur

IV.- *Quid* du droit de la concurrence ?

V.- *L'opt-out* et Berne 5.2

Conclusion de la seconde partie

Conclusion générale :

Éléments de bibliographie

Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014

## **Première partie : La directive européenne sur les œuvres orphelines**

I.- L'objet de la directive : les « œuvres orphelines »

A.- Définition abstraite

B.- Détermination concrète

II.- Les utilisations permises par la directive

A.- Les organisations bénéficiaires

B.- Les utilisations possibles

Conclusion de la première partie

## **I.- L'objet de la directive : les « œuvres orphelines »**

Définition abstraite (A), Détermination concrète (B) ...

### **A.- Définition abstraite**

Dir., cons. 3 : « création d'un cadre juridique facilitant la numérisation et la diffusion des œuvres dites «orphelines», c'est-à-dire dont l'auteur n'a pu être identifié ou localisé, fait partie des mesures clés de la stratégie numérique pour l'Europe »

## Article 2

### Œuvres orphelines

Une œuvre est considérée comme orpheline si le titulaire des droits sur cette œuvre n'a pas été identifié ou, bien qu'ayant été identifié, n'a pu être localisé à l'issue de la réalisation et de l'enregistrement d'une recherche diligente des titulaires de droits conformément à l'article 3.

Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et localisé, elle n'est pas considérée comme orpheline.

// art. L.113-10 CPI (issu de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2012) : « 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.

« Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ces titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline. »



## **B.- Détermination concrète**

### ***1.- Exemples d'œuvres***

Directive, article 1<sup>er</sup> al.2 : « 1) des œuvres publiées sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits et qui font partie des collections de bibliothèques, d'établissements d'enseignement, de musées ou d'archives accessibles au public, ou

2) des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles faisant partie des collections d'institutions dépositaires du patrimoine cinématographique, ou

3) des œuvres cinématographiques, sonores ou audiovisuelles produites par des organismes de radiodiffusion de service public avant le 31 décembre 2002 et figurant dans leurs archives. »

## ***2.- Détermination de l'œuvre orpheline***

### **a.- Obligation d'une recherche diligente**

cons. 13 : « Cette recherche diligente doit faire l'objet d'une approche harmonisée afin d'assurer un niveau élevé de protection du droit d'auteur dans l'Union. Elle devrait comporter une consultation des bases de données publiquement accessibles qui contiennent des informations sur les droits d'auteur attachés aux œuvres. (...) Dans la mesure du possible, des bases de données publiquement accessibles, contenant le résultat des recherches menées et répertoriant les utilisations qui sont faites des œuvres orphelines, devraient être conçues et mises en place de manière à permettre leur interconnexion au niveau paneuropéen et leur consultation à partir d'un seul point d'entrée. »

cons. 15 : « Afin d'éviter les double-emplois, cette recherche diligente ne devrait être effectuée que dans l'État membre où l'œuvre a été initialement publiée ou radiodiffusée. Pour permettre aux autres États membres de vérifier s'il a été établi qu'une œuvre était orpheline, chaque État membre devrait veiller à ce que le résultat des recherches diligentes menées sur son territoire soit enregistré dans une base de données accessible au public. »

### Article 3

#### Recherche diligente des titulaires de droits

« 1. (...) une recherche diligente des titulaires de droits (doit être) effectuée, en consultant les sources appropriées pour le type d'œuvres en question.

2. Les sources appropriées pour chaque type d'œuvre sont déterminées par chaque État membre en concertation avec les titulaires de droits et les utilisateurs, et comprennent notamment les sources énumérées à l'annexe. (...) »

#### b.- Possibilité d'une sortie du système de l'œuvre orpheline

##### « Article 5

##### Fin du statut d'œuvre orpheline

Les États membres veillent à ce que le titulaire de droits sur une œuvre considérée comme orpheline ait, à tout moment, la possibilité de mettre fin à son statut d'œuvre orpheline. »

## **II.- Les utilisations permises par la directive**

### **A.- Les organisations bénéficiaires**

Article 1<sup>er</sup> dir. : « 1. La présente directive concerne certaines utilisations des œuvres orphelines par les bibliothèques, établissements d'enseignement et musées accessibles au public ainsi que par les archives, institutions dépositaires du patrimoine cinématographique et organismes de radiodiffusion de service public »

## **B.- Les utilisations possibles**

### ***1.- Au niveau national***

Article 6 : « 1. (...)

