

Retour sur les indisporphelines

Bernard Lang
AFUL et FFII France
20 novembre 2011

Ce texte est rédigé comme un complément à l'excellent article de Calimaq sur S.I.Lex, [Numérisation : la grande manoeuvre des indisporphelines](#), en date du 12 novembre 2011.

Un communiqué rédigé dans un style et une taille différents, pour un public différent, a été publié lundi 14 novembre 2011, en français et en anglais par trois associations :

<http://aful.org/communiqués/le-senat-propose-de-legaliser-le-piratage-du-patrimoine> et <http://aful.org/communiqués/french-senate-proposes-to-legalize-piracy-french-20th> .

En fait la version française était écrite depuis le jeudi 10 novembre 2011. Cette précision a un intérêt car la convergence des analyses de deux textes écrits de façon totalement indépendante est frappante sur bien des points.

Quelques autres aspects semblent valoir la peine d'être commentés. C'est l'objet de ce document.

Sur les promoteurs de la proposition de loi

En ce qui concerne la SGDL, elle est fort peu représentative. Elle ne représente que des auteurs vivants qui ont choisi d'en être, au nombre de 6 000 selon son site. Il faut pour cela publier à compte d'éditeur avec un contrat d'édition, ce qui exclut toutes les publications à compte d'auteur (et probablement d'autres) qui n'en sont pas moins concernées par la proposition de loi. Et cela exclut aussi tous les ayants droit qui ne sont pas auteurs, et qui sont certainement aussi nombreux que les auteurs. De fait, il est peu vraisemblable que 6 000 auteurs dont on peut penser qu'ils ne sont pas tous prolifiques, ni tous en fin de carrière, représentent une part conséquente des 500 000 ouvrages concernés.

Par contre, rien qu'à la lecture des conditions d'admission, il est évident que la SGDL est fortement liée avec les éditeurs. Par ailleurs aussi bien la SGDL que le SNE considèrent depuis longtemps que les œuvres orphelines sont une concurrence déloyale, comme le sont d'ailleurs Rabelais, Molière, Hugo, Maupassant et Proust (aurait-il pu adhérer à la SGDL ?) dont les œuvres sont accessibles gratuitement sur l'Internet. Plusieurs travaux préparant cette proposition de loi au cours des cinq dernières années soulignent ce supposé problème de concurrence des œuvres orphelines. Faut-il en déduire que la littérature actuelle est devenue si médiocre qu'elle doit se protéger par la loi de la concurrence du passé ? Quoi qu'il en soit, de leur propre aveu, il y a manifestement un conflit d'intérêt entre, d'une part, la SGDL et le SNE et, d'autre part, les auteurs qu'ils prétendent représenter, tant dans l'élaboration du texte de loi que dans la gestion future de la SPRD prévue par ce texte.

C'est d'autant plus absurde que ce qui servira à payer pour les orphelines et indisponibles sera autant de ressources qui ne seront plus disponibles pour acheter des ouvrages plus récents. Il y a une chose que les auteurs ne semblent pas réaliser : si la réduction du domaine public, notamment par l'allongement de la durée des droits, les protégeait contre la concurrence du domaine public vis-à-vis des éditeurs dans l'univers de l'imprimé, elle n'est absolument plus utile à cette fin dans le monde numérique : l'Internet s'en charge. Par contre, dans le monde numérique d'aujourd'hui, la réduction du domaine public, et plus généralement du domaine gratuit, impose de payer plus de choses et diminue d'autant les ressources qui pourraient être consacrées aux créations nouvelles. La perte n'est que pour les auteurs, car les éditeurs perçoivent dans tous les cas leur part sur ce qui est vendu.

L'ancien président du SNE, Serge Eyrolles, disait il y a environ deux ans que les éditeurs ne

disposaient pas des droits numériques antérieurs à 1995. Il s'agit donc bien de modifier a posteriori par la loi la portée des contrats d'édition, puisque la proposition de loi veut exiger des auteurs qu'ils apportent « *la preuve de la fin du contrat d'édition* » pour s'opposer à la reprise numérique par l'éditeur ou pour sortir de la gestion collective, alors même que ce contrat ne concerne pas l'édition numérique.

