

ETUDE DE FAISABILITE DE SYSTEMES DE LICENCES POUR LES ECHANGES D'ŒUVRES SUR INTERNET

RAPPORT POUR LA SACD/SCAM – Belgique

16 septembre 2011

Avec le soutien de la Ministre de la Culture, de l'Audiovisuel, de la Santé et de l'Égalité des
Chances de la Communauté française de Belgique, Mme Fadila LAANAN

Dr Caroline COLIN

**(sous la supervision et avec la participation de la Prof. Séverine
DUSOLLIER)**

*Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS)
Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix – Namur*

Ce rapport est mis à disposition selon les termes de la [licence Creative Commons Paternité -
Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 Belgique](#).

Les autorisations au-delà du champ de cette licence peuvent être obtenues à
<http://www.crids.eu>.



TABLE DES MATIERES

Introduction	4
Chapitre I. Etude de faisabilité juridique de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur internet.....	5
Section 1. Les échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i> – Etat de la question	6
§1. L'atteinte au droit d'auteur réalisée par l'échange d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	6
I. La mise à disposition d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	7
II. La question de l'application de la copie privée	8
§2. Les mécanismes de réponse graduée.....	13
I. Les lois HADOPI en France	13
II. Dans d'autres pays européens.....	14
Section 2. Les mécanismes d'autorisation envisageables pour les échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	17
§ 1. Le principe du droit exclusif	17
I. Une gestion individuelle du droit exclusif par l'auteur	17
II. Une gestion collective volontaire	18
§ 2. Les restrictions au droit exclusif	20
I. L'exception	20
II. La licence non volontaire	21
A. Explication du mécanisme	21
B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	22
III. La gestion collective obligatoire d'un droit exclusif.....	24
A. Explication du mécanisme	24
B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	26
IV. La licence collective étendue	27
A. Explication du mécanisme	27
B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	30
§ 3. Les solutions mises en place par la pratique	32
§ 4. La compatibilité de ces mécanismes avec les principes internationaux dans l'hypothèse des échanges d'œuvres sur les réseaux <i>peer-to-peer</i>	34
I. L'adoption de restrictions au droit exclusif.....	35
A. Les limitations autorisées du droit exclusif.....	35
B. L'épreuve du test des trois étapes	46
C. La limitation des exceptions admissibles en droit communautaire.....	58
II. La compatibilité avec le principe de l'absence de formalités.....	59
A. Signification du principe	59
B. Confrontation avec le mécanisme de la licence collective étendue	60
Conclusion intermédiaire	63
Chapitre 2 : Etude de faisabilité pratique de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur internet.....	64
Section 1. L'instauration volontaire d'un contrat.....	65
§1. Les modèles contractuels	65

I. La signature d'un contrat entre la SACD/SCAM et les fournisseurs d'accès à internet.....	65
A. L'engagement du fournisseur d'accès en son propre nom.....	65
B. L'engagement du fournisseur d'accès en son propre nom pour ses abonnés internet.....	67
II. La conclusion d'un contrat entre les ayants droit et les abonnés internet des fournisseurs d'accès	75
A. L'engagement direct des abonnés internet.....	75
B. L'engagement direct des abonnés par le mécanisme de la représentation.....	77
§2. L'implication des fournisseurs d'accès à internet.....	78
I. Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès à internet	78
II. Motifs d'implication des fournisseurs d'accès	80
A. La valeur économique tirée des échanges en <i>peer-to-peer</i>	80
B. L'avantage commercial gagné par les fournisseurs d'accès	81
C. Les obligations déontologiques des fournisseurs d'accès	82
D. L'atténuation de l'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès	84
E. L'intervention des fournisseurs d'accès mandatée par le législateur	87
III. Les mécanismes légaux d'implication des fournisseurs d'accès à internet	88
Section 2. Les contours des mécanismes potentiels d'autorisation.....	92
§1. Les modalités.....	92
I. Le périmètre du système : une approche sectorielle ou globale ?.....	92
II. Les actes couverts pour les échanges en <i>peer-to-peer</i>	94
III. Les tarifs et la rémunération des titulaires de droits.....	95
IV. Une clause d' <i>opt-out</i> pour les titulaires de droits dans le cadre de la licence collective étendue ?	95
V. Un système obligatoire ou optionnel pour l'utilisateur ?.....	96
A. L'enjeu de la question	97
B. Le caractère nécessairement optionnel des modèles contractuels envisagés ...	97
§2. Le principe de territorialité.....	99
I. L'étendue territoriale de la licence	100
II. L'étendue du répertoire concerné par la licence.....	101
§3. Les contraintes spécifiques aux œuvres audiovisuelles	103
I. La fragmentation des droits de l'œuvre audiovisuelle.....	103
II. La chronologie des médias	104

Conclusion générale – Les conditions d'un processus d'autorisation des échanges privés non commerciaux sur internet	107
--	------------

Annexe I – Tableau comparatif des mécanismes juridiques envisageables.....	114
---	------------

Annexe II – Liste des personnes interviewées.....	118
--	------------

Avertissement

Les opinions exprimées dans ce rapport relèvent de la seule responsabilité de leur auteur et ne représentent en aucune manière la position officielle de la SACD/SCAM

Introduction

La pratique des échanges d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux *peer-to-peer* est difficile à enrayer. Poursuites des utilisateurs individuels à des fins dissuasives, interdiction judiciaire de sites d'échange ou de fourniture de logiciels le permettant, imposition de filtrage aux fournisseurs d'accès... les titulaires de droit d'auteur ont beau avoir exploré de multiples pistes, les utilisateurs continuent à accéder en masse à de la musique, des films ou d'autres contenus par des sites et logiciels d'échange non autorisés, mettant en péril la rémunération légitime des créateurs et producteurs, ainsi que le développement d'offres légales respectueuses des droits.

Etant donné l'ampleur et l'enjeu juridique du phénomène, plusieurs projets politiques, actuellement en cours de discussion en Belgique et ailleurs en Europe, se positionnent en tentant d'apporter des solutions juridiques au *peer-to-peer*. En Belgique, une proposition de loi a été rédigée par le groupe MR, d'abord par le sénateur Monfils le 21 avril 2010 puis par le sénateur Miller le 28 janvier 2011¹, afin notamment d'instaurer une réponse graduée s'inspirant de la solution dite Hadopi française. De leur côté, les groupes Ecolo et Groen ont élaboré une autre proposition de loi, déposée une première fois le 2 mars 2010 par les sénateurs Hellings et Piryns puis une seconde fois le 9 décembre 2010 par les sénateurs Morael et Piryns², destinée à régulariser ces échanges dans le cadre d'une licence dite globale.

La SACD/SCAM souhaite contribuer à cette discussion en analysant la légitimité des mécanismes envisagés pour autoriser les échanges sur internet d'œuvres protégées afin de proposer un système de licence basé sur le droit exclusif des auteurs. La présente étude répond à cette préoccupation : elle envisage la faisabilité de divers mécanismes juridiques qui pourraient légitimer les échanges d'œuvres dans les réseaux *peer-to-peer*.

Les conclusions développées ici partent de l'hypothèse d'une solution destinée aux droits gérés par la SACD/SCAM, soit principalement aux œuvres audiovisuelles et multimédia et aux droits des auteurs sur celles-ci. Dans leurs grands principes, elles valent néanmoins pour l'ensemble des œuvres et ayants droit. Lorsque nécessaire, les éléments qui ne permettent pas de généraliser les développements de cette étude à l'ensemble des contenus échangés sur internet ou qui réclament des aménagements spécifiques, seront soulignés. Ce sera notamment le cas des particularités propres aux œuvres audiovisuelles ou des divergences de position entre auteurs et autres titulaires de droits, tels les producteurs d'œuvres musicales ou audiovisuelles.

¹ Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, *Doc. Parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-741/1.

² Proposition de loi visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, *Doc. Parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-590/1.

La première partie de cette étude appréhendera la faisabilité juridique de la mise en place d'un éventuel mécanisme d'autorisation des échanges au regard notamment des obligations internationales et européennes de la Belgique en droit d'auteur (Chapitre 1). La seconde partie a pour ambition d'évaluer la faisabilité pratique d'un tel dispositif en analysant les contraintes et obstacles auxquels serait confrontée la mise en place d'un système d'autorisation des échanges d'œuvres sur internet (Chapitre 2).

Chapitre I. Etude de faisabilité juridique de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur internet

La première phase de cette étude va consister en une analyse des différents mécanismes qui pourraient autoriser les échanges d'œuvres sur internet sur les réseaux *peer-to-peer*. Ces mécanismes sont les suivants: l'exception pure et simple au droit d'auteur, la licence légale, la gestion collective obligatoire (modèle de la distribution par câble), la cession légale (modèle de la reprographie en France), la licence globale (proposition de la société de gestion collective française ADAMI), la licence collective étendue (l'exemple des pays scandinaves), la licence de droit exclusif. La légalité de ces divers mécanismes au regard du droit belge, européen et international sera évaluée. Sera notamment étudiée la compatibilité des systèmes envisagés avec le test des trois étapes, ainsi qu'avec la liste fermée d'exceptions contenue dans l'article 5 de la directive européenne 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information.

En tant que société de gestion collective, il paraît évident que la préférence de la SACD/SCAM s'oriente vers une solution qui s'appuie sur le respect du droit exclusif, et non sur une limitation du droit des auteurs par le biais d'une exception ou d'une licence légale. Cette étude n'a toutefois voulu négliger aucune option. Néanmoins, l'analyse effectuée démontre que les solutions parfois envisagées de restreindre le droit exclusif par l'adoption d'une limitation aux droits de l'auteur couvrant les échanges en *peer-to-peer* ne peuvent prospérer dans le cadre législatif international et européen actuel. Cette étude insiste en conséquence sur un exercice du droit exclusif porté par une gestion collective accentuée, que ce soit par le biais d'un mécanisme de gestion collective obligatoire ou par celui d'une licence collective étendue, tout en étant conscient, et nous le verrons, que ces deux solutions ne sont pas sans malmenager elles aussi l'exclusivité du droit d'auteur, bien que dans une moindre mesure.

La première partie de ce chapitre (Section 1) dresse un aperçu du sort réservé jusqu'ici (*de lege lata* pourrait-on dire) aux échanges d'œuvres en *peer-to-peer*, que ce soit par les tribunaux ou le législateur. La deuxième partie (Section 2) abordera les mécanismes d'autorisation envisageables *de lege ferenda* pour l'échange d'œuvres en *peer-to-peer*. La compatibilité de ces divers mécanismes avec les principes internationaux et européens du droit d'auteur fera l'objet de la troisième partie (Section 3).

Section 1. Les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer – Etat de la question

Dès l'émergence des logiciels et réseaux basés sur le *peer-to-peer*, les titulaires de droit ont tenté de mettre fin aux échanges d'œuvres non autorisés. Outre la poursuite des concepteurs de ces logiciels³, généralement victorieuse⁴ mais peu effective en pratique pour faire cesser le phénomène, les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, principalement en matière musicale, ont poursuivi les utilisateurs de ces réseaux en justice et sont généralement parvenus à obtenir des condamnations pour atteintes au droit d'auteur (§1). L'effet dissuasif de telles actions n'a toutefois pas semblé atteint, et le législateur, dans certains pays, France en tête, a alors imaginé des mécanismes de réponse graduée pouvant aller jusqu'à une suspension de l'accès internet des utilisateurs s'adonnant à ces pratiques (§2).

§1. L'atteinte au droit d'auteur réalisée par l'échange d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

Les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* mettent en jeu une opération de *download* ou téléchargement descendant et une opération d'*upload* ou téléchargement ascendant. Les utilisateurs s'y adonnant ont régulièrement été condamnés pour les actes de mise à disposition d'œuvres protégées par le biais de logiciels d'échange (I). Un doute a parfois surgi sur l'application de l'exception de copie privée aux seuls actes d'acquisition d'œuvres, par le biais du *download* (II).

³ *La distribution des contenus numériques en ligne*, Rapport du CSPLA, présidé par P. SIRINELLI, déc. 2005, disponible en ligne sur le site du CSPLA, spéc. p. 20-27.

⁴ La Cour suprême des Etats-Unis a retenu la responsabilité de l'éditeur de logiciel Grokster en raison de son comportement incitatif manifeste à la commission d'actes de contrefaçon (*contributory infringement*) : *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005). Pour les décisions des juges du fond, voir notamment *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029, (C.D. Cal. 2003), aff'd 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); *Arista Records L.L.C. v. Lime Grp. L.L.C.*, 532 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2007) ; *Arista Records LLC v. Lime Wire LLC*, No. 06-05936 (S.D.N.Y. 2011); *EMI April Music Inc et al v. Lime Wire LLC*, (S.D.N.Y. 2011) No. 10-04695. Voir également l'affaire Kazaa dans laquelle La Cour fédérale australienne a sanctionné l'éditeur du logiciel sur le fondement de l'article 101(1) pour avoir autorisé un acte soumis au droit exclusif et incité à la contrefaçon par la voie publicitaire : Cour fédérale d'Australie, *Universal Music Austl. Pty Ltd. v Sharman License Holdings Ltd.* [2005] 220 ALR 1). Pour un commentaire croisé de l'affaire Grokster aux Etats-Unis et de cette dernière décision australienne, voir Jane C. Ginsburg & Sam Ricketson, « Inducers and Authorisers: A Comparison of the U.S. Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling », *Media & Arts L. Rev.*, 2006, p.1. Voir aussi le Rapport de la Commission « distribution des contenus numériques » du CSPLA, *op. cit.*, spéc. pp. 19-20. Voir enfin l'affaire Pirate Bay, largement médiatisée, Stockholm District Court, 17 avril 2009 et Swedish Appeals Court, 26 Novembre 2010 (le litige a été porté devant la cour suprême suédoise en janvier 2011).

I. La mise à disposition d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*

Il ne fait pas de doute que l'*upload* de musiques, films ou autres œuvres protégées par l'intermédiaire de logiciels *peer-to-peer* donne prise au droit d'auteur, car il s'agit d'un acte de mise à la disposition du public d'œuvres protégées, que seuls les titulaires de droit d'auteur ont le droit d'autoriser en vertu de l'article 1 de la loi sur le droit d'auteur⁵. Les juges n'ont pas manqué de condamner les internautes qui mettaient « directement leur propre stock de contrefaçons d'œuvres audiovisuelles détenues sur disque dur à la disposition libre d'autres internautes, grâce à un logiciel de partage de fichiers »⁶. La jurisprudence est assez uniforme dans de nombreux pays pour considérer que l'offre d'œuvres protégées en *peer-to-peer* constitue une contrefaçon⁷.