(a) la mise à disposition de l'œuvre orpheline au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE;

(b) sa reproduction, au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE, à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration;

2. (...) les organisations visées à l'article 1er, paragraphe 1, ne peuvent pas utiliser les œuvres orphelines dans un but autre que l'accomplissement de leurs missions d'intérêt public, lesquelles incluent notamment la préservation et la restauration des œuvres de leur collection et la fourniture d'un accès à ces œuvres à des fins culturelles et éducatives. »

## ***2.- Au niveau européen***

### **Article 4**

**« Reconnaissance mutuelle du statut d'œuvre orpheline**

**Une œuvre considérée comme orpheline dans un État membre conformément à l'article 2 est  
considérée comme orpheline dans tous les États membres. »**

## **Conclusion de la première partie**

- Refus d'une approche sectorielle (cf. Rapport CSPLA)
- Constat d'un renversement du principe : le silence vaudrait acceptation (mais la solution ne reste-t-elle pas équilibrée ?)
- Quelle transposition ? Quid, par exemple, des DRM ?
- Ne revient pas sur les « droits existants » avant l'entrée en vigueur de la directive...
  - cons. 20 : « La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux dispositifs existants dans les États membres en matière de gestion des droits »

## **Seconde partie : La loi française sur les « livres indisponibles »**

### **1.- Le contexte**

- Contexte européen : directive orphelines (objectif véritable : la contourner, les orphelines étant implicitement incluses dans le nouveau régime)
- Contexte de négociation avec Google (alors que l'objectif premier est de contrer la « numérisation sauvage » de Google)

### **2.- La manière**

- Accord-cadre secret (même pour les parlementaires) : « 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>1</sup>
  - + étude de faisabilité 1<sup>er</sup> semestre 2011 ?
- Procédure accélérée...

---

<sup>1</sup> Communiqué du Ministère de la Culture, préc.



### 3.- Le texte : une gestion collective d'un genre inédit ?

→ Gestion collective présumé, voire obligatoire (si œuvre orpheline) ?

Un système complexe...

Création d'un « Registre des livres indisponibles »...

ReLIRE (créé et administré par la BnF) <http://relire.bnf.fr>

### Rechercher dans le registre

Le registre ReLIRE grâce au **formulaire de demande d'ajout**. Cette page est destinée aux éditeurs des livres concernés.

La BnF publie une liste par an, le 21 mars.



**Demander  
l'ajout d'un  
livre**

### La Sofia gère les droits numériques

La **Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit (Sofia)** a pris en charge la gestion collective le 21 septembre 2013 et instruit les demandes.

Pour tout savoir de vos droits d'auteur ou d'éditeur, rendez-vous



### Auteur Ayant droit

Vous êtes auteur : vous avez écrit ou co-écrit un livre ou bien vous avez collaboré à un livre...

> En savoir plus



### Éditeur

Vous êtes éditeur et détenez les droits de reproduction et de représentation sous forme imprimée de livres...