Cette extension est d'ailleurs abusive à un autre titre. Les contrats pour l'imprimé portent en général sur la totalité de la durée des droits. Or il y a actuellement des renégociations des règles du contrat d'édition concernant l'exploitation numérique. Ces renégociations portent, bien sûr, sur le pourcentage des rémunérations et sur une définition numérique de l'insuffisance de l'exploitation, mais aussi sur la remise en cause de la durée de la cession des droits. Étendre les contrats au numérique sans l'accord des auteurs et le faire pour toute la durée des droits est donc doublement abusif.

En outre, comme la loi étend au numérique, rétroactivement, la portée des anciens contrats, bien des œuvres orphelines se retrouvent avec un nouveau titulaire de droit, l'éditeur, et sortent ainsi du cadre de la directive. Cela augmente peut-être les sources de gains pour les éditeurs (ou stérilise des œuvres peu commerciales), mais ne bénéficie à aucun auteur.

La proposition de loi est en outre manifestement biaisée en faveur des éditeurs et contre les auteurs. Non seulement les éditeurs sont traités comme s'ils disposaient des droits numériques (alors que c'est apparemment cette loi qui les conférerait), mais on ne leur demande même pas de prouver que le contrat d'édition est toujours en vigueur, Art. L. 134-4.I. :

(16) « *Art. L. 134-4. I. L'auteur d'une œuvre indisponible au sens de l'article L. 134-1 ou l'éditeur ayant publié cette œuvre sous forme de livre dans le cadre d'un contrat d'édition défini aux articles L. 132-1 et suivants peut s'opposer à l'exercice de ses droits, tels que définis à l'article L. 134-3, par une société de perception et de répartition des droits. ...*

Le contrat d'édition aurait pu être résilié notamment à la demande de l'auteur pour insuffisance d'exploitation ou de plein droit en conséquence de la destruction des exemplaires restants de l'œuvre devenue indisponible, comme en dispose l'article L132-17 du CPI. Il aurait également pu avoir été conclu pour une durée déterminée.

Par contre, dans l'article Art. L. 134-6 , c'est l'auteur qui doit prouver que l'éditeur n'a pas de droit, pour pouvoir exercer les siens :

(27) « *Art. L. 134-6 Une œuvre cesse d'être indisponible au sens de l'article L. 134-1, lorsque l'auteur de l'œuvre et l'éditeur ayant publié cette œuvre sous forme de livre dans le cadre d'un contrat d'édition défini aux articles L. 132-1 et suivants, notifient conjointement par écrit à la société mentionnée à l'article L. 134-3 leur décision d'exploiter l'œuvre à titre exclusif dans le cadre d'un contrat d'édition, ou lorsque l'auteur, pouvant prouver qu'il est le seul titulaire des droits définis à l'article L. 134-3, notifie par écrit à la société sa décision d'exploiter ou de faire exploiter l'œuvre à titre exclusif.*

On peut d'ailleurs s'étonner de ces contraintes sur l'auteur. En effet, selon l'article L121-4 du CPI, il dispose de toutes façons du droit de retrait. Ce droit est un droit moral qui ne peut qu'avoir prééminence sur toute autre disposition de nature patrimoniale. Par ailleurs on imagine mal exiger de l'auteur une indemnisation (à l'éditeur ? à la SPRD ?) pour un préjudice qui ne correspondrait à aucun contrat.

Concernant le procès Google

En ce qui concerne le monopole de Google, il était très relatif. L'accord ne prévoyait de clause d'exclusivité (cf sections 2.4 et 3.1 de l'accord) que sur les fichiers numérisés par Google, et non sur les œuvres elles-mêmes qui pouvaient être numérisées à nouveau. Il a même été envisagé spéculativement par un analyste de l'accord qu'une autre société se mette dans la même situation

que Google en numérisant les livres, afin de susciter une nouvelle *class action* résultant en un autre accord à son bénéfice. Cela est bien sûr purement spéculatif car les ayants droit n'ont aucun intérêt à ce qu'une concurrence entre Google et un autre acteur aboutisse à une baisse des prix de leurs livres. Or un accord dans le cadre d'une *class action* était le seul moyen de numériser et exploiter les œuvres orphelines en toute sécurité juridique.