Les créateurs sortent donc victorieux sur le plan des principes lors d'actions intentées contre les internautes. Toutefois, ils restent sur leur faim à cause d'une condamnation financière somme toute symbolique⁸, et de surcroît inférieure à ce qu'aurait coûté un téléchargement sur une plate-forme légale⁹. De plus, la faisabilité pratique d'actions en justice contre des millions d'internautes qui téléchargent illégalement pose problème. Par ailleurs, véritablement catastrophiques en terme d'image, ces actions sont loin d'être satisfaisantes.

En outre, la poursuite des utilisateurs s'est heurtée à l'obstacle de l'identification des internautes se livrant à ces échanges, ce qui a réduit les poursuites dans de nombreux pays. En Belgique, aucune action n'a été intentée contre les internautes de manière systématique car la Commission de la protection de la vie privée a estimé qu'un fournisseur d'accès à internet ne

⁵ Ce même droit est reconnu aux différents titulaires de droit voisins.

⁶ Voir not. TGI Vannes, ch. corr., 29 avr. 2004, *PI* juill. 2004, n° 12, chron. pp. 779-782, obs. P. SIRINELLI ; du même auteur, *D.* 2005, somm. p. 1482 ; *CCE* juill.-août 2004, comm. n° 86, note Ch. CARON ; *Légipresse* oct. 2004, n° 215, III, p. 180, note A. ROBIN ; *RIDA* juill. 2004, n° 210, p. 227, note A. KEREVER.

⁷ Pour la France, voir not. TGI Vannes, ch. corr., 29 avr. 2004, *PI* juill. 2004, n° 12, chron. pp. 779-782, obs. P. SIRINELLI ; du même auteur, *D.* 2005, somm. p. 1482 ; *CCE* juill.-août 2004, comm. n° 86, note Ch. CARON ; *Légipresse* oct. 2004, n° 215, III, p. 180, note A. ROBIN ; *RIDA* juill. 2004, n° 210, p. 227, note A. KEREVER. – De même : TGI Arras, ch. corr. 20 juill. 2004, *CCE* nov. 2004, comm. n° 139, obs. Ch. CARON. – CA Paris, 26 mai 2004, *CCE* janv. 2005, comm. n° 6, note Ch. CARON. – TGI Pontoise, 2 févr. 2005, *RLDI* n° 2, févr. 2005, n° 51, obs. L. COSTES ; F. MACREZ, « A l'abordage des pirates, à propos du jugement du tribunal de grande instance de Pontoise du 2 février 2005 », *RLDI* n° 3, mars 2005, n° 80 ; *Légipresse* sept. 2005, n° 224, III, p. 159, note G. QUERUEL ; B. LEGROS, « La lutte contre la piraterie numérique : le choix des armes (TGI Pontoise) », *D.* 2005, n° 21, jurisp. p. 1435 ; C. ROJINSKY et S. CANEVET, « Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs ? (toujours à propos de TGI Pontoise 2 février 2005) », *D.* 2005, n° 13, Tribune, p. 849. Confirmé par CA Versailles, 9^{ème} ch. corr., 16 mars 2007, *CCE* juill./août 2007, comm. n° 91, note Ch. CARON ; *RIDA* juill. 2007, n° 213, p. 263, obs. P. SIRINELLI ; *D.* 2007, jurisp. p. 1991, obs. Ch. LE STANC ; TGI Bayonne, 15 nov. 2005, « Ministère public et SCPP c/ D.T. », *PI* avr. 2006, n° 19, p. 178, obs. A. LUCAS.

⁸ Les juges français par exemple ont choisi, raisonnablement, de ne pas appliquer les peines classiques de la contrefaçon (trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende). C'est d'ailleurs en ce sens que s'était prononcée la circulaire du 3 janvier 2007 (de présentation et de commentaire des dispositions pénales portant sur la loi n°2006-961 relative au droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information et d'action publique dans le domaine de la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au moyen des nouvelles technologies informatiques, 23 p., (disponible en ligne) qui prend soin de distinguer la mise à disposition d'œuvres, du simple téléchargement sans mise à disposition puni de peines de nature exclusivement pécuniaire.

⁹ C. FERRERO, « Lorsque l'*homo oeconomicus* décide de télécharger de la musique sur internet : aller devant le juge coûte-t-il moins cher que d'aller sur iTunes ? », *RLDI* sept. 2006, n° 19, pp. 52-58.

pouvait délivrer à des tiers des données à caractère personnel concernant ses abonnés dans l'objectif de déceler des infractions au droit d'auteur, sauf dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁰. Quelques années plus tard, le 29 janvier 2008, la Cour de justice européenne a estimé que « les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 et 2002/58 n'imposent pas aux États membres de prévoir (...) l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile »¹¹. En revanche, si le législateur admet une dérogation à la protection des données personnelles pour faciliter la poursuite de violations de droit d'auteur par les ayants droit, la Cour exige de rechercher un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux tant par les législateurs au moment de la transposition des directives que par les juges lors des litiges¹².

II. La question de l'application de la copie privée

La poursuite d'internautes s'adonnant au *peer-to-peer* a toutefois posé la question de l'application de l'exception de copie privée aux actes de *download*. En effet, si l'internaute se contente de télécharger des œuvres pour son seul usage personnel, pourrait-il bénéficier de l'exception de copie privée ? Au Canada, la Cour fédérale s'est prononcée, dans une décision fort remarquée, en faveur de l'application de l'exception pour utilisation privée aux actes de *downloading*¹³, mais la décision a été contestée sur ce point en appel, sans que la question soit pour autant définitivement tranchée¹⁴. Certaines décisions françaises ont également, dans un premier temps, appliqué l'exception de copie privée aux actes d'acquisition d'œuvres en *peer-to-peer*¹⁵.

¹⁰ Avis de la Commission de la protection de la vie privée n° 44/2001 du 12 novembre 2001, *Revue Ubiquité, Droit des technologies de l'information*, Larquier, n° 12, juin 2002, p. 103 et s.

¹¹ CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae c/ Telefonica de Espana*, aff. C-275/06; se reporter aux commentaires de Ch. CARON, *CCE* mars 2008, comm. n° 32.

¹² L'arrêt de la CJCE du 19 févr. 2009 (ord., *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c/ Tele 2 Telecommunication GmbH*, aff. C.557-07,) s'inscrit dans la même tendance : voir L. COSTES, *CCE* avr. 2009, comm. 1567, p. 22.

¹³ Cour fédérale du Canada, 31 mars 2004, *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2004 FC 488, [2004] 3 FCR 241, disponible sur <http://www.canlii.org/en/ca/fct/doc/2004/2004fc488/2004fc488.html> ; voir les observations de M. VIVANT, *PI* juill. 2004, n° 12, pp. 834-837.

¹⁴ Cour Fédérale du Canada, 19 mai 2005, *BMG Canada Inc. v. Doe*, 2005 FCA 193, [2005] 4 RCF 81, disponible sur <http://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/2005/2005fca193/2005fca193.html>, §50-52. Voir le commentaire de la décision par C. P. SPURGEON, « Chronique du Canada », *RIDA* janv. 2006, n° 207, pp. 178-282, spéc. pp. 268-276. En appel, les juges ont relevé les erreurs de droit commises par la première décision et les nombreuses questions qui n'avaient pas été tranchées quant aux conditions de l'exception de copie privée.

¹⁵ TGI Rodez, 13 octobre 2004, *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 152, note Ch. CARON, *confirmé en appel*, CA Montpellier (3^{ème} ch. Corr.), 10 mars 2005, *Comm. com. électr.*, Mai 2005, note CH. CARON; TGI Paris, 31^{ème} ch., 8 décembre 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=785>; TGI Bayonne (corr.), 15 novembre 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=768>; TGI Le Havre, 20 septembre 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=748>; TGI Meaux, 3^{ème} ch., 21 avril 2005, disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=705> (voir la note de L. THOUMYRE, « Peer-to-peer : l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Juillet-août 2005, p. 13).

Une partie de la doctrine a alors invoqué un argument portant sur la licéité de la source de la copie pour empêcher la mise en jeu de cette exception. Exiger que la copie privée s'effectue à partir d'une source licite, donc autorisée par les ayants droit, permettrait de refuser le bénéfice de l'exception de copie privée à des usagers qui, par exemple, téléchargeraient en *download* une œuvre à partir d'un réseau *peer-to-peer* illégal. Dans la mesure où la copie de l'œuvre a été réalisée à partir d'une source illicite, à savoir d'un acte de mise à disposition d'œuvres non autorisé par les titulaires du droit d'auteur, l'exception pourrait ne pas être admise et ce même si les conditions posées par la loi pour la copie privée sont satisfaites¹⁶.

A l'appui de cette position, certains auteurs estiment que l'exigence d'une source licite est contenue implicitement dans la loi, qu'elle est présumée¹⁷. Le législateur n'a pas à consacrer l'évidence¹⁸. D'autres se fondent sur l'adage *Fraus omnia corrumpit*¹⁹. Ils considèrent qu'« un original illicite entraîne *a fortiori* une copie illicite, donc une contrefaçon de contrefaçon »²⁰, et s'appuient sur un arrêt de la Cour de cassation française concluant que les marchandises contrefaites étaient hors commerce²¹. A poursuivre le raisonnement, les utilisateurs de telles copies pourraient être des receleurs au sens du Code pénal. Puisqu'ils savent que l'original à partir duquel ils effectuent une copie est issu de la commission d'un délit de contrefaçon, ils se rendent coupables de recel.

Pour d'autres, admettre le jeu de l'exception de copie privée malgré l'illicéité de la source irait à l'encontre du test des trois étapes²² car cela permettrait l'acquisition d'une œuvre en

¹⁶ Voir les développements de A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^{ème} éd., 2006, n° 354, pp. 283-285, qui n'adhèrent pas à cette position. – C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'Etat français dans une décision du 11 juillet 2008 (Conseil d'Etat, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. réunies, 11 juill. 2008, n° 298779, *Synd. de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques* ; Chronique Droits d'auteur et droits voisins, *Prop. intell.* octobre 2008, n° 29, p. 428 ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 112, Ch. CARON) en estimant que la rémunération pour copie privée ne pouvait prendre en considération que les copies réalisées à partir d'une source licite. Voir également les conclusions de l'avocat général Mme Verica TRSTENJAK présentées le 11 mai 2010, *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contre Padawan SL*, Aff. C-467/08, spéc. §78.

¹⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^{ème} éd., 2004, n° 343, p. 397 ; F. VALENTIN et M. TERRIER, « Peer-to-peer : panorama des moyens d'action contre le partage illicite des œuvres sur Internet », *Légicom* 2004/3, n° 32, pp. 17-29, spéc. pp. 25-27, spéc. p. 22.

¹⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Manuel, 2006, n° 354, p. 281.

¹⁹ A. LATREILLE, « La copie privée démythifiée », *RTD com.* juill./sept. 2004, pp. 403-411, spéc. p. 405 ; F. VALENTIN et M. TERRIER, « Peer-to-peer : panorama des moyens d'action contre le partage illicite des œuvres sur Internet », *op. cit.*, spéc. p. 22. – Sur l'adage *Fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout), se reporter à H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, spéc. n° 148, pp. 281-290.

²⁰ P. SIRINELLI, obs. sous TGI Vannes, 29 avr. 2004, *PI* juill. 2004, n° 12, pp. 779-782, spéc. p. 782. Mais le professeur concède que la condition de la licéité de la matrice n'est pas prévue dans la loi. Voir également Ch. CARON et Y. GAUBIAC, « L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P », in *Mélanges en l'honneur de Victor NABHAN, Cahiers de droit de la propriété Intellectuelle*, Hors-série, 2004, pp. 23-59, spéc. pp. 31-32.

²¹ Cass. com. 24 sept. 2003, *D.* 2003, somm. p. 2762, obs. P. SIRINELLI ; *JCP E* 2004, 974, obs. F. GREFFE ; *CCE* mars 2004, comm. n° 32, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. – *Adde*, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 354, p. 281 ; Ch. CARON et Y. GAUBIAC, « L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P », *op. cit.*, spéc. p. 32.

²² A. LATREILLE, « La copie privée démythifiée », *op. cit.*, spéc. p. 406 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 354, p. 281. – Tel est l'avis du Conseil d'experts de droit d'auteur en Hongrie : rapporté par A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 354, p. 283.

dehors de son exploitation normale. En outre, la condition de la licéité de la source serait opportune au regard des raisons qui ont justifié l'adoption de l'exception de copie privée²³. Une partie de la jurisprudence française a suivi cette doctrine en refusant d'accorder l'exception de copie privée aux téléchargeurs au motif que la source était illicite²⁴.

Mais ce raisonnement n'est pas partagé par l'ensemble de la doctrine. D'autres auteurs considèrent que, dans un système fermé d'exceptions, « seule une disposition expresse de la loi pourrait fonder une telle exigence »²⁵, qui ne peut être déduite des dispositions légales existantes²⁶ : *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*²⁷. Et dans la mesure où la contrefaçon est sanctionnée pénalement, « il ne doit pas être ajouté à la loi » et donc, *de lege lata*, « la qualité de la source n'importe pas à la qualification de la copie privée licite »²⁸. Force est d'ailleurs de constater que le législateur, belge ou français, n'a pas souhaité modifier la disposition en insérant la condition d'une source licite, à l'occasion de la transposition de la directive « société de l'information ». Un amendement avait été déposé en ce sens lors des travaux préparatoires de la loi de 2005 en Belgique, mais il n'a pas été retenu²⁹. D'après les

²³ A. ROBIN, note sous TGI Vannes, 29 avr. 2004, *Légipresse* oct. 2004, n° 215, III, pp. 180-187.

²⁴ TGI Rennes, 30 nov. 2006, *CCE* mars 2007, comm. n° 38, obs. Ch. CARON ; *PI* avr. 2007, n° 23, p. 219, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RLDI* mars 2007, n° 25, p. 16, note B. LARERE. Il a été jugé que « l'exception pour copie privée ne saurait avoir pour effet de rendre licite la reproduction d'une œuvre illicitement obtenue ». – CA Versailles, 9^{ème} ch. corr., 16 mars 2007, *CCE* juill./août 2007, comm. n° 91, note Ch. CARON ; *RIDA* juill. 2007, n° 213, p. 263, obs. P. SIRINELLI ; *D.* 2007, jurispr. p. 1991, obs. Ch. LE STANC.