> En savoir plus



### Découvrez la nouvelle liste de livres indisponibles du 21 mars 2014



**35 200**  
nouveaux livres

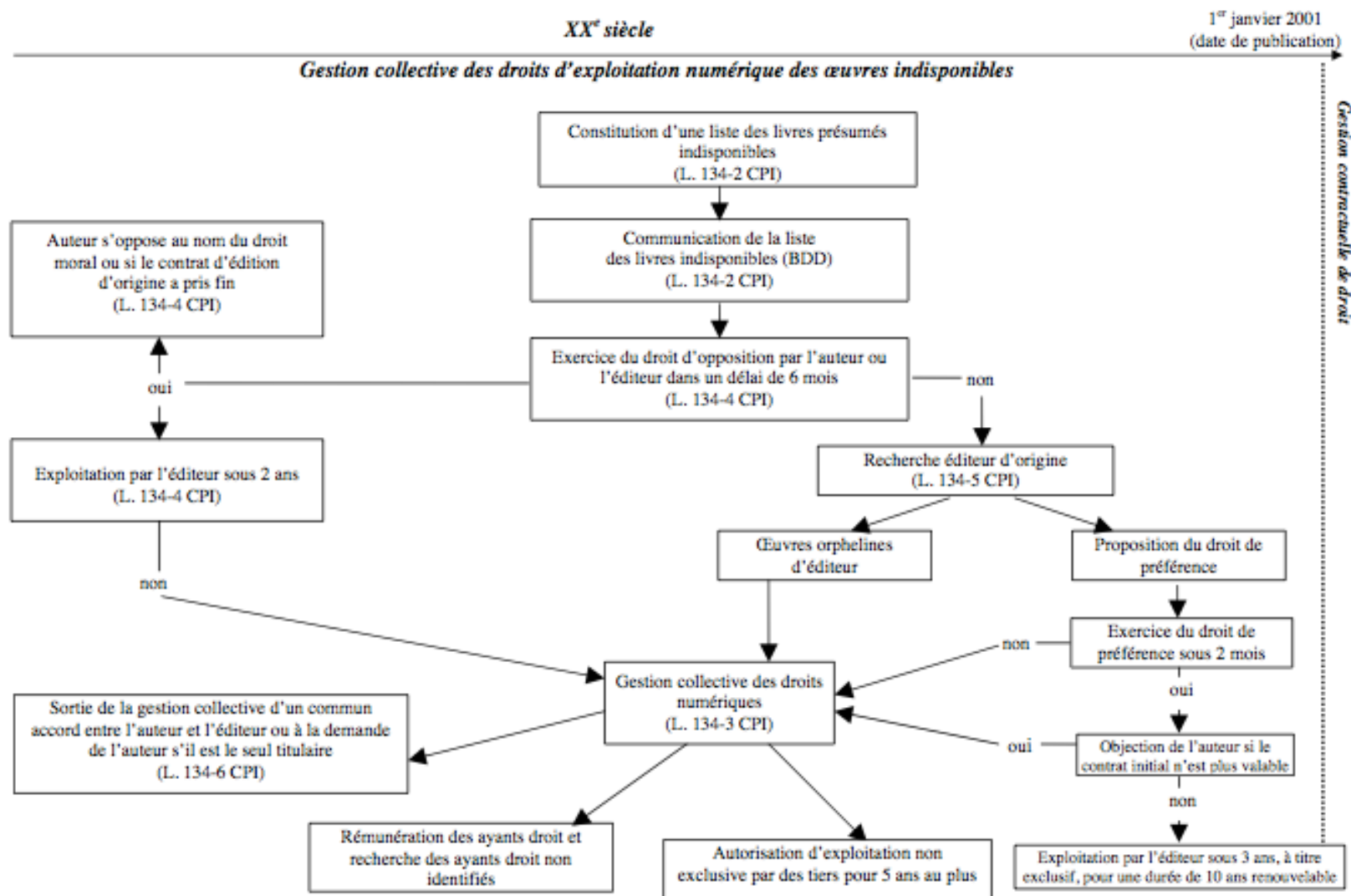
inscrits dans ReLIRE

le 21 mars 2014





Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014



source : Rapport Gaymard, Assemblée Nationale, 18 janv. 2012

Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014

## I.- L'objet de la loi : le « livre »

### A.- Le constat : l'« exploitation des livres »

### B.- Les conséquences

#### 1.- Conséquence conceptuelle : pas d' « œuvre »

#### 2.- Conséquence rhétorique

#### 3.- Conséquences pratiques

## II.- Le critère : l'indisponibilité et l'article L.132-12

### A.- L'indisponibilité et les notions voisines

### B.- Mise en œuvre : le choix par un « Comité »

## III.- La caractéristique paritaire de la gestion collective et le droit de propriété de l'auteur

### A.- Le fondement du caractère paritaire

#### 1.- L'incertitude

#### 2.- Le fondement véritable

### B.- Analyse critique

#### 1.- Incertitude ?

#### 2. Le droit de retrait : un palliatif ?

IV.- *Quid* du droit de la concurrence ?

A.- Un risque d'abus

B.- Un risque d'entente ?

V.- L'*opt-out* et Berne 5.2

A.- Le droit d'opposition dans la loi du 1er mars 2012

B.- Une formalité au sens de l'article 5.2 de la Convention de Berne ?

Conclusion de la seconde partie

1.- Et Google ?

2.- Quelle mise en œuvre ?

3.- Quel avenir du dispositif ?

## **I.- L'objet de la loi : le « livre »**

Article L. 134-1 : « On entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique. »

### **A.- Le constat : l'« exploitation des livres »**

- Constat : « exploitation des livres »
- Quelle conformité avec le principe de séparation des œuvres et du support (L.111-1 CPI ; voire art. 2 Conv. Berne)

### **B.- Les conséquences**

#### ***1.- Conséquence conceptuelle : pas d' « œuvre »***

#### ***2.- Conséquence rhétorique***

- Conséquence rhétorique de la métonymie : on raisonne sur ce que contrôle l'exploitant (la loi est un droit d'exploitant)

### ***3.- Conséquences pratiques***

- Conséquence pratique : numériser un livre alors que l'œuvre est disponible ? ex. du livre de poche. Partitions ? Bandes dessinées ?
- Recueil de nouvelles...