De fait, le *Book Rights Registry* que devait établir l'accord aurait détenu une autorisation d'exploitation, mais non le droit d'interdire l'exploitation à un tiers.

Cela implique bien sûr que quiconque ayant établi le caractère orphelin d'une œuvre pouvait l'utiliser sans trop de risque de la part des ayants droit non localisables, et sans avoir rien à craindre du *Book Registry* associé à Google.

La situation est bien différente en ce qui concerne la SPRD prévue par la proposition de loi. Le texte prévoit explicitement qu'elle pourra ester en justice pour empêcher toute exploitation qu'elle n'aurait pas expressément autorisée (nouvel Art. L. 134-3. II. à ajouter au CPI). Il s'agit bien d'un monopole total.

Ainsi, le *Book Rights Registry* prévu dans l'accord du procès Google aurait été compatible avec les clauses de la proposition de directive européenne sur les œuvres orphelines. Par contre, la structure prévue par la proposition de loi ne l'est pas.

On peut bien sûr envisager un amendement qui imposerait à la SPRD de délivrer les autorisations pour les usages prévus par la directive. Encore faudrait-il pouvoir établir le caractère orphelin des œuvres, alors même que le mode de gestion prévu par la loi décourage tout effort pour mettre à jour les registres sur les droits permettant une recherche diligente, puisqu'ils ne servent plus à rien. En outre, il est manifeste que l'intention de la proposition de loi est bien de court-circuiter la directive. La précipitation que l'on observe a pour but de faire passer le texte pour pouvoir avoir une chance bénéficiant du considérant 20 de la proposition de directive :

(20) La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux dispositifs existants dans les États membres en matière de gestion des droits, telles que les licences collectives étendues.

Les acteurs qui sont derrière la proposition de loi essaient d'ailleurs de faire supprimer le mot « *existants* » de ce considérant 20 au cas où la proposition de loi passerait tardivement.

Sur la recherche des ayants droit

Une autre conséquence de la mauvaise gestion des registres sur les droits, au-delà de l'identification des orphelines, est qu'il sera difficile de déterminer quand les œuvres sont promues au domaine public, faute de savoir ce qu'il est advenu de leur auteur. Mais on imagine facilement que cela n'inquiète guère les promoteurs de la proposition de loi.

On peut d'ailleurs s'étonner que ces mêmes promoteurs aient choisi un mécanisme d'*opt-out*, même quand les ayants droit seraient facile à trouver, alors que, deux ans plus tôt, dans le Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines du CSPLA (19 mars 2008), ils avaient soutenu l'absolue nécessité de « *recherches sérieuses et avérées* » en ce qui concerne les œuvres orphelines, en soulignant :

En effet, s'il s'agit de permettre, d'une manière ou d'une autre, d'autoriser un utilisateur à exploiter une œuvre sans le consentement d'un titulaire de droits, une telle dérogation à un principe essentiel de la propriété littéraire et artistique et, plus généralement, du droit de propriété, doit, compte tenu de sa gravité, être soumise à des conditions strictes.

Il est à craindre que cette volte-face n'entame quelque peu la crédibilité du CSPLA.

Il est de fait que le coût des recherches « *sérieuses et avérées* » prévues par le CSPLA risquait d'être prohibitif en raison du caractère complètement ouvert et indéterminé de ces recherches, qui ne pouvaient apporter de sécurité juridique faute de répondre à une définition certaine. Mais ceci

justifie-t-il la méthode de l'*opt-out* ?

C'est sans doute pour éviter cet écueil que la proposition de directive européenne propose justement d'avoir une définition certaine en fixant par avance, pour chaque pays, la liste des sources qui devront être examinées pour cette recherche.