²⁵ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 354, p. 284 ; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Droit@Litec, 1998, spéc. n° 348, p. 177.

²⁶ V.-L. BENABOU, « La coexistence entre DRM et l'exception de copie privée, L'expérience française à l'appui de la Belgique ? », *A&M* juin 2005, pp. 556-567, spéc. p. 562.

²⁷ Sur l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer) : se reporter à H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., spéc. n° 453, pp. 920-921.

²⁸ P. SIRINELLI et M. VIVANT, « Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou ! », *RLDI* mai 2005, n° 5, p. 6-9, spéc. n° 5, p. 8. Voir également P. SIRINELLI, « Introduction et dissémination sur les réseaux numériques du point de vue de la loi française », in *Les droits des créateurs dans la société de l'information*, Actes du Congrès de l'ALAI 14-17 sept. 2003, Budapest, KJK Kerszöv (éd.), Budapest, 2004, pp. 269-274, spéc. pp. 271-272 ; S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, coll. Création Information Communication, Bruxelles, 2005, n° 589, p. 458 ; Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE* nov. 2005, Etude n° 37, pp. 6-16, spéc. n° 44, p. 13 qui estiment que, si une bibliothèque a acquis, sans le savoir, un ouvrage contrefait, les copies qui pourraient en être faites ne devraient pas être contrefaisantes. – De surcroît, si la condition d'un accès licite dépendait de la propriété du copiste sur l'exemplaire copié, l'argument participerait d'« une confusion entre les droits intellectuels sur l'œuvre et les droits sur son support » : S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 589, p. 458 ; Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », op. cit., spéc. n° 43, p. 13.

²⁹ Se référer aux travaux préparatoires disponibles sur le site de La Chambre des Représentants de Belgique, et notamment pour la discussion, au Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *Rapport fait au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par M. Guy Hove, Doc. Parl.*, Chambre des représentants de Belgique, 23 février 2005, doc 51.1137/013. Pour le rejet de l'amendement : *Doc. Parl.*, Sénat de Belgique, Session 2004-2005, 14 avril 2005, n° 3-1073/7.

professeurs Lucas, « la méthode semble bien dicter une interprétation *a contrario* »³⁰. En outre, le principe d'interprétation stricte des exceptions n'est pas en cause dans la réflexion puisqu'il s'agirait de réduire la portée de la règle bien au-delà de ce qu'avaient pensé ses concepteurs³¹.

Sur l'argument du recel, qui prend appui sur l'arrêt précité de la Cour de cassation française, la Cour de cassation belge a jugé au contraire que, le recel étant un délit commis contre la propriété matérielle, il ne pouvait s'appliquer au droit d'auteur qui est attributif non pas de la propriété d'un objet matériel mais de la propriété intellectuelle d'une œuvre littéraire ou artistique³². Qu'en conséquence, la reproduction d'une œuvre effectuée sans l'autorisation de son auteur « n'est pas une chose obtenue à l'aide d'un crime ou d'un délit » et ne peut donc caractériser le délit de recel tel que défini par le code pénal.

Au Canada, la Commission du droit d'auteur avait estimé, dans une décision du 12 décembre 2003, que la copie privée n'exigeait pas que la source eût été licite³³. En prenant quelques précautions, en 2003 également, la Commission belge sur la rémunération de la copie privée s'est aussi prononcée en ce sens. D'ailleurs, dans les travaux préparatoires de la loi sur le droit d'auteur de 1994, il est mentionné que la rémunération pour copie privée est due même dans l'hypothèse d'une reproduction interdite³⁴.

Le 15 novembre 2010, la Cour d'appel du district de La Haye s'est prononcée, à l'occasion de deux affaires³⁵, en faveur de l'admission de l'exception de copie privée pour les *download* réalisés sur les réseaux *peer-to-peer*. Le téléchargement en *download* réalisé à partir de sources illicites est donc autorisé au titre de l'exception de copie privée. La Cour de cassation française quant à elle, pourtant saisie de la question à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt

³⁰ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 354, p. 285, qui approuvent la position du législateur.

³¹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 354, p. 284, qui mentionnent également l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines. En ce sens également, E. PAPIN, « Le droit d'auteur face au peer-to-peer, L'échange de fichiers musicaux sur internet », *Légipresse* mars 2003, n° 199, II, pp. 26-31, spéc. p. 28.

³² Cass., 30 novembre 2004, N° P.04.0834.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

³³ Commission du droit d'auteur du Canada, *Décision sur la copie privée 2003*, 12 décembre 2003, p. 20 (Le régime ne traite pas de la source du matériel copié. La partie VIII n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet). Voir également les observations d'A. LUCAS sur cette décision, *PI* janv. 2004, n° 10, pp. 552-554.

³⁴ Projet de loi relatif au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants de Belgique, 1993-1994, n° 473/33-91/92, spéc. p. 270. Voir l'art. 55 de la LDA.

³⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage, 15 november 2010, *ACI c.s. v. Stichting De ThuisKopie & SONT*, LJN BO3982, 200.018.226/01, 05-2233 (Cour d'appel de La Haye, 15 novembre 2010, *ACI c.s. c. Stichting De ThuisKopie & SONT*, LJN BO3982, 200.018.226/01, 05-2233) ; Gerechtshof 's-Gravenhage, 15 november 2010, *FTD BV v. Eyeworks Film & TV Drama BV*, LJN BO3980, 200.069.970/01, 0-639 (Cour d'appel de La Haye, 15 novembre 2010, *FTD BV c. Eyeworks Film & TV Drama BV*, LJN BO3980, 200.069.970/01, 0-639). Pour un commentaire, voir E. Yildirim, « La Cour d'appel déclare légal le téléchargement à partir de sources illicites », *IRIS Plus*, 2001-4, pp. 34-35.

de cour d'appel qui avait admis le bénéfice de la copie privée, l'a éludée en renvoyant la discussion sur la licéité de la source à une autre cour d'appel³⁶. Les juges de renvoi ne se sont pas davantage exprimés sur la question³⁷.

On peut formuler une autre opposition fondamentale à la nécessité de la source licite : si l'on soumet l'exception de copie privée à cette nouvelle condition, pourquoi ne pas y subordonner toutes les exceptions ? Serait-il envisageable de refuser d'accorder l'exception de courte citation, en supposant que les conditions sont satisfaites, au seul motif que l'exemplaire sur lequel s'appuie l'utilisateur est une copie pirate ? La généralisation de la condition d'un accès licite à l'œuvre n'aurait pas de sens³⁸. Le législateur impose seulement que l'œuvre ait été divulguée avec le consentement de l'auteur³⁹ pour la mise en jeu des exceptions. C'est le seul prérequis qui devrait présider à l'éligibilité d'une exception. Aucune modalité d'accès n'est imposée au public. Une fois l'œuvre divulguée, les exceptions peuvent être exercées sans contrainte supplémentaire⁴⁰. La seule manière pour que la condition d'une source licite soit retenue serait que le législateur décide de l'inscrire dans la réglementation⁴¹. Tel a été le choix du législateur allemand à travers la loi du 10 septembre 2003 transposant la directive « société de l'information ». En vertu de l'article 53 de cette loi, l'exception pour copie privée, et seulement cette exception, n'est pas admise si elle a été réalisée à partir d'une source manifestement illicite. Le Danemark a suivi la même voie avec la loi du 7 juin 2001⁴², ainsi que la Finlande, le Portugal et la Suède⁴³.

En conclusion, il nous apparaît, en l'état actuel du droit belge et à défaut d'une mention explicite dans la loi sur le droit d'auteur, que même si la copie privée était effectuée à partir d'une source illicite, l'exception pourrait malgré tout être admise. Mais il convient toutefois de rester attentif aux futures décisions que la Cour de Justice de l'Union Européenne pourrait rendre à ce sujet.

³⁶ La Haute cour a cassé l'arrêt de la CA Montpellier (3^{ème} ch. Corr., 10 mars 2005, *Légipresse* 2005, n°222, III, p.120, note WEKSTEIN) en raison d'un défaut de justification, renvoyant la question de la licéité de la source à partir de laquelle la copie a été effectuée, à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence : Cass. Crim. 30 mai 2006 : A. BENSAMOUN, « Libres propos en marge de l'arrêt de la chambre criminelle du 30 mai 2006 », *RLDI* juill.-août 2006, n° 18, p. 80.

³⁷ CA Aix-en-Provence, 5^{ème} ch. corr., 5 sept. 2007, *CCE* nov. 2007, comm. n° 130, note Ch. CARON ; *Légipresse* 2007, n° 247, III, p. 250, note V. NISATO ; *PI* janv. 2008, n° 26, obs. A. LUCAS ; V.-L. BENABOU, « Chronique de France », *RIDA* janv. 2008, n° 215, pp. 155-259, spéc. p. 229 et s.

³⁸ Sur ces derniers points, voir S. DUSOLLIER, « L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *CCE* nov. 2005, étude n° 38, spéc. n° 4, pp. 19-20.

³⁹ Cf art. L. 122-5 du CPI.

⁴⁰ S. DUSOLLIER, « L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *op. cit.*, spéc. n° 2, p. 18.

⁴¹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 354, p. 285 ; S. DUSOLLIER, « L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *op. cit.*, spéc. n° 4, p. 20.

⁴² P. SCHONNING, « Chronique des pays nordiques », *RIDA* avr. 2002, n° 192, pp. 252-308, spéc. pp. 266-268.

⁴³ G. WESTKAMP, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Part II of the Study on the implementation of Directive 2001/29/EC, Ivir, 2007, p. 20-21 (disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm).

Quoi qu'il en soit, dans les décisions relatives au *peer-to-peer*, il est rare qu'un internaute poursuivi n'ait procédé qu'à des actes de *download*. En outre, les logiciels utilisés impliquent généralement par défaut la mise à disposition des fichiers musicaux ou audiovisuels contenus sur l'ordinateur, et mettent automatiquement à la disposition de tiers les fichiers en cours de téléchargement. A partir du moment où les fichiers réceptionnés en *download* sont réémis en *upload*, il semble difficile de ne pas faire intervenir aussi le droit de communication au public⁴⁴. Bien souvent, la question de l'applicabilité de la copie privée ne s'est même pas posée, l'internaute poursuivi ayant également commis des actes de mise à disposition d'œuvres.

§2. Les mécanismes de réponse graduée

L'une des tendances actuelles pour lutter contre les téléchargements illégaux des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* consiste à élaborer des mécanismes dits de « réponse graduée ». La France a choisi d'emprunter cette voie (I), suivie par d'autres pays européens (II).

I. Les lois HADOPI en France

La France a choisi de s'orienter vers un mécanisme de réponse graduée destiné à lutter contre les pratiques illégales de téléchargement d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Une disposition du code de propriété intellectuelle, issue de la loi de transposition de 2006 de la directive « société de l'information », prévoyait déjà l'obligation de l'abonné internet de veiller à ce que sa connexion ne soit pas utilisée à des fins de contrefaçon, par lui ou par un autre. Mais cette obligation n'était pas assortie de sanctions. C'est ce que pallient notamment les lois HADOPI. Adoptées les 12 juin et 28 octobre 2009, ces lois sont la concrétisation de la dynamique originale choisie par la France⁴⁵. Une obligation de sécurisation de la connexion internet incombe désormais à l'abonné ; celui-ci sera informé par son fournisseur d'accès à internet obligé de livrer ces informations. Une nouvelle autorité est créée, l'HADOPI. Elle a trois missions principales : la régulation des mesures techniques de protection, l'encouragement de l'offre légale sur internet et la protection des œuvres diffusées sur internet avec la mise en place de réponses dites graduées. Le mécanisme se déroule en plusieurs étapes. Tout d'abord, l'abonné doit être identifié par un agent assermenté grâce à son adresse IP. L'HADOPI, saisie, s'adresse ensuite au fournisseur d'accès à internet pour lever l'anonymat. Une fois les coordonnées dévoilées, l'HADOPI envoie une première recommandation à l'abonné via email qui a pour objet de l'informer sur son obligation de surveillance de l'accès internet, l'existence d'offres légales, les dangers de la contrefaçon et les moyens de sécurisation. Si rien ne change dans les six mois, l'HADOPI envoie une seconde recommandation du même type. A l'origine, l'HADOPI avait le pouvoir de

⁴⁴ A. LUCAS, note sous TGI Bayonne, 15 nov. 2005, *op. cit.*, spéc. p. 178.

⁴⁵ Parmi une littérature foisonnante, voir Ch. CARON, « La lutte contre la contrefaçon sur Internet dans les lois HADOPI I et II », *CCE* janv. 2010, comm. n° 1, p. 24 et s. ; V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse : de l'alibi pédagogique à la tentation sécuritaire », *A&M*, 2010, p. 438.

suspendre la connexion internet de l'utilisateur, ce qui a été censuré par le Conseil constitutionnel qui a qualifié le droit d'accéder à internet, qui fait partie de la liberté de communiquer et recevoir des informations, de droit fondamental⁴⁶. Il s'ensuit que la coupure de l'accès internet ne peut désormais résulter que de la décision d'un juge judiciaire. La seconde loi HADOPI prévoit une nouvelle contravention de 5ème classe pour « négligence caractérisée » si l'abonné, après la seconde recommandation, n'a pas sécurisé son accès internet et a donc laissé faire les téléchargements illégaux. Par le biais d'une ordonnance pénale simplifiée qui permet une sanction plus rapide, le juge peut alors prononcer une peine qui peut aller jusqu'à la suspension de l'accès internet. Au-delà du mécanisme de réponse graduée, les lois HADOPI ont instauré un nouvel article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle qui sanctionne une « atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne ». Le juge du tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure strictement nécessaire destinée à prévenir ou à faire cesser ces atteintes. Depuis l'adoption des lois, plusieurs textes réglementaires relatifs aux lois HADOPI ont été adoptés⁴⁷.

II. Dans d'autres pays européens

Les lois HADOPI ont fait des émules dans certains pays. Le Royaume-Uni⁴⁸, l'Irlande⁴⁹, la Corée du Sud, Taiwan, la Thaïlande⁵⁰, ou plus récemment la Nouvelle Zélande,⁵¹ connaissent

⁴⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>).

⁴⁷ Le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet ; le décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet ; le décret n° 2010-994 du 26 août 2010 relatif à la commission prévue à l'article L. 132-44 du code de la propriété intellectuelle ; le décret n° 2010-1057 du 3 septembre 2010 modifiant le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet » ; la circulaire du 6 août 2010 relative à la présentation des lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que de leurs décrets d'application ; le décret n° 2011-264 du 11 mars 2011 (HADOPI) relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel, JORF n°0061 du 13 mars 2011.