## II.- Le critère : l'indisponibilité et l'article L.132-12

- L'indisponibilité est commerciale : *quid* diffusion de la culture ?

### A.- L'indisponibilité et les notions voisines

- Nouvel article **L.132-4 al.3** : L'indisponibilité n'est pas articulée avec l'exploitation permanente et suivie (L.132-12 + L.132-17) : « 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. »

- **L.132-12** : « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. »

- **L.132-17** : « 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.

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. »

## ***B.- Mise en œuvre : le choix par un « Comité »***

- Au final qui décide des livres qui vont être inscrits dans la base BnF ?  
→ Un « comité scientifique » sous l'égide de la BnF
- Avec quelle marge d'interprétation ? Selon quels critères ?
- Absence de diffusion commerciale (134-1) : comment l'établir ? Electre ?
- Qui peut demander l'inscription sur la base (l'auteur ?)

### **III.- La caractère paritaire de la gestion collective et le droit de propriété de l'auteur**

Article L.134-3 :

« III. — L'agrément (de la société de gestion) est délivré en considération :

(...)

2° De la représentation paritaire des auteurs et des éditeurs parmi les associés et au sein des organes dirigeants ; »

#### **A.- Le fondement du caractère paritaire**

##### ***1.- L'incertitude***

- Fondement : l'« incertitude » quant à la titularité des droits numériques

##### ***2.- Le fondement véritable***

- La véritable raison : l'adaptation des contrats constitue « un travail difficile, disproportionné et peu rationnel du point de vue économique » (J. Legendre, Proposition de loi n°54 rect. relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, *Sénat*, , 21 octobre 2011, p. 3)

→ Les éditeurs veulent éviter de renégocier des cessions.

## **B.- Analyse critique**

### ***1.- Incertitude ?***

- Critique :
  - pas d'incertitude (les droits appartiennent aux auteurs – L131-3)
  - Il est vrai que : L.131-6 (forme non prévisible ou non prévue) et L131-3 date de 1957.
- L'incertitude tient surtout à ce que la résiliation de plein droit pour défaut d'exploitation permanente et suivie n'a pas été prononcée.
  - ➔ Quelle constitutionnalité du dispositif ? Même à admettre l'incertitude (objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'auteur)...
  - ➔ Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014 : loi conforme à l'a Déclaration de 1789 (article 2) : atteinte au droit de propriété justifiée par un motif d'intérêt général

### ***2. Le droit de retrait : un palliatif ?***

- Droit de retrait (134-6 al.2) : contraire à la présomption de titularité de l'auteur (il doit en outre apporter une preuve impossible qu'il n'a pas cédé les droits) du 113-1.

#### **IV.- *Quid* du droit de la concurrence ?**

- L'éditeur est à la fois membre de la SPRD et utilisateur

##### **A.- Un risque d'abus**

- Risque d'abus de la part de l'opérateur économiquement puissant (d'autant plus si tout ceci est utilisé au profit de Google)

##### **B.- Un risque d'entente ?**

- Risque de conflit d'intérêt interdit à la SACD, et à la Sacem<sup>2</sup>
- Qu'en penserait l'Autorité de la concurrence ? Les éditeurs vont se fixer les tarifs de perception à eux-mêmes et être bénéficiaire de la répartition.
  - Elle aurait dû être consultée : doit en effet obligatoirement être consultée lorsqu'un projet de texte législatif ou réglementaire envisage de réglementer les prix ou de restreindre la concurrence (articles L. 410-2 et L. 462-2 du Code de commerce)
  - Si elle l'était... Marché pertinent ? le droit de préférence est-il justifié ? etc.

---

<sup>2</sup> Pour la Sacem, article 11 bis des statuts et article 29 du Règlement général ; pour la SACD, article 9 du Règlement général.

## **Modalités de licence prévues par la Sofia (Assemblée générale 19 juin 2014)**

### **Licence exclusive de 10 ans :**

- dans le cadre des licences accordées en exclusivité aux éditeurs titulaires actuels des droits d'édition du livre indisponible, la rémunération versée par l'éditeur à la Sofia est de 15 % du prix public hors taxes du livre vendu à l'unité, cette rémunération unitaire ne pouvant être inférieure à un minimum garanti (MG) de 1 €.
- pour les livres commercialisés dans le cadre d'un bouquet ou d'un abonnement auprès des bibliothèques, la rémunération est de 15 % sur toutes les recettes hors taxes à provenir de l'exploitation.

Les rémunérations de 15 % seront reversées intégralement à l'auteur.

