



Livre blanc de l'UER sur le droit d'auteur

Un droit d'auteur moderne pour
les médias numériques

Analyse juridique et
propositions de l'UER

Mars 2010

TABLE DES MATIERES

Avant-propos	V
Les auteurs	VII
Résumé de l'UER	IX
Vue d'ensemble	XIII
Chapitre 1	
Les médias de service public dans la société de l'information	1
1. La mission de service public et le secteur de la création	1
2. La nouvelle demande des consommateurs	3
3. Pourquoi une réforme du droit d'auteur ?	4
4. La nécessité d'une intervention de réglementation à l'échelle de l'Europe	6
Chapitre 2	
Politique actuelle de l'UE en matière de droit d'auteur, et nécessité d'une nouvelle vision	9
1. La libre circulation du contenu en tant que cinquième liberté	9
2. Accès aux droits et circulation des œuvres en tant que raison d'être de la protection du droit d'auteur	10
3. Lacunes de la politique actuelle en matière de droit d'auteur	11
3.1 Des droits forts, mais un accès limité	11
3.2 Les nouvelles priorités européennes en matière d'accès au contenu en ligne	14
Chapitre 3	
Vers une approche plus équilibrée: «des droits forts, un accès facilité»	17
1. Objectifs de la nouvelle politique en matière de droit d'auteur	17
2. Une nouvelle politique pour toutes les communications des médias audiovisuels	19
2.1 De la radiodiffusion aux médias audiovisuels	19
2.2 La distinction entre activités liées aux services de médias et activités relevant du commerce électronique	21
2.2.1 Les services de la société de l'information et les services de type «vente au détail»	21
2.2.2 Les services de médias audiovisuels et les services assimilables à la radiodiffusion	22
2.3 La radiodiffusion dans la législation sur le droit d'auteur	23
2.3.1 Le droit de radiodiffusion dans la Convention de Berne	23
2.3.2 Le droit de communication au public dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur	24
2.3.3 Le droit de radiodiffusion dans la directive «satellite et câble»	25
2.3.4 Le droit de communication au public dans la directive «droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information»	25

3.	Communication au public, radiodiffusion, mise à disposition: une approche cohérente est nécessaire	26
3.1	La communication au public des services de médias (audiovisuels) comme concept de base	26
3.2	Les critères qui différencient les services de médias audiovisuels	27

Chapitre 4

Propositions de modernisation du cadre européen pour le droit d'auteur concernant les médias audiovisuels

31

	Introduction	31
1.	Un cadre juridique cohérent dans le cadre de la directive «satellite et câble»	32
1.1	Le régime légal applicable à la communication initiale des médias audiovisuels sur tous réseaux (principe dit du «pays d'origine»)	32
1.1.1	Le principe de territorialité nationale	32
1.1.2	La question: l'application de la loi du pays d'origine du service de médias	33
1.1.3	Solution proposée	34
1.2.	Obtention technologiquement neutre de droits de retransmission	36
1.2.1	La question: la retransmission d'émissions sur toute plateforme nécessite l'obtention des droits	36
1.2.2	La solution proposée	37
1.3	Interprétation de bon sens du droit de reproduction pour les communications des médias audiovisuels	38
1.3.1	La question: éviter que des droits distincts s'appliquent à la même communication	38
1.3.2	La solution proposée	39
2.	Un nouveau cadre juridique sur l'octroi de licences collectives	40
2.1	La nécessité de systèmes efficaces d'octroi des droits	40
2.1.1	La question: créer, le cas échéant, des systèmes à guichet unique d'obtention des droits	40
2.1.2	L'importance de l'octroi de licences collectives et d'un soutien législatif	41
2.1.3	La solution proposée: adopter l'octroi de licences collectives étendues (modèle nordique)	43
2.2	Octroi de licences de droits musicaux pour les services de médias audiovisuels	45
2.2.1	La question: octroi de licences de droits musicaux via gestion collective	45
2.2.2	La solution proposée	46
2.3	Octroi de licences collectives pour les archives des radiodiffuseurs	47
2.3.1	La question: trouver le modèle d'octroi de licences le mieux approprié	47
2.3.2	La solution proposée	48
2.4	Supervision des sociétés de gestion collective	49
2.4.1	La question: améliorer le rôle des sociétés de gestion collective	49
2.4.2	La réglementation européenne des sociétés de gestion collective	50
2.4.3	Droit de la concurrence et sociétés de gestion collective	51
2.4.4	La solution proposée: un nouveau cadre juridique	52

Liste des annexes

55

Annexe 1

57

Annexe 2

59

Annexe 3

65

Avant-propos

Les radiodiffuseurs de service public, représentés par l'Union Européenne de Radio-Télévision, ont pour mission de faire bénéficier le public des nouveaux services audiovisuels et d'information et des nouvelles technologies. Ils doivent aussi développer et diversifier les activités de l'ère numérique. Compte tenu de l'importance de cette mission, les radiodiffuseurs de service public réalisent d'importants investissements dans des contenus européens de qualité, novateurs et diversifiés - actualités, documentaires, divertissements et fictions. Les innombrables productions conservées dans les archives des Membres de l'UER, qui représentent la plus grande partie du patrimoine audiovisuel européen, témoignent des efforts déployés par les radiodiffuseurs de service public dans ce domaine.

L'UER est consciente du fait que les intérêts des téléspectateurs et des auditeurs sont protégés par la *législation sur le droit d'auteur*, qui vise notamment à encourager la création et à favoriser l'essor des secteurs dont le but est de mettre à disposition du public les œuvres ainsi créées. Par conséquent, l'UER a demandé à trois experts indépendants venant de France, d'Allemagne et du Royaume-Uni d'analyser les lignes directrices et les règles de la législation européenne sur le droit d'auteur, afin d'identifier les moyens d'améliorer sensiblement le cadre réglementaire. L'analyse détaillée dans le présent Livre blanc permet à l'UER de présenter de nouvelles idées et de soumettre des propositions concrètes en vue d'une modernisation du droit d'auteur européen. Un récapitulatif de ces idées et propositions, qui pourraient être synthétisées par l'expression «des droits solides et un accès facilité», se trouve dans le résumé ci-après.

L'ère du numérique nous confrontera à de nouveaux défis et à de nouveaux risques, eu égard aux contenus des Membres de l'UER. D'un côté, les contenus devraient être disponibles sur toutes les plateformes médias actuelles et futures, afin qu'ils soient accessibles à l'ensemble des utilisateurs ; d'un autre côté, une telle disponibilité requiert que les systèmes d'obtention des droits nécessaires soient efficaces, notamment dans la mesure où un manque d'efficacité dans ce domaine augmente le risque de voir les contenus des Membres faire l'objet d'actes de piratage sur Internet. Pour répondre aux besoins sociaux, démocratiques et culturels des citoyens, en leur qualité de téléspectateurs et d'auditeurs de contenus sonores et audiovisuels, l'UER soumet, dans le cadre du présent Livre blanc, une série de propositions visant à alimenter le débat sur la réforme de la législation sur le droit d'auteur, afin d'adapter celle-ci à la prochaine phase de développement de la société de l'information.

Par conséquent, les propositions de l'UER prennent soin d'établir un équilibre entre droits protecteurs et droits d'utilisation. Les Membres de l'UER, qui sont tous des radiodiffuseurs de service public, sont idéalement placés pour parvenir à cet équilibre, car ils sont à la fois des créateurs d'œuvres protégées au titre du droit d'auteur et de grands utilisateurs d'œuvres d'autres détenteurs de droits.

Comme nous le verrons dans les différents chapitres, ce nouveau cadre doit aller au-delà de l'activité traditionnelle des radiodiffuseurs consistant à mettre à disposition du public des services linéaires et programmés, principalement par le biais de la diffusion hertzienne. Les radiodiffuseurs s'emploient à distribuer leurs contenus sur diverses plateformes techniques, à la fois dans le cadre de services linéaires et non linéaires. La distribution de programmes à la demande par streaming en ligne avant, pendant ou quelque temps après leur date de diffusion linéaire sur la base d'une grille de programmes est devenue quelque chose de commun, comme l'est la mise à disposition de programmes sous forme de téléchargement, podcasts ou vodcasts, en vue d'une utilisation différée sur des appareils comme les enregistreurs MP3 et d'autres appareils mobiles. Par conséquent, lorsque le présent Livre blanc décrit les activités et les propositions des radiodiffuseurs, les concepts de «radiodiffuseur» et de «radiodiffusion» doivent être compris dans un sens

technologiquement neutre comme couvrant l'ensemble des activités rentrant dans cette forme de mise à disposition de contenu. L'UE a déjà reconnu l'étendue de cette catégorie d'activités en adoptant le concept de «fournisseur de services de médias audiovisuels» dans la directive «services de médias audiovisuels». Les propositions soumises dans le présent Livre blanc concernent donc les différents rôles que les Membres de l'UER jouent déjà dans ce nouveau monde, et pas seulement leur activité de radiodiffusion traditionnelle.

Bien que les propositions du présent Livre blanc soient présentées au nom des radiodiffuseurs de service public, il n'est en aucun cas suggéré qu'un régime spécial de droit d'auteur devrait être applicable à ces derniers et non aux organismes de radiodiffusion qui n'ont pas d'obligations de service public. Dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur, il n'est possible de faire la distinction entre les radiodiffuseurs de service public et les autres radiodiffuseurs que de façon limitée. Toutefois, ce qui ressort clairement de ce Livre blanc montre que les réformes de la législation sur le droit d'auteur nécessaires pour permettre aux radiodiffuseurs de service public de remplir leur mission correspondent, à bien des égards, à celles qui pourraient donner aux radiodiffuseurs commerciaux les moyens d'exploiter les possibilités offertes par les nouvelles technologies, à la fois dans l'intérêt des consommateurs et des titulaires des droits. Bon nombre des réformes proposées sont en effet proches de celles dont les autres fournisseurs de contenus sonores et audiovisuels ont besoin pour tirer pleinement parti de ces possibilités.

Par conséquent, le présent Livre blanc n'entend pas répertorier les «*besoins des radiodiffuseurs*». Il vise en revanche à présenter les propositions des Membres de l'UER, s'agissant du cadre au sein duquel les détenteurs de droits d'auteur et les fournisseurs de services de médias sonores et audiovisuels peuvent évoluer et coopérer dans leur intérêt mutuel, et dans l'intérêt de l'ensemble des citoyens. À ce titre, ce Livre blanc apporte sa contribution au projet, décrit dans le Document de réflexion d'octobre 2009 publié par la Commission européenne, visant à créer en Europe un cadre juridique moderne, favorisant la concurrence et adapté aux besoins des consommateurs, pour permettre l'instauration d'un véritable marché unique pour les contenus créatifs en ligne. Ce projet mérite toute notre attention et le présent Livre blanc souhaite alimenter le débat de manière constructive.

Genève, mars 2010

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, abstract shape that resembles a lowercase 'p' or a similar character, with a vertical line extending downwards from the bottom of the shape.

Jean-Paul Philippot
Président de l'UER

Les auteurs



Stephen Edwards est associé du cabinet d'avocats international Reed Smith, installé à Londres. Il a représenté de nombreux utilisateurs de droits, comme des radiodiffuseurs et des fournisseurs de services de médias numériques, ainsi que des titulaires de droits et des sociétés de gestion collective, ce qui lui a permis d'accumuler une solide expérience dans le domaine de l'obtention de droits relatifs à des services de médias. Il est l'auteur du chapitre sur le droit d'auteur appliqué au secteur de la radiodiffusion, dans l'ouvrage de référence qu'est, au Royaume-Uni, *Copinger and Skone James on Copyright*. Il est également l'auteur du livre intitulé *Rights Clearances for Films and Television Productions*.



Pascal Kamina est Maître de conférences à l'Université de Poitiers et avocat au Barreau de Paris. Il est l'auteur de l'ouvrage intitulé *Film Copyright in the European Union*. Il a également publié des articles sur un large éventail de sujets liés au droit du cinéma et des médias, tant en France qu'à l'étranger.



Le professeur **Karl-Nikolaus Peifer** est Directeur de l'Institut du droit des médias et du droit de la communication de l'Université de Cologne et Directeur de l'Institut du droit de la radiodiffusion de l'Université de Cologne. Il est également juge à la Cour d'appel de Hamm, en Allemagne. Ses principaux domaines de recherche, auxquels il a consacré de nombreux ouvrages et articles, sont la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit des médias.

Les auteurs remercient le Département des affaires juridiques et publiques de l'UER et tout particulièrement Heijo Ruijsenaars (responsable de la propriété intellectuelle), et M. Jean-Pierre Vanden Dorpe chargé des affaires juridiques européennes à la RTBF et Président du Groupe sur le droit d'auteur de l'UER, pour leur précieuse aide lors de la rédaction du présent document.

Résumé de l'UER

- Les radiodiffuseurs de service public soutiennent pleinement le haut niveau de protection du droit d'auteur et des droits voisins dans l'UE, y compris une rémunération adéquate pour tous les ayants droit. L'UER est consciente du fait que les intérêts des téléspectateurs et des auditeurs sont protégés par la *législation sur le droit d'auteur*, dont l'objectif est d'encourager la création et de permettre le développement des secteurs de l'économie qui s'efforcent de mettre à disposition du public les œuvres ainsi créées.
- L'UER et ses Membres estiment qu'il faut de toute urgence, pour la législation de l'UE sur le droit d'auteur, un cadre juridique cohérent pour *simplifier l'obtention des droits* dans le domaine des communications en ligne. Cela signifie que le cadre existant relatif à l'obtention des droits doit être modernisé selon les principes fondamentaux d'une approche politique large et globale qui découle des besoins des fournisseurs de services de médias audiovisuels.
- La politique du droit d'auteur audiovisuel de l'UE devrait reposer sur le concept de la communication au public de services linéaires et non linéaires de médias sonores et audiovisuels. Cela garantira que les règles actuelles pour l'octroi de licences puissent être rendues technologiquement neutres et adaptées à l'avenir, de sorte que l'obtention des droits soit plus efficace dans l'UE, et que l'accès du public aux offres des médias européens s'améliore.
- Afin d'étayer ce concept au profit des services de médias audiovisuels, l'UER propose des solutions juridiques pour l'octroi de licences individuelles et collectives. Ces solutions englobent et étendent les principes d'obtention des droits déjà fixés dans la directive «satellite et câble», et fournissent un cadre juridique moderne et technologiquement neutre pour les pratiques d'octroi de licences collectives à l'égard de tous les services de médias sonores et audiovisuels.
- Les propositions se concentrent spécifiquement sur les besoins du secteur des médias audiovisuels. Elles ne suggèrent pas une harmonisation complète des règles de l'UE sur le droit d'auteur. Toutefois, l'UER estime que les avantages seront plus larges et qu'ils profiteront grandement à l'économie numérique européenne.
- Les propositions de l'UER n'appellent pas à la révision du régime e-Commerce qui traite des ventes au détail de contenu, tel que la musique ou les DVD. Elles ne remettent pas non plus fondamentalement en question l'exclusivité ou les pratiques courantes d'octroi de licences pour le contenu «premium», tel que les films ou le sport.

Les propositions de l'UER sont les suivantes:

1) Faciliter l'octroi de licences en ligne au niveau de l'UE, par le biais du concept de la communication des médias audiovisuels au public

L'obtention des droits devrait se concentrer sur un concept de communication au public des médias audiovisuels, *couvrant à la fois la radiodiffusion et les services de médias audiovisuels non linéaires* (services assimilables à la radiodiffusion). En particulier, le mécanisme d'octroi de licences applicable à la radiodiffusion par satellite (la règle dite du «pays d'origine»), devrait être étendu, en s'appuyant sur un système technologiquement neutre, à toutes les communications initiales au public, de services de médias audiovisuels en ligne, à savoir comprenant la mise de programmes à disposition du public dans le cadre d'un service assimilable à la radiodiffusion.

2) Obtention des droits de retransmission pour toute plateforme (principe de neutralité technologique)

L'obtention des droits pour la retransmission simultanée, inchangée et intégrale de programmes originaires d'Etats membres sur toute plateforme devrait suivre le même régime d'octroi de licences collectives pour les droits, tel qu'il est appliqué à la retransmission par câble, *quelles que soient la plateforme et la méthode de retransmission* utilisées. Cela signifierait que les droits de retransmission détenus par le radiodiffuseur lui-même demeurent à acquérir auprès du radiodiffuseur concerné, tandis que les droits de retransmission sur les programmes qui ne sont pas détenus par le radiodiffuseur doivent être obtenus auprès des sociétés de gestion collective concernées.

3) Eviter la séparation des droits pour la même activité (ou «reproduction accessoire»)

Chaque fois qu'un droit de communiquer le contenu au public a été octroyé par contrat ou par la loi, ce droit devrait couvrir les reproductions accessoires nécessaires à l'exercice efficace et légitime de l'acte de communication ayant fait l'objet d'une attribution de licence.

4) Adoption générale du modèle d'octroi de «licences collectives étendues»

L'UE devrait encourager l'adoption de licences collectives étendues comme un modèle facultatif d'obtention des droits pour les services de médias audiovisuels et sonores, y compris la mise à disposition de programmes dans des services à la demande. Cela signifie qu'il devrait y avoir dans les législations nationales de tous les Etats membres, la possibilité d'utiliser l'octroi de licences collectives lorsqu'une telle méthode est jugée nécessaire ou utile.

5) Simplification de l'attribution de licences de droits musicaux aux fournisseurs de services de médias audiovisuels

L'octroi de licences de droits musicaux aux fournisseurs de services de médias audiovisuels devrait continuer d'avoir lieu de préférence sur une base collective volontaire ; Toutefois, les Etats membres devraient être obligés à soumettre les services non linéaires assimilables à la radiodiffusion à des régimes collectifs obligatoires si les accords collectifs existants ne peuvent être étendus à une telle utilisation dans une période de temps raisonnablement courte.

6) Utilisation des licences collectives pour débloquer les archives des radiodiffuseurs

Le nouveau cadre devrait inclure une obligation contraignante pour les Etats membres pour faire en sorte, par des moyens appropriés (tels que l'octroi de licences collectives étendues), que les radiodiffuseurs situés dans la juridiction aient le droit d'utiliser leurs archives dans de nouveaux services en ligne.

7) Supervision des sociétés de gestion collective

Un cadre européen devrait garantir que les sociétés de gestion collective continuent de proposer des solutions de guichet unique aux utilisateurs, tel que par le biais d'accords réciproques comprenant tous les droits nécessaires. Il devrait aussi garantir que toutes les sociétés de gestion des droits fonctionnent de manière efficace, transparente et sous un contrôle également efficace. Les principes directeurs d'un tel cadre devraient inclure a) une supervision allant au-delà d'un simple contrôle antitrust, b) des obligations minimales pour les sociétés de gestion collective, et c) des mécanismes de résolution des litiges.

Vue d'ensemble

Le premier chapitre plante le décor en décrivant les responsabilités attribuées aux radiodiffuseurs de service public par les gouvernements nationaux, et la manière dont ces responsabilités correspondent aux objectifs du nouveau programme de Lisbonne. Il explique pourquoi les radiodiffuseurs doivent être en mesure d'utiliser les nouvelles technologies de communication pour pouvoir faire face à ces responsabilités et accomplir les diverses activités dans lesquelles ils se sont déjà engagés pour répondre aux demandes et aux attentes du public. L'octroi de licences collectives est identifié comme étant la clé des solutions pragmatiques, avec des interventions législatives au niveau de l'Union européenne, qui sont désormais nécessaires pour soutenir son application.

Le chapitre 2 décrit les raisons qui rendent nécessaire une nouvelle vision de la politique européenne du droit d'auteur. Il identifie les limites de l'actuelle mise en évidence, dans le cadre de la politique communautaire, du renforcement des droits et montre que cette situation est peu compatible avec les nouvelles priorités de l'Union en matière d'accès au contenu en ligne. Ceci explique la nécessité d'une approche plus large qui supprime les entraves actuelles à la liberté de circulation du contenu en ligne, tout en préservant les objectifs fondamentaux de la protection du droit d'auteur.

Le chapitre 3 présente des propositions en vue de l'adoption d'une approche nouvelle et globale de ces questions, passe en revue les problèmes principaux qui doivent être traités, définit les objectifs d'une nouvelle politique en matière de droit d'auteur, résumée par la devise suivante «des droits solides, un accès facilité». Il développe une nouvelle approche des droits de communication et un accès facilité aux contenus européens et conclut par une approche uniforme et cohérente de l'obtention des droits par les fournisseurs de services de médias audiovisuels (y compris les services assimilables à la radio).

Le chapitre 4 présente des propositions spécifiques en vue de la réforme du droit d'auteur. Ces propositions tiennent compte de l'*acquis communautaire* et de la nécessité de respecter les obligations acceptées par les Etats membres dans le cadre de la Convention de Berne et d'autres instruments internationaux. Elles constituent des réponses proportionnées aux besoins de changement identifiés aux chapitres 1 et 2, et représentent une évolution logique des modèles qui ont déjà prouvé leur utilité, pour faciliter le développement de la radiodiffusion transfrontière et de la retransmission par câble de services, ainsi que dans d'autres domaines dans lesquels l'octroi de licences collectives offre des solutions praticables pour résoudre les problèmes en matière d'obtention des droits. Ce chapitre comprend également une discussion sur la supervision nécessaire de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins.

Chapitre 1

Les médias de service public dans la société de l'information

1. La mission de service public et le secteur de la création

Pourquoi est-ce si important pour les radiodiffuseurs de service public de tirer pleinement parti des perspectives qu'ouvrent les nouvelles plateformes technologiques ? La réponse tient aux responsabilités qui leurs sont confiées par les gouvernements des Etats membres de l'UE. L'Union elle-même précise que ces responsabilités peuvent être définies comme «confiant à un organisme de radiodiffusion donné la mission de fournir une programmation équilibrée et variée, tout en visant à assurer la satisfaction des besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société et en garantissant le pluralisme, y compris la diversité culturelle et linguistique.»¹ Dans sa récente Communication sur la radiodiffusion, l'UE a confirmé que «la radiodiffusion de service public doit bénéficier des progrès technologiques, faire bénéficier le public des nouveaux services audiovisuels et d'information et des nouvelles technologies, mais aussi entreprendre le développement et la diversification des activités de l'ère numérique». Par ailleurs, l'UE souligne que «les radiodiffuseurs de service public devraient être en mesure d'exploiter les opportunités offertes par la numérisation et la diversification des plates-formes de distribution sur la base du principe de la neutralité technologique».²

Les radiodiffuseurs de service public n'ont tout simplement pas la possibilité d'atteindre de tels objectifs si leurs services ne sont pas mis à la disposition sur les plateformes que le public utilise comme principal moyen d'accès à des contenus sonores et audiovisuels.

Indépendamment des motifs démocratiques, sociaux et culturels justifiant la présence des radiodiffuseurs sur les nouvelles plateformes de distribution, celle-ci s'explique également par une raison *économique* importante: dans la société de l'information, les radiodiffuseurs ont le potentiel pour contribuer à la réalisation des objectifs du nouveau programme de Lisbonne pour la croissance et l'emploi.³ Les organismes européens de radiodiffusion jouent un rôle de premier plan dans l'économie créative européenne et, en particulier, dans la compétitivité du secteur européen de la production audiovisuelle sur le marché mondial. Hormis ce rôle économique joué par les radiodiffuseurs, il convient de souligner les avantages sociaux et culturels liés à la diffusion, partout dans le monde, des œuvres audiovisuelles européennes et à la mise à disposition des consommateurs européens d'un large éventail d'œuvres de ce type. Selon les dernières estimations officielles, la création de contenus télévisés européens représentait € 15,8 milliards en 2002, 60% de ce montant provenant des radiodiffuseurs à financement public.⁴

¹ Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (*Journal officiel* C320 du 15.11.2001).

² Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (*Journal officiel* C257 du 27.10.2009), n° 12 et n° 81.

³ Voir http://ec.europa.eu/growthandjobs/index_en.htm. Communication de la Commission sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, COM (2007) 836 final, paragraphe 1.1. «La disponibilité et la diffusion du haut débit et les possibilités de plus en plus étendues d'accès aux contenus créatifs et aux services en ligne, partout et à tout moment, offrent de nouvelles possibilités et créent de nouveaux défis... Compte tenu de l'apparition de nouveaux appareils, réseaux et services, ces défis doivent être relevés par les producteurs de contenus, opérateurs de réseaux, titulaires de droits, consommateurs, administrations publiques et régulateurs indépendants. Le succès des réponses qui seront apportées sera déterminant pour la croissance, l'emploi et l'innovation en Europe.»

⁴ Etude d'impact de mesures (communautaires et nationales) concernant la promotion de la distribution et de la production de programmes télévisés au titre de l'article 25, paragraphe a) de la directive Télévision sans Frontières Rapport final, mai 2005.