Article 3.2

*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.*

Cette liste étant fixée, il devient alors possible de consolider ces informations dans une seule base de données, ce qui est l'objectif du projet ARROW. Et, comme le souligne la *British Library*, les recherches sont alors quasi gratuites et instantanées, et garanties correctes.

<http://pressandpolicy.bl.uk/Press-Releases/Electronic-clearance-of-Orphan-Works-significantly-accelerates-mass-digitisation-524.aspx>

Whilst it could take 1,000 years for one person to clear the rights of just 500,000 books manually – equating to 4 hours per book - the use of the ARROW system would reduce this dramatically to less than 5 minutes per title to upload the catalogue records and check the results;

En fait, c'est probablement beaucoup moins que cinq minutes. En outre on peut faire bien plus de choses avec une telle base de données comme par exemple arrêter automatiquement partout la diffusion d'une œuvre dont l'ayant droit vient d'être retrouvé. Cela garantit que le caractère orphelin est vérifié à tout moment.

Sur la gestion collective obligatoire

L'exposé des motifs de la proposition de loi précise qu'elle vise à « *remplacer les ayants droit [...] en évitant toute nouvelle exception au droit d'auteur* ».

Encore faudrait-il que le montage proposé ne soit pas une nouvelle exception au droit d'auteur, ce que ne permet pas la directive européenne 2001/29/EC du 22 mai 2001.

Si l'on examine les trois cas de gestion collective obligatoire (GCO) existants :

- 1) La directive location-prêt <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0028:0035:FR:PDF>

L'article 5.4 dispose que :

Les États membres peuvent réglementer la question de savoir si, et dans quelle mesure, la gestion par les sociétés de gestion collective du droit d'obtenir une rémunération équitable peut être imposée, ainsi que celle de savoir auprès de qui cette rémunération peut être réclamée ou perçue.

La directive précise donc explicitement que cette rémunération peut faire l'objet d'une GCO. On doit donc considérer à contrario que la GCO n'est pas permise quand elle n'est pas expressément autorisée.

- 2) La directive câble satellite (directive 93/83, s. Art. 9) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0083:FR:HTML>

L'article 9.1 dispose que :

Les États membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective.

Ici la GCO est obligatoire, mais dans le cadre explicite d'une directive.

3) Reprographie

Il s'agit en droit français d'une GCO, sans référence à une exception. Mais c'est en fait couvert au niveau européen par l'exception prévue dans l'article 5.2(a) de la directive du 22 mai 2001.

Il semble donc clair que la GCO est une exception aux droits exclusifs, tant par l'analyse des textes existants que par l'évidence du fait qu'elle exerce ces droits exclusifs sans mandat de l'auteur.

Il semble donc que la comparaison faite par l'exposé des motifs avec les Gestions Collectives Obligatoires existantes ne tienne pas. De plus, ces GCO existantes correspondent toujours à un droit à rémunération impossible à exercer sans GCO. Ici ce n'est manifestement pas le cas, puisque l'on peut demander à en sortir, et chacun peut donc exploiter son œuvre pour son compte. C'est seulement une facilité offerte aux éditeurs pour ne pas avoir à rediscuter les contrats, mais en lésant les auteurs. Il est en effet très facile aujourd'hui pour un auteur d'exploiter son œuvre lui-même, et certains le font déjà. Ce sera encore plus facile demain.

Pour conclure

Cette proposition de loi n'a manifestement pour but que de fournir de nouvelles ressources aux éditeurs, qui seront principalement prélevées sur les bibliothèques dans le meilleur des cas. Il est plus vraisemblable que cela ne changera pas les revenus des éditeurs, mais fera baisser ceux des auteurs actuellement actifs qui subiront la concurrence de ces revenants sur le marché, concurrence qui n'existerait pas si ces œuvres étaient gratuites.

S'il est dans l'intérêt public de subventionner les éditeurs, il faut certainement le faire. Mais est-il raisonnable de maquiller cela derrière une « usine à gaz » juridiquement douteuse et dont l'effet collatéral sera de réduire les revenus des auteurs et de priver le public d'un accès aux œuvres, notamment orphelines, pour lesquelles aucun ayant droit légitime ne demande paiement ?