⁴⁸ Le 8 avril 2010, la *Digital Economy Bill* a été adoptée à la Chambre des communes au Royaume-Uni (disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>). Sous le contrôle du régulateur des télécommunications, l'OFCOM, les ayants droit peuvent requérir en justice des fournisseurs d'accès à Internet de restreindre ou couper la connexion des internautes qui se livrent à des échanges non autorisés d'œuvres malgré un premier envoi de lettre d'avertissement.

⁴⁹ Le mécanisme de la réponse graduée en Irlande n'est pas issu d'un projet de loi mais résulte d'accords contractuels entre un fournisseur d'accès (Eircom) et une société de gestion collective (IRMA, l'équivalent de la SABAM en Irlande) (source : <http://pro.clubic.com/legislation-loi-internet/hadopi/actualite-342372-irlande-riposte-graduee.html>). Après l'envoi de deux lettres d'avertissement, le fournisseur d'accès s'est arrogé le droit de suspendre la connexion Internet de l'utilisateur. Le 11 octobre 2010, la Haute Cour de Dublin (High Court of Ireland, *EMI and others v. UPC*, [2009 No. 5472 P], disponible sur <http://www.scribd.com/doc/39104491/EMI-v-UPC>) a jugé qu'un fournisseur d'accès (en l'occurrence UPC Broadband) n'était pas obligé de participer à la

de tels dispositifs, et d'autres pays⁵² ont des projets similaires. En Belgique, le sénateur Miller, précédé quelques mois plus tôt du sénateur Monfils, a également déposé une proposition de loi « visant à promouvoir la création culturelle sur internet »⁵³. La proposition prévoyait un procédé de réponse graduée en 4 étapes : l'envoi d'un avertissement à l'abonné par l'intermédiaire du fournisseur d'accès ; si l'abonné commet une nouvelle infraction dans les 6 mois, une seconde lettre recommandée est envoyée, reprenant les mentions de la première lettre et proposant à l'abonné le paiement d'une amende ; la transmission du dossier au Parquet si l'internaute persiste dans ses comportements illégaux. Le juge pouvait alors décider de condamner l'internaute à une amende et à une limitation de l'accès au service de communication au public en ligne. Il n'y aurait donc pas de suspension de la connexion internet mais simplement blocage du haut-débit. Enfin, en cas de récidive, l'amende serait doublée et la suspension de l'accès internet prononcée. Suite à l'audition des parties intéressées au Sénat le 11 mai 2011, et notamment des ayants droit, le sénateur Miller a déposé un amendement visant à retirer ce volet « réponse graduée » de sa proposition⁵⁴.

Toutes ces lois et projets de lois s'inscrivent dans un mouvement plus large soutenu et poussé par certains titulaires de droits qui souhaitent une condamnation sévère des téléchargements illégaux d'œuvres. Le traité ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), négocié par une dizaine de pays⁵⁵, demande un renforcement des moyens de lutte contre des violations de droit d'auteur sur internet dans une Section 5 dédiée à l'«Enforcement of Intellectual Property Rights in the Digital Environment», ce qui pourrait encourager les Etats à instaurer des dispositifs de réponse graduée.

"riposte graduée" en identifiant les internautes pour ensuite suspendre leur connexion en cas de téléchargement illégal et que la loi irlandaise ne comprenait aucune base juridique à un système de réponse graduée.

⁵⁰ Pour ces pays, se reporter à V. DELFORGE, « La Riposte Graduée en Europe et à l'Etranger : comment venir à bout de la contrefaçon en ligne ? », Actes du colloque *Quelle réponse juridique au téléchargement d'œuvres sur Internet ?*, Université Libre de Bruxelles, 14 déc. 2010, à paraître ; V.-L. BENABOU, « La riposte graduée... », *op.cit.*, p. 439.

⁵¹ Le législateur néo-zélandais a voté une loi, *The Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill*, qui entrera en vigueur en septembre 2011 et permettra la suspension de la connexion Internet en cas de violations répétées du droit d'auteur. Cette sanction ultime ne sera toutefois en vigueur que s'il a été démontré, après deux années d'application de la loi, que d'autres sanctions sont restées inefficaces.

⁵² En Espagne, le gouvernement a soutenu un projet de loi donnant le pouvoir au juge de décider de la fermeture des sites proposant des téléchargements d'œuvres illégaux. Après quelques amendements, le texte a été approuvé par le Sénat puis par le Congrès espagnol le 15 février 2011 : Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, BOE núm. 55, 5 de Marzo de 2011, <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>. Contrairement à ce qui en est généralement rapporté, la loi ne permet pas de sanctions à l'égard des internautes échangeant des œuvres, voir A. GALLEGU, « L'Espagne et la banalisation de la contrefaçon musicale et audiovisuelle », *Propriétés Intellectuelles*, Juillet 2011, p. 351. Pour les projets en cours dans d'autres pays, voir V. DELFORGE, « La Riposte Graduée en Europe et à l'Etranger... », *op.cit.*

⁵³ Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, *Doc. Parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-741/1.

⁵⁴ Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, Amendement déposé par R. Miller et F. Bellot le 24 mai 2011, *Doc. Parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-741/2.

⁵⁵ Le texte adopté le 3 décembre 2010 est disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/147079.htm>.

Par ailleurs, au niveau européen, le Parlement a adopté, le 22 septembre 2010, le rapport de l'eurodéputée PPE/UMP (France) Marielle Gallo⁵⁶ sur le renforcement de l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur. Le rapport met l'accent sur la nécessité de sensibiliser le grand public, la promotion de l'offre légale et la lutte contre les échanges non autorisés d'œuvres sur internet en trouvant des solutions appropriées et urgentes en fonction du secteur concerné.

Parallèlement à ce mouvement visant à enrayer les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, une autre tendance se dessine qui a pour objectif d'autoriser ces échanges. Il ne s'agit donc plus de contenir ou réprimander des comportements mais de les encadrer par des mécanismes légaux.

⁵⁶ Rapport sur l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur, (2009/2178(INI)) de Marielle GALLO, Commission des Affaires juridiques du Parlement Européen, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0175+0+DOC+XML+V0//FR>.

Section 2. Les mécanismes d'autorisation envisageables pour les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

Les solutions non punitives visent à autoriser les échanges d'œuvres entre internautes à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer* tout en redistribuant aux auteurs et autres titulaires de droits une rémunération appropriée. Certes, les auteurs peuvent autoriser les internautes à se livrer à de tels actes s'ils décident d'exercer leurs droits exclusifs. En effet, le principe en droit d'auteur est que l'auteur dispose de droits exclusifs sur ses œuvres (§1). Toutefois, en raison de la masse d'œuvres et d'ayants droit susceptibles d'être concernés par de tels échanges, l'autorisation sur base de l'exercice individuel des droits d'auteur et droits voisins est irréaliste et peu pratique pour l'utilisateur. Des propositions ont été faites de recourir à certains mécanismes du droit d'auteur, dérogatoires, d'une manière ou d'une autre, au caractère individuel et exclusif des droits de l'auteur, afin de légitimer les échanges en *peer-to-peer* (§2). Il s'agit notamment de l'exception, la licence non volontaire, la gestion collective obligatoire ou la licence collective étendue, mécanismes qui devront respecter les principes internationaux en droit d'auteur (§4). Des initiatives d'auto-régulation ont également été mises en place dans la pratique (§3).

§ 1. Le principe du droit exclusif

Le fait que l'auteur détienne des droits exclusifs sur ses créations signifie qu'il a seul le pouvoir de décider de leur exploitation ainsi que des conditions de rémunération. Le caractère exclusif lui confère le pouvoir de gérer de manière individuelle ses droits (I). Mais il peut également décider, volontairement, de confier la gestion de ses droits à une société de gestion collective (II).

I. Une gestion individuelle du droit exclusif par l'auteur

La Convention de Berne accorde à l'auteur des droits exclusifs sur la reproduction et la communication publique de ses œuvres⁵⁷. Les traités OMPI, la convention de Rome, les accords ADPIC, les directives communautaires font tous référence aux droits exclusifs des auteurs et titulaires de droits voisins ; certes, la formulation peut parfois se transformer en « droit d'autoriser ou d'interdire », mais la signification est identique. Au niveau national, l'article 1^{er} de la loi belge du 30 juin 1994 fait également mention du droit exclusif de l'auteur, à l'instar de ce que fait l'article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle français. En matière de droit d'auteur, « l'exclusivité est la règle »⁵⁸.

⁵⁷ Cf. les articles 9.1), 11.1), 11 bis 1, 11 ter 1), 12, 13, 14 de la Convention de Berne.

⁵⁸ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 18, p.18.

Le droit exclusif signifie d'une part que l'auteur est le seul à pouvoir autoriser et/ou interdire les utilisations de ses œuvres, et d'autre part qu'il est libre de négocier financièrement ces utilisations, c'est-à-dire de fixer les conditions de ces utilisations⁵⁹. En somme, le caractère exclusif – qui fait du droit d'auteur un « droit retenu »⁶⁰ – permet à l'auteur d'exercer individuellement ses droits et de négocier librement les conditions d'utilisation de ses œuvres et sa rémunération. Le droit exclusif renvoie donc à deux réalités complémentaires : le pouvoir d'autoriser ou de refuser telle ou telle exploitation de l'œuvre et le pouvoir de négocier les conditions d'exploitation de l'œuvre. Le droit exclusif est géré par son titulaire de manière individuelle. En d'autres termes, « ce n'est que lorsqu'ils sont exercés par le titulaire lui-même que les droits d'auteur peuvent être réellement les droits exclusifs qui sont définis dans toutes les législations nationales sur le droit d'auteur »⁶¹. Comme l'a rappelé l'OMPI dans sa réponse au gouvernement hongrois souhaitant mettre en place un système de gestion collective obligatoire dans des hypothèses non prévues par la Convention de Berne : " (...) The term 'exclusive rights' is not defined further in (the Berne) Convention. The normal understanding of that term, however, is a right that is enjoyed by its owner to the exclusion of the acquisition or enjoyment of the same right in the same work by anybody else, and which enables the owner excluding anybody else to perform certain acts and to authorize or prohibit the performance of those acts by others, and to set the conditions under which such authorization may be granted. Thus, exclusive rights granted under Berne Convention and the WCT are individual, private economic rights "⁶².

Ce droit exclusif « constitue un élément essentiel du droit d'auteur »⁶³. Il constitue « l'arme la plus efficace au service des auteurs et des titulaires de droits voisins, qu'elle place en position de force »⁶⁴.

II. Une gestion collective volontaire

Il peut arriver que les titulaires de droits, se sentant désarmés pour gérer individuellement leurs droits, en confient la gestion à des sociétés de gestion collective. En effet, « la gestion

⁵⁹ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *e-Bulletin du droit d'auteur*, oct. 2003, p. 1 : « Dire qu'un droit a un caractère exclusif signifie que seul son titulaire (...) est à même de décider s'il autorisera l'exécution d'un des actes couverts par le droit en question ; et s'il décide de le faire, à quelle condition et contre quel type de rémunération ».

⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^{ème} éd., 2004, n° 152, p. 185.

⁶¹ H. COHEN JEHORAM, « Principes fondamentaux des sociétés de droit d'auteur », *Droit d'auteur* 1990, pp. 224-231, spéc. p. 224.

⁶² Citée par le rapport du CSPLA, *La distribution des contenus numériques en ligne*, déc. 2005, prés. par P. SIRINELLI, *op. cit.*, note 45, p. 68.

⁶³ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *op. cit.*, p. 1.

⁶⁴ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 18, p.18. Voir également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2009, n° 22, pp. 30-31.

collective repose (...) sur la libre adhésion de ses membres »⁶⁵. Aussi bien les auteurs que les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes recourent à la gestion collective⁶⁶. Le mécanisme de la gestion collective habilite la société de gestion à délivrer des autorisations d'utilisation aux utilisateurs, à négocier les rémunérations, à les collecter puis à les répartir entre les différents titulaires de droits. L'auteur a la possibilité, en devenant membre, de participer à la fixation des tarifs des licences. Toutefois, dans un objectif de simplification, la gestion est souvent normalisée et les mêmes règles peuvent régir une catégorie d'œuvres.

Face à l'utilisation massive des œuvres sur internet, « la seule réponse pratique raisonnable réside dans le recours massif (...) à la gestion collective. (...) Et cette gestion ne pourra être efficace que d'une part, si les œuvres numérisées peuvent être aisément identifiées sur le réseau, d'autre part si les sociétés organisent leur propre réseau planétaire d'échange d'information relatives à la circulation des œuvres de leurs répertoires respectifs »⁶⁷. La solution du guichet commun est préconisée pour que la gestion collective soit la plus efficace possible. La gestion collective paraît donc particulièrement appropriée dans l'hypothèse d'utilisations de masse d'œuvres protégées dans des réseaux difficiles à contrôler, tels les échanges dans les réseaux *peer-to-peer*.

Il est vrai qu'en confiant la gestion de l'exploitation de ses œuvres à une société de gestion collective, l'auteur renonce par là même à contrôler cette exploitation⁶⁸. Le fait de transférer ses droits le prive de la maîtrise de la circulation de ses créations. Mais cette décision – volontaire – n'altère en rien le caractère exclusif du droit de l'auteur car ce dernier en est à l'origine⁶⁹. L'auteur a la possibilité de choisir la manière dont il souhaite exercer ses droits. De plus, l'auteur conserve l'exercice de son droit moral puisqu'il ne cède que ses prérogatives patrimoniales, économiques. Par ailleurs, la gestion collective peut même « donner un contenu concret à des prérogatives qui, sans elle, resteraient lettre morte »⁷⁰. La gestion collective consiste à régler les modalités d'exercice du droit exclusif de l'auteur⁷¹. La gestion individuelle du droit exclusif, présentée comme le mode naturel d'exercice du droit d'auteur,

⁶⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 853, p. 585.

⁶⁶ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1094 et s., p. 767 et s.

⁶⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 418, p. 782. L'auteur admet le recours à la gestion collective obligatoire « mais à titre strictement exceptionnel ».

⁶⁸ G. KARNELL, "Individual Rights in Wholesale Trading", *RIDA* 3/1993, pp. 3-49.

⁶⁹ *Promotion et développement de la gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes*, Document établi par le Bureau international de l'OMPI, Comité permanent de la coopération pour le développement en rapport avec la propriété intellectuelle, Première session, Genève, 31 mai-4 juin 1999, spéc. p. 6 : « Si le système de gestion collective fonctionne de manière adéquate, les droits conservent leur caractère exclusif ».