Les nouvelles technologies offrent également aux radiodiffuseurs l'opportunité de donner aux téléspectateurs et auditeurs accès à des programmes extraits de leurs archives que le public a déjà payés dans le cadre de divers modèles de financement et qui conservent de la valeur tant pour le grand public que pour les spécialistes. Grâce aux services «de niche» et à la demande, les nouvelles technologies de communication permettent de mettre en valeur ces archives, qui constituent un témoignage unique et vivace de la vie politique, sociale et culturelle de chaque pays. L'UER estime que les radiodiffuseurs européens détiennent dans leurs archives environ vingt-huit millions d'heures de programmes radio et de programmes TV. Les radiodiffuseurs souhaitent mettre ces programmes à la disposition du public.⁵

Pour atteindre cet objectif, les radiodiffuseurs doivent être en mesure d'utiliser les nouvelles techniques d'information et de communication au fur et à mesure de leur apparition. Lorsqu'ils en ont été capables dans le passé, les avantages en ont toujours été manifestes. Les radiodiffuseurs de service public font depuis longtemps œuvre de pionniers dans l'introduction de nouvelles techniques de communication, au stade préconcurrentiel du cycle de marché, à un moment où les activités ne sont pas encore en mesure de s'autofinancer.⁶ Même à l'heure actuelle, où de nombreux fournisseurs de services de contenu en ligne remportent un franc succès commercial sur le marché, peu d'entre eux contribuent à concevoir de nouveaux contenus audiovisuels de qualité. La directive «services de médias audiovisuels»⁷ reconnaît cette carence et vise à y remédier dans son article 3i, en demandant aux Etats membres de s'assurer, lorsque c'est possible et par les moyens appropriés, que les services à la demande mis à disposition par les fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence promeuvent la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières.⁸ Il faudra cependant du temps avant que les effets positifs de cette disposition se traduisent concrètement, sous la forme d'un volume plus important de contenus créatifs européens. A l'heure actuelle, et également dans l'avenir, les modèles commerciaux de bon nombre de services en ligne dépendront de la disponibilité des contenus des radiodiffuseurs.

Les radiodiffuseurs de service public ont une obligation de fournir leurs programmes et leurs services à toutes les couches de la population, à savoir tous les citoyens, où qu'ils se trouvent et quels que soient la plateforme ou l'appareil qu'ils utilisent pour la réception. Cela fait partie de la mission de la radiodiffusion de service public. L'implication des radiodiffuseurs de service public dans les services de contenu des nouveaux médias est également nécessaire pour la réalisation des objectifs fondamentaux de politique générale européenne dans l'environnement numérique, comme la cohésion sociale, la diversité culturelle et l'information du public.

⁵ Par exemple, lors d'une allocution prononcée en juin 2008, au Banff World Television Festival, Jana Bennett, Directrice de BBC Vision, a annoncé que l'objectif de la BBC était de mettre à disposition en ligne l'ensemble de ses archives radio et télévision, dont les premiers programmes ont été enregistrés il y a plus de 80 ans.

⁶ Après son lancement, en 1997, BBC Online a ainsi été l'un des principaux sites Internet en Europe et il a sans nul doute encouragé les utilisateurs à adopter l'ensemble des services en ligne.

⁷ Directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *Journal officiel* L332, page 27.

⁸ Par exemple, par une contribution financière apportée par ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits relatifs à ces œuvres, ou via la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés par le service de médias audiovisuels à la demande.

2. La nouvelle demande des consommateurs

Nous sommes entrés dans une nouvelle ère, dans laquelle le public n'acceptera plus qu'un programme diffusé dans le cadre d'un service linéaire programmé ne soit pas disponible à la demande. En ce qui concerne l'obtention des droits, il sera donc toujours nécessaire de disposer à la fois des droits de radiodiffusion et des droits à la demande limités, qui constitueront une sorte d'ensemble. Cette pratique éliminera de fait les différences entre ces deux types de droits. Après la première diffusion et une période limitée pendant laquelle les programmes sont disponibles gratuitement à la demande, le public s'attendra également à ce que les émissions pour lesquelles ils ont déjà payé soient mises à disposition à long terme, que ce soit pour une utilisation à la demande ou pour un téléchargement permanent. A cet égard, le bilan que l'on peut dresser depuis quelques années dans le secteur de la musique montre que, si les titulaires des droits ne prennent pas les mesures nécessaires pour rencontrer cette demande, le vide sera comblé par des activités illicites, en violation du droit d'auteur.

Contrairement à la technologie utilisée jusqu'à présent par les radiodiffuseurs pour distribuer leurs contenus, qui était le plus souvent propre à la radiodiffusion, le fait que les radiodiffuseurs mettent désormais leurs contenus à disposition sur Internet signifie qu'ils utilisent la même plateforme technologique que celle employée par des entités fournissant des services audio et audiovisuels de types très différents. Sauf à assister à une convergence totale des plateformes de distribution, les radiodiffuseurs risquent sérieusement d'être marginalisés s'ils ne proposent pas leurs services sur les plateformes choisies par une partie de plus en plus importante de la population pour recevoir les contenus audio et audiovisuels leurs services doivent donc impérativement être disponibles sur toutes les plateformes (anciennes et nouvelles), s'ils entendent maintenir à ces services le rôle social, culturel et démocratique important qui est le leur.

Des exemples caractéristiques de services proposés par les radiodiffuseurs utilisant les capacités des nouvelles plateformes sont:

- les services de rattrapage radio et télévision; les services de vidéo à la demande en ligne (à savoir la diffusion de vidéo à la demande sans permettre au public de télécharger le contenu);
- les podcasts et les vodcasts, c'est-à-dire des programmes sonores et audiovisuels mis à disposition en ligne pour être téléchargés sur des appareils portables;
- les archives de contenus audio et audiovisuels, dont certaines parties sont mises à disposition pour être modifiées et adaptées à des fins personnelles, éducatives et non lucratives;
- les services radiophoniques et les versions de programmes TV et de sites internet pouvant être consultés sur des appareils mobiles;
- du matériel sonore, audiovisuel et autre concernant les programmes diffusés, avant ou après leur diffusion, en utilisant la capacité illimitée d'Internet pour compléter et améliorer l'expérience médiatique des auditeurs et des téléspectateurs (comme la mise à disposition d'informations complémentaires sur des sujets d'actualité).

Le succès de ces services est directement proportionnel à l'importance du changement de comportement des consommateurs, en ce qui concerne le temps passé en ligne. 2007 a été la première année où plus de la moitié des Européens a utilisé Internet de manière régulière.⁹

Afin de satisfaire cette nouvelle demande des consommateurs et de répondre aux attentes du public, les radiodiffuseurs devraient pouvoir proposer leurs programmes sur les diverses plateformes disponibles. L'offre des radiodiffuseurs d'Europe cherche à atteindre l'idéal du réseau «Martini Media» de permettre au public d'accéder au contenu n'importe où et en tout temps («anytime, anyplace, anywhere»).¹⁰ Le public européen attend pourtant la réalisation de cet objectif, car il perçoit de mieux en mieux le potentiel des plateformes de nouveaux médias, grâce auxquelles il peut accéder à un nombre considérable de contenus fournis par des tiers, ainsi qu'aux contenus des radiodiffuseurs mis à disposition sans que ces derniers aient donné leur autorisation. L'exemple le plus connu de ce phénomène est le volume énorme de contenus des radiodiffuseurs téléchargés sur YouTube sans l'approbation des organismes ou des ayants droit concernés. Une demande est apparue pour le matériel des radiodiffuseurs, à laquelle ceux-ci doivent répondre. Les radiodiffuseurs de service public y sont en tout état de cause tenus, car le public, qui a payé pour la création des programmes, s'attend légitimement à ce que ces derniers soient mis à sa disposition, ne serait-ce que parce que les obstacles technologiques, qui augmentaient considérablement le coût de cette mise à disposition, tombent peu à peu.

De nouvelles plateformes et de nouveaux appareils de réception nécessitent, en plus des services de programmes traditionnels (linéaires), de nouveaux types de services de contenu qui font une utilisation optimale des caractéristiques de tels appareils (tels que l'utilisation du visionnage décalé, la mobilité et l'interactivité). Avec de plus en plus de citoyens qui attendent de tels services de contenu alternatifs, les radiodiffuseurs publics doivent également proposer leur contenu sous la forme de ces nouveaux services. De tels services nécessitent toutefois des obtentions supplémentaires de droits, et ce sont ces défis que le Livre blanc aborde.

3. Pourquoi une réforme du droit d'auteur ?

Le présent Livre blanc se concentre sur le rôle que doit jouer la *réforme de la législation sur le droit d'auteur* pour permettre aux radiodiffuseurs de continuer à remplir leurs tâches et répondre aux nouvelles demandes des utilisateurs. Comme la Commission l'a déclaré, de nouvelles politiques pourraient s'avérer nécessaires pour faciliter l'accessibilité, l'utilisation, la réutilisation et la création de contenus en ligne de qualité.¹¹ Ces nouvelles politiques doivent englober la réforme de la législation sur le droit d'auteur, afin de lever les obstacles qui entravent:

⁹ Document de travail des services de la Commission SEC (2008) 470, accompagnant l'Examen à mi parcours de l'initiative i2010, page 33. En 2007, les services TV et radio ont connu la plus forte croissance (31 %) de toutes les formes d'utilisation en ligne. Il convient de comparer cette croissance à celle des jeux, des films et de la musique (2%). Les taux de croissance de l'utilisation de la télévision et de la radio en ligne dans certains marchés déjà bien développés sont étonnants : plus de 80 % en Suède et aux Pays-Bas, 55 % au Royaume-Uni et 40 % en France. SEC (2008) 470, page 20.

¹⁰ Dans un discours prononcé par Ashley Highfield, Directeur Nouveaux médias et technologies à la BBC lors de la conférence de mars 2004 du Financial Times sur les nouveaux médias et la radiodiffusion, celui-ci créa le terme «Martini Médias» pour définir cet idéal.

¹¹ Document de travail des services de la Commission i2020 - «Une société de l'information européenne pour la croissance et l'emploi», 01.06.2005 – paragraphe intitulé «Objectifs de la proposition» SEC (2005) 717/2.

- la capacité des radiodiffuseurs à mettre à disposition, sur toutes les plateformes, les œuvres sonores et audiovisuelles qu'ils ont créées ou commandées;
- la capacité des radiodiffuseurs à mettre leurs programmes à disposition sur toutes les plateformes et éventuellement au-delà des frontières;
- l'exploitation la plus complète possible, par les radiodiffuseurs, de leurs contenus sonores et audiovisuels, car les radiodiffuseurs doivent justifier des investissements importants dans des produits de qualité.

Les obstacles à la réalisation des objectifs démocratiques, sociaux, culturels et économiques soulignés ci-dessus sont le produit d'une ère technologique différente. A cette époque, les radiodiffuseurs parvenaient à obtenir des licences auprès des titulaires de droits pour la plupart des œuvres protégées au titre du droit d'auteur, dans le cadre de l'exploitation limitée qui était alors possible. Lorsque les droits devaient être gérés collectivement - en vue de la radiodiffusion d'enregistrements musicaux et sonores, par exemple - ou lorsqu'ils étaient gérés individuellement, il suffisait généralement d'obtenir une autorisation pour certaines plateformes et un seul pays. L'héritage de ce système d'obtention des droits est double:

- en premier lieu, les radiodiffuseurs de service public européens détiennent un grand nombre de programmes dans leurs archives, qu'ils ne peuvent pas mettre à la disposition du public sur les nouvelles plateformes, car ils ne sont pas en mesure d'obtenir les licences nécessaires auprès de tous les titulaires de droits d'auteur dont les œuvres ont été utilisées dans les programmes en question. Cela représenterait une tâche insurmontable, en termes de formalités administratives, le problème des œuvres orphelines (qui n'est qu'une partie des difficultés des radiodiffuseurs) n'étant toujours pas résolu et, de surcroît, l'opposition d'un seul ayant droit, parmi des dizaines d'autres bien disposés, suffit à bloquer l'utilisation d'un programme, ce qui, la pratique l'a démontré, ne relève pas de la pure hypothèse;
- ensuite, mis à part les problèmes liés aux ayants droits individuels, tels que décrits ci-dessus, certains titulaires de droits font pression en faveur de mécanismes alternatifs au système actuel d'octroi de licences collectives. Par exemple, en ce qui concerne l'octroi de licences aux radiodiffuseurs dans le domaine musical, les développements actuels sont peu propices à l'obtention de droits sur des programmes destinés à une utilisation transfrontière.

Les obstacles ne sont néanmoins pas seulement de nature historique et liés aux programmes d'archives réalisés dans le cadre de contrats au champ d'application limité. Les radiodiffuseurs européens qui réalisent aujourd'hui des programmes sont confrontés avec des ayants droits peu enclins à leur accorder des droits leur permettant d'utiliser leurs programmes sur toutes les plateformes de nouveaux médias. Parfois, cette réticence peut s'expliquer par des préoccupations liées au fait que l'utilisation, par les radiodiffuseurs, des œuvres des ayants droit risque de concurrencer l'exploitation initiale de ces œuvres par les ayants droit eux-mêmes. Parfois, elle peut être due à la crainte d'ouvrir la porte à des actes de piratage, ou à l'incertitude qui règne autour de technologies dont les capacités ne sont pas encore précisément définies, ce qui peut amener les titulaires de droits à se demander s'il est bien raisonnable de céder leurs droits dans ces conditions. De telles préoccupations ne sont pas illégitimes, mais elles contribuent à empêcher les radiodiffuseurs de tirer pleinement parti des possibilités offertes par la technologie pour exploiter l'ensemble de leurs contenus de programme.

Ainsi que nous le verrons plus en détail dans les chapitres suivants, l'octroi de licences collectives, volontairement proposé chaque fois que possible, mais *prévues ou appuyées par la législation, si nécessaire*, peut permettre de résoudre bon nombre des difficultés susmentionnées.

Si de tels fondements font défaut, on doit bien reconnaître que les accords de licences collectives n'ont pas toujours donné entière satisfaction, en ce qui concerne le développement de nouvelles formes de distribution de contenus. L'octroi de licences collectives pour des droits en ligne relatifs à des œuvres musicales, dans le cadre de services musicaux transfrontières, est un cas exemplaire. La Recommandation d'octobre 2005 de la Commission européenne n'a pas abouti au système de type «guichet unique» dont les opérateurs de ces services ont besoin. Les radiodiffuseurs qui souhaitent mettre leurs services de programmes à disposition à la demande au-delà des frontières (c'est-à-dire en plus des arrangements habituels relatifs aux retransmissions de débordement pour les émissions linéaires, arrangements facilités par la directive «satellite et câble»)¹² rencontrent les mêmes difficultés. Les problèmes liés à l'obtention des droits prennent une telle importance que les radiodiffuseurs n'ont tout simplement pas la possibilité d'essayer de fournir certains types de services. Du point de vue des utilisateurs, la perspective d'aboutir à une issue satisfaisante concernant ces problèmes d'obtention des droits sur la musique semble s'assombrir, ne serait-ce que parce que certains éditeurs de musique retirent leur catalogue du réseau des sociétés de gestion collective. Pour les radiodiffuseurs, tant en ce qui concerne leurs services linéaires que leurs nouvelles offres à la demande, il est primordial que les sociétés de gestion collective restent en mesure d'accorder des licences portant sur l'ensemble du répertoire musical.

Des solutions pragmatiques contractuelles sous forme d'accords de licences collectives devraient s'avérer de plus en plus nécessaires, si l'on veut tirer pleinement parti du potentiel des nouvelles technologies, en raison du nombre élevé d'utilisations et de droits impliqués dans le monde numérique. De tels accords seront souvent créés volontairement. Un nouveau cadre juridique sera cependant toujours nécessaire pour soutenir ces solutions au profit de tous les services licites.

4. La nécessité d'une intervention de réglementation à l'échelle de l'Europe

Il est désormais évident, selon nous, qu'une intervention de la Commission est maintenant requise. Comme la Commission l'affirme dans son document du 22 octobre 2009, «un marché numérique étendu et concurrentiel consistant en des offres légales de services attractifs, dans des conditions loyales, augmenterait la confiance du consommateur dans les services en ligne et encouragerait l'accès à la culture et à la connaissance en Europe.»¹³ Afin de créer une égalité de traitement pour les services en ligne légaux et autres services transfrontières exploités à partir de tout Etat membre de l'UE, il ne suffit pas d'entreprendre une action législative uniquement au niveau national (cela pourrait même créer des divergences non souhaitées entre les Etats membres); il convient en effet de créer un cadre réglementaire modernisé et cohérent au niveau européen. Une autre raison d'intervenir à l'échelle européenne est que les lignes directrices d'un nouvel environnement de réglementation relatif aux sociétés de gestion collective ne peuvent être mises au point qu'au niveau européen. Un tel cadre n'exclut pas que les législateurs nationaux aient à régler certains détails en vue d'adapter les nouveaux principes européens aux législations et pratiques nationales.

¹² Directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *Journal officiel* L248, 6.10.1993.

¹³ Document de réflexion intitulé «Contenu créatif sur un marché unique européen du numérique: Les défis du futur» conjointement publié par la DG Info et la DG Markt le 22 octobre 2009, page 14.

Néanmoins, pour être efficace et pragmatique, la réforme du droit d'auteur devrait se concentrer sur le secteur audiovisuel, car c'est le domaine le plus complexe de la législation sur le droit d'auteur qui a de toute urgence besoin d'une certitude juridique. On pourrait débattre sur le bien-fondé de poursuivre une telle réforme sous l'en-tête d'un «titre européen du droit d'auteur» fondé sur l'article 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.¹⁴ Mais selon nous, ce n'est pas nécessaire et il n'y a aucun avantage pratique à attendre d'une harmonisation complète de la législation européenne du droit d'auteur, comme c'est le cas pour la législation européenne des marques commerciales ou des dessins.

Ce que nous demandons à la Commission, c'est d'intervenir pour leur permettre d'offrir toute la gamme et la variété de leurs contenus. Cela serait conforme à l'article 167 §4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes duquel «l'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures». Une décision de la Commission d'intervenir conformément aux propositions soumises dans le présent Livre blanc, serait tout à fait justifiée, ne serait-ce qu'eu égard à l'utilité culturelle d'une telle initiative. Cela représenterait un pas important vers la réalisation des trois objectifs, étroitement reliés, qui sont fixés dans le document de travail des services de la Commission accompagnant la Communication de la Commission sur les contenus créatifs en ligne:

- «veiller à ce que les contenus européens exploitent leur plein potentiel en contribuant à la compétitivité de toute la diversité de la création de contenus et du patrimoine culturel et linguistique de l'Europe;
- actualiser ou clarifier les dispositions juridiques qui entraveraient la diffusion en ligne de contenus créatifs dans l'UE, tout en tenant compte de l'importance du droit d'auteur pour la création;
- encourager le rôle actif des utilisateurs lors de la sélection, de la diffusion et de la création des contenus.»¹⁵

Il est vrai que ce même document fait état du point de vue de ceux qui s'opposent à toute intervention de la Commission, aux motifs que les marchés des contenus numériques sont en perpétuelle évolution et restent imprévisibles, avec l'apparition de nouveaux contenus et formats, de nouvelles plateformes de distribution et de nouveaux modèles économiques, mettant fin, presque quotidiennement, au statu quo prévalant jusqu'alors, du caractère incertain des approches qui feront leurs preuves et des entités qui deviendront des acteurs incontournables du marché.¹⁶ Il n'est certainement dans l'intérêt d'aucune des parties prenantes que les principaux intervenants du marché soient ceux qui violent le droit d'auteur et entreprennent des activités de piratage. Pour les raisons déjà évoquées plus haut, notre réponse est que, les radiodiffuseurs doivent être en mesure de proposer leurs contenus sur les marchés émergents, afin que les modèles qui ont fait leurs preuves offrent aux Européens toute la gamme des contenus créés par les radiodiffuseurs.

Une égalité de traitement pour les services de médias audiovisuels (et assimilables à la radio) transfrontières en ligne, exploités à partir d'un Etat membre de l'UE, nécessite une action législative, sous la forme d'un cadre réglementaire modernisé, à entreprendre au niveau européen.

¹⁴ Version consolidé du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Journal Officiel C 115, 9.05.2008.

¹⁵ *Ibid.* SEC (2007) 1710, page 22.

¹⁶ *Ibid.* SEC (2007) 1710, page 12.

Chapitre 2

Politique actuelle de l'UE en matière de droit d'auteur, et nécessité d'une nouvelle vision

1. La libre circulation du contenu en tant que cinquième liberté

Ainsi que l'indique la Commission dans sa Communication sur les contenus en ligne, le transfert des services de contenus créatifs vers un environnement en ligne «est un changement radical». Cela signifie qu'il convient désormais d'accorder la priorité à la circulation des œuvres, afin de veiller au bon fonctionnement de la société de l'information, tout en s'attaquant au problème du piratage. Cela signifie également qu'il est indispensable d'adopter une approche plus globale sur cette question, qui tienne compte de tous les obstacles à l'accomplissement de cet objectif. Cette nouvelle approche doit se *fonder sur un principe général du droit européen* qui nécessite la levée d'obstacles injustifiés à la circulation de contenu licite.

Dans sa Communication intitulée «Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle», la Commission souligne la nécessité de favoriser la *libre circulation de la connaissance et de l'innovation*, «cinquième liberté» au sein du marché unique.¹⁷

L'idée de mettre en œuvre la libre circulation de la connaissance et de l'innovation - la «cinquième liberté» - au sein du marché unique est attrayante. Bien que cela ne soit pas expressément précisé dans le Traité CE, le traité sous sa forme actuelle consacre déjà cette idée, qui découle de l'association de plusieurs dispositions, principes et lignes directrices du traité, en particulier:

- l'objectif, défini dans le préambule du Traité, consistant à promouvoir le développement du niveau de connaissance le plus élevé possible pour leurs peuples par un large accès à l'éducation et par la mise à jour permanente des connaissances,
- la libre circulation des biens (articles 34 à 36 du Traité FUE anciennement articles 28 à 30 du Traité CE), pour autant que les contenus distribués en ligne soient copiés sous forme matérielle et de manière permanente au point de réception,
- la libre prestation des services (articles 56 à 62 du Traité TFUE, anciennement articles 49 à 55 du Traité CE) et
- les politiques communautaires dans les domaines de l'éducation et de la culture (en particulier l'article 167 du Traité TFUE, anciennement article 151 du Traité CE).

La cinquième liberté inclut la libre circulation du contenu créatif et l'accès à celui-ci. La politique européenne à venir sur le droit d'auteur devrait tenir compte de ce principe.

¹⁷ *Des efforts supplémentaires sont nécessaires pour favoriser la libre circulation de la connaissance et de l'innovation – la «cinquième liberté» - au sein du marché intérieur (soulignement ajouté). Le marché unique peut être une plateforme pour stimuler l'innovation en Europe. Il encourage la diffusion des nouvelles technologies à travers l'UE. Il convient bien aux réseaux – virtuels ou réels – et favorise le développement d'un secteur logistique sophistiqué permettant une gestion intégrée des flux de biens, d'énergie, d'information, de services et de personnes. Il facilite l'échange de connaissances par la mobilité des travailleurs, des chercheurs et des étudiants.» COM (2007) 724 final.*

2. Accès aux droits et circulation des œuvres en tant que raison d'être de la protection du droit d'auteur

Sans qu'il soit question de remettre en cause les aspects fondamentaux du droit d'auteur et de la protection des droits existants (droits exclusives et droits de rémunération), il convient de souligner qu'encourager la diffusion la plus large possible des œuvres d'art et du savoir est l'une des principales raisons d'être de la protection accordée aux auteurs, éditeurs, producteurs et détenteurs de droits voisins.

Ce point revêt une importance particulière dans les systèmes de droit d'auteur, au sein desquels la politique en matière de droit d'auteur est, depuis toujours, centrée sur l'intérêt général, et particulièrement sur les deux objectifs suivants: *encourager les auteurs à créer et favoriser la diffusion de nouvelles connaissances*.¹⁸

Ces objectifs axés sur l'intérêt général occupent une place moins importante dans les systèmes de droits des auteurs, qui se fondent explicitement sur la théorie du droit naturel et qui sont centrés sur la protection de l'auteur, pris isolément. Ces objectifs sont toutefois présents dans ces systèmes et expliquent l'une des caractéristiques essentielles du mécanisme de protection (essentiellement eu égard aux droits patrimoniaux). Il convient de remarquer également que, dans une certaine mesure, cet objectif de diffusion ne va pas seulement dans l'intérêt du public mais également dans celui de l'auteur, étant donné qu'un utilisateur peut lui-même devenir un auteur et que la créativité peut pâtir de droits de propriété intellectuelle excessivement limités.

On peut formuler la même observation au niveau international. La Déclaration universelle des droits de l'homme garantit le droit humain de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent (article 27, paragraphe 1) et reconnaît le droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (article 27, paragraphe 2). Cet objectif d'intérêt général est également clairement énoncé, au niveau international, dans les Traités de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur et les interprétations et exécutions et les phonogrammes.¹⁹ L'Union européenne a intégré l'objectif de diffusion de la culture dans la définition de la politique menée dans le domaine du droit d'auteur.

Par conséquent, l'objectif de libre circulation des contenus créatifs en ligne, qui doit être compris comme traduisant l'objectif global de diffusion de la connaissance et de la culture, doit être pris en compte dans l'établissement de la politique en matière de droit d'auteur.

Il est clair, pour ce qui est du but recherché (la dissémination), que la réforme du droit d'auteur au niveau européen doit se poursuivre afin de régler le problème principal, qui est celui de la gestion et de l'obtention des droits d'auteur.

¹⁸ Au Royaume-Uni, le Statut d'Anne (1710) précisait que l'objectif était d'encourager l'apprentissage. La Constitution des Etats-Unis justifie de la même manière la protection du droit d'auteur.

¹⁹ Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur reconnaît «la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne». Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes contient une disposition identique («reconnait la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des artistes interprètes et exécutants et des producteurs de phonogrammes et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information»).