### **Licence non exclusive de 5 ans :**

- pour les licences non exclusives attribuées à d'autres éditeurs ou diffuseurs, la rémunération est de 20 % du prix public hors taxes du livre vendu à l'unité, cette rémunération unitaire ne pouvant être inférieure à un minimum garanti (MG) de 1 €.
- pour les livres commercialisés dans le cadre d'un bouquet ou d'un abonnement auprès des bibliothèques, la rémunération est de 20 % sur toutes les recettes hors taxes à provenir de l'exploitation.

## **V.- L'opt-out et Berne 5.2**

### **A.- Le droit d'opposition dans la loi du 1er mars 2012**

- Délai de 6 mois à l'auteur pour s'opposer : l'article L.134-4 I al.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 » (d'ailleurs pas « ayant droit » ?)
  - 6 mois c'est court... Adapté pour les auteurs collectivement organisés (SGDL) par non pour un auteur seul
  - L'auteur n'est plus présumé propriétaire
- Droit de retrait si « atteinte à l'honneur et à la réputation »

### **B.- Une formalité au sens de l'article 5.2 de la Convention de Berne ?**

- l'auteur doit accomplir positivement un acte pour exercer ses droits. Contraire à Berne 5.2 : « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité »
  - Contrôle de conventionalité

## Conclusion de la seconde partie

### 1.- Et Google ?

- Accord SNE / Google : montre que la *ratios legis* première de la loi (anti-Google) était fausse

### 2.- Quelle mise en œuvre ?

- Nul ne sait (non public)...
  - Deux offres distinctes : Google pour les œuvres dont l'exploitation a donnée lieu à un avenant (et que Google a numérisé lui-même) / L'éditeur lui-même pour l'exploitation tirée de L.134-5 (numérisation sur le Grand Emprunt)
  - La « carte Google » est jouée à fond : la loi ne sert à rien ! Elle aura servi à peser à la table des négociations...
  - Les éditeurs utilisent l'autorisation tirée de L.134-5 pour l'apporter à Google. Cela revient à avoir un mécanisme d'opt-out pour l'auteur et d'opt-in pour l'éditeur... au profit de Google !
- Quelle qualité de numérisation ? Quid du droit moral (droit au respect de l'œuvre) ?



### ***3.- Quel avenir du dispositif ?***

- REP :
- QPC...
- REP (le retour)
- Strasbourg ?

## **Conclusion générale :**

Quelle rôle de la gestion collective : entre société de gestion et intérêt général...

Situation paradoxale dans le cas de la numérisation des œuvres littéraires

## **Éléments de bibliographie**

### **Derieux, Emmanuel**

- « Œuvres orphelines ou état de déshérence ? Le droit d'auteur réduit comme peau de chagrin », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2013, 90

### **EFRONI, ZOHAR et GEBERT, JULIA**

- « The Google Books decision: The Authors Guild v Google Inc », *European Intellectual Property Review* 2011, 33(8), p.351

### **ÉMILE-ZOLA-PLACÉ, EMMANUEL**

- « L'exploitation umérique des livres indisponibles du XXème siècle : une gestion collective d'un genre nouveau », *Légipresse*, juin 2012, 295, p.355

### **GAUDRAT, PHILIPPE**

- « Édition numérique : une actualité législative édifiante », *RTD Com.* 2012, p.557

### **Groffe, Julie**

Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014

- « L'œuvre orpheline saisie par le droit, entre impératif de protection et objectif de diffusion », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2012, 78

**Ferry-Fall, Marie-Anne**

- « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2009, n°49, supplément

**MACREZ, FRANCK**

- « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *Dalloz*, 22 mars 2012, n°12, chron., p.749, <http://franck.macrez.net>

**MASSOUYÉ, CLAUDE**

- *Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Genève, 1978

**NÉRISSON, SYLVIE**

- *La légitimité de la gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne*, thèse Paris I, 2011

**PIRIOU, FLORENCE-MARIE**

- « Nouvelle querelle des anciens et des modernes : la loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle », *Com. com. électr.*, oct. 2012, Étude, 17, p.6

**Franck Macrez – Strasbourg, 18 juin 2014**

**POLLAUD-DULIAN, FRÉDÉRIC**

- *RTDCom* 2012, p.783 (sur la directive « orphelines »)

- *RTDCom* 2012, p.337 (sur la loi « livres indisponibles »)

**SAMUELSON, PAMELA**

- « The Google Book Settlement As Copyright Reform », *Wisconsin Law Review* (à paraître) 2010,

<http://ssrn.com/abstract=1683589>

Merci pour votre attention !



franck.macrez (AT) ceipi.edu