⁷⁰ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 793, p. 560. Voir également *Promotion et développement de la gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes*, Document établi par le Bureau international de l'OMPI, op. cit., spéc. p. 3 : « au cours des dernières années, il s'est avéré, de manière de plus en plus manifeste, que l'exercice individuel d'un droit présente des difficultés pratiques. Dans certains cas, des utilisateurs ont besoin d'avoir accès rapidement à une masse considérable d'œuvres. La gestion collective est un outil essentiel qui permet l'exercice efficace des droits ».

⁷¹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 796, p. 561.

répond à une « conception indubitablement idéalisée »⁷² de la matière. La gestion collective devrait plutôt être appréhendée comme « un mode d'exploitation complémentaire de la gestion individuelle que comme un mode subsidiaire »⁷³.

§ 2. Les restrictions au droit exclusif

Divers mécanismes juridiques peuvent autoriser une exploitation particulière du droit d'auteur ou favoriser cette autorisation par les ayants droit. Dans l'ordre de leur degré d'intervention sur le caractère exclusif du droit des auteurs, on peut citer l'exception (I), la licence non-volontaire (II), la gestion collective obligatoire (III) et la licence collective étendue (IV). Chacun de ces dispositifs mérite une explication et une analyse des propositions y ayant recours dans le cadre du *peer-to-peer*.

I. L'exception

L'exception est la figure qui contrarie le plus le droit exclusif de l'auteur. Celui-ci est privé de son droit sans aucune contrepartie. Une fois les œuvres licitement divulguées, certaines utilisations des œuvres sont permises au public par le biais des exceptions consacrées par le législateur⁷⁴. Ces hypothèses retirent à l'auteur une partie de son pouvoir sur l'exploitation, c'est-à-dire sur les représentations et/ou les reproductions de ses créations. L'auteur ne pourra donc plus exercer son emprise sur les utilisations visées par les exceptions⁷⁵. Le public peut alors décider de recourir aux exceptions pour utiliser l'œuvre dans les hypothèses visées par la loi. Elles offrent aux utilisateurs des espaces de liberté leur permettant d'user des œuvres de l'auteur dans des conditions posées par le législateur. Dans les systèmes de droit d'auteur comme la Belgique et la France, il ne peut exister d'autres exceptions en dehors de celles fixées par la loi.

En Belgique, les articles 21, 22, 22*bis*, 23 et 23*bis* de la LDA sont dédiés aux exceptions de droit d'auteur⁷⁶. Dans ces hypothèses, l'auteur n'a donc plus le droit d'exercer son contrôle sur ces utilisations et ne perçoit aucune rémunération en compensation de ces utilisations.

A notre connaissance, il n'existe pas de proposition d'adoption d'une exception pour l'hypothèse des échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*. Cela est compréhensible dans la mesure où les auteurs seraient non seulement privés du contrôle de leurs œuvres dans ce contexte, mais ils ne percevraient aucune rémunération en contrepartie. Aucun intérêt public ne peut justifier une telle exception sans compensation. Cette solution serait trop radicale et ne passerait certainement pas l'épreuve du test des trois

⁷² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 909, p. 619.

⁷³ *Ibid.*, p. 579.

⁷⁴ Cf. la section 5 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur en Belgique et l'article L. 122-5 du CPI français (la condition préalable est la divulgation de l'œuvre).

⁷⁵ Mais l'application du test des trois étapes par le juge peut remettre tout le système en cause.

⁷⁶ En France, l'article L. 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle est le siège des exceptions.

étapes⁷⁷. En outre, la directive européenne 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information contient une liste exhaustive d'exceptions au droit d'auteur qui peuvent être consacrées par les législateurs des Etats membres. Sans surprise, le partage d'œuvres et prestations protégées sur les réseaux *peer-to-peer* n'en fait pas partie, ce qui pose un obstacle de taille à tout législateur qui voudrait en faire une exception au droit d'auteur.

II. La licence non volontaire

L'appellation de licence non volontaire désigne deux mécanismes : la licence légale et la licence obligatoire. Le point commun entre ces deux dispositifs est de retirer à l'auteur le contrôle d'une exploitation de ses œuvres. La différence réside dans le mode de fixation de la rémunération due en contrepartie. Dans l'hypothèse de la licence légale, le législateur a donné au pouvoir exécutif la mission de fixer la rémunération même si les parties intéressées sont consultées ; dans le cas d'une licence obligatoire, la rémunération doit être négociée entre les parties. Le mécanisme de la licence non volontaire sera expliqué (A) avant de présenter les propositions de légitimation des échanges d'œuvres en *peer-to-peer* qui s'appuient sur cette solution (B).

A. Explication du mécanisme

Les licences non volontaires permettent au public d'utiliser les œuvres des auteurs en leur versant une contrepartie financière. Les auteurs, dans le contexte particulier des licences non volontaires, n'ont donc plus la possibilité de contrôler l'utilisation qui sera faite de leurs œuvres. Ils ont simplement le droit de percevoir une rémunération⁷⁸. Le mécanisme de la licence non volontaire transforme le droit exclusif en droit à rémunération : le fait de priver l'auteur de tous ses droits sur un type d'exploitation donné retire à son droit tout caractère exclusif. La loi peut exiger que ces droits à rémunération soient gérés de façon collective par les sociétés de gestion compétentes qui se chargeront de collecter puis de répartir entre les ayants droit les sommes perçues à ce titre. Dans un système de licence non volontaire, les titulaires de droits ne disposent pas de la possibilité de refuser l'utilisation des œuvres. Les sociétés de gestion collective ont un rôle qui se limite dans ce cas à la perception et à la répartition des sommes collectées entre les ayants droit.

La Belgique a adopté des mécanismes de licence légale pour certaines utilisations des œuvres. Il ne s'agira pas ici de tous les détailler mais d'en expliquer le fonctionnement dans quelques hypothèses.

En droit d'auteur, le prêt public des livres fait l'objet d'une licence légale. L'article 23 §1 de la LDA retire le droit exclusif de l'auteur pour l'hypothèse particulière du prêt public

⁷⁷ Cf. *infra*.

⁷⁸ P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Mémentos, Paris, 2^{ème} éd., 2003, p. 68 : « une fois prise la décision de divulguer l'œuvre, l'auteur ne peut plus imposer sa volonté quant à l'étendue de la diffusion. Il peut seulement percevoir des revenus ».

d'œuvres littéraires, de partitions d'œuvres musicales, d'œuvres sonores et d'œuvres audiovisuelles effectué dans un but éducatif et culturel par des institutions reconnues ou publiques. Conformément à l'article 62, un droit à rémunération lui est substitué. Le droit exclusif de prêt public est donc transformé en une licence légale⁷⁹. Le mécanisme de la licence légale s'applique également à la copie privée. L'article 55 de la LDA prévoit que les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations dans le cercle de famille⁸⁰. Cette rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire de supports ou appareils manifestement utilisés pour la reproduction privée d'œuvres sur tout support autre que sur papier ou assimilé – c'est-à-dire les supports numériques par exemple – dès lors qu'ils circulent en Belgique.

Dans le domaine des droits voisins, la Belgique a également consacré des licences légales. L'article 41 de la LDA énonce que l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer ni à la communication dans un lieu public, sous certaines conditions, ni à la radiodiffusion de leur prestation lorsqu'elle a été licitement reproduite ou radiodiffusée. Ainsi, « radios, télévisions peuvent diffuser disques, des vidéo-clips, enregistrements de concerts ou de pièces de théâtre sans autorisation nouvelle des interprètes »⁸¹. En contrepartie, l'article 42 accorde aux artistes-interprètes et aux producteurs un droit à rémunération équitable versée par les bénéficiaires des utilisations autorisées aux sociétés de gestion des droits. La rémunération est fixée par une commission. Les sommes seront ensuite reversées à parts égales entre les artistes-interprètes et les producteurs⁸².

B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

Certains proposent des systèmes de licence non volontaire pour les échanges d'œuvres, quelles qu'elles soient, à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*. L'objectif n'est pas ici de recenser toutes ces suggestions mais d'en présenter les plus emblématiques.

Un professeur américain, William Fisher, fut l'un des premiers à recommander la mise en place d'une licence légale assortie d'une faculté d'*opt-out* pour les titulaires de droits⁸³. Le

⁷⁹ Pour autant, « lorsqu'il s'agit d'œuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », l'article 23 bis de la LDA permet à l'auteur d'exercer, s'il le souhaite, son droit exclusif et de refuser le système de la licence légale.

⁸⁰ La rémunération est également prévue pour l'hypothèse visée à l'art. 22 §1, 13°.

⁸¹ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, Bruxelles, 4^{ème} éd., 2008, n° 254, p. 399.

⁸² Cf. art. 43 de la LDA.

⁸³ Voir l'exposé de la proposition in A. PEUKERT, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 28, No. 1, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=801124v>. W. FISHER, *Promises to keep: technology, law and the future of entertainment*, Chapter 6: *An alternative compensation system*, Stanford University Press, August, 2004, disponible en ligne sur <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>.

système de compensation serait administratif en ce que l'Etat serait l'acteur principal. Les œuvres seraient enregistrées auprès du *Copyright Office* pour que les auteurs puissent percevoir leurs rémunérations. Grâce à cet enregistrement, un fichier unique serait constitué permettant de tracer la diffusion des œuvres. La mission du gouvernement consisterait à collecter les fonds nécessaires par le moyen d'une taxe prélevée sur les services utilisés par les utilisateurs pour accéder aux contenus en ligne. Ces sommes seraient ensuite réparties entre les titulaires de droits en fonction de la fréquence de l'utilisation de leurs œuvres. L'originalité du système – en ce qu'une licence légale n'a jamais proposé une telle option – réside dans la possibilité donnée aux auteurs de s'en extraire en exerçant l'*opt-out*. Les auteurs ont donc le loisir de décider s'ils souhaitent bénéficier de la licence légale pour l'utilisation de leurs œuvres dans le contexte visé et percevoir ainsi une rémunération, ou s'ils préfèrent gérer eux-mêmes les droits concernés en refusant la licence légale. Par défaut, le mécanisme de la licence légale s'applique. Les auteurs doivent donc faire des démarches pour retrouver leurs droits exclusifs.

De son côté, un professeur allemand, Alexander Peukert⁸⁴, suggère de consacrer une licence légale pour le même type d'utilisation des œuvres, mais avec un *opt-in* plutôt qu'un *opt-out*. La logique est inversée par rapport au système de Fischer en ce que les auteurs devraient s'enregistrer pour bénéficier de la compensation offerte par le système de la licence légale. Les auteurs pourraient donc choisir librement de conserver et d'exercer leurs droits exclusifs en intégrant aux œuvres des identifications électroniques (ou *right management information*) ou de participer à la licence légale pour les échanges d'œuvres non commerciaux sur les réseaux *peer-to-peer*. Par défaut, le système est donc celui du droit exclusif. La proposition de A. Peukert représente un *business model* de plus pour les auteurs qui préféreraient un mode d'exploitation rémunéré par la licence légale. Elle agirait comme une incitation pour les auteurs à accepter que les échanges non commerciaux de leurs œuvres deviennent licites en échange d'une compensation financière. Mais la frontière avec une gestion collective volontaire devient floue. D'ailleurs l'appellation de licence légale pourrait ne plus convenir. A. Peukert met alors en exergue une différence fondamentale entre son système et la gestion collective volontaire tenant au financement du système. Les sommes ne proviendraient pas des utilisateurs eux-mêmes qui s'adressent aux sociétés de gestion collective, mais des fournisseurs de produits et de services, en amont – comme décidé par le législateur – qui profitent de la plus-value conférée par le partage des œuvres.

Par ailleurs, Philippe Aigrain⁸⁵, un auteur français, propose un financement mutualisé de la création redistribué sur la base des usages des œuvres. Toutes les œuvres seraient incluses dans le mécanisme dans un objectif de clarté et de sécurité juridique. La condition pour qu'elles entrent dans la sphère publique des échanges non commerciaux serait d'avoir été préalablement diffusées en numérique au public par leurs titulaires de droits. Les internautes auraient le droit d'échanger ces œuvres à des fins non commerciales voire même de produire des œuvres modifiées à partir de celles-ci. Les usages des œuvres – téléchargements,

⁸⁴ A. PEUKERT, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", *op. cit.*

⁸⁵ Ph. AIGRAIN, *Internet et Création, Comment reconnaître les échanges sur internet en finançant la création*, In Libro Veritas, 2008.

streaming... – seraient mesurés grâce à leur identification numérique préalable et sur la base d'un panel d'internautes volontaires qui accepteraient l'installation de plug-in sur les logiciels *peer-to-peer* pour recueillir des informations anonymes sur l'utilisation des œuvres. La rémunération, perçue auprès des fournisseurs d'accès à internet, serait versée aux ayants droit ayant adhéré aux sociétés de gestion collective ; les auteurs non-membres quant à eux devront faire la démarche de s'y inscrire s'ils souhaitent percevoir un paiement. Une part des sommes serait destinée aux producteurs et intermédiaires et à la création.

En Belgique, la proposition de loi des écologistes opte également pour la licence non volontaire. Les objectifs consistent à sécuriser juridiquement les échanges d'œuvres sur internet, financer les créateurs de contenus (auteurs, producteurs, éditeurs et interprètes) et créer une procédure de négociation entre les sociétés de gestion collective et les fournisseurs d'accès à internet. Les rémunérations, perçues auprès des fournisseurs d'accès à internet, ne seraient pourtant pas répercutées sur les factures de connexion internet, jugées déjà trop élevées en Belgique. Pour garantir cette absence de surcoût pour les utilisateurs, la proposition de loi entend fixer légalement un prix maximum pour l'accès à internet. Les rémunérations seraient en outre différentes selon le débit de la connexion. En cas de défaut d'accord sur les rémunérations, le Roi se verrait confier la charge de fixer les rémunérations. La proposition de loi suggère la création d'un Observatoire de l'Internet (mission supplémentaire pour l'Institut Belge des Services Postaux et de Télécommunications – IBPT) qui aurait pour mission d'établir une cartographie générale et anonyme de la réalité du téléchargement en Belgique sur la base d'enquêtes et de sondages. La clé de répartition des rémunérations des titulaires de droits serait ensuite décidée sur cette base.