Malheureusement, jusqu'à aujourd'hui, la plupart des problèmes liés à la gestion des droits d'auteur (le plus souvent, il s'agit de gestion collective) ont été traités dans le cadre du droit de la concurrence, avec un succès limité. Sur la base de l'expérience ainsi acquise, on pourrait raisonnablement conclure que le droit de la concurrence ne constitue pas l'outil approprié pour assurer la circulation souhaitée des contenus en ligne, notamment lorsque ces dispositions législatives vont à l'encontre de l'efficacité souhaitée des mécanismes de gestion collective, des accords collectifs étendus, etc., qui sont nécessaires au développement de la distribution des contenus en ligne.²⁰

Accorder une plus grande importance à l'accès, tout en maintenant un niveau élevé de protection du droit d'auteur, est parfaitement compatible avec les instruments internationaux existants, pour autant que les solutions techniques adoptées ne contredisent pas les règles de protection minimale au niveau international. Cela laisse en effet une ample marge de manœuvre pour réaliser des ajustements et des réformes au niveau européen y compris par le biais du «test en trois étapes» pour les exceptions et les limites.²¹

Au niveau de l'UE, il conviendrait de parvenir à un équilibre entre la liberté de circulation du contenu et la protection des droits exclusifs. La question de la gestion des droits doit être intégrée à une politique plus large de liberté de circulation et être traitée principalement dans le contexte de la politique en matière de droit d'auteur. Cette approche européenne d'une politique plus large serait parfaitement en ligne avec les exigences des accords internationaux.

3. Lacunes de la politique actuelle en matière de droit d'auteur

3.1 Des droits forts, mais un accès limité

Au cours des 20 dernières années, le processus d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins à l'échelle européenne a abouti à la mise en place de nouvelles formes de protection de droits et d'objets protégés dans la législation des Etats membres de l'UE, ce qui a joué en faveur d'un élargissement de la portée de la propriété intellectuelle, jusqu'à un niveau jamais atteint auparavant: sept directives dans le domaine du droit d'auteur, une directive générale sur l'application des droits de propriété intellectuelle et d'autres instruments législatifs.²²

Afin d'atteindre les objectifs fixés en matière d'harmonisation et de libre circulation par l'UE, les efforts ont, dès le début, porté principalement sur la mise en œuvre d'un degré de protection élevé,²³ ce qui ressort clairement du Préambule de tous

²⁰ En outre, l'application du droit de la concurrence engendre une grande incertitude pour ce qui est de la validité des accords dans ce domaine.

²¹ Voir la récente «déclaration» du Max Planck Institute sur le test en trois étapes dans le domaine du droit d'auteur (http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/news/declaration_on_the_three_step_.cfm).

²² Comme la directive relative à l'accès conditionnel.

²³ Dans sa Communication du 17 janvier 1991 «Suivi du Livre vert - Programme de travail de la Commission en matière de droit d'auteur et de droits voisins», la Commission souligne la nécessité d'harmoniser le droit d'auteur et les droits voisins et de mettre en place un niveau de protection élevé, ces droits étant essentiels pour la création intellectuelle. La Commission souligne également que la protection de ces droits assure le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, du secteur de la culture, des consommateurs et de la société dans son ensemble.

les instruments d'harmonisation pertinents.²⁴ Dans ce processus, la justification à vocation incitative de la protection du droit d'auteur a été considérée comme la principale motivation du renforcement des droits.²⁵ Ces considérations sont cohérentes avec les objectifs industriels et culturels de l'Union européenne.

En revanche, comme cela ressort clairement de l'étude réalisée par l'IVIR, intitulée «The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy»,²⁶ non seulement la question de l'accès à des œuvres protégées n'a pas vraiment été traitée, mais on pourrait faire valoir que le renforcement du droit d'auteur pourrait bien avoir créé de nouveaux obstacles à la circulation des œuvres sur les réseaux électroniques.

Nous soutenons certes ce degré élevé de protection, mais dans le cadre de ce processus, une faiblesse est clairement apparue dans l'*acquis communautaire* concernant la circulation des œuvres et des autres matériels protégés et de l'accès à ceux-ci. **Ce qui manque, c'est un régime complémentaire d'obtention des droits**, afin de pleinement réaliser les objectifs de libre circulation.

Malgré le fait que, dans plusieurs préambules, il soit fait référence à l'intérêt général de la diffusion de la culture, qui sous-tend la plupart des systèmes de protection du droit d'auteur, la législation n'a pas prévu de disposition adéquate pour faciliter la circulation ou l'exploitation des œuvres. Ce constat est particulièrement vrai dans l'environnement en ligne, où la règle dite de l'épuisement du droit ne s'applique pas.²⁷

En ce qui concerne la musique, par exemple, pour laquelle la gestion collective et les accords réciproques internationaux sont les plus élevés, le manque d'approche cohérente concerne principalement les droits de distribution à la demande, liés aux droits d'exécution octroyés aux programmes de radio et de télévision, qui sont nécessaires pour la distribution en ligne à la demande des programmes. Hormis quelques pays où les radiodiffuseurs ont pu conclure des arrangements séparés, cette utilisation à la demande se heurte à la réticence de certains producteurs de phonogrammes, qui hésitent à confier à leurs sociétés de gestion collective des droits à la demande adaptés aux besoins quotidiens des radiodiffuseurs. En outre, certains développements - comme les menaces formulées par certains éditeurs de musique de se retirer des sociétés membres de la CISAC et de confier les droits en ligne pour l'ensemble de l'Europe à une seule société de gestion ou à une nouvelle entité chargée d'octroyer les licences comme la CELAS - aggravent le risque de fragmentation des droits et/ou du répertoire.

²⁴ Il convient toutefois de relever que, certains aspects de cette harmonisation «vers le haut» sont également justifiés par le fait qu'il est toujours plus facile de renforcer des droits que de priver certains détenteurs de droits d'un niveau de protection acquis sur leur territoire : cela est particulièrement vrai pour l'harmonisation de durée de la protection.

²⁵ It should be noted, however, that, in some respects, certain aspects of this upwards harmonization are also justified by the fact that it is always easier to reinforce rights than to deprive certain right owners of a level of protection acquired on their territory; this is especially true for the harmonization of the term of protection.

²⁶ Rapport final, novembre 2006, www.ivir.nl/publications/other/IVIR_Recast_Final_Report_2006.pdf, désigné ci-après l'«étude IVIR», page 22: «On pourrait même pousser le raisonnement plus loin et affirmer que le processus d'harmonisation, qui a conduit presque inévitablement à un rapprochement des lois au niveau de protection le plus élevé existant au sein de l'UE, a eu un effet néfaste sur le marché intérieur en créant des droits nouveaux, ayant une portée plus importante, qui sont désormais exercés au niveau national, et qui, par conséquent, constituent des obstacles à la libre circulation des biens et des services.»

²⁷ Voir le considérant 29 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur, *op.cit.*

En ce qui concerne les œuvres audiovisuelles, la situation est plus complexe car le niveau de gestion collective et de coopération internationale entre les sociétés de gestion collective n'est pas comparable (notamment en raison des caractéristiques particulières de la liste des coauteurs et des droits à la rémunération des auteurs). Les pratiques sont raisonnablement bien établies pour ce qui est des droits d'exécution dans chaque pays. C'est le cas dans la plupart des pays, grâce à un ensemble d'accords de radiodiffusion individuels avec le producteur et de licences globales pour la rémunération des auteurs. Cependant, il existe des difficultés pour les droits à la demande, car ces derniers ne sont pas toujours détenus par les sociétés des auteurs (ou sont exercés de manière concurrentielle par rapport à la gestion individuelle). Tout cela rend l'obtention des droits très difficile, notamment dans l'environnement en ligne. Il en va de même pour les œuvres artistiques mais, dans ce cas, l'impact reste moindre.

Les obstacles actuels à la libre circulation sont les conséquences d'une approche fragmentaire de la législation sur le droit d'auteur au cours de ces 20 dernières années. La question de l'exploitation et de l'accès via des réseaux électroniques a, par exemple, été prise en compte uniquement en relation avec des domaines et des questions spécifiques, comme la retransmission par câble, la responsabilité des intermédiaires sur les réseaux de communication électroniques, certaines exceptions au droit d'auteur et l'utilisation et l'octroi de licences pour la musique. Cette approche n'a eu qu'un impact limité, comme on peut le constater en prenant connaissance du tableau en Annexe 1.

Cela signifie que l'accent doit désormais être mis sur l'amélioration de l'accès. Un meilleur accès aux droits qui doivent être obtenus pour l'utilisation des œuvres:

- répondra aux besoins des utilisateurs et des consommateurs;
- encouragera la production et la circulation des contenus au profit de tous les acteurs du secteur du contenu;
- donnera aux auteurs et au secteur, des moyens beaucoup plus étendus pour mettre leurs contenus à la disposition des consommateurs, et par conséquent;
- augmentera progressivement leurs revenus.

L'observation du fonctionnement des économies de la communication et des réseaux vient étayer ce constat.²⁸

Jusqu'à présent, la politique européenne sur le droit d'auteur a mis l'accent sur des droits forts, alors que la facilité d'accès n'a pas été suffisamment prise en compte. Le seul instrument contraignant sur l'obtention des droits dans le cadre de la législation européenne sur le droit d'auteur est la directive «satellite et câble». Pour réaliser les objectifs de la liberté de circulation des œuvres et autres matériels protégés, et de l'accès à ceux-ci, un système d'obtention des droits doit être mis en place, qui tient compte des nouvelles technologies.

²⁸ Les lois relatives aux économies des réseaux sont bien connues; pour en avoir une bonne vue d'ensemble, consulter *Shapiro/Varian*, *Information Rules*, 1999, page 13 et suivantes.

3.2 Les nouvelles priorités européennes en matière d'accès au contenu en ligne

La situation est clairement devenue anormale lorsque la circulation des œuvres sur les réseaux de communication électroniques a pris de l'ampleur. Dès 2005, ce phénomène a remis à l'ordre du jour la question de la circulation et de l'accès au niveau européen.

Une évolution importante a pu être constatée dans le cadre de la stratégie i2010, présentée par la Commission européenne en juin 2005 comme la nouvelle initiative en matière de politique communautaire pour la société de l'information et les médias jusqu'à 2010. Plusieurs initiatives touchant à la propriété intellectuelle en général, et au droit d'auteur en particulier, ont été prises dans ce contexte. Afin de soutenir et d'encourager le développement en Europe de services de contenu créatifs en ligne, la Commission a lancé une consultation publique sur le «Contenu en ligne dans le marché unique» en juillet 2006. Cette consultation a ensuite été complétée par une étude indépendante sur «le contenu interactif et la convergence». Ce processus a abouti à la Communication de la Commission sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique du 3 janvier 2008.²⁹

Dans cette Communication, la Commission fait part de son intention de lancer d'autres actions pour soutenir le développement de la distribution transfrontière des services de contenu créatif en ligne et, notamment, la préparation d'une Recommandation sur les contenus créatifs en ligne, ainsi que la création d'une plateforme de discussion et de coopération spécifique, la «Plateforme sur les contenus en ligne».³⁰

Plus récemment, la Commission a publié un Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, dont l'objectif était de «susciter un débat sur les meilleurs moyens d'assurer la diffusion en ligne des connaissances dans le domaine de la recherche, de la science ou de l'enseignement»,³¹ en exposant un certain nombre de problèmes liés au rôle du droit d'auteur dans l'économie de la connaissance.

Malgré le nombre d'initiatives, de rapports et de consultations sur ce thème, on pourrait craindre que certains des principaux problèmes concernant la circulation en ligne des contenus créatifs soient négligés dans le cadre des mesures législatives. En effet, la problématique choisie et l'approche quelque peu restreinte qui a été adoptée dans les derniers documents prélegislatifs, laissent craindre une telle éventualité.

Par exemple, la Communication sur les contenus en ligne s'intéresse à la définition des droits, à la gestion collective, ainsi qu'au droit applicable et au respect de celui-ci, mais laisse de côté un nombre de questions censées avoir «un impact limité sur la circulation des œuvres à grande échelle», comme les exceptions pour la mise à disposition des œuvres numérisées et des œuvres orphelines.³²

²⁹ Communication de la Commission sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, COM (2007) 836 final. Ci-après désignée Communication sur les contenus en ligne.

³⁰ D'autres initiatives portent notamment sur le réexamen du marché intérieur et la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, le réexamen (encore en cours) de la directive «satellite et câble» (93/83/CEE), le rapport sur la mise en œuvre de la directive de 2001 sur le droit d'auteur (2001/29/CE), le rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation sur la gestion des droits musicaux en ligne (2005/737/CE), ainsi que le deuxième rapport sur la mise en œuvre de la directive sur l'accès conditionnel (98/84/CE).

³¹ COM (2008) 466 final, page 3.

³² Cette dernière est couverte par une Recommandation précédente «encourageant les Etats membres à créer des mécanismes pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines et à promouvoir la disponibilité de listes d'œuvres orphelines connues». Recommandation de la

De même, le Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance a une portée relativement limitée, dans la mesure où il s'intéresse principalement à certaines exceptions au titre du droit d'auteur, considérées comme étant les plus pertinentes pour la diffusion de la connaissance (ce qui ne va pas sans contredire la Communication sur les contenus en ligne, eu égard à la portée de ces exceptions).³³ La Communication ne couvre pas plusieurs questions importantes liées à la diffusion des œuvres en ligne, comme le champ d'application des droits exclusifs (et la relation entre le droit de communication au public, le droit de mise à disposition et le droit de radiodiffusion), la gestion du droit d'auteur et l'obtention des droits, ni un certain nombre de questions de droit privé international ou de mise en œuvre. Cependant, d'un point de vue pratique, ces questions sont vitales si l'on veut que le contenu circule librement.

Une autre source de préoccupation est liée au fait que cette approche «*question par question*», loin de reposer sur un principe communautaire global, comme celui de la libre circulation des biens matériels dans l'environnement "hors ligne", ne pourrait aboutir qu'à des réformes timides ou limitées. Un excellent exemple de ce qui précède est la formulation de certaines questions³⁴ soulevées dans le Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, Certaines questions soulevées dans ce document laissent à penser qu'il serait dans l'intérêt des consommateurs et des professionnels, que le législateur européen instaure des normes douces (à caractère principalement non contraignant) dans ces domaines.

Enfin, on peut s'interroger sur la pertinence du recours à des instruments comme les recommandations (utilisées, par exemple, en ce qui concerne les œuvres orphelines), ou plus généralement à une législation non contraignante, pour répondre au défi posé par la diffusion en ligne des œuvres, compte tenu du nombre de questions qui méritent une réponse et d'obstacles structurels à relever. Pour citer la Commission, «s'abstenir de toute action législative ne paraît plus être une option appropriée».³⁵ Compte tenu des questions structurelles et de protection qui sont en jeu, «s'en tenir aux normes douces, tels que les codes de conduite, n'apparaît pas être une option appropriée».³⁶ En revanche, une approche plus large et plus complète est nécessaire.

Bien qu'il soit clair que la principale préoccupation de l'Union européenne concernant le droit d'auteur est passée à la question de la circulation et de l'accès dans l'environnement en ligne,³⁷ ce processus ne fait que commencer; il reste encore à mettre au point la politique et les principaux objectifs en rapport avec cette nouvelle approche.

Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, 2006/585/CE, *Journal officiel* L236, page 28.

³³ C'est-à-dire l'exception dans l'intérêt des bibliothèques et des archives, l'exception autorisant la diffusion des œuvres à des fins pédagogiques et de recherche, l'exception dans l'intérêt des personnes souffrant de handicap et l'éventuelle exception pour le contenu créé par les utilisateurs.

³⁴ Comme par exemple «Faut-il encourager les arrangements contractuels ou établir des lignes directrices pour de tels arrangements entre les titulaires de droits et les utilisateurs en ce qui concerne l'application des exceptions au droit d'auteur?» et «Faut-il encourager les arrangements contractuels ou établir des lignes directrices ou des licences types pour de tels arrangements entre les titulaires de droits et les utilisateurs sur d'autres aspects qui ne relèvent pas des exceptions au droit d'auteur?»

³⁵ Communication du 16 avril 2004 relative à la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur. COM (2004) 261 final, page 19.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Le «document de réflexion» de la Commission européenne d'octobre 2009 semble confirmer ce déplacement de l'intérêt vers l'accès et la circulation.

Chapitre 3

Vers une approche plus équilibrée: «des droits forts, un accès facilité»

1. Objectifs de la nouvelle politique en matière de droit d'auteur

Notre approche fondamentale repose sur la reconnaissance du principe spécifié au considérant 22 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur,³⁸ à savoir *faciliter la circulation la plus large possible des contenus en ligne, ainsi que l'accès à ceux-ci, tout en préservant un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle*. Ce double aspect s'explique par deux politiques fondamentales de l'Union européenne: la liberté de diffusion de la culture (et ses expressions dans l'environnement en ligne) et la protection de la propriété intellectuelle. Comme on l'a montré dans le chapitre précédent, cet équilibre visé n'a pas encore été atteint.

Dans le contexte actuel du droit d'auteur, *assurer un niveau de protection élevé pour les ayants droit* signifie essentiellement donner aux ayants droit les moyens de lutter contre le piratage, en clarifiant les règles sur la législation applicable en cas de violation et en veillant à ce que ces règles permettent de sanctionner, conformément aux normes européennes, les contrefacteurs basés à l'étranger, lorsque leurs services sont destinés à des utilisateurs installés dans l'UE.³⁹ Cela signifie également que les détenteurs de droits doivent recevoir une *rémunération équitable* pour l'utilisation de leurs œuvres ou autres matériels protégés. Il s'ensuit de cette approche que les droits existants en tant que tels devraient rester intacts et que toute réforme devrait se concentrer sur les mécanismes d'**obtention des droits**.

Les initiatives prises récemment par le législateur européen sur la circulation du contenu en ligne portent sur les œuvres musicales. Bien qu'il puisse exister une justification technique pour séparer, à un certain stade, les œuvres musicales des autres, du fait de différences au niveau de la protection en matière de contrats et de gestion, la mise en œuvre d'une approche législative «au coup par coup» dans ce domaine poserait problème et échouerait à supprimer les principaux obstacles à la circulation des œuvres. Cela est dû principalement au fait que l'exploitation des œuvres protégées par le droit d'auteur est actuellement étroitement interconnectée. Une législation facilitant la circulation des œuvres musicales ne contribuerait que très partiellement à la circulation de tous les types de contenu en ligne, si les autres types d'œuvres, parfois étroitement associées aux œuvres musicales (comme c'est le cas des œuvres audiovisuelles), étaient exclues de son champ d'application. Il est donc nécessaire de traiter les principales questions relatives au droit d'auteur et au marché en tenant compte de l'ensemble des œuvres et des prestations protégées.

En revanche, une révision complète du droit d'auteur dans l'UE en tant que telle n'est pas nécessaire; une réforme limitée **touchant le secteur des médias audiovisuels pourrait suffire**. Par ailleurs, conformément à l'objectif consistant à maintenir des « droits forts », la réforme devrait tendre à proposer des solutions qui **ne nécessiteraient pas une modification de la directive «droit d'auteur» de 2001**.

³⁸ Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *Journal officiel* L617, 22.06.2001.

³⁹ Cela inclurait bien entendu la fourniture aux radiodiffuseurs de moyens juridiques efficaces pour lutter contre le piratage de leurs signaux en Europe et en dehors. L'actualisation nécessaire du droit voisin international des radiodiffuseurs n'est toutefois pas à l'ordre du jour du présent document.

Néanmoins, la mise en œuvre de la « cinquième liberté » sur l'environnement en ligne nécessite l'identification de tous les obstacles à la liberté de circulation du contenu ou à son accès, de sorte que l'on puisse concevoir des solutions adéquates et compatibles. Il faut également pour cela une description claire des objectifs de la nouvelle politique du droit d'auteur. À partir de ce qui précède, il est possible d'identifier les **objectifs et les principes qui doivent guider l'Union dans la définition et la mise en œuvre d'une nouvelle politique du droit d'auteur**.

(i) Eliminer les barrières qui entravent actuellement la circulation des contenus en ligne

Conformément au principe fondamental de libre circulation des contenus en ligne, les Etats membres devraient être autorisés à sauvegarder un certain nombre de restrictions à celle-ci, uniquement lorsque la protection de l'objet fondamental du droit d'auteur ou des droits voisins le justifie et sous réserve de respecter un principe de proportionnalité (causalité, proportionnalité et absence de mesures moins restrictives).

L'introduction d'un principe d'expiration des droits, applicable à l'environnement en ligne, irait toutefois trop loin. En toutes hypothèses, il est incertain si les dispositions du Traité permettraient de justifier une telle extension.⁴⁰

Il faut une action législative visant à simplifier le processus d'obtention des droits, en adoptant un concept modernisé de communication au public. Ce concept devrait être le principe directeur pour l'adoption des mécanismes simplifiés d'obtention des droits pour les utilisations en ligne (évitant la nécessité d'une obtention des droits distincte dans chaque Etat membre de l'UE).

(ii) Eviter de créer de nouvelles restrictions à l'accès au contenu en ligne

Ce devrait être l'un des principaux objectifs de la nouvelle politique qui devrait être conditionné à un besoin de protection des droits de propriété intellectuelle. Des droits de propriété intellectuelle ne devraient généralement pas pouvoir être exercés, y compris ceux qui ne sont pas harmonisés au niveau européen, pour s'opposer à la circulation de services de médias audiovisuels en provenance d'autres Etats membres. Pour maintenir la liberté contractuelle, les détenteurs de droits exclusifs devraient demeurer libres d'octroyer leurs droits, uniquement dans des conditions convenues.

(iii) Neutralité au point de vue technique et en ce qui concerne la plateforme

Un autre objectif général devrait résider en la mise en œuvre d'une approche neutre du point de vue technique et des objets protégés. Du point de vue du droit d'auteur, cela implique l'adoption de règles neutres d'obtention des droits par rapport à la technologie et à la plateforme utilisée.

⁴⁰ A cet égard, on peut cependant relever un certain nombre d'observations formulées dans l'étude IVIR: « Il est intéressant de noter que l'arrêt rendu par la Cour Européenne de Justice dans l'affaire Coditel I, selon lequel une disposition contractuelle relative à un droit de communication au public territorialement divisé l'emporte sur la liberté des services consacrée dans le Traité, a été justifiée, *inter alia*, par le fait que la retransmission radiotélévisée dans l'UE s'organisait pour une large part autour de monopoles de radiodiffusion légaux. Voir *Coditel I*, paragraphe 15 et suivantes. Il est évident qu'il ne peut y avoir aucune justification à une division territoriale des droits dits en ligne. » Page 25, note de bas de page 101.

(iv) Harmoniser et améliorer la gestion collective des droits

Des conflits entre licences collectives et licences individuelles devraient être évités si possible grâce à une extension des systèmes collectifs c'est-à-dire avec l'inclusion, dans la législation, de systèmes d'octroi de «licences collectives étendues» et avec l'utilisation préférentielle d'octroi de licences collectives en général. Lorsque coexistent des systèmes d'octroi de licences collectives et de licences individuelles relativement à un même objet protégé, des mesures de protection contre des revendications individuelles devaient être garanties aux détenteurs de licences dans le cadre de n'importe quel système collectif.

En même temps, la question de l'octroi de licences collectives devrait être en premier lieu abordée dans le contexte de la politique du droit d'auteur, et non pas dans le seul optique du droit de la concurrence.

(v) Assurer des solutions pratiques pour l'obtention de droits musicaux

Il devrait être possible d'obtenir les droits et les payer de la manière la mieux appropriée, la plus efficace et du meilleur rapport coût/efficacité, notamment en ce qui concerne la musique intégrée à des programmes diffusés par des services de médias audiovisuels. Le système actuel d'accords réciproques entre sociétés de gestion collective devrait être maintenu afin de sauvegarder les licences multi-répertoires. Il devrait être également étendu à la distribution de services de médias audiovisuels sur toutes les plateformes, chaque fois que cela se justifie en termes économiques et culturels, sous réserve de l'application du droit de la concurrence et des règles assurant l'efficacité, l'équité et la transparence des entités de gestion collective.

2. Une nouvelle politique pour toutes les communications des médias audiovisuels

2.1 De la radiodiffusion aux médias audiovisuels

Traditionnellement, le droit d'auteur a été pensé pour la distribution de biens sous la forme de supports physiques de contenus protégés, tels que livres, CD, DVD. Elle s'est axée sur des droits étroitement définis et territorialement limités. Cependant, à l'avenir, les nouveaux services opéreront dans un environnement caractérisé davantage par la communication immatérielle que par la distribution physique de contenus.

Avec la numérisation, les programmes des médias audiovisuels sont mis à la disposition du public par le biais de plateformes de médias qui permettent différents modes d'accès aux contenus transmis sur les réseaux. La convergence gomme les frontières entre radiodiffusion simultanée, retransmission simultanée et communication de programmes audiovisuels décalée dans le temps et à la demande. De surcroît, la réception n'est plus seulement fixe mais devient mobile. La législation européenne sur le droit d'auteur devrait, par référence à la définition des services de médias audiovisuels contenue dans la directive «services de médias audiovisuels», appliquer le principe de neutralité technologique. Dans le contexte actuel de convergence des réseaux, une approche plus efficace est nécessaire en droit d'auteur.

Nous considérons que les droits de radiodiffusion et de mise à disposition des médias audiovisuels devraient être pensés dans le cadre plus large de la communication au public des médias audiovisuels, sur une base technologiquement neutre.

Les contenus transmis par la voie de la radiodiffusion traditionnelle seront à l'avenir accessibles sur de multiples plateformes. En même temps, les activités des organismes de radiodiffusion caractérisées traditionnellement par le caractère simultané et continu de la transmission des programmes évolueront vers de nouveaux modes de consommation des programmes décalée dans le temps et à la demande individuelle du public.

Il faut néanmoins relever que les activités de diffusion des programmes audiovisuels décalée dans le temps ou à la demande individuelle du public s'apparentent à la radiodiffusion en ce sens qu'elles appartiennent au concept commun de médias audiovisuels transmis à destination du grand public. **La communication au public de médias audiovisuels que ce soit en simultané ou à la demande devrait bénéficier d'un régime cohérent de libération et de gestion des droits. Ceci impliquerait d'adopter, en droit d'auteur, une approche technologiquement neutre des activités liées aux médias audiovisuels et de les distinguer du commerce électronique lié à la vente individuelle pure et simple de contenus en ligne.**

La communication de la Commission du 3 janvier 2008 sur les contenus en ligne envisage concrètement les différents services de contenus en ligne, notamment les services de médias audiovisuels en ligne (film, télévision, musique et radio) et aussi d'autres services de contenus (jeux en ligne, édition en ligne, contenus éducatifs, contenus générés par les utilisateurs).⁴¹

Récemment, la directive «services de médias audiovisuels» a défini précisément les fournisseurs de services de médias et les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires, indépendamment du type de communications électroniques utilisés. Le considérant 16 explique que la définition d'un service de média audiovisuel devrait couvrir uniquement «les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elles un impact manifeste.»