III. La gestion collective obligatoire d'un droit exclusif

La gestion collective obligatoire d'un droit exclusif est certainement plus respectueuse du droit exclusif de l'auteur que ne le sont l'exception ou la licence non volontaire (A). Des propositions ont déjà été faites en ce sens, notamment en France, pour régir les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* (B).

A. Explication du mécanisme

Le législateur, lorsqu'il choisit d'opter pour la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif, retire à l'auteur l'exercice individuel de son droit exclusif pour le confier à une société de gestion collective. L'auteur ne peut donc plus contrôler lui-même l'exploitation de ses œuvres dans le cadre fixé par le système puisqu'un exercice collectif par une société de gestion lui a été imposé. Toutefois et contrairement à la licence non volontaire, les sociétés de gestion conservent un pouvoir de négociation des conditions de licence avec les utilisateurs (conditions d'utilisation, tarifs). En effet, si la gestion collective est obligatoire, la licence donnée par les sociétés de gestion est volontaire ; les sociétés de gestion, gérant des droits

exclusifs, ont la possibilité de refuser d'accorder de telles autorisations⁸⁶, sous réserve des contraintes posées par le droit de la concurrence. Les sociétés de gestion ont ensuite la mission de collecter puis de répartir entre les ayants droit les rémunérations perçues pour l'utilisation des œuvres concernée par le dispositif.

En Belgique, à l'instar de tous les Etats membres de l'Union européenne, le droit de retransmission par câble est géré obligatoirement de façon collective par les sociétés de gestion. Le législateur belge, dans la loi de transposition de la directive de 1993 dite « câble et satellite » qui découle de l'article 11 bis §1, 2 de la Convention de Berne, a organisé la gestion collective obligatoire du droit de retransmission par câble⁸⁷. La gestion individuelle du droit de retransmission par câble est donc impossible. Dans l'hypothèse où les auteurs et les titulaires de droits voisins n'auraient pas volontairement confié la gestion de leurs droits à une société de gestion, « la société qui gère des droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer leurs droits »⁸⁸. En toute hypothèse, la société de gestion de droits peut autoriser ou interdire la retransmission par câble. Elle n'a pas d'obligation d'autoriser⁸⁹. La gestion du droit exclusif passe simplement des mains des auteurs et titulaires de droits voisins à la société compétente. Ces derniers conservent leurs droits moraux et peuvent, à ce titre, s'opposer à la retransmission par câble de leurs œuvres ou prestations. Contrairement au mécanisme de la licence légale, la rémunération n'est pas fixée par le législateur et est donc librement négociée par les parties. Ainsi tant l'autorisation de retransmettre par câble que la rémunération due en contrepartie sont négociées entre les sociétés de gestion collective et les organismes de câbles. Depuis 1996, les deux protagonistes sont en conflit à propos de la rémunération due au titre de l'autorisation d'exploitation des œuvres par câble⁹⁰.

Il existe un mécanisme original en France qui ne porte pas le nom de gestion collective obligatoire mais de cession légale et dont les effets sont similaires. L'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle énonce que la mise à disposition au public des exemplaires des œuvres emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société de gestion collective. Dans l'hypothèse où l'auteur ou son ayant droit n'aurait pas désigné une société de gestion, l'une des sociétés agréées⁹¹ est réputée cessionnaire de ce droit. La cession légale ne peut viser la reproduction numérique et se limite aux cas classiques de reprographie⁹². Par ailleurs, l'accord de l'auteur est requis pour les reprographies commerciales (vente, location, publicité, promotion). La cession légale ne concerne pas l'usage commercial des copies. Sous

⁸⁶ Rapport du CSPLA, *La distribution des contenus numériques en ligne*, déc. 2005, prés. par P. SIRINELLI, disponible en ligne sur le site du CSPLA, spéc. p. 67 qui expose le mécanisme de la licence globale.

⁸⁷ Sauf pour ce qui concerne les droits exercés par un organisme de radiodiffusion à l'égard de ses propres émissions : cf. art. 53 §3.

⁸⁸ Cf. art. 53.

⁸⁹ L'article 11.2 de la directive de 1993 tempère le pouvoir d'interdire en ce qu'il énonce que « les parties engagé et mènent de bonne foi les négociations sur l'autorisation de retransmettre par câble et ne les empêchent pas d'avoir lieu ou ne les entravent pas sans justification valable ».

⁹⁰ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., n° 66, pp. 116-119.

⁹¹ Dans les conditions des art. L. 122-12 et R. 322-1 du CPI.

⁹² Cf. art. L. 122-10 al. 2 du CPI.

cette réserve, les sociétés de gestion agréées sont alors seules habilitées à conclure des contrats avec les utilisateurs et à agir en contrefaçon. Les utilisateurs versent en contrepartie aux sociétés de gestion une rémunération qui peut être forfaitaire comme le prévoit l'article L. 122-11 du CPI. Ensuite, les sociétés de gestion répartissent les sommes entre les auteurs et les éditeurs.

B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

En 2005, en France, des sociétés de gestion collective, l'ADAMI et la SPEDIDAM –, rejointes par des sociétés de consommateurs comme UFC Que Choisir ou l'UNAF – ont créé l'Alliance Public Artistes dont l'objectif est de proposer un système de licence globale pour liciter les échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*⁹³. Sous l'appellation de la licence globale, c'est en fait d'une gestion collective obligatoire dont il s'agit. L'objectif, comme indiqué sur le site internet de l'Alliance, est d'une part de « placer dans un cadre légal les millions d'internautes (...) qui partagent de la musique, des œuvres audiovisuelles, des images et des photographies en ligne », et d'autre part « de prévoir un mode de rémunération » pour les titulaires de droits. L'Alliance Public Artistes traite différemment le *download* alors envisagé en termes de copie privée et l'*upload* soumis à un régime de gestion collective obligatoire *via* le droit de mise à disposition du public. Les rémunérations seraient prélevées sur les factures de connexion internet des usagers – qui choisiraient de souscrire au système – puis reversées par les fournisseurs d'accès à internet aux sociétés de gestion collective les redistribuant ensuite aux ayants droit.

Il convient de noter ici que la gestion collective obligatoire de droits exclusifs a également été avancée comme un moyen de développer les offres légales d'œuvres sur internet dans les débats relatifs au *peer-to-peer*. C'est le cas de la proposition de loi déposée par le Sénateur MR Richard Miller qui, en son article 8, impose la gestion collective obligatoire à l'égard des « opérateurs de base de données », expression qui pourrait viser les sites de vente en ligne.

En France, en janvier 2010, un rapport a été remis au Ministre de la Culture et de la Communication par MM. Patrick Zelnik, Jacques Toubon et Guillaume Cerutti⁹⁴. Le rapport préconise – entre autres – le recours aux mécanismes de gestion collective pour les droits d'auteur et les droits voisins pour les services de mise à disposition en ligne des œuvres musicales. L'ensemble des professionnels du secteur sont vivement encouragés à opter pour un système de gestion collective volontaire. Si, dans le délai d'une année, ces acteurs n'arrivaient pas à parvenir à des accords, le rapport recommande au législateur d'imposer le

⁹³ Le site internet est à l'adresse suivante : www.lalliance.org. - Se reporter au Rapport du CSPLA, *La distribution des contenus numériques en ligne*, op. cit., spéc. pp. 62-73. Voir également le *Rapport n° 308 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, par M. THIOLLIÈRE, pour le Sénat, 12 avr. 2006, 370 p., spéc. pp. 44-45.

⁹⁴ Rapport remis au Ministre de la Culture et de la Communication par MM. Patrick ZELNIK, Jacques TOUBON et Guillaume CERUTTI, janvier 2010, disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Actualites/A-la-une/Remise-du-rapport-de-la-mission-creation-et-internet>.

recours à la gestion collective des droits exclusifs. Dans un premier temps, la gestion collective serait volontaire ; et dans un second, en cas d'échec, elle serait rendue obligatoire. Ce dispositif serait expérimenté pour une durée de 3 ans ; il serait accompagné de mesures d'encouragement de la diversité culturelle sur internet⁹⁵. Suite à ce rapport, Emmanuel Hoog a été chargé d'une mission de médiation sur la gestion des droits de la musique en ligne. Le 19 décembre 2010, le rapport de la mission conclut à l'impossibilité d'instaurer une gestion collective, volontaire ou obligatoire, des droits voisins pour la diffusion de la musique en ligne, telle que proposée par le rapport de MM. Zelnik, Toubon et Cerutti⁹⁶. Seule une gestion collective des droits voisins pour ce qui concerne l'écoute linéaire en ligne (webcasting et webcasting semi-interactif) sera mise en place. C'est l'objet de l'engagement n° 13 de la mission Hoog⁹⁷.

IV. La licence collective étendue

Le mécanisme de la licence collective étendue est propre aux pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège, Suède). C'est certainement le dispositif le plus proche d'une pleine exclusivité des droits de l'auteur (A). Il semblerait même que certaines lois permettent déjà le recours à la licence collective étendue pour s'appliquer aux échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. La figure commence, en outre, à intéresser la doctrine (B).

A. Explication du mécanisme

Dans un premier temps, ce système se caractérise par le transfert volontaire, par les titulaires de droits, de leurs droits à une société de gestion collective pour l'utilisation de leurs œuvres. Le fondement du mécanisme consiste en l'adhésion volontaire des titulaires de droits. Les sociétés de gestion concluent alors avec des utilisateurs des contrats collectifs. Ce n'est que dans un second temps que ces licences sont élargies, par le législateur, à tous les titulaires d'une certaine catégorie d'œuvres. La licence collective devient alors étendue. Le répertoire de la société de gestion collective s'étendra alors aux ayants droit qui n'en sont pas membres. La seule condition à remplir est la suivante : la société de gestion doit représenter un nombre considérable d'ayants droit dans une catégorie d'œuvres donnée ; ce qui atteste de sa légitimité.

L'intérêt de la licence collective étendue est d'assurer aux utilisateurs d'œuvres qui négocient avec les sociétés de gestion collective que l'autorisation qu'ils reçoivent s'étend à un large répertoire d'œuvres, dans la mesure où la licence débordera des seuls membres de la société pour inclure les auteurs d'œuvres de même type non-membres. Le système de licence

⁹⁵ Sur tous ces points, voir le Rapport ZELNIK (*op. cit.*), pp. 5-6.

⁹⁶ Rapport de la mission HOOG, 10/12/2010, disponible sur le site du Ministère de la Culture français (www.culture.gouv.fr).

⁹⁷ Rapport HOOG, *op. cit.*

collective étendue bénéficie également aux auteurs étrangers. La licence collective étendue est donc automatiquement appliquée à l'ensemble des auteurs d'un secteur donné.

Grâce à sa portée étendue, la licence collective couvre ainsi les œuvres dont les titulaires de droits ne sont pas membres de l'organisation. La législation peut toutefois permettre aux auteurs qui ne souhaitent pas être soumis au régime de la licence collective étendue soit de demander une rémunération individuelle soit de se retirer du système⁹⁸ en profitant de la possibilité d'*opt-out*. Mais ce n'est pas toujours le cas⁹⁹. La majorité des licences collectives étendues sont obligatoires pour les titulaires de droits, qu'ils soient membres ou non de la société de gestion collective concernée. Le système de la licence collective étendue est un subtil mélange d'autonomie et d'interventionnisme¹⁰⁰.

Le modèle, originellement mis en place pour gérer les droits de retransmission dans les pays nordiques, a été instauré pour d'autres utilisations des œuvres. C'est ainsi, par exemple, qu'au Danemark¹⁰¹, la reprographie dans les écoles et les entreprises est soumise à une licence collective étendue¹⁰². Ainsi en est-il également de la reproduction numérique par les bibliothèques numériques¹⁰³, l'enregistrement des œuvres radiodiffusées pour les déficients visuels et auditifs¹⁰⁴, la reproduction d'œuvres d'art rendues publiques¹⁰⁵, la retransmission par certaines télévisions nationales¹⁰⁶ (radiodiffusion et télédiffusion), la retransmission par certaines télévisions nationales d'œuvres d'archives¹⁰⁷, la retransmission par câble¹⁰⁸. Les domaines de prédilection pour le mécanisme de licence collective étendue sont la reprographie, l'utilisation pour les déficients visuels, l'utilisation par les télévisions du service public et la retransmission par câble. Dans toutes ces hypothèses, l'utilisation des œuvres est autorisée dès l'instant où les exigences relatives aux licences collectives étendues telles que

⁹⁸ S. VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines », *IRIS Plus, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2007, p. 1 et s., spéc. p. 4.

⁹⁹ Voir *infra*.

¹⁰⁰ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", 12 Janvier, 2010, *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 33, Issue IV, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1535230>, p. 2, qui ajoutent que : « ECLs have the effectiveness of compulsory licenses but at the same time leave right holders in control of the use of their works ».

¹⁰¹ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, spéc. pp. 3-7 ; D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, Juin 2003, disponible sur http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/licence_etendue_questions.pdf, spéc. pp. 51-55.

¹⁰² Articles 13 et 14 du *Danish Copyright Act (DCA)* disponible sur <http://www.wipo.int/wipolex/en/>. – Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, p. 3.

¹⁰³ Art. 16 b du *DCA*.

¹⁰⁴ Art. 17 (4) du *DCA*.

¹⁰⁵ Art. 24 a du *DCA*.

¹⁰⁶ Art. 30 du *DCA*.

¹⁰⁷ Art. 30 a du *DCA*.

¹⁰⁸ Art. 35 du *DCA*.

formulées par l'article 50 du *Copyright Act* danois sont satisfaites. Cet article 50 définit le cadre et les modalités du mécanisme de licence collective étendue. Certaines des dispositions (art. 24 a, 30, 30 a, et 50 (2)) permettent aux auteurs non-membres de sortir du mécanisme de licence collective étendue grâce à l'*opt-out* en interdisant l'utilisation de leurs œuvres dans ce cadre. Contrairement à l'opinion répandue, l'*opt-out* n'est pas une caractéristique du mécanisme de licence étendue ; néanmoins il en constitue l'une des modalités possibles.