Toutefois, à ce jour, l'interprétation du droit de radiodiffusion en droit d'auteur n'englobe pas toutes les activités qui peuvent être développées sous le concept de médias audiovisuels.⁴² Le droit de radiodiffusion au sens du *droit d'auteur* reste traditionnellement limité aux services de médias linéaires diffusés sans fil (diffusion terrestre et satellitaire) et à la câblodistribution classique.

En outre, comme le tableau des droits figurant en annexe 2 le montre, la division théorique des différents droits d'auteur permet de renvoyer, pour une même utilisation dans le cadre d'un service de média audiovisuel, à plusieurs types de droits tels que droits de reproduction, de radiodiffusion et de mise à disposition, ce qui rend la situation incertaine et complexe en matière d'acquisition et de gestion des droits pour les activités des médias audiovisuels transmis au grand public sur les réseaux.

Pour assurer une gestion plus cohérente des droits dans le contexte des services de médias audiovisuels, la législation sur le droit d'auteur devrait traiter le règlement des droits en vue de la communication des médias audiovisuels au public, sur une base technologiquement neutre.

⁴¹ COM (2007) 836 final, page 2

⁴² Le champ d'application de la directive «services de médias audiovisuels» se limite aux services de médias purement audiovisuels (radiodiffusion télévisuelle ou service de médias audiovisuels à la demande (article 1(a)), dans le cadre desquels les programmes sont fournis afin d'être visionnés. Le champ d'application du présent Livre blanc est plus large, dans la mesure où il couvre également les services de médias uniquement sonores (radio).

Cette approche devrait permettre:

- **de couvrir la communication au public de services de médias audiovisuels linéaires (accessibles en simultané) et non linéaires (accessibles à la demande), quel que soit le type de communications électroniques utilisés;**
- **de couvrir la transmission de services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires en direction de tout type d'appareil de réception fixe et mobile;**
- **de séparer les activités liées aux services de médias audiovisuels des activités traditionnellement considérées comme relevant purement et simplement du commerce électronique telles que la distribution de livres et de supports sonores et audiovisuels vendus au détail individuellement en ligne.**

2.2 La distinction entre activités liées aux services de médias et activités relevant du commerce électronique

2.2.1 Les services de la société de l'information et les services de type «vente au détail»

La différence fondamentale entre les services de médias audiovisuels et les services de la société de l'information réside dans le fait que les médias audiovisuels linéaires et non linéaires ont pour fonction de *communiquer*, ce qui les différencie des opérations de pur échange commercial de biens et de services. Cette fonction autonome de communication de programmes d'information, d'éducation et de divertissement qui caractérise les médias audiovisuels exerce un profond impact sur le développement démocratique et culturel des sociétés européennes. Le droit européen des médias consacre cette distinction en adoptant une réglementation spécifique aux services de médias audiovisuels, différente de la réglementation applicable aux services de la société de l'information. Le droit d'auteur en Europe devrait connaître une évolution similaire de nature à faciliter la diffusion des médias audiovisuels en Europe dans le respect des fondements du droit d'auteur.

La directive du 8 juin 2000 «commerce électronique» définit les services de la société de l'information comme étant «tout service presté normalement contre rémunération à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.»⁴³ Le considérant 18 et l'annexe V de la directive «commerce électronique» énoncent les activités considérées comme caractéristiques de la société de l'information.⁴⁴ Peuvent être mentionnés:

⁴³ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), *Journal officiel* L178, 17.7.2000.

⁴⁴ L'annexe V fait référence à une «liste indicative des services non couverts par (la directive)» et, au point 3, cite les «services non fournis à la demande individuelle d'un destinataire de services», comme «a) services de radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi vidéo à la demande) ; b) services de radiodiffusion sonore; c) télétexte (télévisuel)».

- les services transmis de point à point, et sans aucun contrôle éditorial de la part de la personne à l'origine de la transmission. C'est le cas, par exemple, de la vidéo à la demande en tant que «substitut électronique» à la distribution physique de films;
- les services fournissant des communications commerciales par courrier électronique;
- la vente de biens en ligne;
- les services des prestataires techniques tels que la fourniture d'accès à un réseau, le stockage d'informations et l'hébergement de contenus de tiers, à la condition que le prestataire n'exerce aucun contrôle sur l'information transportée, stockée ou hébergée;
- les services fournissant des outils pour la recherche, l'accès et la récupération de données.

Cette liste montre que les services de la société de l'information englobent de simples prestations techniques de télécommunications et des services de contenus à la demande qui sont assimilables à un échange individuel de contenus autonomes entre particuliers par le biais d'installations de réseaux.⁴⁵

Les services de contenus relevant de la société de l'information consistent donc en la mise à disposition de contenus autonomes (c'est à dire sans les organiser sur la base de choix éditoriaux). Il peut s'agir, par exemple, de services de vidéos à la demande repris tels quels dans une base de données. Ces contenus autonomes peuvent faire l'objet d'acquisitions, de locations ou de prêts d'œuvres individuelles par des particuliers dans le cadre d'une distribution en ligne.

Cela est comparable à la définition des services de détail (en ligne) dans le cadre des règles du droit européen de la concurrence applicables aux contrats verticaux. Les lignes directrices sur les restrictions verticales définissent les «détaillants» comme «des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final».⁴⁶ Un service «de type vente au détail» est donc caractérisé par 1) la revente 2) de biens matériels d'un tiers 3) acquis par le distributeur. La simple acquisition de films sur DVD et la revente en ligne de ces DVD aux consommateurs pourraient illustrer ce processus de transactions au détail.

2.2.2 Les services de médias audiovisuels et les services assimilables à la radiodiffusion

La directive «services de médias audiovisuels» définit en revanche un régime propre aux services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires. Les services de radiodiffusion traditionnels ont toujours été séparés du régime de la directive «commerce électronique». Depuis la directive, tous les services de médias audiovisuels qu'ils soient linéaires (en simultané) ou non linéaires (à la demande) sont soumis à un régime spécifique, distinct de celui applicable au «commerce électronique». Le trait fondamental des services de médias audiovisuels réside dans le fait qu'ils sont transmis sous la responsabilité éditoriale

⁴⁵ Un type d'activité se rapproche de ce que l'on considère comme étant des services de médias audiovisuels : les services incluant ceux qui ne sont pas rémunérés par les individus qui les reçoivent, comme les services offrant des *informations en ligne* ou des communications commerciales.

⁴⁶ Voir le paragraphe 28 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, *Journal officiel* C 291, 13.10.2000, p. 1-44.

d'un fournisseur de services de médias. La responsabilité éditoriale qui identifie l'activité du fournisseur de service de média consiste en «l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue, dans le cas des services de médias audiovisuels à la demande.»

Par souci de clarté, lorsque les services de médias audiovisuels remplissent les critères de la définition des services de la société de l'information contenus dans l'article 2 de la directive «e-Commerce», les règles de cette directive s'appliqueront parallèlement aux règles de la directive sur les services des médias audiovisuels. Dans la pratique, ce ne sera le cas que pour les services audiovisuels non linéaires, car les services de télévision n'entrent pas dans la définition actuelle des services de la société de l'information. Il y a néanmoins quelques règles spécifiques de la directive sur les services de médias audiovisuels relatives aux questions liées au contenu qui, en tant que règles spéciales, devraient prévaloir sur les règles plus générales de la directive «e-Commerce». En particulier, dans tous les domaines où la directive sur les services de médias audiovisuels fixe des règles harmonisées pour les services non linéaires de médias audiovisuels, ce sera le principe plus fort du pays d'origine de la directive sur les services de médias audiovisuels qui s'appliquera. Cela signifie que le principe du pays d'origine a été renforcé par rapport à la situation précédente, de sorte que la fourniture transfrontière de services non linéaires de médias audiovisuels est facilitée. Cet effet, qui est politiquement voulu, a été explicitement énoncé dans les considérants 2, 7 et 10 de la directive sur les services de médias audiovisuels.

Le considérant 17 de la directive «services de médias audiovisuels» explique que «les services de médias audiovisuels à la demande présentent la caractéristique d'être 'de type télévisuel', ce qui signifie que, s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle et que, vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive». Etant donné que la législation sur le droit d'auteur ne fait pas de distinction entre radiodiffusion télévisée et radio, on peut imaginer une notion similaire pour les services uniquement sonores, assimilables à la radio.

Dans la législation européenne actuelle, on peut distinguer entre les activités économiques qui consistent à communiquer des services de médias audiovisuels sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur, et celles qui consistent uniquement à proposer des contenus individuels à la vente, à la location ou au prêt au détail. La modernisation du cadre du droit d'auteur devrait prendre en compte cette distinction, en particulier en ce qui concerne l'acquisition et la gestion des droits sur les œuvres et prestations protégées intégrées dans les programmes des services de médias.

2.3 La radiodiffusion dans la législation sur le droit d'auteur

2.3.1 Le droit de radiodiffusion dans la Convention de Berne

La Convention de Berne définit le droit de radiodiffusion de manière large quoiqu'insuffisamment précise. Elle utilise les termes «droit de radiodiffusion» et «droit de communication publique».

La caractéristique essentielle est que la radiodiffusion implique la *communication d'œuvres* au public et non la distribution d'exemplaires individuels. La Convention permet aux législations des pays signataires de régler les conditions d'exercice des droits de radiodiffusion et de communication publique à la condition de respecter le droit moral de l'auteur et le droit de l'auteur à une rémunération adéquate.

La Convention de Berne laisse de la marge pour une définition plus précise du droit de communication au public et du droit de radiodiffusion.

2.3.2 Le droit de communication au public dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

L'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 redéfinit et complète en partie le droit de communication au public. Il énonce deux prérogatives de l'auteur.

La première prérogative confère à l'auteur le droit exclusif d'autoriser la communication au public. Ce droit «parapluie» ou générique s'étend à toute communication de l'œuvre au public à distance par fil ou sans fil.⁴⁷ Il englobe notamment le streaming de programmes en simultané dans l'Internet et le webcasting.⁴⁸ A ce titre, l'article 8 du Traité de l'OMPI peut être considéré comme simplement déclaratoire.⁴⁹ Précisons que les services de quasi vidéo à la demande, pour lesquels le moment de transmission de l'œuvre est décidé par le fournisseur du service, doivent être considérés comme appartenant au droit de radiodiffusion (linéaire) au sens de la Convention de Berne⁵⁰ et au droit de communication au public au sens de l'article 8 du Traité de l'OMPI.⁵¹

La seconde prérogative confère à l'auteur le droit exclusif d'autoriser «la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.»

Un complément d'explication est ici nécessaire. L'histoire du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur montre que le droit de mise à disposition a été imaginé en relation avec les droits de distribution et de location de biens matériels hors ligne. En ce sens, le droit de mise à disposition peut être interprété comme couvrant spécifiquement la distribution électronique de contenus individuels qui devait se substituer dans le futur, fut-ce partiellement, au commerce physique de contenus individuels (livres, CD, DVD ...).⁵²

Cependant, l'instauration de ce droit permettait aussi d'indiquer qu'une diffusion successive de contenus à distance, et non plus simultanée, continuait de pouvoir relever du droit de communication au public. Par conséquent, il était entendu que les Etats signataires auraient la liberté de mettre en œuvre le droit de mise à disposition dans leur système national, soit sous la forme d'un droit de communication, soit sous la forme d'un droit de distribution, pourvu que l'esprit du Traité soit respecté.⁵³

⁴⁷ Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8 paragraphe 11.

⁴⁸ Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8 paragraphe 20, page 109.

⁴⁹ On considère parfois que la radiodiffusion linéaire par streaming est déjà couverte par le droit de radiodiffusion traditionnel; Schack, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung*, GRUR 2007, pages 639 et 641.

⁵⁰ Cour européenne de justice, 2 juin 2005, C89/04 Mediakabel.

⁵¹ Schack, *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung*, GRUR 2007 pages 639 et 641 (droit de radiodiffusion); Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8 paragraphe 20, page 110, faisant une différence selon le niveau de choix donné à chaque utilisateur. Plus l'utilisateur a de choix, plus le modèle relèvera du droit de mise à disposition.

⁵² Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8, paragraphe 16.

⁵³ Von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, 2008, 17.72.

Il est admis que la portée spécifique du droit de mise à disposition est de couvrir la vente et la location d'exemplaires individuels d'œuvres aux particuliers sous format électronique, en tant que substitut dans l'Internet (en ligne) du commerce physique de biens (hors ligne).

Néanmoins, il existe un manque de clarté en ce qui concerne certaines activités de plus en plus habituelles des organismes de radiodiffusion telles que le «podcasting» et la transmission de programmes de services de médias vers des appareils de réception fixe ou mobile sur demande individuelle du destinataire, dans la mesure où elles ne peuvent pas être englobées entièrement dans le droit de radiodiffusion au sens traditionnel et peuvent être considérées comme une mise à disposition.

Or, en tant qu'activités de médias audiovisuels, elles s'apparentent à la radiodiffusion et non au commerce électronique de contenus individuels pour lequel la protection du droit de mise à disposition avait été initialement à proprement parler conçue.

De fait, les activités liées aux services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires et celles relevant uniquement du commerce électronique de contenus individuels destinés à la vente et la location au détail engagent des schémas économiques et culturels différents.

Il s'indiquerait donc de prendre en compte le concept de services de médias au sens de la directive «services de médias audiovisuels» dans la législation sur le droit d'auteur en Europe, en tout cas pour ce qui concerne l'acquisition et la gestion des droits nécessaires aux activités des fournisseurs de services de médias audiovisuels sur les réseaux.

2.3.3 Le droit de radiodiffusion dans la directive «satellite et câble»

La directive «satellite et câble» régit l'acquisition des droits pour la radiodiffusion ou communication au public par satellite et la retransmission par câble.⁵⁴ La retransmission par câble, au sens de la directive, est définie étroitement sur le plan technologique. Cette approche entraîne des incertitudes concernant l'application des dispositions de la directive sur le règlement des droits, par exemple, en cas de streaming de programmes par satellite utilisant le protocole Internet ou de retransmission par fil utilisant la technologie ADSL et VDSL.

La directive «satellite et câble» n'exclut pas d'étendre les dispositions relative à la retransmission simultanée d'émission radiodiffusées sur une base technologiquement neutre. Une mise à jour de celle-ci intégrant les notions de communication de médias audiovisuels et de retransmission simultanée de services de médias audiovisuels, quel que soit le réseau utilisé, augmenterait la cohérence et la sécurité juridique.

2.3.4 Le droit de communication au public dans la directive «droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information»

L'article 3 (1) de la directive du 22 mai 2001 «droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information» confère aux auteurs et aux titulaires de droits voisins le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs

⁵⁴ Pour mieux cerner le contexte de la directive «satellite et câble» de 1993, voir, par exemple, Rumphorst, *The EC Directive on Satellite and Cable, Diffusion* (UER), Automne 1993, page 30 et suivantes ; Dreier, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, II. Abschnitt. Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates, Nr. 3, in Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert, *Quellen des Urheberrechts*, Band 6.

œuvres et prestations protégées, par fil ou sans fil, y inclus la mise à disposition de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Le texte de la directive ne définit pas spécifiquement le droit de communication au public.⁵⁵ Cependant, le considérant 23 de la directive indique que ce droit doit être compris dans un sens large couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la transmission. Il inclut la radiodiffusion et la mise à disposition.

Il est évident que la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur est compatible avec une approche technologiquement neutre de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins en relation avec la fourniture de services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires.

Une analyse des législations internationale et européenne sur le droit d'auteur montre qu'elles permettent l'application d'un régime cohérent d'obtention des droits pour les activités liées à la fois à la radiodiffusion (services de médias audiovisuels linéaires) et aux services de médias audiovisuels à la demande (services de médias audiovisuels non linéaires).

3. Communication au public, radiodiffusion, mise à disposition: une approche cohérente est nécessaire

3.1 La communication au public des services de médias (audiovisuels) comme concept de base

Que retenir de cet aperçu de la législation internationale et européenne sur le droit d'auteur ?

Tout d'abord, le contenu est de nos jours proposé de diverses manières en ligne et par d'autres plateformes. Seules certaines de ces manières sont considérées comme étant de la radiodiffusion dans le cadre du système traditionnel des droits, réglementé à l'article 11bis 1) i) de la Convention de Berne. Beaucoup de méthodes de transmission du contenu, actuelles et futures, nécessiteront la disponibilité de droits couvrant les droits de radiodiffusion, de retransmission, à la demande et certains droits de reproduction.

La définition du droit de mise à disposition du public figurant dans la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur ne tient pas compte du fait que mettre des contenus à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès au moment et du lieu de son choix signifie des réalités différentes selon qu'il s'agit d'un service de média accessible à la demande ou d'un service de vente au détail d'exemplaires d'œuvres en format électronique. Cette directive n'indique pas non plus clairement dans quelle mesure les services de médias à la demande pourraient figurer dans le droit de mise à disposition ou dans un droit de radiodiffusion couvrant les services de programmes linéaires et non linéaires (services de télévision améliorés).⁵⁶

⁵⁵ Cour européenne de justice, Affaire 306/05 - SGAE contre Rafael Hoteles, Rec.2006, page I-11519 No. 33 ; il n'est pas non plus défini dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, voir Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8, paragraphe 11.

⁵⁶ Voir l'article 1 e) et g) avec les considérants 20, 26 et 30.

On relève aussi des approches différentes dans les droits nationaux. Dans certains Etats membres, par exemple l'Allemagne, la Belgique ou la France, le droit de communication au public est un droit général qui couvre toutes les formes de communications au public et qui se distingue uniquement par opposition au droit de distribution d'œuvres et de prestations protégées sous la forme d'objets matériels. D'autres Etats membres adoptent une approche plus spécifique en précisant différents types d'utilisations dans des catégories de droits distincts.⁵⁷

Toutefois, les définitions du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et de la directive de 2001 sur le droit d'auteur laissent de la place à une définition des droits de « communication au public » qui correspondrait à la formulation utilisée dans la directive sur les services de médias audiovisuels, couvrant ainsi la radiodiffusion classique et les services à la demande.

En conclusion, le cadre international et européen du droit d'auteur permet de régler certains aspects du régime d'obtention des droits d'auteur, en référence au concept de communication au public et à l'activité des services de médias audiovisuels (linéaires et non linéaires) tels que définis dans la directive sur les services de médias audiovisuels. Une telle approche pragmatique permettrait de résoudre la difficulté résultant du recouvrement des droits de radiodiffusion et de mise à disposition intervenant dans nombre de méthodes de communication au public, actuelles et futures, de contenus des médias audiovisuels (incluant les médias sonores).

3.2 Les critères qui différencient les services de médias audiovisuels

A notre avis, il conviendrait d'utiliser les notions de fournisseur de services de média et de média audiovisuel dans la directive sur les services de médias audiovisuels, comme modèles pour développer un ensemble cohérent de règles sur l'obtention des droits, dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur. Cette approche permettrait l'adoption d'un nombre limité de principes au niveau européen de nature à garantir, dans tous les Etats membres, un régime cohérent d'acquisition et de libération des droits applicable à la communication de services de médias au public sous la forme linéaire et non linéaire.

La directive «services de médias audiovisuels» différencie l'utilisation non linéaire de l'utilisation linéaire, mais rappelle que ces deux utilisations sont couvertes par la notion de *services de médias audiovisuels* dans un contexte réglementaire, ce qui veut dire que ces services sont une communication au public et non des transactions commerciales individuelles.

Mentionnons quelques critères concrets qui pourraient être utilisés en droit d'auteur pour identifier la communication au public de services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires:

- les services audiovisuels de médias linéaires et non linéaires sont accessibles dans le cadre d'une offre programmée linéaire et/ou non linéaire et le public peut avoir accès à l'offre linéaire et/ou non linéaire dans son ensemble, gratuitement ou moyennant un paiement global. Les règles communes en matière de libération des droits applicables à la communication de ces services s'étendraient donc, en principe, à la télévision à péage, dans la mesure où cette activité entre dans le champ d'application de la directive sur les services de médias audiovisuels; en revanche, de telles règles ne s'appliqueraient pas aux services de type «vente au détail», c'est-à-dire aux opérations par lesquelles le public aurait accès à un contenu distinct, en échange d'un paiement direct ou indirect pour chaque

⁵⁷ C'est par exemple le cas de l'Autriche, qui a mis en œuvre le droit de mise à disposition sans le relier à un droit de communication au grand public. Paragraphe 18a de la loi autrichienne sur le droit d'auteur : *Zurverfügungstellungsrecht*.

élément du contenu. En d'autres termes, les communications des médias audiovisuels (radiodiffusion et activités assimilables à la radiodiffusion) sont celles qui entrent dans le champ d'application de la directive sur les services de médias audiovisuels, alors que les activités de type «vente au détail» sont celles qui ne sont **pas couvertes** par cette directive.⁵⁸

- les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires sont fournis sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de média. La définition de la responsabilité éditoriale exercée par le fournisseur d'un service de média figurant dans la directive «services de médias audiovisuels» devrait être reprise. Il s'en suit que la notion de service de médias implique une responsabilité dans le choix et l'organisation de l'offre des programmes, dans le respect de la législation «médias» européenne et des Etats membres dans le domaine des médias. A l'inverse, les activités relevant uniquement du commerce électronique consiste en la simple distribution de contenus tels quels (sans sélection ni organisation relevant de choix éditoriaux);
- chaque programme d'un service de média qu'il soit linéaire ou non linéaire est généralement constitué de plusieurs œuvres et prestations sélectionnées et organisées par un organisme de médias. Il n'est donc pas assimilable à la diffusion d'une ou de plusieurs œuvres individuelles de tiers accessibles en tant que telles. La distinction est dans ce cas évidente par rapport à l'échange individuel (de copies) d'œuvres par la voie des réseaux;

D'autres indicateurs pourraient théoriquement être imaginés: par exemple, le fait de savoir si les programmes du service de média non linéaire peuvent ou non faire l'objet d'un téléchargement permanent par le public. Mais il nous semble que de telles considérations techniques, qui peuvent facilement être détournées, ne sont pas décisives. Après tout, les enregistrements d'émissions pour une utilisation privée et pour être regardés ultérieurement peuvent déjà être actuellement réalisés.

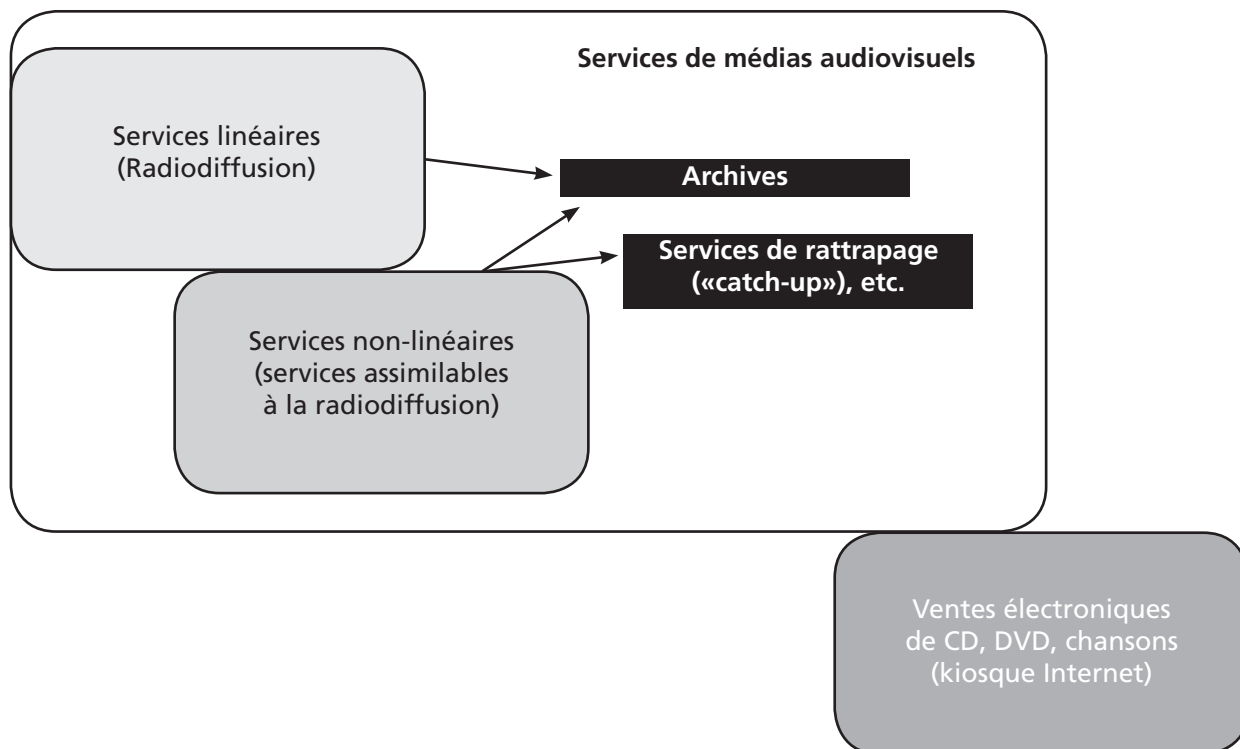
Il serait donc souhaitable, à notre avis, que le concept de communication au public de services de médias linéaires et non linéaires - sur la base duquel une clarification du régime de libération et de gestion des droits devrait être envisagée au niveau européen - couvre uniquement les activités des services de médias au sens de la directive «services de médias audiovisuels». La notion devrait être simplement étendue pour couvrir aussi les services de médias sonores et audiovisuels en continu (linéaire) et à la demande (non linéaire).