Grâce à la licence collective étendue, les utilisateurs acquièrent le droit d'utiliser les œuvres d'une certaine catégorie, y compris celles dont les titulaires de droits ne sont pas membres de la société de gestion concernée¹⁰⁹. Le législateur se contente d'étendre la licence collective existante aux œuvres des titulaires de droits non-membres de la société de gestion ; il n'agit pas sur le contenu de l'accord¹¹⁰. Les sociétés de gestion habilitées à conclure des licences de ce type doivent être agréées par le Ministère de la Culture¹¹¹ qui aura au préalable défini la procédure à suivre¹¹². Les règles de répartition des rémunérations fixées par les sociétés de gestion doivent être les mêmes pour les auteurs membres et les auteurs non-membres¹¹³ comprenant non seulement les auteurs nationaux mais également les auteurs étrangers¹¹⁴ et les auteurs décédés. Les auteurs non-membres ont le droit de réclamer une rémunération individuelle à la société de gestion même si cela n'est prévu ni dans les termes de l'accord collectif ni dans les règles de rémunération propres à la société de gestion. En cas de désaccord, l'auteur et la société de gestion peuvent tous deux demander une médiation devant le *Copyright License Tribunal*¹¹⁵ qui est une autorité administrative créée par le Ministère de la Culture¹¹⁶. Le recours à cette instance est également envisagé dans l'hypothèse où l'utilisateur et la société de gestion (sauf dans les hypothèses visées par les articles 30 et 35) n'arriveraient pas à se mettre d'accord sur les termes de la licence. La procédure et les modalités sont décrites à l'article 52 du *DCA*. Le médiateur peut alors faire des propositions pour régler le différend.

En Islande, l'article 15a du *Icelandic Copyright Act*¹¹⁷ prévoit l'aménagement d'une licence collective étendue pour la reprographie qui appréhende également la reproduction numérique.

¹⁰⁹ Art. 50 (3) du *DCA*.

¹¹⁰ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, p. 5.

¹¹¹ Art. 50 (4) du *DCA*.

¹¹² Art. 50 (5) du *DCA*.

¹¹³ Art. 51 (1) du *DCA*.

¹¹⁴ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, note 11, p. 4 : "Foreign authors also "count" in deciding whether or not the organization represents a "substantial" amount of authors whose works are used in Denmark. Money is distributed to foreign organizations if there is an agreement to this effect (a so called "A-Agreement"). Presently, the Danish organization Copydan which administers most of the ECL rules has A-agreements with the following organizations: Access Copyright (Canada), Bonus Presskopia (Sweden), CAL (Australia), CCC, (USA), Cedro (Spain), CLA (United Kingdom), ICLA (Ireland), SIAE (Italy), and VG Musikedition (Germany). (...)".

¹¹⁵ Sur ces derniers points, art. 51 du *DCA*.

¹¹⁶ Art. 47 et 48 du *DCA*.

¹¹⁷ Disponible sur <http://www.wipo.int/wipolex/en/>.

Le Ministère de l'Education, la Science et la Culture est chargé d'agréer la société de gestion représentative d'un nombre significatif de titulaires de droits. Le mécanisme s'applique également aux auteurs non-membres de la société en question. Toutefois, le régime prévoit l'option d'*opt-out* selon laquelle tout auteur peut, par écrit, interdire la reproduction de ses œuvres dans ce contexte. Les auteurs membres et non-membres percevront une rémunération selon les mêmes modalités. Tout différend entre un auteur et la société de gestion pourra être confié à un comité de trois personnes nommées par le Ministère de l'Education, la Science et la Culture. Si la mission de conciliation échoue, la seule solution que le comité peut donner sera de nature administrative¹¹⁸.

B. Propositions concrètes pour les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer

Une hypothèse de licence collective étendue générale, introduite dans la loi danoise en 2008, concerne les « autres formes d'utilisation » dans certains domaines spécifiques couverts par un accord conclu entre une société de gestion représentant un nombre significatif de titulaires de droits, et les utilisateurs¹¹⁹. Ce système résulte des débats sur les solutions envisageables à l'exploitation des œuvres orphelines¹²⁰. La singularité de cette disposition est qu'elle ne vise aucun type d'utilisation des œuvres en particulier. Par conséquent, tous les domaines du droit d'auteur sujets à licence qui impliquent un nombre significatif de titulaires de droits sont susceptibles de bénéficier du mécanisme de licence collective étendue¹²¹. Les nouvelles dispositions donnent la possibilité aux parties intéressées d'utiliser ces licences dans des domaines nouveaux décidés par les parties contractantes. A titre d'exemple, en juillet 2009, le Ministère de la Culture a agréé certaines sociétés de gestion – Copydan, Koda, et NCB – en vue de l'application du système de la licence collective étendue pour ce qui concerne les droits secondaires de retransmission par câble (services à la demande)¹²². Toutefois, comme le prévoit l'article 50 (2), le mécanisme de la licence collective étendue ne s'applique pas si un auteur s'est opposé à l'utilisation de ses œuvres dans ce contexte.

Cette nouvelle disposition danoise pourrait éventuellement permettre d'appliquer à l'avenir le mécanisme de la licence collective étendue aux échanges d'œuvres audiovisuelles et multimédia à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer*. Il faudrait que les échanges d'œuvres à des fins non commerciales entre internautes sur les réseaux *peer-to-peer* puissent constituer un domaine spécifique et que les utilisateurs qui souhaitent bénéficier

¹¹⁸ Art. 57 du CA islandais.

¹¹⁹ Art. 50 (2) du DCA : "Extended collective license may also be invoked by users who, within a specified field, have made an agreement on the exploitation of works with an organisation comprising a substantial number of authors of a certain type of works which are used in Denmark within the specified field. However, this does not apply, if the author has issued a prohibition against use of his work in relation to any of the contracting parties".

¹²⁰ Th. Riis et J. Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, p. 2.

¹²¹ *Ibid.*, p. 6.

¹²² *Ibid.*

d'une extension de la licence concluent dans un premier temps un contrat collectif avec une société de gestion représentant un nombre substantiel de titulaires de droits dans le type d'œuvres en question. Dans un second temps, ce contrat pourrait être étendu à tous les titulaires de droits de la catégorie d'œuvres en question, à condition que la société de gestion représente un nombre substantiel de titulaires de droits. Le mécanisme devra prévoir que les auteurs qui ne souhaitent pas voir leurs œuvres utilisées dans ce contexte auront le droit de s'en extraire grâce à l'option d'*opt-out* qui leur est donnée. Cela suppose donc que les échanges d'œuvres audiovisuelles et multimédia à des fins non commerciales entre internautes sur les réseaux *peer-to-peer* puissent constituer un domaine spécifique, et que les utilisateurs qui revendiqueraient une extension des effets du contrat collectif aient déjà signé avec les sociétés de gestion compétentes un accord leur permettant d'utiliser déjà les œuvres des titulaires de droits qui en sont membres dans ce cadre. Quels pourraient être ces utilisateurs ? Les représentants des consommateurs, les fournisseurs d'accès à internet, les fournisseurs de logiciels, les fournisseurs de contenus ? A l'avenir, il semble donc possible que la nouvelle disposition danoise puisse s'appliquer aux échanges d'œuvres audiovisuelles et multimédia sur les réseaux *peer-to-peer*, pour autant que les sociétés de gestion existantes aient autorisé contractuellement un tel échange de leur répertoire.

En Suède¹²³, une proposition d'un nouvel article sur les licences collectives étendues a été présentée en avril 2010¹²⁴. Cette nouvelle disposition permettrait également aux parties de conclure des licences étendues dans des domaines non couverts explicitement par ce mécanisme afin de simplifier la gestion des droits face à des utilisations de masse des œuvres. Les conditions suivantes devront être satisfaites : l'accord doit s'appliquer à un domaine bien défini et délimité, l'accord sous lequel une licence collective a étendu ses effets doit être une précondition pour l'exploitation, l'accord doit être écrit et contenir des informations démontrant que l'intention des parties est que la licence collective ait un effet étendu. Une modalité spécifique pourrait être introduite, offrant à l'auteur la possibilité d'interdire l'exploitation de ses œuvres¹²⁵. Le système semble assez similaire à ce que prévoit déjà l'article 50 (2) du *Copyright Act* danois¹²⁶.

¹²³ *Act on Copyright in Literary and Artistic Works*, amendé par une loi du 26 mai 2005, disponible sur <http://www.wipo.int/wipolex/en/>.

¹²⁴ Ce texte contient également d'autres propositions en vue d'amender les dispositions existantes sur les licences étendues en étendant leur champ à de nouveaux modes d'exploitation des œuvres. Se reporter au résumé anglais (pp. 25-36) de l'*Interim Report* rédigé par l'*Inquiry on copyright, Statens Offentliga Utredningar, Ministry of Justice*, Avril 2010.

¹²⁵ Art. 42a avec l'ajout de cette proposition (issu du *Sweedish Government Official Reports, 8 April 2010, Committee of Inquiry on the Copyright Act, Ministry of Justice*, p. 6): « § 2. An extended collective licence applies also when an agreement has been concluded in accordance with the conditions set out in the first paragraph and relating to other exploitation of works and

the agreement relates to exploitation within a limited and well-defined area,

the extended collective licence effect is a precondition for the exploitation, and,

the agreement is in writing and contains information that the agreement is intended to have an extended collective licence effect.

Le dispositif de la licence collective étendue séduit outre-atlantique – de manière générale et pas spécialement pour être appliqué au *peer-to-peer* – puisqu’un professeur canadien, Daniel Gervais¹²⁷, préconise son adoption dans la législation au Canada en intégrant une disposition similaire à l’article 50 du *Danish Copyright Act*¹²⁸ qui reprendrait les éléments constitutifs d’une licence collective étendue. La Commission du droit d’auteur aurait le pouvoir d’accorder ce type de licence et de décider du caractère substantiel du nombre de titulaires de droits requis pour une utilisation donnée ; elle devrait aussi tenir compte de l’intérêt public. La Commission aurait également la possibilité d’exiger des informations sur le fonctionnement du mécanisme dans une société de gestion¹²⁹. Les titulaires de droits non-membres de la société de gestion collective seraient représentés grâce à un mandat non exclusif de durée limitée. La société de gestion aurait l’obligation de faire des efforts raisonnables pour retrouver ces titulaires de droits et assurerait la publicité des sommes non encore réclamées. Le régime prévoirait l’*opt-out* ; l’auteur devrait envoyer un avis à la société de gestion qui entrerait en vigueur au plus tard 60 jours après sa réception¹³⁰.

Notons également que la licence collective étendue est un mécanisme parfois envisagé par la Commission européenne pour des problématiques d’utilisation d’œuvres dans l’environnement numérique¹³¹.

§ 3. Les solutions mises en place par la pratique

Aux Etats-Unis, des membres de la faculté de droit de Harvard, William Fisher et Paul Hoffert, ont créé l’entreprise Noank Media en 2006. Fisher, notamment, en assure la direction. L’entreprise Noank Media Inc. propose un système de licences non obligatoires qui légalise le partage d’œuvres en ligne¹³². Elle représente l’interface entre les titulaires de droits et les fournisseurs de services sur internet. Tous les types d’œuvres sont concernés, qu’il s’agisse des films, de musique, de photos... Selon ses concepteurs, le système génère plus de revenus que les services en ligne actuels. Tout d’abord, les titulaires de droits – producteurs

The provisions of the second paragraph do not apply if the author has filed a prohibition against the exploitation with any of the contracting parties”.

¹²⁶ Cf. *supra*.

¹²⁷ D. GERVAIS, *Application d’un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, *op. cit.*.

¹²⁸ Cf. *supra*. – L’Association des compositeurs du Canada (SAC) a proposé une version concrète de la proposition de D. GERVAIS, disponible en ligne sur <http://www.songwriters.ca/proposal/detailed.aspx>.

¹²⁹ Sur tous ces points, se reporter à D. GERVAIS, *Application d’un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, *op. cit.*, spéc. p. 45.

¹³⁰ *Ibid.*, spéc. pp. 46-47. Pour davantage de détails, voir les développements de l’auteur à partir de la p. 27.

¹³¹ Voir la Communication de la Commission européenne, *Droit d’auteur dans l’Economie de la Connaissance*, 19 Octobre 2009, COM(2009) 532 final ; ainsi que *Creative Content in a European Digital Single Market : Challenges for the Future, A reflection Document of DG INFSO and DG MARKT*, 22 Octobre 2009.

¹³² Toutes les informations proviennent du site : <http://www.noankmedia.com/index.html>.

de films, de musique, éditeurs, auteurs... – autorisent Noank Media à distribuer des copies numériques de leurs œuvres. Ces licences sont non exclusives et permettent donc aux titulaires de droits d'exploiter leurs œuvres différemment. Ensuite, l'entreprise contacte les principaux fournisseurs de services en ligne à savoir les fournisseurs d'accès à internet, les fournisseurs de téléphonie mobile, les universités ; elle ne traite pas directement avec les consommateurs. Noank Media propose alors, par l'intermédiaire des fournisseurs de service, des licences aux utilisateurs finaux de ces services pour *downloading* illimité, *streaming* et faculté de copie de toutes les œuvres composant son catalogue. Aucune mesure technique de protection n'est accolée aux créations. En contrepartie, les fournisseurs de service rémunèrent Noank Media, soit en absorbant les coûts soit en répercutant le prix sur la facture de leurs utilisateurs. Finalement, Noank reverse 85% des sommes perçues aux titulaires de droits sur une base individuelle grâce à l'installation d'un logiciel sur le compte des utilisateurs tout en préservant leur vie privée. Le montant restant est utilisé pour payer un service d'arbitrage en ligne destiné à résoudre des conflits de titularité des droits, pour rémunérer les employés et pour cotiser à une association à but non lucratif afin de soutenir les créateurs partout dans le monde.

A titre de comparaison, des initiatives d'auto-régulation ont été prises concernant la gestion des œuvres orphelines pour permettre d'étendre les autorisations d'exploitation accordées par des sociétés de gestion collective à des auteurs inconnus (et donc par définition non-membres de la société). Elles ne sont relatées ici qu'à titre d'exemple.

En Belgique, la SOFAM (société de gestion de droit d'auteur spécialisée dans le domaine des arts visuels) a recours à une convention de porte fort. Le système fonctionne comme suit : un utilisateur qui souhaite utiliser une œuvre photographique dont l'auteur ou les ayants droit sont inconnus ou non localisables, sollicite une autorisation de la SOFAM contre rémunération. La SOFAM, par cette convention de porte-fort qui autorise l'exploitation envisagée, garantit l'utilisateur contre un éventuel recours du titulaire de droits. Si ce dernier se manifeste, il pourra contacter la SOFAM dans l'objectif de percevoir la rémunération ainsi collectée¹³³. Dans le cas contraire, si les titulaires de droits n'ont toujours pas été retrouvés ou ne se sont pas manifestés dans les cinq ans, les sommes perçues seront réparties entre tous les auteurs membres de la même catégorie d'œuvres concernée par la convention de porte fort. En pratique, il semble que la SOFAM ne signe de telles conventions qu'en des cas très précis et après réunion en conseil d'administration. Toutefois, la Cour de Cassation a refusé cet arrangement contractuel de la SOFAM, à défaut d'un fondement juridique permettant que les sociétés de gestion collective gèrent les droits des auteurs qui ne leur ont pas été confiés¹³⁴.