Cela signifie par exemple que les services de médias non linéaires du type «télévision de rattrapage» qui consistent en la diffusion décalée dans le temps de programmes diffusés également sous la forme linéaire, et les services non linéaires qui consistent en la diffusion de programmes complémentaires à l'offre linéaire de l'organisme de radiodiffusion devraient suivre un régime de libération des droits similaire à celui de la communication linéaire.

Le schéma graphique ci-dessous illustre la distinction entre activités de radiodiffusion et similaires à la radiodiffusion d'une part, pour lesquelles il nous semble approprié de clarifier les questions de libération de droits en Europe, et les services de type «vente ou détail» d'autre part.

⁵⁸ Une exception à cette stricte distinction doit être faite pour les services uniquement radio et les services assimilables à la radio, car la directive sur les services de médias audiovisuels couvre uniquement les services télévisés et assimilables à la télévision. De nombreux programmes de radio sont proposés en ligne par l'intermédiaire du podcasting, et il s'agirait alors clairement de services assimilables à la radiodiffusion. Un exemple typique de service uniquement radio, de type vente au détail, serait la vente en ligne de chansons individuelles.

Communication au public



En conséquence, la principale proposition pour mettre au point une nouvelle politique d'obtention des droits pour le monde audiovisuel repose sur ce qui suit:

L'introduction du concept de communication au public de services de médias linéaires et non linéaires en droit d'auteur, par référence aux définitions contenues dans la directive «services de médias audiovisuels» (mais comprenant les services uniquement sonores, assimilables à la radio) permettrait de simplifier le régime de libération des droits sur les contenus intégrés dans les programmes des médias, sur une base cohérente et technologiquement-neutre, et d'améliorer l'accès du public aux offres des médias audiovisuels européens.

Chapitre 4

Propositions de modernisation du cadre européen pour le droit d'auteur concernant les médias audiovisuels

Introduction

Dans le chapitre précédent, nous avons fondé notre politique sur une **approche sectorielle**, c'est-à-dire sur les médias audiovisuels qui entrent dans le champ d'application de la directive sur les services de médias audiovisuels (mais comprenant les services uniquement sonores, assimilables à la radio, ayant des caractéristiques semblables). Cela implique que pour les services de médias audiovisuels non couverts par cette directive, et qui ne sont donc pas «assimilables à la radiodiffusion», les propositions juridiques ci-après ne s'appliquent pas.⁵⁹

Cette approche, associée aux objectifs politiques présentés dans la première partie du chapitre 3, a des conséquences pour le cadre juridique relatif à certaines règles et pratiques d'obtention des droits, y compris les accords d'octroi de licences collectives. Bien que les propositions présentées ci-après entrent toutes sous l'intitulé d'*obtention des droits*, certaines d'entre elles se rapportent clairement aux règles actuelles de la directive «satellite et câble», à savoir:

- le concept d'octroi de licences en ligne à l'échelle de l'UE (ou le principe du «pays d'origine», et
- l'obtention des droits de retransmission pour toute plateforme.

Il convient d'y ajouter, la question d'éviter des droits distincts pour la même activité (ou «reproduction accessoire»).

Les autres propositions traitent de l'octroi de licences collectives en général, ou de l'octroi de licences collectives pour un objet spécifique, ou en vue d'un tel objet, à savoir:

- le besoin général «d'octroi de licences collectives étendues»,
- la simplification de l'octroi de licences dans le domaine musical pour les fournisseurs de services de médias audiovisuels,
- l'utilisation de licences collectives pour débloquer les archives des radiodiffuseurs, et
- la supervision des sociétés de gestion collective.

Plusieurs options sont possibles pour incorporer ce nouveau cadre. Par exemple, une, nouvelle «directive sur le droit d'auteur des médias audiovisuels» pourrait être envisagée pour couvrir l'ensemble de ces propositions; Une autre option serait de regrouper toutes les questions d'octroi de licences collectives sous le couvert d'un cadre séparé sur l'octroi de licences collectives. Pour une meilleure vue d'ensemble, ces propositions seront divisées en deux groupes, à savoir celles reposant sur les principes d'obtention des droits déjà fixés dans la directive «satellite et câble» et celles pour lesquelles il conviendrait de créer un nouveau cadre européen.

⁵⁹ Quoique, bien entendu, il se pourrait bien que des arguments valables puissent être fournis pour préciser qu'au moins certaines des propositions ci-après devraient s'appliquer également à de tels services, mais ce n'est pas l'objet du présent document.

1. Un cadre juridique cohérent dans le cadre de la directive «satellite et câble»

1.1 Le régime légal applicable à la communication initiale des médias audiovisuels sur tous réseaux (principe dit du «pays d'origine»)

1.1.1 *Le principe de territorialité nationale*

La législation sur le droit d'auteur repose sur le principe de la territorialité nationale. En conséquence, tout acte de communication au public et la mise à disposition en ligne nécessitent une nouvelle autorisation de la part du détenteur des droits.

Cette exigence d'obtenir une nouvelle autorisation pour tout acte de communication au public s'applique uniquement dans le cas d'actes *distincts* de communication. Pour ce qui concerne la *même* communication en ligne d'une œuvre ou d'un autre matériel protégé par un droit d'auteur à partir d'un pays situé dans l'Union européenne, le droit d'autoriser cette communication dans l'UE ne relève que de la législation nationale de l'Etat membre où cette communication a son origine.

Le système actuel d'harmonisation au moyen de directives n'a pas d'effets sur la portée territoriale des législations nationales. Cela signifie que les droits de radiodiffusion demeureront des droits nationaux. Un droit de radiodiffusion supranational nécessiterait une réglementation européenne du droit d'auteur, mais ce n'est pas à l'ordre du jour. Et même si c'était le cas, les autorités de l'UE ne seraient pas habilitées à préjuger du système des droits nationaux de propriété des Etats membres. Par conséquent, un droit d'auteur au niveau de l'UE ne priverait pas les législations nationales de leur substance, mais mènerait à un système dualiste de droits, comme c'est le cas avec la législation européenne sur les marques commerciales et les dessins.

Cependant, il faut bien se rendre compte que la simple existence de 27 régimes nationaux de droits d'auteur dans l'UE, ne constitue pas, en soi, un obstacle aux services de médias transfrontières ; ce serait uniquement le cas si les fournisseurs de services de médias audiovisuels étaient toujours obligés d'obtenir les droits dans chaque Etat membre individuel, pour un acte unique de communication d'un service de médias transfrontière dans l'UE.

C'est pourquoi pour les services de médias de communication, le principe du «pays d'origine» a été créé, de manière à éviter l'application cumulative de législations nationales différentes à un acte unique de communication transfrontière, et pour n'appliquer que la législation d'un seul pays, à savoir celle du pays où l'acte de communication soumis au droit d'auteur a lieu, ou auquel le fournisseur de service de médias est le plus étroitement lié. Il est évident qu'une telle solution au principe de territorialité est bien plus souhaitable que la suggestion théorique d'étendre le principe d'épuisement du droit les communications en ligne.

Actuellement, les Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur n'harmonisent pas les dispositions du droit international privé. On estime parfois que la Convention de Berne contient des règles dans ce domaine mais celles-ci, notamment l'article 5 de la Convention de Berne, concernent uniquement le traitement des étrangers.

Au niveau européen, le Règlement Rome II⁶⁰ a défini une règle générale de conflit de lois en cas de violation des droits de propriété intellectuelle impliquant plusieurs Etats membres, sans toutefois parvenir à des conclusions claires. Le Règlement Rome I⁶¹ prévoit des règles de conflit de lois en matière de contrats de licences. Ces règlements présentent des lacunes quant au moment où l'acte de communication au public intervient et sur les droits qui doivent être cédés sous licences pour éviter une quelconque violation.

1.1.2 La question: l'application de la loi du pays d'origine du service de médias

Dans le domaine des médias, l'application de plusieurs lois nationales aux émissions de radiodiffusion télévisuelle diffusées par un organisme de radiodiffusion établi dans un Etat membre de l'Union n'est plus admise depuis la directive «Télévision sans frontières» du 3 octobre 1989.⁶² En application de cette directive, chaque Etat membre doit veiller au respect de sa loi nationale et des règles de la directive par les organismes de radiodiffusion qui relèvent de sa juridiction du fait qu'ils y sont établis. Ensuite, les Etats membres ne peuvent restreindre ou empêcher la diffusion d'une émission de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'un organisme de radiodiffusion établi dans un autre Etat membre (sauf lorsque la protection des mineurs est gravement mise en cause dans un programme et à la condition de respecter l'exigence de proportionnalité de la mesure de restriction).

La directive «services de médias audiovisuels» qui a transformé la directive «télévision sans frontières» en une directive sur les services de médias audiovisuels a confirmé l'application d'une seule loi nationale aux programmes des services de médias audiovisuels, qu'ils soient linéaires ou non linéaires (à la demande), à savoir celle du pays dans lequel le fournisseur du service de média en question est établi. Cette directive ne traite toutefois pas du droit d'auteur. Il faut donc clairement une réglementation complémentaire sur la question du droit d'auteur. En l'absence d'un tel règlement, l'incertitude subsiste sur la détermination du pays responsable de l'application du droit d'auteur dans le cas d'une communication transfrontalière d'un service de média transmis en ligne à partir d'un Etat membre de l'Union européenne.

La directive «satellite et câble» fournit quant à elle une solution pratique en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à une diffusion transfrontalière dans le cas de la communication au public par satellite d'émissions émises à partir d'un Etat membre de l'UE. Elle prévoit que l'acte de communication par satellite a lieu uniquement dans l'Etat membre dans lequel les signaux porteurs de programmes sont introduits, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre. Relevons que la directive n'impose aux législations nationales des Etats membres d'accepter cette définition d'un acte de communication par satellite, au sens du droit d'auteur, *que* pour les transmissions effectuées au sein de l'Union européenne. Il ne s'agit donc pas d'une règle de droit international privé.

⁶⁰ Règlement CE n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Journal officiel* L 199, page 40, entré en vigueur à compter du 11 janvier 2009.

⁶¹ Règlement CE n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Journal officiel* L 177, page 6, qui doit entrer en vigueur à compter du 17 décembre 2009.

⁶² Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (Télévision sans frontières), *Journal Officiel* L 298 page 23, modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997, *Journal Officiel* L 202 page 60.

Ce mécanisme prévoit, en conclusion, que toute licence de droits dans le cas d'une communication par satellite est régie uniquement par la loi de l'Etat membre dans lequel la communication du même signal porteur de programmes a son origine. Elle autorise donc la mise en place d'un système d'obtention des droits à *guichet unique* puisque les droits de communication par satellite ne devront être libérés que dans le pays d'origine. Précisons que la valeur des droits de diffusion devra naturellement prendre en compte tous les paramètres de l'émission par satellite, tels que l'audience effective, l'audience potentielle et la version linguistique, comme indiqué dans le considérant 17 de la directive.

1.1.3 Solution proposée

La solution de l'octroi de licences à l'échelle de l'UE pour la radiodiffusion par satellite devrait être étendue à la communication au public de services de médias sonores et audiovisuels sur tous réseaux de communications électronique, notamment en ligne. Une telle règle, technologiquement neutre, serait entièrement compatible avec la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur.

L'importance de cette proposition suffit à justifier l'examen plus approfondi des avantages et des inconvénients possibles.

- Un seul acte de communication à couvrir par une seule licence

L'émission d'*un seul et même signal* ne devrait nécessiter qu'une seule licence même si l'émission, par voie terrestre par exemple, déborde les frontières d'un pays. La règle de l'application d'une seule loi nationale à un *même* acte de communication par satellite, à savoir celle de l'Etat membre dans lequel cette transmission unique a son origine, confirme qu'une seule loi s'applique à un même signal même si l'étendue géographique de la diffusion (l'empreinte satellitaire) peut facilement s'étendre à plus de 40 pays. Cette règle est entièrement cohérente avec le droit d'auteur qui définit l'exploitation au moment de la communication de l'œuvre et non de sa réception.

Il serait donc justifié d'appliquer le même traitement à un acte de communication au public de services de médias audiovisuels en ligne, qu'ils soient linéaires ou non-linéaires. Comme pour la communication par satellite, les titulaires des droits sur les œuvres et prestations protégées maintiendraient le droit d'autoriser ou d'interdire la communication du service de média en ligne, et d'en déterminer les conditions.

- Pas de «course vers le bas»

Rappelons que la Commission, dans le contexte de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur, avait tenté de généraliser la solution retenue précédemment pour la communication par satellite mais s'était heurtée à une vive opposition de la part des ayants droit qui craignaient de perdre le contrôle sur la diffusion de leurs œuvres dans l'Internet. L'argument principal avancé à l'époque par les opposants à la localisation de l'acte de communication au public dans le pays d'origine de la transmission résidait dans le fait qu'il pourrait s'en suivre une «course vers le bas». Cet argument ne serait toutefois plausible que si l'application de règle du pays d'origine était introduite en tant que règle de conflit de lois mondiale et inscrite dans le droit international privé. Toutefois, cette proposition ne créerait pas une règle de droit international privé mais définirait simplement le concept au niveau européen d'un acte de communication au public de services de médias audiovisuels ayant son origine dans un Etat membre.

Comme c'est le cas avec la directive «satellite et câble», la règle définit simplement, dans le contexte des droits patrimoniaux de l'auteur et des titulaires de droits voisins, l'acte de communication par satellite qui a son origine à l'intérieur de l'Union européenne. Dans ce contexte, le risque d'une éventuelle «course vers le bas» ne tient pas du fait de l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins à laquelle la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur en Europe.⁶³ Pour la Commission, la règle du pays d'origine du service devrait être appliquée au sein de l'Union dès lors que l'harmonisation des législations nationales sur le droit d'auteur en termes de niveau de protection des ayants droits serait réalisée.⁶⁴ Or tel est le cas en ce qui concerne les activités des services de médias audiovisuels.

- Pas de nécessité d'octroi de licences «multiterritoriales» pour les services de médias audiovisuels

L'un des nombreux avantages de l'application en droit d'auteur de la loi du pays dans lequel intervient l'acte de communication à l'origine est de clarifier dans quels cas des licences dites «multiterritoriales» seraient juridiquement nécessaires. Du fait de la territorialité nationale du droit d'auteur, des licences «*multiterritoriales*» ne devraient être nécessaires que dans les cas où un fournisseur de services de médias mène des activités *distinctes* dans plusieurs pays, en exploitant des services de radiodiffusion *distincts* et en transmettant des signaux *distincts* dans ces différents pays. Dans ce cas, plusieurs licences nationales pour ces exploitations distinctes sur différents territoires nationaux, devraient être obtenues dans un ou plusieurs contrats de licences. Il n'y aurait toutefois pas besoin de licence multiterritoriale si cela concernait un seul et même service de média audiovisuel, communiqué à partir d'un seul Etat membre.

- Maintenir la liberté contractuelle

Certains avancent l'argument selon lequel l'application de la loi dite du pays d'injection du signal n'a pas empêché l'octroi de licences dont la portée territoriale serait limitée. Dans son examen de la directive «satellite et câble»,⁶⁵ la Commission observe aussi que certaines services de télévision sont codés et accessibles uniquement sur abonnement, et que même les télévisions en clair sont parfois diffusées par signal satellitaire codé, pour éviter qu'elles ne puissent être captées et visionnées au-delà des frontières nationales. Ceci est dû au fait que la directive «satellite et câble» n'interdit pas l'octroi de licences territorialement limitées qui peuvent être soumises à des conditions dans le monde linéaire.

⁶³ L'argument de la «course vers le bas» peut également être fondé sur la crainte exprimée par certains ayants droit à l'encontre d'une réglementation européenne qui générerait une forme de concurrence entre Etats membres, et entre sociétés de gestion collective opérant dans ces Etats membres, cherchant à attirer les fournisseurs de services de contenu en proposant le niveau le plus bas de protection du droit d'auteur et des conditions favorables en matière d'octroi de licences. Dans le contexte des transmissions par satellite, cette menace ne s'est pas traduite dans la réalité.

⁶⁴ «Si le Marché intérieur doit se traduire dans la réalité, il ne doit subsister aucun doute aux yeux d'un fournisseur d'un service quant au droit qui s'applique aux échanges commerciaux transfrontaliers. Deux facteurs fondamentaux sont à prendre en compte au moment de déterminer le droit qui s'applique : la préservation de l'intégrité de la protection des ayants droits, et la possibilité de fournir le service avec un maximum d'efficacité économique. Ceci semble donc indiquer que le droit applicable devrait être celui de l'Etat membre à l'origine du service. Mais si ce principe devait s'ériger en règle, il faudrait au préalable harmoniser de façon très étroite le droit des divers Etats membres, ceci afin d'éviter des détournements du commerce et une perte de protection des ayants droit. Une fois qu'une telle harmonisation aurait été instaurée, une règle du pays d'origine qui tienne compte des différents relais intervenant dans la chaîne de transmission pourrait alors être introduite.» Voir le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information, page 41. Voir aussi 14e considérant de la directive sur le satellite et le câble.

⁶⁵ COM 2002, 430 final, page 7.

La règle applicable à la radiodiffusion par satellite devrait être étendue sur une base technologiquement-neutre à toute communication au public de services de médias audiovisuels en ligne, c'est à dire y inclus la mise à disposition du public de programmes dans le cadre d'un service de média audiovisuel non linéaire au sens de la directive «services de médias audiovisuels» (services «broadcast like»).

1.2. Obtention technologiquement neutre de droits de retransmission

1.2.1 La question: la retransmission d'émissions sur toute plateforme nécessite l'obtention des droits

Pour promouvoir la disponibilité des services de radiodiffusion européens dans tous les pays de l'Union, la directive «satellite et câble» a instauré un système simplifié d'acquisition des droits pays par pays pour la retransmission par câble simultanée, inchangée et intégrale d'émissions en provenance des pays de l'Union. La directive donne une plus grande sécurité juridique aux entreprises de retransmission par câble en matière d'acquisition de droits et vise ainsi à favoriser la diffusion des émissions transfrontalière.

Les considérants de la directive ne laissent aucun doute: la retransmission par câble de programmes à partir d'autres Etats membres est un acte relevant du droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur.⁶⁶ Simplement, en prévoyant que le droit d'autorisation exclusif de retransmission par câble d'une émission des auteurs ne peut être exercé que par une société de gestion collective, la directive reconnaît la nécessité du mode collectif de gestion des droits compte tenu des caractéristiques de l'activité en question et elle *garantit* que les câblodistributeurs puisse l'exercer *licitement* au regard du droit d'auteur.

Libérer individuellement des droits dans le cas de la retransmission par câble qui comprend la diffusion d'œuvres et de prestations protégées en quantités innombrables, serait évidemment impossible. La mise en place d'un régime collectif obligatoire du droit d'autoriser la retransmission par câble des droits et prestations protégées rencontrait donc la demande pressante des câblo-opérateurs de bénéficier d'un régime praticable de libération de droits.⁶⁷

La directive «satellite et câble» exclut de la gestion collective obligatoire les droits détenus par les organismes de radiodiffusion sur leurs propres émissions dès lors que ces droits, bien moins nombreux, peuvent être obtenus individuellement par les câblo-opérateurs, au contraire des autres droits qu'ils ne peuvent raisonnablement libérer, en tant qu'exploitants du droit d'auteur et des droits voisins, *que collectivement* par la voie de sociétés de gestion collectives représentatives des droits.

⁶⁶ Voir considérant 27: «considérant que la retransmission par câble de programmes à partir d'autres États membres constitue un acte relevant du droit d'auteur et, le cas échéant, de droits voisins du droit d'auteur ; qu'un distributeur par câble doit donc obtenir, pour chaque partie d'un programme retransmis, l'autorisation de tous les titulaires de droits ;»

⁶⁷ Voir considérant 10: «considérant que, en particulier, les distributeurs par câble ne peuvent actuellement être certains d'avoir acquis réellement tous les droits liés aux programmes [faisant l'objet de tels accords ;]»

1.2.2 La solution proposée

Les multiples nouvelles plateformes numériques disponibles actuellement ouvrent le choix de plusieurs moyens de retransmission simultanée d'émissions (par voie terrestre ou par satellite direct) par delà les frontières à destination de tous les citoyens de l'Union européenne et notamment de ceux qui n'ont pas accès aux services traditionnels par câble. Aujourd'hui, les câblo-opérateurs et certains fournisseurs de services numériques par satellite ne sont plus les seuls acteurs sur le marché de la retransmission d'émissions. Sont également actifs sur ce marché des opérateurs de réseaux DSL ou IPTV, de téléphonie mobile et autres plateformes numériques (comme la TNT), qui fonctionnent exactement selon le même modèle économique.⁶⁸

On peut donc avancer que le régime d'obtention des droits mis en place par la directive sur le satellite et le câble pour les droits de retransmission des émissions ne peut plus être limité à la distribution par câble traditionnelle et devrait être rendu expressément applicable à tous les distributeurs de services de médias audiovisuels quelle que soit la plateforme de distribution utilisée.

L'article premier alinéa 3 de la directive «satellite et câble» assimilait déjà à la retransmission transfrontalière par câble la retransmission par ondes ultracourtes (sans fil) pour la réception publique d'une émission initiale à partir d'un autre Etat membre, ce qui fournit la preuve que l'intention initiale était bien d'appliquer largement le système simplifié d'acquisition des droits de retransmission.

Du point de vue des consommateurs, les nouvelles techniques de retransmission servent à lui donner accès à différents services de contenus et peuvent être utilisées concurremment. Cela implique que les opérateurs économiques qui retransmettent les émissions de tiers aux abonnés de leur service de distribution de contenus bénéficient d'une procédure facilitée d'obtention des droits quelle que soit la plateforme qu'ils exploitent. Concrètement, c'est déjà partiellement le cas puisque les opérateurs de réseaux à large bande (DSL ou IPTV) demandent eux-mêmes à être compris dans les contrats généraux existants relatifs à la redistribution par câble et à bénéficier de conditions identiques ou similaires.

L'égalité de traitement, la sécurité juridique et le respect du droit d'auteur justifieraient donc que le système simplifié d'obtention des droits de retransmission par câble, contenu dans les articles 9 et 10 de la directive «satellite et câble», soit étendu à tous les cas de *retransmission de services de programmes émis à partir d'un pays de l'Union par des opérateurs économiques distincts utilisant des plateformes «nouveaux médias» à fil, mobiles et autres sans fil*, tels que les réseaux à large bande, la téléphonie mobile et les plateformes terrestres ou satellitaires («bouquets»), pour autant que cette retransmission soit simultanée, complète et intégrale, que chaque abonné au service de retransmission soit clairement identifiable et que l'abonnement au service de distribution des émissions lui soit facturé par l'opérateur de la plateforme de distribution (séparément ou par l'acceptation de publicité sur la plateforme).

Il est donc légitime d'exiger que le même mode collectif d'acquisition des droits soit étendu à la retransmission simultanée, complète et intégrale d'émissions ayant leur origine dans les Etats membres, effectuée par tout opérateur économique qui emploie une telle distribution, pour son propre compte, au sens de l'article 11bis alinéa 1 (2) de la Convention de Berne, quels que soient la plateforme et le mode de transmission utilisés. Par souci de clarté, cela signifierait que les droits de retransmission détenus par le radiodiffuseur lui-même demeurent à acquérir auprès du radiodiffuseur concerné, tandis que les droits de retransmission sur les programmes qui ne sont pas détenus par le radiodiffuseur doivent être obtenus auprès des sociétés de gestion collective concernées.

⁶⁸ Il y aura bien entendu bientôt des chaînes de radio ou de télévision qui se consacreront spécialement à la diffusion sur la Toile (Télévision sur Internet), mais si ce service est assuré directement par les radiodiffuseurs, on ne pourra pas parler d'activité de retransmission par un autre organisme.

1.3 Interprétation de bon sens du droit de reproduction pour les communications des médias audiovisuels

1.3.1 La question: éviter que des droits distincts s'appliquent à la même communication

En droit international et européen, le droit de reproduction s'applique à toute forme de reproduction, y compris la réalisation d'enregistrements sonores et visuels.⁶⁹ Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur n'a pas modifié la définition du droit de reproduction figurant dans la Convention de Berne.

L'article 2 de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur stipule que le droit exclusif de reproduction s'applique à toute forme de reproduction directe ou indirecte ou provisoire ou permanente par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit en tout ou en partie des œuvres et des prestations protégées par les droits voisins. Une reproduction sous forme électronique, fut-elle transitoire, est donc en principe concernée. L'article 5(1) sur les exceptions et limitations exempte du droit de reproduction seulement les actes de reproduction provisoire qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou b) une utilisation licite. Cette exemption du droit de reproduction contenue dans l'article 5(1) de la directive indique qu'une certaine tolérance est indispensable à l'égard de reproductions accessoires effectuées pour les besoins stricts d'une transmission ou d'une utilisation licite, cette reproduction (purement matérielle) ne correspondant pas, *en tant que telle*, à une utilisation économique du droit.⁷⁰

Il est certain qu'une définition large du droit de reproduction est un outil juridique *essentiel* contre le *piratage*, quelle que soit la forme de l'exploitation illicite. En ce sens, une définition très large du droit exclusif de reproduction, telle que contenue dans l'article 2 de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur, est certainement justifiée.

Cependant, la situation est entièrement différente lorsqu'une personne est *autorisée* par contrat (ou en vertu de la loi),⁷¹ à exercer des droits de communication au public pour une utilisation précise, comme c'est le cas lorsqu'un fournisseur de médias audiovisuels a acquis auprès des ayant-droits les autorisations de communiquer au public les œuvres et prestations protégées dans un service de média linéaire ou non linéaire.

⁶⁹ Articles 9(1) et 9(3) de la Convention de Berne.

⁷⁰ Voir récemment Cour Européenne de Justice 16 juillet 2009, affaire C-5/08, «Infopaq», consultable sur <http://www.curia.int>, quant à l'interprétation stricte du concept de reproductions «transitoires» selon l'article 5(1) de la directive 2001 sur le droit d'auteur. La décision de la Cour n'aborde toutefois pas le concept dit «accessoire» («incidental»), qui n'a pas fait l'objet de la plaidoirie en l'espèce.

⁷¹ Le considérant 33 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur définit une utilisation licite comme suit : «une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.»

Dans ces conditions, il est évident que le droit de communication au public consenti au fournisseur de service de médias sonores ou audiovisuels devrait inclure la réalisation des reproductions qui sont accessoires et nécessaires à l'utilisation légitime et efficiente de la licence de diffusion consentie.⁷²

La difficulté réside dans le fait que l'article 5(1) de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur n'exempte apparemment du droit exclusif de reproduction, que les reproductions effectuées dans le cadre d'un processus *passif* de communication et non les reproductions qui sont accessoires et nécessaires à un acte de communication *active* de contenus au public, c'est à dire les reproductions qui sont effectuées par les fournisseurs de services de contenus dans la mesure strictement nécessaire aux actes de communication des œuvres et des prestations qui leur ont été consentis par les titulaires de droits.

Il serait donc nécessaire soit d'exempter de telles reproductions ou de les définir comme une limitation au droit de reproduction, soit de les considérer comme incluses dans le droit de communication au public octroyé aux fournisseurs services de médias.

1.3.2 La solution proposée

La Convention de Berne (article 11bis (3) deuxième phrase) et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur autorisent des limitations au droit de reproduction lorsque les conditions du test en trois étapes prévu à l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur sont réunies. Or tel semble bien être le cas s'agissant des reproductions accessoires et nécessaires à un acte légitime de communication au public effectué par un fournisseur de services de médias.

S'agissant des organismes de radiodiffusion, l'article 5(2)(d) de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur autorise des exceptions au droit de reproduction pour les enregistrements dits «éphémères» d'œuvres et de prestations protégées qu'ils réalisent par leurs propres moyens et pour leurs propres missions. Cette limitation au droit de reproduction ne peut être considérée comme suffisante dans la mesure où elle vise uniquement la copie éphémère du programme réalisée en vue de sa conservation temporaire (au moment de la production du programme ou postérieurement à la diffusion en vue d'une diffusion différée) et non les reproductions accessoires et nécessaires dans le cadre du processus de communication effectué par le fournisseur de service de média en ligne.

Or deux droits patrimoniaux distincts ne peuvent être rattachés à une même activité ni créer le risque d'une double compensation pour une même activité. Certains législateurs nationaux ont déjà prévu certaines dispositions spécifiques afin d'englober dans le droit de communication au public les reproductions accessoires de type technique, notamment le Danemark et la Suisse (voir l'annexe 3).

La solution devrait être une interprétation normative des définitions existantes des droits de reproduction et de communication au public, sans référence à un procédé technique, comme l'ont suggéré plusieurs auteurs de publications juridiques.⁷³

⁷² Une décision récente confirme que ce principe a été repris par le Tribunal régional de Munich le 25 juin 2009, dans l'affaire MyVideo. Le Tribunal a en effet estimé que, dans la mesure où l'acte de mise à disposition en ligne ne pouvait avoir lieu, d'un point de vue technique, sans que soit réalisée une reproduction, la législation allemande sur le droit d'auteur ne permettait pas une division de ces deux droits pour des utilisations en ligne.

⁷³ Voir l'étude IVIR, page 55 ; Hugenholtz/Koelman, *Copyright Aspects of Caching. Digital Intellectual Property Practice Economic Report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 30 septembre 1999 ; Conseil consultatif juridique, Réponse au Livre Vert sur le Droit d'auteur dans la Société de l'Information, 20 novembre 1996, ad 3.1, cité dans Study on the Implementation and Effect

Une telle interprétation de bons sens permettrait de conclure qu'à partir du moment où un droit de communiquer un contenu au public a été octroyé par contrat (ou en vertu de la loi) ce droit couvre les reproductions accessoires nécessaires à l'exercice efficient et légitime de l'acte de communication octroyé.

2. Un nouveau cadre juridique sur l'octroi de licences collectives

2.1 La nécessité de systèmes efficaces d'octroi des droits

2.1.1 *La question: créer, le cas échéant, des systèmes à guichet unique d'obtention des droits*

L'application de la loi nationale d'un seul Etat membre à toute communication au public de services de médias audiovisuels ayant son origine dans l'Union européenne, qu'il s'agisse d'un service linéaire ou non linéaire, constitue une première clarification du régime des droits applicable aux activités de médias. Cependant, l'exploitation du service dépend concrètement des modes effectifs de libération des droits qui peuvent s'avérer selon le cas plus ou moins efficaces.

L'octroi de licences individuelles, c'est à dire sur la base d'accords individuels entre chaque titulaire du droit d'auteur et de droits voisins d'une part et chaque utilisateur du droit concerné d'autre part, correspond à priori à la logique du système du droit d'auteur qui repose sur le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'exploitation en question. C'est également l'approche la plus conforme à une économie axée sur le marché qui favorise la fixation libre de prix pour l'utilisation prévue.

L'exigence de devoir acquérir les licences individuellement auprès de chaque titulaire peut en revanche nuire à l'exploitation voire l'empêcher, notamment lorsqu'un ayant droit ne peut être identifié ou lorsque le processus d'identification et de libération individuelles de tous les droits s'avère trop complexe, trop long et trop coûteux pour certains utilisateurs au regard des avantages attendus de l'exploitation, du fait par exemple du trop grand nombre de droits impliqués dans une production. Dans ces situations, des solutions de libération collective des droits du type «guichet unique» sont nécessaires pour assurer la diffusion des œuvres au public dans le respect du droit d'auteur.

Dans les traités internationaux et la législation européenne, les questions sur les licences de droits relèvent principalement de la liberté contractuelle.⁷⁴ La libre cession de droits patrimoniaux est implicitement mentionnée dans les articles 6bis et 14bis (2) (b) de la Convention de Berne.

in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Final Report, Institute for Information Law, Amsterdam, février 2007, page 23. Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Final Report, Institute for Information Law Amsterdam, February 2007, page 23.

⁷⁴ La Communication concernant le droit européen des contrats, 11 juillet 2001, COM (2001) 398 final, annexe 1, page 38, indique que les contrats de licence et les relations contractuelles concernant la propriété intellectuelle n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation globale au sein de l'Union.

Au niveau européen, il n'existe presque aucune règle concernant les contrats et les licences de droits d'auteur, qu'il s'agisse de l'octroi des droits ou du paiement d'une rémunération équitable aux auteurs en contrepartie de transfert de droits. La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur ainsi que la recommandation du 24 août 2006 concernant la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique⁷⁵ tendent à privilégier les solutions contractuelles volontaires,⁷⁶ par la voie de licences individuelles ou collectives.⁷⁷

En revanche, *la nécessité des licences collectives pour l'obtention du droit d'auteur et des droits voisins sur les œuvres et les prestations intégrées dans les programmes radiophoniques et télévisuels est clairement reconnue*, notamment dans l'article 11bis (2) de la Convention de Berne et l'article 12 de la Convention de Rome. Le droit européen prévoit la gestion collective obligatoire des droits de retransmission par câble des émissions de radiodiffusion télévisuelle afin d'éviter que des titulaires de droits puissent individuellement bloquer ce mode d'exploitation.

Il est intéressant de relever que ces dispositions concernent des œuvres auxquelles collaborent plusieurs auteurs et artistes, comme les films cinématographiques ou les œuvres audiovisuelles,⁷⁸ ou des situations dans lesquelles certains utilisateurs doivent bénéficier d'un régime praticable de libération des droits compte tenu du type d'utilisation.⁷⁹ Dans ces hypothèses, la liberté contractuelle est préservée en tant que principe mais l'octroi des licences est aménagé pour permettre la circulation efficace des contenus et services en question. Assurer dans ce cas l'accès aux œuvres et prestations protégées sur la base de mécanismes efficaces de libération des droits est donc reconnu comme une valeur du droit international et européen.

2.1.2 L'importance de l'octroi de licences collectives et d'un soutien législatif

Etablir un guichet unique efficace de libération des droits sur la base de licences *entièrement* individuelles dans le cas des activités liées à la communication au public de services de médias sonores et audiovisuels en ligne ne nous semble pas possible. En effet, un tel guichet unique nécessite la centralisation de la gestion et de l'octroi de licences des droits étayé par la réglementation. Par conséquent, il faudrait plutôt étendre les régimes collectifs d'octroi de licences en vigueur dans les législations des Etats membres sur le droit d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion afin qu'ils s'appliquent plus largement à la communication de services de médias audiovisuels, y compris la mise à disposition des programmes dans des services de médias non linéaires.

⁷⁵ Recommandation de la Commission 2006/585/CE du 24 août 2006, *Journal officiel* L 236, page 28

⁷⁶ Voir le point 6b de la Recommandation : «La Commission (...) recommande aux Etats membres : (...) 6. d'améliorer les conditions de numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel (...) (b) en instaurant ou promouvant des mécanismes, sur une base volontaire, pour faciliter l'exploitation des œuvres dont l'édition ou la diffusion est abandonnée, après consultation des parties intéressées (...).» Voir également le considérant 10.

⁷⁷ Voir les considérants 26 et 40 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur : «(26) Pour ce qui est de la mise à disposition par les radiodiffuseurs, dans le cadre de services à la demande, de leur production radiodiffusée ou télévisuelle comportant de la musique sur phonogrammes commerciaux en tant que partie intégrante de cette production, il y a lieu d'encourager la conclusion de contrats de licence collectifs, afin de faciliter le recouvrement des droits concernés. (...) (40) ... des contrats ou des licences spécifiques qui favorisent, sans créer de déséquilibre, de tels établissements [à savoir des établissements sans but lucratif, tels que les bibliothèques et les archives], et la réalisation de leur mission de diffusion.»

⁷⁸ Voir l'article 2(5) de la directive relative au droit de location et de prêt, qui permet aux Etats membres de prévoir une présomption légale au droit de location et de prêt des auteurs au profit du producteur du film.

⁷⁹ C'est notamment le cas en ce qui concerne la directive sur le satellite et le câble et plus précisément l'article 3(2) (extension des contrats collectifs en ce qui concerne la radiodiffusion par satellite) et l'article 9(1) (octroi de licences collectives obligatoires des droits de retransmission par câble).

Par exemple, aujourd'hui, il existe une difficulté réelle d'obtenir des licences dans des services de médias à la demande concernant les enregistrements musicaux intégrés dans les programmes, alors que la gestion collective est traditionnellement bien organisée dans le domaine musical et que de nombreux accords de réciprocité internationaux s'appliquent entre sociétés gestionnaires des droits dans ce domaine. Souvent, l'utilisation des disques du commerce intégrés dans des services de programmes accessibles à la demande est restreinte par les sociétés de gestion collective représentant les droits des producteurs d'enregistrements dans une mesure qui limite excessivement les intérêts légitimes des fournisseurs des services de médias.⁸⁰

Dans le domaine audiovisuel, l'utilisation des droits des auteurs et des artistes dans des services de médias en ligne est encore plus complexe car le niveau de gestion collective et de coopération internationale entre les sociétés de gestion collective représentant le secteur audiovisuel n'est pas comparable à la situation prévalant dans le domaine musical.

Tout cela complique considérablement la diffusion des services de médias à la demande dans l'environnement en ligne.

Les traités internationaux et le droit européen ne précisent généralement pas dans quels cas des solutions collectives seraient autorisées, voire imposées où, au contraire, interdites. Cependant, l'article 3(2) de la directive «satellite et câble» reconnaît la validité du régime des accords collectifs étendus et les articles 8 et 9 imposent la gestion collective des droits de retransmission par câble.

Le considérant 26 de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur indique aussi clairement que des solutions collectives doivent être encouragées pour la libération des droits sur la musique incorporée dans les services de programmes à la demande des organismes de radiodiffusion, dans les termes suivants:

«Pour ce qui est de la mise à disposition par les radiodiffuseurs, dans le cadre de services à la demande, de leur production radiodiffusée ou télévisuelle comportant de la musique sur phonogrammes commerciaux en tant que partie intégrante de cette production, il y a lieu d'encourager la conclusion de contrats de licence collectives, afin de faciliter le recouvrement des droits concernés.»

Bien que limité aux phonogrammes faisant partie intégrante de productions radiophoniques ou télévisuelles disponibles à la demande en ligne, ce considérant peut être interprété en ce sens que des solutions collectives doivent être encouragées pour promouvoir la communication des services de médias sonores et audiovisuels lorsque des solutions individuelles s'avèrent inefficaces pour obtenir les droits.

Encore une fois il se peut qu'il faille prévoir un support législatif à l'octroi de licences collectives pour résoudre les problèmes d'obtention des droits. L'exemple suivant peut servir à le démontrer:

dans le cas des retransmissions par câble des émissions en provenance des autres Etats membres, il est devenu apparent, au début des années 1980, que la gestion collective des droits devait être étendue à toutes les catégories d'œuvres, car les arrangements individuels d'obtention des droits ne pouvaient garantir que tous les droits de retransmission sur les œuvres incluses dans les chaînes nationales des radiodiffuseurs de service public puissent être libérés intégralement. En 1983, pour les retransmissions par câble, en Belgique, d'émissions provenant de plusieurs

⁸⁰ Il est vrai que l'IFPI, l'organisation faitière de l'industrie du disque, a annoncé en novembre 2008 qu'elle avait élaboré pour ses sociétés de gestion collective un accord uniforme pour le «webcasting», afin de fournir un guichet unique aux utilisateurs (voir http://www.ifpi.org/content/section_news/20031111.html). Cela étant, dans la pratique les conditions de cet accord sont trop restrictives pour les contenus produits quotidiennement par les radiodiffuseurs et se traduiraient par une charge administrative ingérable.

autres Etats membres, les radiodiffuseurs et les sociétés de gestion collective mirent en place avec succès un système d'octroi de licences à «guichet unique» destiné aux câblodistributeurs. Ce système d'octroi volontaire de licences collectives fut rapidement adopté dans toute l'Europe. Il fut renforcé dix ans plus tard par la directive «satellite et câble», et notamment par ses deux dispositions essentielles, à savoir qu'aucun titulaire du droit d'auteur (autre qu'un radiodiffuseur) ne peut faire valoir ses droits à l'encontre d'un câblodistributeur autrement que par le biais d'une société de gestion collective, et qu'un titulaire de droit d'auteur qui n'avait pas cédé la gestion du droit de câblodistribution sur son œuvre à une société de gestion collective, devrait être considéré comme ayant mandaté la société gérant les droits de la même catégorie, pour gérer son droit.

Les arrangements d'octroi de licences collectives tels que décrits ci-dessus sont soutenus par la législation.

2.1.3 La solution proposée: adopter l'octroi de licences collectives étendues (modèle nordique)

Les licences collectives sont indispensables lorsqu'une utilisation requiert pour être licite de libérer un grand nombre de catégories d'œuvres et de prestations protégées représentées par des ayants droit distincts.

Dans un système *volontaire* de licences collectives, chaque titulaire de droits peut en principe décider d'opter pour le mode collectif d'octroi de licences ou de gérer ses droits individuellement en tout ou en partie. Par conséquent, les structures purement contractuelles de la gestion collective des droits ne permettent pas nécessairement de garantir une utilisation licite de toutes les catégories de droits impliquées dans une utilisation, car le mandat confié par les titulaires de droits aux sociétés de gestion collective peut se limiter, dans le cas des services de médias par exemple, à certaines plateformes de communication et certains modes de transmission.

Le système Nordique des accords collectifs étendus présente dès lors l'utilité d'assurer la *licéité* d'une utilisation pour *tous* les ayant droits rentrant dans la catégorie des droits gérés par une société de gestion collective *représentative*, à partir du moment où cette société a conclu un accord avec un exploitant pour une utilisation donnée. Schématiquement, le système repose sur les fondements suivants:

- la présence de sociétés de gestion collective représentatives. Pour être représentative, une société de gestion doit représenter une masse critique d'ayant-droits en fonction des critères de représentativité prévus par la loi;
- l'existence d'un accord librement négocié entre la société de gestion collective représentative et un utilisateur (ou une association représentant une catégorie d'utilisateurs). Cet accord doit être conclu en relation avec un type d'utilisation et, le cas échéant, des catégories de droits définis par la loi (la radiodiffusion, la retransmission d'émissions radiodiffusées sont des exemples d'utilisations pour lesquelles des accords collectifs étendus peuvent être conclus);
- l'extension, en vertu de la loi, des effets de l'accord aux ayant-droits qui ne seraient pas membres de la société de gestion représentative signataire de l'accord mais dont les droits rentrent dans la catégorie des droits gérés par celle-ci. Tous les ayants droits nationaux et étrangers, qu'ils soient membres ou non membres de la société signataire sont donc appelés s'ils relèvent de la même catégorie de droits à bénéficier de l'accord dans les mêmes conditions;

- l'utilisateur est autorisé sur la base du contrat et en vertu de la loi à effectuer l'exploitation convenue sans risque d'enfreindre un droit d'auteur ou un droit voisin;
- le système demeure largement volontaire dans la mesure où la loi reconnaît le droit (pour certains types d'utilisations et selon certaines modalités) aux ayant-droits qui ne sont pas membres de la société de gestion signataire de l'accord de s'opposer à l'utilisation convenue (ou d'exprimer une demande de rémunération autre que celle prévue par le contrat). En cas d'opposition, l'utilisateur ne peut procéder à l'utilisation des œuvres ou des prestations concernées.

Le régime des accords collectifs étendus est largement pratiqué dans les pays nordiques, notamment pour la radiodiffusion, la retransmission d'émissions radiodiffusées, la communication au public des archives des radiodiffuseurs.⁸¹ Pour plus de détails sur les situations nationales, le lecteur peut se référer à l'annexe 3.

Les licences collectives étendues présentent l'utilité appréciable de liciter une utilisation, en vertu de la loi, dans certains types d'utilisations pour lesquelles la gestion collective de catégories de droits apparaît comme naturellement nécessaire, tout en conservant le caractère contractuel et volontaire du système. Il s'agit clairement d'une modalité d'exercice du droit d'auteur et des droits voisins et non d'une restriction au droit, comme le confirme le considérant 18 de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur. Par ailleurs, ce système présente, en effet, suffisamment de garanties en ce qui concerne le niveau de rémunération des titulaires de droits qui est négocié librement par une société de gestion représentative, c'est-à-dire une société qui compte un nombre important de membres, ainsi que pour les titulaires de droits non membres de société de la gestion collective signataire.

Par conséquent, les Etats membres devraient être obligés d'adopter les licences collectives étendues comme modèle optionnel, en vue d'obtenir les droits pour les services de médias sonores et audiovisuels, y compris la mise à disposition de programmes dans des services à la demande. Cela implique que dans le cadre des législations nationales de tous les Etats membres, devrait exister la possibilité d'utiliser l'octroi de licences collectives étendues pour les cas où une telle méthode est estimée nécessaire ou utile.

⁸¹ <http://www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act>. Les législations d'autres pays nordiques contiennent des dispositions comparables.

2.2 Octroi de licences de droits musicaux pour les services de médias audiovisuels

2.2.1 La question: octroi de licences de droits musicaux via gestion collective

Dans un régime de gestion collective *obligatoire* du droit d'auteur et des droits voisins, le droit exclusif d'autorisation de l'auteur ou des titulaires de droits demeure en tant que tel intact. Par conséquent, l'octroi de licences collectives obligatoire est notoirement différent des exceptions ou limitations. En outre, les traités internationaux et la directive de 2001 sur le droit d'auteur considèrent «l'exercice des droits et les «limitations aux droits» comme étant deux notions différentes. Elles ne peuvent donc pas être interprétées comme ayant la même signification ou le même effet pratique.

Cependant, dans le cadre d'un système d'octroi de licence collective obligatoire les titulaires de droits ne peuvent exercer leurs droits que par la voie d'une ou plusieurs sociétés de gestion collective des droits représentatives. Le recours à cette manière de gérer les droits exclusifs ne devrait donc être envisagé que si l'obtention de licences individuelles s'avère inefficace en raison des caractéristiques de l'utilisation, ou bien impossible dans la pratique, ou en cas d'échec des mécanismes du marché lorsque ceux-ci ne permettent pas d'obtenir les droits pécuniaires des auteurs et autres ayants droit pour certaines utilisations.

Il est important de souligner que la gestion collective obligatoire demeure dès lors une modalité d'exercice du droit *exclusif* d'autorisation. Dans ce régime en effet, l'exploitation n'est licite qu'à la suite d'un contrat entre la (les) société(s) de gestion et l'utilisateur. C'est donc le contrat qui autorise l'exploitation et en détermine les conditions notamment de rémunération des titulaires de droits.⁸²

En conséquence, la gestion collective obligatoire du droit exclusif d'autorisation doit être nettement distinguée du régime de la «licence légale» dans lequel, par la loi, une utilisation donnée est licite sans consentement préalable des titulaires de droits mais à charge pour l'exploitant de leur acquitter une rémunération équitable.

La possibilité de recourir à la gestion collective obligatoire est reconnue dans la Convention de Berne en ce qui concerne le droit de radiodiffusion et le droit de communication des contenus radiodiffusés. L'article 11bis (2) et (3) de la Convention de Berne autorise explicitement les Etats contractants à réglementer les conditions d'exercice de ces droits. Cette disposition ouvre la possibilité d'imposer des obligations de contracter dans le chef des titulaires de droits.

Ceci pose la question de savoir *si les **droits d'utilisation des œuvres à la demande** peuvent faire l'objet d'une licence collective obligatoire*. Le droit de mise à disposition du public des œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée, a été défini pour la première fois dans l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Cet article lui-même ne spécifie pas explicitement si les Etats contractants peuvent réglementer l'exercice du droit de mise à disposition. Néanmoins, la déclaration commune sur cet article renvoie explicitement à l'article 11bis (2) de la Convention de Berne qui envisage expressément cette possibilité, ce qui montre que celle-ci demeure inchangée.⁸³ Lors de l'introduction de la disposition de l'article 11bis de la Convention de Berne, l'utilisation à la demande ne peut pas avoir été explicitement incluse dans les considérations. Toutefois, au même moment, les services de communication indépendants du

⁸² Articles 11bis (2) et 13 (1) de la Convention de Berne. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts*, La Haye, 2002, 2.1.2.2.3.

⁸³ La déclaration commune concernant l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur stipule (extrait): «...Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2) de la Convention de Berne.»

lieu et du moment, proposés par le biais d'une technologie de réception dite «pull», n'étaient pas expressément exclus. En outre, l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur prévoit uniquement des droits de communication dans le cadre de la Convention de Berne. De plus, le Traité de l'OMPI sur les droits des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes admet que les droits voisins soient moins étendus que les droits des auteurs et qu'il «laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur» (article 1.2 du Traité susmentionné).

Il est évident, selon nous, que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur accepte l'approche de la Convention de Berne et la traduit dans le régime des droits de mise à disposition.

En conclusion, le recours à la licence collective obligatoire n'est pas incompatible avec la législation internationale sur le droit d'auteur, en ce qui concerne le droit de communication des œuvres au public qui sont intégrées dans les services de programmes, y inclus des services de médias sonores et audiovisuels non linéaires.

2.2.2 La solution proposée

Un système de licences collectives obligatoires ne devrait être envisagé que lorsque les droits ne *peuvent pas* être gérés de manière praticable, dans le cadre des cessions individuelles de droits, étant donné les caractéristiques d'exploitation, ou lorsque le libre fonctionnement du marché entraîne une non-utilisation massive des droits. Pour donner un exemple, les droits des producteurs sur les œuvres cinématographiques et les œuvres audiovisuelles peuvent toujours être gérés dans le cadre d'un contrat individuel entre le producteur et l'organisme de services de médias qui communique le programme au public. C'est aussi la modalité qui garantit le mieux les intérêts des parties. Dans un tel cas de figure, aucune modalité de gestion collective obtenir ne pourrait naturellement être imposée. Par contre, l'entreprise de câblodistribution qui retransmet simultanément et intégralement les émissions ne peut pas obtenir individuellement les droits des producteurs de films, raison pour laquelle la gestion collective obligatoire s'impose dans ce cas compte tenu des caractéristiques de l'exploitation.

Dans le contexte des programmes diffusés, la gestion individuelle des droits sur la musique et les enregistrements musicaux n'est pas possible. L'obtention des droits sur la musique (et sur les enregistrements musicaux) en tant que partie intégrante des programmes des services de médias sonores et audiovisuels n'est praticable que sur la base d'un guichet unique de libération des droits portant sur le répertoire musical mondial. Cette observation vaut de la même façon que les programmes soient diffusés dans le cadre d'un service de médias linéaire ou non linéaire. L'accès au répertoire musical mondial à toute entreprise de radiodiffusion, y inclus pour les programmes des services de médias non linéaires en ligne, représente aussi un objectif majeur de diffusion de la culture et de sauvegarde de la diversité culturelle en Europe.

À notre avis, étant donné que l'octroi de licences aux radiodiffuseurs pour les droits musicaux a déjà lieu sur la base de licences collectives (par les auteurs musicaux et jusqu'à présent dans presque tous les pays de l'UE par des licences légales, en ce qui concerne les droits des producteurs d'enregistrements et des artistes-interprètes ou exécutants sur les enregistrements sonores), les accords collectifs en place devraient inclure les droits d'utiliser de telles œuvres et matériels dans des services de médias à la demande.

De plus, étant donné que de la musique est incorporée dans la plupart des programmes qui font partie des archives des radiodiffuseurs, il faut de toute urgence une telle solution dans ce domaine, car sinon cela risquerait de saper toute solution à trouver pour ces archives au niveau national (voir le point 2.3 ci-après).

Il faut souligner que l'approche suggérée traite exclusivement de l'exercice du droit de mise à disposition pour un type particulier de service ; le mécanisme d'octroi de licences collectives obligatoire ne devrait s'appliquer, le cas échéant, qu'aux utilisations non linéaires de musique qui sont assimilables à la radiodiffusion,⁸⁴ et non aux services de type vente au détail, tels que les ventes en ligne de chansons individuelles.

Dés lors, la gestion collective *obligatoire* du droit d'autoriser l'utilisation de la musique et des enregistrements musicaux en tant que partie intégrante des programmes diffusés dans des services de médias ayant leur origine en Europe, devrait être explicitement prévue s'il s'avérait que la gestion collective volontaire ne soit plus en mesure de fournir ce guichet unique et que des mesures équivalentes de libération des droits permettant de couvrir, de fait, tout le répertoire musical mondial ne puissent individuellement être mis en place dans des conditions de sécurité juridique suffisantes.

L'octroi de licences pour les droits musicaux aux fournisseurs de services de médias audiovisuels devrait continuer à avoir lieu de préférence sur une base volontaire et collective. Toutefois, les Etats membres devraient être obligés à soumettre les services assimilables à la radiodiffusion à des régimes de licences collectives obligatoires, si les accords collectifs existants ne peuvent être étendus à une telle utilisation dans une période de temps raisonnablement courte.

2.3 Octroi de licences collectives pour les archives des radiodiffuseurs

2.3.1 La question: trouver le modèle d'octroi de licences le mieux approprié

Les archives des radiodiffuseurs abritent d'immenses trésors: celles-ci, toutefois, ne deviendront accessibles au public qu'à la condition de résoudre les difficultés d'acquisition des droits qui s'y rattachent. Dans le système actuel du droit d'auteur, l'organisme de radiodiffusion qui souhaite obtenir les droits de diffusion sur les œuvres intégrées dans des programmes anciens doit se plier à un règlement complexe de droits d'auteurs et de droits voisins. Ce problème est exacerbé par le fait que les anciens contrats individuels n'autorisaient que la radiodiffusion et non, bien entendu, la diffusion à la demande des programmes intégrant les œuvres et prestations protégées dans le cadre de services de médias non linéaires, ni le téléchargement permanent des archives en ligne, ni la baladodiffusion de sons et/ou d'images pour réception mobile.

Par conséquent, les programmes d'archives ne peuvent être aisément mis à disposition du public sur les plateformes modernes. Le problème est grave, des millions de productions dorment dans les archives sonores et audiovisuelles des organismes de radiodiffusions car le travail administratif entraîné par le règlement individuel des droits serait excessif. La richesse contenue dans les programmes anciens est donc sous-utilisée et le public se voit privé de contenus sans que cela n'apporte un quelconque avantage aux ayants droit concernés. Pire, cette situation encourage l'utilisation illicite, par exemple, sur les plateformes des réseaux sociaux.

⁸⁴ Une disposition d'octroi de licences collectives obligatoire existe déjà, en Suisse, par exemple (voir l'annexe 3).

Dans la plupart des cas, l'intérêt de l'ayant-droit initial en tant que contributeur à la réalisation de l'archive sera pourtant principalement d'ordre économique car il souhaitera pouvoir tirer profit de l'utilisation renouvelée de sa création. L'intérêt du radiodiffuseur, quant à lui, sera de renouveler l'usage d'une production sans risquer l'effondrement de son modèle économique.

Le problème se pose également dans le contexte des *œuvres dites orphelines*, c'est-à-dire les œuvres dont certains ayants-droit sont inconnus. Dans le cadre de son projet «i2010: Bibliothèques numériques», la Commission européenne a émis une Recommandation dans laquelle elle en appelle aux Etats membres afin que ceux-ci encouragent l'utilisation des œuvres orphelines.⁸⁵

L'expérience du secteur européen de la radiotélévision et en particulier celle des radiodiffuseurs ayant commencé à produire des programmes de radio et de télévision il y a plus d'un demi-siècle, montre que la réutilisation des programmes anciens sur de nouvelles plateformes pose des problèmes de libération des droits plus considérables encore qu'en ce qui concerne les œuvres dites orphelines, voire des difficultés quasi insurmontables. En effet, dans la plupart des cas, il est impossible aux producteurs de radio et de télévision non seulement d'identifier mais également de localiser tous les contributeurs individuels à un programme ou leurs héritiers, et ensuite s'ils sont retrouvés, de conclure avec tous ces personnes. Ces démarches ne peuvent donc tout simplement pas être envisagées vu les efforts administratifs énormes qu'exigerait un règlement de tous les droits nécessaires ; dans la plupart des cas, les coûts (c'est-à-dire même sans les coûts renégociés) seraient *hors de toute proportion* par rapport aux financements envisageables.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe invitait ses Etats membres, il y a dix ans déjà, à mettre en place des solutions pour l'exploitation des productions d'archives des radiodiffuseurs de service public.⁸⁶ Par le biais de récentes initiatives, certains Etats membres ont tenté de trouver une solution au problème des archives en proposant d'introduire un droit d'utilisation lié à une obligation de paiement. L'utilisation ne pourrait cependant être effectuée ou poursuivie dans le cas où un ayant droit s'y opposerait.⁸⁷ Evidemment, l'exercice en faveur des ayants-droit de la faculté d'interdire l'utilisation du programme devrait être limité dans le temps car il ne serait pas souhaitable d'interdire une diffusion disponible de longue date sans aucune contestation.

2.3.2 La solution proposée

L'obtention des droits de postproduction auprès des sociétés de gestion collective constituerait sans doute une voie vers une solution. Cependant, il faut se rendre compte que de nombreux ayants droit concernés n'auront pas transféré leurs droits à de telles sociétés. De plus, pratiquement, de telles sociétés n'existent pas partout en Europe, ni pour chaque catégorie d'ayants droit. Ceci signifie que les Etats membres doivent prévoir un *mécanisme juridique simplifié* permettant aux radiodiffuseurs d'exploiter leurs propres archives de productions, à la condition, naturellement, de rémunérer les ayants droit concernés par la nouvelle utilisation.

⁸⁵ Article 6(a) de la Recommandation 2006/585/CE, *Journal Officiel* L267, page 28.

⁸⁶ Déclaration relative à l'exploitation de productions radiophoniques et télévisuelles protégées, détenues dans les archives des organismes de radiodiffusion, adoptée le 9 septembre 1999 lors de la 678e réunion des délégués des ministres, disponible sur <https://wcd.coe.int>.

⁸⁷ C'est le cas, par exemple, au Danemark. Voir l'annexe 3.

Dans ce but, il serait nécessaire de donner un *mandat général* à une société de gestion collective reconnue ou à un organisme de négociation des droits reconnu, leur permettant d'autoriser la communication au public, y inclus la mise à disposition, des droits inclus dans les productions anciennes des organismes de radiodiffusion. Ce mandat ne devrait s'appliquer qu'aux productions propres ou commandées du radiodiffuseur et non à celles pour lesquelles tous les droits sont détenus par un producteur externe.

Une solution alternative réside dans l'application du mécanisme des «licences collectives étendues» aux droits inclus dans les archives des organismes de radiodiffusion, un système qui semble bien fonctionner dans les pays nordiques.⁸⁸

Une licence collective étendue pour les archives des organismes de radiodiffusion pourrait également être censée couvrir les nouvelles utilisations, lorsque la licence existante provenant de l'ayant droit concerné couvre déjà tous les droits d'exploitation essentiels, qui existaient au moment de la conclusion du contrat de radiodiffusion. C'est par exemple le cas en Allemagne (voir annexe 3).

Il n'est donc pas nécessaire que les Etats membres mettent en place des solutions *absolument identiques* pour résoudre les difficultés d'exploitation des anciennes productions des radiodiffuseurs relevant de leur juridiction. Inévitablement, les détails des solutions varieront d'un pays à l'autre.

Néanmoins, pour faciliter la disponibilité des archives des organismes de radiodiffusion en ligne et éviter des distorsions de concurrence entre les situations nationales, **il conviendrait de prévoir dans un cadre réglementaire européen, une obligation à charge des Etats membres de veiller à garantir aux radiodiffuseurs de chaque Etat membre, par exemple, via le mécanisme des «licences collectives étendues», la capacité d'exploiter plus aisément leurs anciennes productions dans leurs nouveaux services de médias en ligne.**

2.4 Supervision des sociétés de gestion collective

2.4.1 La question: améliorer le rôle des sociétés de gestion collective

Les sociétés de gestion collective présentent l'avantage de se situer entre le détenteur et l'utilisateur du droit. En tant que fiduciaires revêtues d'obligations culturelles et sociales, elles sont, d'une certaine manière, indépendantes des intérêts individuels. Ce n'est qu'au travers des sociétés de gestion collective que peuvent être mis au point les arrangements d'octroi de licences à guichet unique nécessaires pour faciliter l'exploitation des services de médias audiovisuels.

Par conséquent, même s'il est primordial de conserver et de développer le système d'octroi de licences collectives, il convient de remarquer que les utilisateurs et les détenteurs des droits ont également remis en cause les activités des sociétés de gestion collective. Dans certains pays, les *utilisateurs* ont déploré le manque de transparence de certains régimes de gestion collective, ainsi que la longueur du processus de négociation parfois nécessaire pour obtenir les droits, la politique d'établissement des prix et l'absence de mécanismes de supervision, de règlement des différends et d'accès aux tribunaux ordinaires pour ce qui est des politiques en matière d'octroi de licences des sociétés de gestion collective. En outre, quelques *détenteurs des droits* ont critiqué le niveau des droits administratifs facturés par ces sociétés, et le manque de transparence des systèmes rémunération.

⁸⁸ Les art. 30a et 50 de la loi danoise sur le droit d'auteur en constituent un exemple; voir l'annexe 3.

En particulier les grands détenteurs de droits ont remis en question l'existence même des sociétés de gestion collective, compte tenu de l'instauration de systèmes de gestion des droits numériques.⁸⁹

Pour l'essentiel, cependant, il existe un consensus entre utilisateurs et détenteurs des droits pour affirmer que les *accords à guichet unique* conclus avec des entités prises isolément sont utiles pour obtenir l'accès aux droits. Si de grands ensembles de droits relatifs à un contenu doivent être organisés, groupés, cédés sous licence et gérés, l'ampleur de la tâche administrative peut compromettre la viabilité d'un projet, comme cela est expliqué au chapitre 1. Pour être rapide et efficace, l'obtention des droits nécessite un « guichet unique », un comptoir universel, non une multitude de guichets. Le système à guichet unique permet de contrôler et d'étendre les licences, d'harmoniser les positions des détenteurs et des utilisateurs des droits et enfin d'organiser les flux de paiement.

2.4.2 La réglementation européenne des sociétés de gestion collective

Il n'existe pour l'heure aucun acquis communautaire s'agissant de l'existence et des activités des sociétés de gestion collective, si ce n'est que la directive de 2001 sur le droit d'auteur et la directive 2004/48/CE (application des droits)⁹⁰ appellent de leurs vœux des règles garantissant une meilleure efficacité et une plus grande transparence de leurs activités. Les directives actuelles contiennent cependant des règles relatives à l'exercice des droits économiques par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective dans le domaine des droits de diffusion par satellite ou câble et en ce qui concerne les droits de location.

L'expression « société de gestion collective des droits » est utilisée dans l'article 1(4) de la directive « satellite et câble ». Elle est employée dans un sens qui permet de considérer les sociétés de gestion collective non seulement comme des fiduciaires, mais également comme des institutions commerciales, comme des entreprises titulaires de licences.

Ni le droit international, ni le droit européen ne fournissent cependant de cadre particulier pour l'établissement, les activités et la supervision des sociétés de gestion collective.

Plusieurs projets ont été entrepris en vue de préparer un cadre européen pour la réglementation de la gestion collective des droits et le rôle des sociétés de gestion collective.

- En 2004, le Parlement européen a adopté une *Résolution*⁹¹ sur le caractère souhaitable d'un cadre européen pour les sociétés de gestion collective, dans laquelle il précisait que la protection et la gestion du droit d'auteur et des droits voisins sont débattues à l'échelle de l'Union européenne depuis 1995 et que la gestion collective a été reconnue et sanctionnée en tant que forme valable de la gestion des droits par le législateur UE depuis 1992. Le Parlement rappelait que les sociétés de gestion collective peuvent garantir, mieux que des règles sur les contrats et l'exercice individuel des droits, que l'auteur reçoit une compensation adéquate pour sa contribution au contenu.⁹²

⁸⁹ COM (2004) 261 final, 3(3).

⁹⁰ Directive 2004/48/EC du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, Journal officiel L195, 2.06.2004.

⁹¹ Résolution du Parlement européen sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins 2002/2274 (INI) du 15 janvier 2004.

⁹² Ce point vient d'être souligné par la Cour suprême allemande, qui a précisé que dans certains cas, une demande de rémunération gérée collectivement préserve mieux les intérêts d'un auteur qu'un droit plein et exclusif, qui est généralement attribué à un éditeur dans un accord de rachat, voir Bundesgerichtshof, décision du 11/7/2002 - I ZR 255/00, 2002.

- Peu après, la Commission a adopté sa *Communication de 2004 sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins*. Remarquant que la gestion collective est devenue une nécessité économique, culturelle et sociale pour l'administration de certains droits, inclus dans les pays accédants, la communication soulignait que «l'efficacité, la transparence et la responsabilité des sociétés de gestion collective sont cruciales pour le fonctionnement du marché intérieur dans les échanges transfrontaliers de biens et de services fondés sur le droit d'auteur et les droits voisins». Elle demandait la création d'un cadre commun de règles incluant l'établissement et le statut des sociétés de gestion collective, leur fonctionnement et leur obligation de rendre des comptes selon les règles de bonne gouvernance ainsi que les mécanismes de contrôle interne et externe, y compris pour le règlement des litiges. La communication énumérait les principes actuels en ce qui concerne un futur cadre UE incluant des règles sur l'établissement des sociétés, leurs relations avec les utilisateurs, avec les détenteurs des droits, et le contrôle externe des sociétés, et en appelait à l'harmonisation de règles divergentes.⁹³
- La *Recommandation de 2005 sur la musique en ligne* reprend ces points, mais uniquement dans le domaine limité des droits de la distribution et de la mise à disposition sur les plateformes de distribution de musique en ligne. La Commission a nouveau en appelle à la rationalisation et à la transparence des activités d'octroi de licences des sociétés de gestion collective⁹⁴ et formule des propositions visant à résoudre les problèmes décrits dans la Communication de 2004. Cette recommandation a été accueillie favorablement par de grands détenteurs de droits qui souhaitent placer les systèmes d'obtention des droits sous leur propre contrôle. Ces systèmes pourraient néanmoins échapper au contrôle public nécessaire tant qu'un organe de supervision n'a pas de droit de regard sur leurs activités d'octroi de licences. Un système privé d'octroi de licences collectives est possible, mais il peut mener à des concentrations privées quasi monopolistiques qui nécessitent un contrôle massif et onéreux de la part des instances chargées de la concurrence. De surcroît, ces instances ne sont généralement pas aussi qualifiées que des tribunaux spécialisés pour définir des conditions raisonnables d'octroi de licences.

2.4.3 Droit de la concurrence et sociétés de gestion collective

Récemment, la portée des stratégies des sociétés de gestion collective à l'égard du caractère (prétendument) systématique des restrictions territoriales dans leur système d'attribution de clients a été remise en question par la décision de la Commission dans l'affaire de la CISAC.⁹⁵ Le système d'accords réciproques n'est pas remis en question par la Commission, que ce soit dans ses recommandations relatives à la gestion collective ou dans les décisions sur la diffusion simultanée et la CISAC. La Commission se contente de critiquer le comportement discriminatoire à l'égard de ces accords mutuels, soit parce que certains détenteurs de droits ou utilisateurs se voient refuser l'accès à certains droits, soit parce que le statut de membre est refusé à certaines personnes. Cela est considéré comme une question qui doit être résolue dans le cadre du droit de la concurrence et non de la législation sur le droit d'auteur.⁹⁶

⁹³ COM (2004) 261 final, sous 3.5.

⁹⁴ Voir les considérants 10 à 14 de la Recommandation, *Journal Officiel*, L 276, page 54.

⁹⁵ Décision de la Commission du 16 juillet 2008, COMP/C2/38.698 – CISAC, publiée le 20 novembre 2008, n°42, résumée dans le *Journal officiel* C323, page 12.

⁹⁶ Les pratiques des sociétés de gestion collective en matière d'octroi de licences ont attiré l'attention des autorités de la concurrence; voir GVL/Commission, Cour européenne de justice, 2 mars 1983, Affaire 7/82, Recueil de jurisprudence [1983] 483 (article 82) ; décision de la Commission 2003/300/CE du 8 octobre 2002, Affaire n° COMP/C2/38.014 - IFPI Simulcasting (article 81).

La Commission reconnaît, dans l'affaire de la CISAC que la gestion individuelle n'est pas possible lorsque les caractéristiques du marché la rendent inefficace ou impossible, ou lorsque la législation nationale prévoit une gestion collective obligatoire. Elle ne remet pas non plus en cause l'existence ou la pratique des sociétés de gestion collective, mais elle critique certaines clauses du modèle de contrat réciproque utilisé entre des membres de la CISAC, clauses qui permettraient d'empêcher un ayant droit d'être membre de plus d'une société de gestion collective ou interdiraient aux sociétés de gestion collective d'octroyer des licences sur du contenu à des utilisateurs situés en dehors de leur territoire national, préservant de ce fait une exclusivité territoriale pour chaque société de gestion collective. La Commission a considéré que le comportement incriminé favorisait une fragmentation des marchés. Elle espère encourager la concurrence, pour l'octroi des licences, en donnant aux détenteurs et aux utilisateurs de droits la possibilité de choisir une société de gestion collective quel que soit l'Etat membre du détenteur, de l'utilisateur et de la société de gestion.

Toutefois, cette décision ne résout pas le problème des restrictions territoriales de droits qui ne sont pas en tant que telles contestées par la Commission. Le fait que les sociétés de gestion collective soient de facto des monopoles, ne pose pas, en principe, un problème pour la concurrence, puisque la législation sur le droit d'auteur crée elle-même un monopole légal en faveur du détenteur du droit. De surcroît, le droit et la théorie de la concurrence acceptent les monopoles lorsque seule la concentration du pouvoir sur le marché permet d'atteindre les objectifs en termes d'efficacité et d'intérêt du consommateur.⁹⁷ En cas de forte intégration verticale des détenteurs de droits, il peut même être essentiel pour le fonctionnement du marché d'octroi des licences d'avoir des partenaires puissants des deux côtés du processus de négociation.

En outre, le droit de la concurrence reconnaît que dans les cas d'extraordinaire pouvoir sur le marché, il faut établir un *contrôle spécial* pour que cet acteur n'impose pas de restrictions déraisonnables à ses membres ou à des utilisateurs intéressés. Ce contrôle peut être organisé par les administrations chargées du contrôle anti-trust, par des institutions spéciales, comme les tribunaux de droit d'auteur qui résolvent les conflits dans les situations particulières, ou par un organe de supervision spécialisé. Cette dernière option, l'organe de supervision, présente l'avantage supplémentaire de pouvoir préserver la rationalisation et la transparence tout en s'assurant que les sociétés de gestion collective remplissent leurs fonctions sociales et culturelles.

2.4.4 La solution proposée: un nouveau cadre juridique

Les propositions formulées dans le présent chapitre prévoient un développement des activités liées à l'obtention des droits par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective. Par conséquent, il est primordial ***qu'un cadre réglementaire à l'échelle européenne adapté soit mis en place dans les Etats membres, afin de veiller à ce que les sociétés de gestion collective qui assument cette tâche le fassent de manière efficace et transparente, et sous un contrôle effectif, eu égard à leurs relations avec les détenteurs et les utilisateurs des droits.***

Un tel cadre reposerait sur les principes directeurs suivants:

- a) Supervision au-delà du simple contrôle anti-trust

Jusqu'à présent, le droit de la concurrence est le seul instrument de supervision des sociétés de gestion à l'échelon européen. Cela serait peut-être préférable dans la mesure où les sociétés de gestion collective opèrent en tant qu'entités privées et à but lucratif. Néanmoins, dans les divers mécanismes cités précédemment, nous avons relevé que les sociétés de gestion collective agissent en tant que mandataires des détenteurs de droits, que ces derniers soient les auteurs ou les détenteurs de droits

⁹⁷ C'est l'une des raisons pour lesquelles la législation autrichienne a récemment institué un monopole légal pour les sociétés de gestion collective. Voir la loi fédérale autrichienne sur les sociétés de gestion collective en date du 13 janvier 2006, *Bundesgesetzblatt* (Gazette du droit fédéral) I No. 19 du 13 janvier 2006.

voisins. Ce point de départ en appelle à une supervision qui ne mesure pas seulement les effets de l'activité de la société sur la concurrence, mais qui devrait aussi déterminer dans quelle mesure cette entité assure ses tâches culturelles et sociales.

Il est donc préférable de recourir à une supervision spécialisée. Cette supervision peut être mise en place de manière permanente sous forme de conseil d'arbitrage permanent, ou au cas par cas sous forme de médiateur ou d'arbitre dans les cas où les parties ne parviennent pas à un accord.⁹⁸

La supervision permanente peut aussi relever d'un Bureau du droit d'auteur ou dans le cadre d'un service d'autres Bureaux compétents pour traiter des questions de propriété intellectuelle, comme les Bureaux des brevets ou des marques de commerce.⁹⁹ L'avantage d'un conseil de supervision est que d'une part, cet organe est compétent pour gérer les différends relatifs aux systèmes de licence ou leurs conditions individuelles et que de l'autre, il constitue pour les utilisateurs et les détenteurs de droits un guichet unique pour toutes les questions relatives aux activités et à l'administration des sociétés de gestion collective.

b) Obligations minimales des sociétés de gestion collective

Pour garantir leur caractère fiduciaire, les sociétés de gestion collective doivent être légalement obligées d'accorder des licences à toutes les parties et d'accepter des droits de toutes les parties, sur une base non discriminatoire, et soient de ce fait bien préparées à participer à un système de négociation à guichet unique.

Si les sociétés de gestion collective doivent jouer ce rôle, certaines mesures de sauvegarde devraient être mises en place, à l'échelon multinational (européen):

- le devoir de contracter avec chaque détenteur de droit intéressé à lui confier les droits qu'il détient, et le devoir de contracter avec chaque utilisateur intéressé;
- s'assurer que les droits de communication des médias audiovisuels (linéaires et non linéaires), requis pour une utilisation neutre au plan technique et de la plateforme utilisée, soient confiés à la société de gestion collective;
- garantir que les sociétés de gestion collective peuvent octroyer la licence des droits nécessaires pour l'utilisation d'œuvres et de prestations protégées figurant en masse dans les productions et les services des médias audiovisuels, y compris le téléchargement, aussi longtemps que l'œuvre ou la prestation protégée est partie intégrante de la production et la communication d'un programme de média audiovisuel;
- les tarifs doivent être transparents. Les sociétés de gestion collective devraient être obligées de donner des informations facilement accessibles sur la structure et le niveau de leurs tarifs, idéalement dans leurs informations en ligne. La structure des tarifs devrait être facile à comprendre et à appliquer. Sur les sites Web, il est facile de donner des informations sur les œuvres et les détenteurs de droits, ainsi que sur la personne pour laquelle l'administration est effectuée.

Pour l'utilisateur, il est vital de pouvoir négocier la base et le niveau de la rémunération avec une seule société, qui devrait être habilitée à agir au nom des autres sociétés de gestion collective s'agissant du répertoire qu'elles gèrent. Ce système requiert

⁹⁸ Par exemple, un tribunal permanent du droit d'auteur existe au Royaume-Uni depuis 1957.

⁹⁹ Voir, à titre d'exemple, le système allemand.

des accords mutuels entre les différentes sociétés, contrôlés si nécessaire par l'organe de supervision mentionné ci-dessus. Le système devrait garantir à l'utilisateur la capacité de négocier avec la société de gestion collective qui peut être considérée comme une entité représentative dans le réseau de sociétés de gestion collective et une organisation chargée dans ce réseau d'accéder au droit recherché et d'en consentir la licence. Pour favoriser ce système, la société retenue devrait avoir le pouvoir et l'obligation de garantir aux utilisateurs qu'ils ne pourront pas faire l'objet de réclamations de la part des autres sociétés.

c) Mécanismes de règlement des différends

Les différends relatifs aux licences et aux régimes de licences devraient être réglés rapidement et efficacement dans l'intérêt des sociétés de gestion collective, des détenteurs de droits et des utilisateurs. Ceci plaide pour la mise en place de mécanismes d'arbitrage ou de règlement des différends auprès d'un organe spécialisé de décision. Le recours aux tribunaux ordinaires est moins souhaitable en première instance. Les cours ordinaires peuvent être compétents en appel à la condition de disposer de chambres spécialisées pour les questions traitées.

Une difficulté particulière réside dans la circonstance que les sociétés de gestion collective peuvent être en mesure d'invoquer une infraction au droit alors même que l'utilisateur a fait une offre de rémunération adéquate qui n'a pas été acceptée. Ce problème peut être résolu en donnant à l'utilisateur la possibilité d'effectuer un dépôt du montant de la rémunération proposée et d'obtenir alors la tolérance d'utiliser le droit nécessaire jusqu'à un certain point.

Les tribunaux spécialisés devraient être compétents pour tous types de litiges concernant la rémunération. De cette manière, le tribunal pourrait accumuler une expertise exceptionnelle. Il devrait toutefois être aussi compétent pour les autres cas où l'octroi d'une licence est refusé, pour déterminer si le refus est raisonnable (pratiques discriminatoires et imposition de conditions restrictives dans les licences). Le tribunal devrait de surcroît être compétent pour juger sur le niveau des tarifs administratifs, celui des contributions sociales et culturelles qui font partie du droit de licence et pour d'autres questions liées à la transparence de la société de gestion collective.

Liste des annexes

1. Tableau des initiatives de l'UE sur les questions liées au droit d'auteur
2. Tableau des droits
3. Dispositions juridiques mentionnées au Chapitre 4

Annexe 1

Tableau des initiatives de l'UE sur les questions liées au droit d'auteur

Résumé des principales dispositions et initiatives au niveau communautaire visant spécifiquement à faciliter la circulation des œuvres sur des réseaux de communication électroniques et/ou l'accès à celles-ci (jusqu'à 2006)

(1) Directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (**directive «satellite et câble»**).¹⁰⁰

Portée des dispositions pertinentes:

- a. Article 1(2)(b): une transmission satellite sera une communication au public uniquement dans le pays d'origine (injection) du signal, les droits devront donc être obtenus uniquement dans ce pays ;
- b. Article 9: la gestion collective est obligatoire pour les droits de retransmission par câble.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

- a. La directive n'interdit pas l'octroi de licences territoriales en tant que telles. Par conséquent, comme la Commission l'a reconnu, une certaine fragmentation ne peut pas être exclue.¹⁰¹
- b. Portée limitée à la retransmission transfrontière par câble (distribution par le câble de programmes en provenance d'un autre Etat membre).

(2) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (**directive sur le commerce électronique**).¹⁰²

Portée des dispositions pertinentes:

Articles 12 à 15: Limitation de la responsabilité de (certains) prestataires de services intermédiaires sur les réseaux de communication électronique.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

Le respect du droit d'auteur est plus difficile dans le cas des services de stockage en ligne et des services de partage vidéo, pour lesquels il est question d'appliquer le système conçu pour les fournisseurs de services d'hébergement.

¹⁰⁰ *Journal officiel* L248, 6.10.1993.

¹⁰¹ Même si l'octroi de licences territoriales est devenu plus difficile à cause de certaines dispositions du droit de la concurrence (y compris l'IPTV). Voir le Rapport de la Commission européenne sur l'application de la directive 93/83/CEE du Conseil relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, COM(2002) 430 final, 26 juillet 2002.

¹⁰² *Journal officiel* L178, 17.7.2000.

(3) Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (**directive sur le droit d'auteur de 2001**).¹⁰³

Portée des dispositions pertinentes:

Article 5 (exceptions):

- obligatoires (reproductions provisoires) ;
- non obligatoires: aucune disposition n'est spécifiquement destinée à faciliter la circulation en ligne des œuvres.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

Hormis les exceptions prévues pour les reproductions provisoires, aucune disposition n'est spécifiquement destinée à faciliter la circulation en ligne des œuvres.

Une liste fixe rend plus difficile l'introduction d'autres exceptions au niveau national.

(4) Communication de la Commission européenne du 16 avril 2004 sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins dans le marché intérieur.¹⁰⁴

Portée des dispositions pertinentes:

Confirme la nécessité d'entreprendre des actions complémentaires sur différents aspects de la gestion collective, propose un instrument législatif pour certains points de la gestion collective et de la bonne gouvernance des sociétés de gestion.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

Principalement des questions portant sur la gestion collective.

Aucun instrument législatif adopté.

(5) Recommandation de la Commission 2005/737/CE du 18 octobre 2005 relative à la gestion collective transfrontalière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne (**Recommandation sur la musique en ligne**).¹⁰⁵

Portée des dispositions pertinentes:

L'objectif est de faciliter l'octroi de licences pour l'ensemble de l'Union relatives à certaines utilisations en ligne d'œuvres musicales, en demandant aux sociétés de gestion collective de permettre aux titulaires des droits de retirer leurs droits en ligne et de les faire gérer par une entité unique.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

Portée réduite aux œuvres musicales, phonogrammes et exécutions.

Non obligatoire.

(6) Charte européenne pour le développement et l'adoption du cinéma en ligne du 23 mai 2006 (**Charte du cinéma en ligne**).¹⁰⁶

Portée des dispositions pertinentes:

Identifie les pratiques recommandables pour mettre du contenu cinématographique à disposition en ligne dans le cadre de services licites, d'une manière conviviale pour les consommateurs.

Effet/impact sur la circulation des œuvres dans le marché unique:

N'a pas été mise en œuvre.

¹⁰³ *Journal officiel* L617, 22.06.2001

¹⁰⁴ COM (2004) 261 final.

¹⁰⁵ *Journal officiel* L276, 21.10.2005 et corrigendum, *Journal officiel* L284, 27.10.2005.

¹⁰⁶ http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/film_online_fr.pdf.

Annexe 2

Tableau des droits

Radiodiffusion traditionnelle (analogique et numérique)

Moyens de distribution	Caractéristiques	Droits exclusifs concernés
Distribution sans fil en direct (transmission terrestre).	<ul style="list-style-type: none">- transmission à un public sans adresse individuelle (nombre indéfini d'utilisateurs potentiels et réels);- réception simultanée par les membres du public;- transmission à une heure déterminée uniquement par la personne responsable de la transmission;- pas d'interactivité avec l'utilisateur;- le radiodiffuseur a le plein contrôle rédactionnel et des programmes	Droit de radiodiffusion, article 11bis (1) (i) de la Convention de Berne
Distribution sans fil: satellite	comme auparavant et: <ul style="list-style-type: none">- acte unitaire par introduction de signaux par un organisme de radiodiffusion, ou sous son contrôle	<ul style="list-style-type: none">- Article 11bis(1) (i) de la Convention de Berne;- Article 2 de la directive «satellite et câble»
Câblodistribution: câble	comme auparavant et: <ul style="list-style-type: none">- retransmission d'une émission originale	<ul style="list-style-type: none">- Article 11bis (1) (i) de la Convention de Berne, pour les retransmissions:- Article 11bis (1) (ii) de la Convention de Berne,- Article 8 de la directive «satellite et câble»

Diffusion simultanée (ou: diffusion numérique), **webdiffusion** (seulement web-radio, web-télévision ou télévision sur Internet sans diffusion traditionnelle simultanée)

Moyens de distribution

Réseaux IP, et modems, par exemple RNIS, DSL, ADSL, VDSL, WiFi.

Caractéristiques

- streaming en multidiffusion (streaming en direct/en temps réel);
- adressé à un public indéfini (mais pouvant être défini);
- généralement sans interactivité.

Droits exclusifs concernés

- il faut savoir si le droit de la radiodiffusion conventionnelle s'applique, article 11 bis (1) (i) de la Convention de Berne (comparable à la diffusion classique de point à multipoint même sur un réseau IP) ou si
- les droits relatifs aux communications au public (article 8, 1e partie du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 3 [1] 1e partie de la directive de 2001 sur le droit d'auteur) s'appliquent pour une utilisation en radiodiffusion.

Télévision sur IP (IPTV) (webdiffusion améliorée)

Moyens de distribution

Généralement les réseaux câblés, souvent des normes améliorées comme ADSL/VDSL

- techniques sans fil (satellite, DVB-T/DTT/TDT) techniquement disponibles;
- plateformes mobiles techniquement disponibles (DVB-H)

Caractéristiques

- flux de transport de programmes uniques ou multiples émis par un exploitant de réseau
- l'exploitant possède ou contrôle directement la dernière section du réseau avant les locaux du consommateur
- service comparable à la télévision sur Internet, mais haute qualité et débits garantis par le fournisseur, bouquets de programmes disponibles
- utilisations en différé possibles
- capacité de voie de retour

Droits exclusifs concernés

- droits de retransmission nécessaires pour la retransmission des programmes originaux (câble ou satellite)
- droits de mise à disposition nécessaire pour les utilisations en différé (câble ou satellite)
- pour les utilisations en différé, droits de reproduction temporaires nécessaires (article 2a de la directive de 2001 sur le droit d'auteur),¹⁰⁷ mais exemption par l'article 5 (1) de cette directive.

¹⁰⁷ Les droits de reproduction sont nécessaires car la technologie de streaming créera une unité de mémoire de données temporaire dans l'ordinateur de l'utilisateur afin de pouvoir fournir un flux de données constant et ininterrompu.

Vidéo quasi à la demande

Moyens de distribution	Caractéristiques	Droits exclusifs concernés
<p>Généralement réseaux câblés, réseaux sur IP et transmissions par satellite disponibles (IPTV par exemple)</p>	<ul style="list-style-type: none">- technologie de streaming en multidiffusion;- services sur «push server»;- adressé à un public prédéfini et identifiable (en cas d'utilisation de la technologie sur IP);- permet de répéter la communication des flux à un taux de répétition très élevé. Bien qu'il s'agisse toujours d'une technologie «push», les destinataires peuvent penser qu'ils «tirent» le contenu.	<p>Il faut savoir si cette situation est comparable à la diffusion répétée et à la retransmission ou à la baladodiffusion</p>

Services de baladodiffusion à la demande, services de rattrapage

Moyens de distribution	Characteristics	Exclusive rights affected
<p>Réseaux sur IP (câble/satellite avec large bande passante - RNIS, ADSL, VDSL, WiFi)</p>	<ul style="list-style-type: none">- streaming en diffusion individuelle (généralement en différé)- disponibilité d'un endroit et d'une heure choisis par le destinataire («services pull»)- services de streaming avec retour et avance rapides possibles	<ul style="list-style-type: none">- non couvert (précisément) par l'article 11bis (1) (i) de la Convention de Berne- droits de mise à disposition (article 8, 2e partie du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 3 (1) 2e partie de la directive de 2001 sur le droit d'auteur)- droits de reproduction (article 2 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur)¹⁰⁸- droits de distribution dans certains cas (article 4 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur)¹⁰⁹

¹⁰⁸ Les droits de reproduction sont nécessaires lorsque le destinataire est autorisé à stocker de manière temporaire ou permanente le contenu offert en le téléchargeant dans la ROM, la RAM ou sur le disque dur de son ordinateur. Tout ou partie du stockage peut être exempté de la protection du droit d'auteur si le stockage est effectué uniquement à des fins privées. L'article 5 (2) (b) de la Directive sur le droit d'auteur laisse les Etats membres libres d'autoriser ou non de telles reproductions à des fins privées.

¹⁰⁹ Les droits de distribution seront nécessaires si le contenu est distribué individuellement (non publiquement) à un certain client sous forme de fichier dont le contenu est stocké en permanence (c'est-à-dire en tant que pièce jointe à un courriel). En outre, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ne prévoit pas nécessairement qu'un Etat signataire doit transformer le droit de mise à disposition en l'intégrant au droit de communication au public. Un Etat signataire peut également choisir le droit de distribution; voir Senftleben in Dreier/Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, 2006, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, article 8, paragraphe 5.

Services mobiles

(web-to-go, broadcasting-to go, TV sur mobile)

Moyens de distribution

Réseaux sur IP, réseaux sans fil

Caractéristiques

- transmission de signaux de programmes vers un téléphone portable ou un récepteur mobile similaire

Droits exclusifs concernés

Selon la nature du service (linéaire ou non), «push» ou «pull», les droits suivants sont nécessaires:

- droit de radiodiffusion, article 11 bis (1) (i) de la Convention de Berne¹¹⁰
- droits de communication au public, article 8, 1e partie du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur /article 3 (1) 1e partie de la directive de 2001 sur le droit d'auteur
- droits de mise à disposition (article 8, 2e partie du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 3 (1) 2e partie de la directive de 2001 sur le droit d'auteur)
- droits de reproduction (article 2 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur¹¹¹)
- droits de distribution dans certains cas (article 4 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur)

¹¹⁰ Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, alinéa 16 *et suivants*.

¹¹¹ Les droits de reproduction sont nécessaires lorsque le destinataire est autorisé à stocker de manière temporaire ou permanente le contenu offert en le téléchargeant dans la ROM, la RAM ou sur le disque dur de son ordinateur. Tout ou partie du stockage peut être exempté de la protection du droit d'auteur si le stockage est effectué uniquement à des fins privées. L'article 5 (2) (b) de la Directive sur le droit d'auteur laisse les Etats membres libres d'autoriser ou non de telles reproductions à des fins privées.

Services de télévision /radio à décalage temporel («contrôle du direct») - Services de reprise («start-over»)

Moyens de distribution	Caractéristiques	Droits exclusifs concernés
Réseaux sur IP	<ul style="list-style-type: none">- enregistrement de programmes de radio ou de télévision sur un support de stockage permettant de le recevoir à l'heure choisie par le consommateur (télévision à décalage temporel); ce service peut être offert par un fournisseur autre que le radiodiffuseur ou par le radiodiffuseur- (re)lancement d'un programme à une heure choisie individuellement par le consommateur, souvent dans le cadre d'un service d'IPTV avec voie de retour (service start-over)	Il faut savoir si d'autres droits de reproduction ou de mise à disposition sont nécessaires pour offrir ce service.

Annexe 3

Dispositions juridiques mentionnées au chapitre 4

Licences collectives étendues (le modèle nordique)

Les articles 13b-14, 16a, 17b et 32 de la loi norvégienne sur le droit d'auteur¹¹² contiennent des dispositions relatives à différents domaines d'application. L'article 32 montre comment le système fonctionne dans le secteur de la radiodiffusion:

«La Société norvégienne de radiodiffusion et d'autres organismes bénéficiant d'une licence de radiodiffusion ont le droit d'utiliser des œuvres publiées de leurs collections s'agissant

a) de nouvelles émissions, ou

b) d'une transmission effectuée de sorte que chacun peut choisir l'heure et le lieu d'accès à ladite œuvre

si les conditions d'une licence collective étendue aux termes du premier paragraphe de l'article 36 sont remplies.

Ce paragraphe s'applique uniquement aux œuvres radiodiffusées avant le 1er janvier 1997 et qui font partie des propres productions de l'organisme de radiodiffusion. Le paragraphe ne s'applique pas si l'auteur a interdit cette utilisation de l'œuvre en question ou s'il existe une autre raison particulière de penser qu'il est opposé à cette utilisation.»

L'article 36(1) dispose ce qui suit:

«Lorsqu'un accord autorisant l'utilisation d'une œuvre dans les conditions visées aux articles 13, 14, 17, quatrième alinéa et 34 a été conclu avec un organisme visé à l'article 38a, un utilisateur auquel s'applique l'accord jouit, à l'égard des titulaires de droits auxquels cet accord ne s'applique pas, du droit d'utiliser dans le même domaine et de la même manière des œuvres de même nature que celles auxquelles s'applique l'accord (licence collective élargie). La présente disposition n'est applicable qu'aux utilisations conformes aux termes de l'accord. Elle ne s'applique pas aux droits reconnus aux organismes de radiodiffusion sur leurs propres émissions.» La disposition s'applique uniquement à une utilisation conforme aux termes de l'accord. Elle ne s'applique pas concernant les droits que les organismes de radiodiffusion détiennent sur leurs propres émissions.»

L'article 38a dispose ce qui suit:

«Les accords destinés à s'appliquer dans les cas visés au premier alinéa de l'article 36 sont conclus par un organisme représentatif d'une grande partie des auteurs norvégiens du domaine considéré et qui est agréé par le ministère. Pour les utilisations touchant à certains domaines déterminés, le Roi peut décider que l'organisme agréé doit être un organisme collectif regroupant les titulaires de droits en cause.»

¹¹² <http://www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act>.

Gestion collective et obligatoire des droits

S'agissant des retransmissions par câble, les mécanismes obligatoires des sociétés de gestion collective ont été mis en œuvre dans le cadre de la directive «satellite et câble», et plus précisément de son article 9:

«1) Les Etats membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins [sic] 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.

2) Lorsque le titulaire n'a pas confié la gestion de ses droits à une société de gestion collective, la société de gestion collective qui gère des droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer ses droits. Lorsque plusieurs sociétés de gestion collective gèrent des droits de cette catégorie, le titulaire peut désigner lui-même la société de gestion collective qui sera réputée être chargée de gérer ses droits. Le titulaire visé au présent paragraphe a les mêmes droits et obligations, dans le cadre du contrat conclu entre le câblo-distributeur et la société de gestion collective qui est réputée être chargée de gérer ses droits, que les titulaires qui ont chargé cette société de gestion collective de défendre leurs droits et il peut revendiquer ces droits dans un délai, à fixer par l'Etat membre concerné, dont la durée n'est pas inférieure à trois ans à compter de la date de la retransmission par câble portant sur son œuvre ou un autre élément protégé.

3) Un Etat membre peut prévoir que, lorsque le titulaire autorise la transmission initiale sur son territoire d'une œuvre ou d'un autre élément protégé, il est réputé accepter de ne pas exercer ses droits pour la retransmission par câble sur une base individuelle et les exercer conformément aux dispositions de la présente directive.»

L'article 10 de cette directive est ainsi formulé:

«Exercice du droit de retransmission par câble des organismes de radiodiffusion.

Les Etats membres veillent à ce que l'article 9 ne s'applique pas aux droits exercés par un organisme de radiodiffusion à l'égard de ses propres émissions, que les droits en question lui appartiennent ou qu'ils lui aient été transférés par d'autres titulaires de droits d'auteur et/ou de droits voisins.»

Règle du «pays de la transmission initiale»

Article 1(2) de la directive «satellite et câble»:

«Aux fins de la présente directive, on entend par «communication au public par satellite» l'acte d'introduction, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, de signaux porteurs de programmes destinés à être captés par le public dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre;

la communication au public par satellite a lieu uniquement dans l'Etat membre dans lequel, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre.»

Interprétation du droit de reproduction en cas d'utilisation accessoire

i) Danemark

On peut trouver dans la loi danoise sur le droit d'auteur une disposition qui autorise la transmission d'une œuvre avec toutes les reproductions nécessaires.

«31.- (1) Pour les besoins de leurs émissions, les organismes de radiodiffusion peuvent enregistrer des œuvres sur bande magnétique, sur pellicule cinématographique ou sur tout autre dispositif permettant leur reproduction, à condition d'avoir le droit de radiodiffuser les œuvres en question. Le droit de rendre ces œuvres accessibles au public est régi par les dispositions en vigueur par ailleurs.

(...)

66.- (1) Les enregistrements sonores ne peuvent pas être copiés sans le consentement du producteur ni être rendus accessibles au public avant l'expiration d'un délai de 50 ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle ils ont été réalisés. (...)

(2) Les dispositions des articles (...) 31 (...) s'appliquent par analogie aux enregistrements sonores(..)¹¹³

(ii) France

On trouve une disposition similaire en France: Article L. 214-1 of the French Intellectual Property Code stipule ce qui suit:

«Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer

... 2. à sa radiodiffusion et à sa câblo-distribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable. (...)¹¹⁴

(iii) Suisse

Une solution a également été adoptée en Suisse.¹¹⁵ L'article 22c (nouveau) concernant la mise à disposition d'œuvres musicales diffusées spécifie:

¹¹³ Voir également la Cour suprême danoise, le 5 novembre 2002, affaire n° 98/2001 (2e division), IFPI Danemark contre Danmarks Radio, qui a statué qu'il découlait de l'article 66.2), associé à l'article 31.1), que les organismes de radio et de télévision sont autorisés à enregistrer des enregistrements sonores aux fins de leur radiodiffusion, que ce soit sur bande, sur film ou tout autre média capable de reproduire de tels enregistrements, dans la mesure où ils ont le droit de diffuser les enregistrements sonores en question.

¹¹⁴ Article L. 214-1 du Code français de la propriété intellectuelle, modifié par l'article 5 de la Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 «relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information».

¹¹⁵ N° 1 de la loi fédérale du 5 octobre 2007, entrée en vigueur le 1er juillet 2008, *Recueil officiel* 2008, p. 2421. La traduction française du paragraphe 1.d ne correspond pas à la version allemande de l'article modifié.

- «1. Le droit de mettre à disposition, en relation avec la diffusion d'émissions de radio ou de télévision, des œuvres musicales non théâtrales contenues dans ces émissions ne peut être exercé que par une société de gestion agréée lorsque les conditions suivantes sont remplies:
 - a. l'émission est en majeure partie produite par les diffuseurs eux-mêmes ou à leur demande;
 - b. l'émission est consacrée à un thème non musical qui domine l'aspect musical;
 - c. ledit thème a été annoncé avant l'émission selon la manière habituelle;
 - d. la mise à disposition ne nuit ni à l'offre en ligne par des tiers, ni à la vente d'enregistrements musicaux.
2. Seule une société de gestion agréée peut exercer le droit à la reproduction à des fins de mise à disposition lorsque les conditions de l'al. 1 sont remplies.»

Cette solution concerne l'obligation de gestion collective de certains droits. Aux fins d'utilisations accessoires, il s'agit d'une solution technologiquement neutre dans la mesure où les reproductions nécessaires à la mise à disposition des programmes diffusés sont déclarées comme faisant partie des principaux droits respectifs. Cette solution devrait également être retenue pour les droits des autres plateformes. Elle devrait être étendue aux services de médias audiovisuels et ne pas se limiter à la radiodiffusion au sens traditionnel du terme.

Solutions nationales pour les archives: extension par réglementation des licences existantes

(i) Danemark

Le paragraphe 30a de la loi danoise sur le droit d'auteur¹¹⁶ stipule:

“30a. -

- (1) Les œuvres qui ont été diffusées auprès du public et qui font partie des productions de Danmarks Radio ou de TV 2 pourront être rediffusées par ces derniers et mises à disposition de telle manière que le public puisse y avoir accès en tout lieu et en tout temps, cf. art. 2(4)(i), deuxième partie, pour autant que soient remplies les conditions liées à la licence collective étendue selon l'art. 50. La disposition de la première phrase s'appliquera en conséquence pour ce qui est de la réalisation de copies nécessaires à l'utilisation des œuvres. Les dispositions des première et deuxième phrases s'appliqueront exclusivement aux œuvres faisant partie de productions diffusées avant le 1er janvier 1998.
- (2) L'auteur peut interdire au radiodiffuseur d'effectuer l'utilisation de l'œuvre, conformément à l'alinéa 1).

La disposition relative à l'octroi de licences collectives étendues prévoit en son art. 50:

“50. -

- (1) L'octroi de licences collectives étendues conformément aux art.13, 14, 16(2), 17(5), 23(2), 30, 30a et 35 pourra être invoqué par l'utilisateur ayant conclu un accord quant à l'exploitation des œuvres en question avec une organisation comportant un nombre important d'auteurs d'un certain type d'œuvres en usage au Danemark. La licence collective étendue donne à l'utilisateur le droit d'exploiter d'autres œuvres de même nature même si les auteurs de ces œuvres ne sont pas représentés par ladite organisation.

¹¹⁶ Traduction en anglais fournie par le ministère danois de la Culture (voir la version anglaise du présent document).

- (2) La licence collective étendue confère à l'utilisateur uniquement le droit d'exploiter les œuvres des auteurs non représentés de la manière et selon les termes découlant de l'accord conclu avec ladite organisation, et selon les dispositions de l'alinéa (1).
- (3) Les organisations d'ayants droit qui concluent des accords tels que ceux visés par l'alinéa (1) devront recevoir l'aval du ministère de la Culture. Un seul organisme par type d'œuvre pourra être désigné. Le ministre pourra décider d'avaliser dans certains domaines des organismes communs regroupant plusieurs organisations répondant aux critères de l'alinéa (1).»

(ii) Allemagne

En Allemagne, les licences existantes en matière de droits d'auteur ont récemment été étendues au matériel d'archives. Le para. 137 1 (1) de la Loi sur le droit d'auteur, modifiée en 2007¹¹⁷ étend les contrats de licence existants comportant un transfert de tous les droits patrimoniaux connus aux droits couvrant les nouvelles utilisations, telles que l'utilisation à la demande, la numérisation et l'utilisation dans des bases de données électroniques. Une telle extension ne s'applique que si l'ayant droit ne s'y oppose pas dans l'année qui suit son entrée en vigueur (1er janvier 2008). Si l'extension est effectuée, l'ayant droit pourra demander une rémunération équitable à partir du moment où le détenteur de la licence aura utilisé l'œuvre pour la première fois dans sa forme nouvelle et non licenciée d'origine (para. 137 1 (5) de la Loi sur le droit d'auteur). Cette revendication ne pourra être mise en œuvre que par une société de gestion collective. Une telle solution vise à mieux préserver les droits du détenteur de licence, sans pour autant priver l'ayant droit de ses demandes de prestation. Elle pourrait constituer une disposition type ou un exemple dans le cadre d'une nouvelle directive sur le droit d'auteur des médias audiovisuels fondée sur la directive «satellite et câble» existante.

¹¹⁷ Paru au *Bundesgesetzblatt* (Bulletin législatif fédéral) 2007 volume I, page 2513.

Contacts:

Union Européenne de Radio-Télévision (UER)

L'Ancienne-Route 17A
Case postale 45
1218 Le Grand-Saconnex
Suisse

Tél: +41.(0)22.717.21.11
Fax: +41.(0)22.747.40.00
E: ebu@ebu.ch
W: www.ebu.ch

Union Européenne de Radio-Télévision (UER) - Bureau de Bruxelles

50, rue Wiertz
1050 Bruxelles
Belgique

Tél: +32.(0)2.286.91.15
Fax: +32.(0)2.286.91.10
E: brussels@ebu.ch
W: www.ebu.ch

! Nouvelle adresse des bureaux de l'UER à Bruxelles à partir du 3 mai 2010

56, Avenue des Arts
1000 Bruxelles