Aux Pays-Bas, le système mis en place par la fondation Anoniem, organisme privé représentatif d'une certaine catégorie d'ayants droit, les photographes, accorde une garantie à l'utilisateur d'une œuvre orpheline, qui n'aurait pas pu, malgré des recherches raisonnables, identifier ou localiser le titulaire de droit. L'utilisateur potentiel peut s'adresser à la fondation

¹³³ Se reporter au site de la SOFAM : <http://www.sofam.be/mainfr.php?ID=104&titel=Conventions+de+porte-fort>.

¹³⁴ Cass., 16 janvier 2009, *Eurodef/SOFAM*, aff. n°C.06.0343.N/2.

Anoniem pour lui demander de l'aider à retrouver l'auteur d'une photographie. La fondation dispose d'un immense annuaire de photographes, si bien que de manière générale, elle réussit à trouver le photographe en question. Si jamais elle ne réussit pas sa mission, la fondation s'engage à protéger l'utilisateur – grâce à une clause de garantie – contre l'engagement de sa responsabilité pour violation de droit d'auteur. En contrepartie, l'utilisateur bénéficiaire dédommage la fondation¹³⁵. Bien sûr, le titulaire de droit peut toujours se manifester et entendre faire valoir ses prérogatives en demandant l'interdiction de l'utilisation de l'œuvre. Le principe de garantie n'empêche pas les poursuites pénales de l'utilisateur.

De leur côté, quelques institutions culturelles ont opté pour une politique de management du risque. Elles évaluent le risque potentiel lié à l'utilisation des œuvres orphelines et décident après de les exploiter ou non¹³⁶.

Les mécanismes de restriction des droits exclusifs ayant été expliqués, il convient à présent de s'assurer de leur compatibilité avec les principes internationaux et communautaires s'ils venaient à être consacrés pour autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*.

§ 4. La compatibilité de ces mécanismes avec les principes internationaux dans l'hypothèse des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*

En droit d'auteur, les textes de référence internationaux sont la Convention de Berne, le Traité OMPI, les Accords ADPIC, et la Convention universelle de Genève. L'article 9.1 des Accords ADPIC et l'article 1. 4° du traité OMPI font référence au dispositif de la Convention de Berne. Dans le domaine des droits voisins, la Convention de Rome du 26 octobre 1961 est relative aux artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion¹³⁷; l'article 14 des accords ADPIC s'y rapporte également. Le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les droits voisins appréhende les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Aucun traité ne vise les producteurs de vidéogrammes, contrairement aux artistes-interprètes.

La consécration d'un mécanisme de restriction des droits exclusifs de l'auteur, qu'il s'agisse d'une exception, d'une licence non volontaire, d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue, ne peut se faire de manière arbitraire. L'adoption de ces dispositifs est encadrée par différents principes posés par les textes internationaux et européens (I). Il conviendra ensuite de s'assurer que les mécanismes envisagés ne contrarient pas le principe d'interdiction des formalités posé par la Convention de Berne (II).

¹³⁵ Sur tous ces points voir S. VAN GOMPEL, « Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines », *op. cit.*, spéc. p. 5.

¹³⁶ Voir l'exemple de la National Portrait Gallery: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/seminar_14_september_2007/npg_perspective.pdf.

¹³⁷ Disponible sur http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html.

I. L'adoption de restrictions au droit exclusif

Il convient tout d'abord de savoir si les restrictions apportées au droit exclusif par les solutions proposées sont autorisées. La Convention de Berne, surtout, établit des possibilités réduites de limitations des droits exclusifs, soit qu'elles soient admises expressément par le traité international (A), soit qu'elles passent le test des trois étapes (B). Encore faut-il toutefois vérifier si l'on est bien en présence de limitations au droit exclusif. S'agissant de limitations au droit d'auteur, le droit communautaire, outre l'application du test des trois étapes, ne permet pas d'envisager des exceptions au-delà d'une liste qu'il établit de manière exhaustive (C).

A. Les limitations autorisées du droit exclusif

La Convention de Berne admet de limiter les droits exclusifs qu'elle accorde dans plusieurs hypothèses. Outre des exceptions qu'il autorise explicitement les Etats contractants à adopter¹³⁸ et les exceptions mineures reconnues implicitement¹³⁹, ce traité international reconnaît la possibilité d'aménager les conditions d'exercice du droit exclusif en matière de nouvelle radiodiffusion ou communication d'une œuvre radiodiffusée (art. 11*bis* (2))¹⁴⁰ et d'enregistrement sonore d'une œuvre musicale (art. 13)¹⁴¹. Le test des trois étapes légitime également et de manière plus générale les limitations et exceptions par lesquelles les législations nationales dérogent aux droits exclusifs de l'auteur. Toute proposition de licence globale autorisant les échanges *peer-to-peer* doit être compatible avec ce cadre international. Il convient de se poser la question de la qualification du mécanisme envisagé, licence non-volontaire, gestion collective obligatoire ou licence collective étendue : s'agit-il de limitations du droit exclusif devant passer les différents sas de la Convention de Berne et principalement ses articles 11*bis* et 13 ainsi que le triple test ou, pour certains mécanismes, s'agit-il uniquement de modalités d'exercice du droit exclusif qui ne sont pas régis par le texte international ? La question sera envisagée successivement pour la licence non volontaire (1) puis pour la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue (2).

¹³⁸ Il s'agit notamment de la citation (art. 10(1)), de l'utilisation à des fins d'enseignement (art. 10(2)), la reproduction par la presse (art. 10*bis* (1)), le compte-rendu d'actualités (art. 10*bis* (2)), et les enregistrements éphémères par les organismes de radiodiffusion (art. 11*bis* (3)).

¹³⁹ Les exceptions mineures sont admises en vertu des actes de la Conférence de Stockholm et visent des cas d'utilisation de l'œuvre *de minimis*.

¹⁴⁰ « Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus [droit de radiodiffusion et droits connexes], mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ».

¹⁴¹ Art. 13 : « (1) Chaque pays de l'Union peut, pour ce qui le concerne, établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif de l'auteur d'une œuvre musicale et de l'auteur des paroles, dont l'enregistrement avec l'œuvre musicale a déjà été autorisé par ce dernier, d'autoriser l'enregistrement sonore de ladite œuvre musicale, avec, le cas échéant, les paroles; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies et ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ».

1) Possibilité d'une licence non volontaire pour les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ?

Le droit de communication au public et le droit de reproduction sont des droits exclusifs consacrés par l'ensemble des textes internationaux et communautaires. La Convention de Berne contient des dispositions spécifiques qui permettent aux législateurs des Etats membres d'assortir certains démembrements de ces droits de conditions. Certaines se préoccupent des exceptions au droit, d'autres appréhendent la mise en place de licences non volontaires ou obligatoires, qui sont assurément des limitations au droit d'auteur. Ainsi en est-il de l'article 2 bis 2 relatif aux conférences et allocutions, de l'article 9.2 concernant le droit de reproduction, de l'article 10 relatif à l'enseignement et aux citations, de l'article 10bis traitant des reproductions de presse, radiodiffusion et événements d'actualité, de l'article 11bis 2 dédié à la radiodiffusion (auquel renvoient l'art. 9.1 des accords ADPIC et l'art. 1.4) du traité OMPI sur le droit d'auteur), de l'article 13 consacré au droit d'enregistrement des œuvres musicales et de l'article 14ter relatif au droit de suite des œuvres d'art et manuscrits.

A titre d'illustration, voici ce qu'énonce l'article 11bis 2) à propos du droit de radiodiffusion et des droits connexes : « Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus [droit de radiodiffusion et droits connexes], mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ». La possibilité d'instaurer une licence obligatoire est également prévue à l'article 13 pour ce qui concerne le droit d'enregistrement des œuvres musicales et de toutes paroles qui les accompagnent¹⁴². Le législateur pourrait donc envisager de recourir au mécanisme de la licence non volontaire assortie d'un droit à rémunération pour la radiodiffusion des œuvres et les enregistrements des œuvres musicales. Toutefois, la Convention de Berne ne prévoit pas une telle figure pour les œuvres audiovisuelles ; une licence non volontaire pour cette catégorie d'œuvres n'apparaît donc pas possible¹⁴³.

Le droit de reproduction et le droit de mise à disposition dans le cadre d'échanges d'œuvres audiovisuelles et multimédia sur les réseaux *peer-to-peer* ne sont concernés par aucune des exceptions et limitations prévues dans la Convention de Berne et les autres textes normatifs. *A priori*, il semble donc qu'il soit impossible de consacrer une licence non volontaire ou une exception pour l'hypothèse qui nous concerne. Toutefois, ces deux articles recouvrent-ils les

¹⁴² Art. 13 : « (1) Chaque pays de l'Union peut, pour ce qui le concerne, établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif de l'auteur d'une œuvre musicale et de l'auteur des paroles, dont l'enregistrement avec l'œuvre musicale a déjà été autorisé par ce dernier, d'autoriser l'enregistrement sonore de ladite œuvre musicale, avec, le cas échéant, les paroles; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies et ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente ».

¹⁴³ C. BERNAULT et A. LEBOIS, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique, Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur internet*, Institut de Recherche en Droit Privé de l'Université de Nantes, juin 2005, 85 p., version électronique, spéc. C. BERNAULT, n° 100, p. 55.

seules situations où les Etats pourraient accorder aux utilisateurs des œuvres une autorisation de reproduction ou de communication au public, assortie d'une rémunération ? A titre explicite oui, mais une telle limitation peut encore être organisée par les Etats si elle satisfait aux conditions posées par le test des trois étapes. Ce qui renvoie l'hypothèse de la licence non volontaire proposée par certains auteurs ou par la proposition de loi écologiste à ce second examen (voir *infra*).

Il s'agit alors de savoir si le droit de reproduction et le droit de communication au public, tous deux impliqués dans l'utilisation des œuvres étudiée, peuvent être soumis à un régime de gestion collective obligatoire ou de licence collective étendue. En effet, le fait que la Convention de Berne ne vise aucun des deux dispositifs signifierait-il qu'ils puissent être librement adoptés par les législateurs ?

2) Possibilité d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue pour les échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer ?

La situation de la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue est plus ambiguë. Assez curieusement, une controverse a surgi sur la possibilité d'asseoir sur les articles 11*bis* et 13 de la Convention de Berne, de tels aménagements de la gestion collective pour l'échange de fichiers sur internet. Toute la controverse repose sur la qualification de ces mécanismes en termes de limitation au droit d'auteur.

Les articles 11*bis* et 13 de la Convention de Berne sont généralement interprétés comme offrant aux Etats la possibilité d'instaurer ou de conserver des licences non volontaires pour les hypothèses qu'elles couvrent (radiodiffusion et enregistrement sonores d'œuvres musicales). Mais les termes utilisés, « conditions d'exercice des droits » pour l'une et « réserves et conditions relatives au droit exclusif » pour l'autre, indiquent que le choix des législateurs nationaux est en réalité plus large que la seule licence légale, pour autant qu'une rémunération équitable soit prévue pour les ayants droit. En vertu du principe « qui peut le plus peut le moins », rien n'empêcherait donc de prévoir une gestion collective obligatoire ou une licence collective étendue pour régler l'exercice des droits de retransmission radiodiffusée ou d'enregistrement sonore des œuvres musicales.

En déduire que la gestion collective obligatoire ou la licence collective étendue ne sont pas autorisées par la Convention de Berne en dehors de ces hypothèses nous paraît toutefois excessif. C'est pourtant ce que fait M. Ficsor lorsqu'il affirme que « puisque les possibilités d' "établir des conditions" sont prévues dans la Convention de façon exhaustive, on peut en déduire *a contrario* qu'en règle générale, la gestion collective obligatoire de *droits exclusifs* ne peut pour ainsi dire être prescrite que dans des cas analogues à ceux des licences non volontaires (autrement dit pour de simples droits à rémunération) »¹⁴⁴. C'est le *a contrario* qui

¹⁴⁴ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *e-Bulletin du droit d'auteur*, oct. 2003, p. 4. En ce sens également, D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, *op. cit.*, spéc. p. 43.

nous semble ici illogique. Que, dans deux hypothèses, la Convention de Berne admette différentes atténuations du droit exclusif n'implique pas pour autant que ces atténuations ne valent que dans ces hypothèses, pas plus que cela ne tranche la question de la qualification en « limitations » de ces modalités de gestion collective, certes imposées à l'auteur.

On ne pourrait donc souscrire à l'analyse de M. Ficsor qu'en déterminant que la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue sont bel et bien des « limitations » du droit exclusif, qui doivent dans ce cas subir l'épreuve du test des trois étapes, si elles ne sont pas couvertes par les articles 11*bis* et 13 de Berne.

La doctrine est partagée sur la question. Pour les uns¹⁴⁵, la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif, en tant que modalité d'exercice de ce droit, ne serait pas concernée par la Convention de Berne et pourrait donc être librement consacrée par les législateurs sans qu'il soit besoin de satisfaire au test des trois étapes. Pour les autres¹⁴⁶, la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif constituerait une limitation de ce droit et ne pourrait donc être adoptée que dans les cas où la licence non volontaire a été prévue par les textes internationaux ou si l'épreuve du test est réussie.

Dans le cas des exceptions et des licences non volontaires, il est interdit à l'auteur d'exercer ses droits exclusifs. Et dans l'hypothèse de la licence non volontaire, il perçoit une rémunération en contrepartie : son droit exclusif s'est transformé en droit à rémunération. Le mécanisme de la gestion collective obligatoire, quant à lui, ne remettrait pas en cause l'existence du droit exclusif de l'auteur mais se contenterait d'organiser différemment ses modalités d'exercice. Le droit exclusif en question aurait vocation à être exercé collectivement. S. Von Lewinski estime qu'« en réalité, l'auteur ne se voit limité que dans les conditions d'exercice du droit : seul le droit d'exercer son droit exclusif par l'intermédiaire de la société de gestion lui est permis, mais le droit lui-même n'est pas limité en tant que tel (...) »¹⁴⁷. La gestion collective obligatoire n'est pas une limitation du droit exclusif mais simplement une organisation un peu différente de la manière dont il peut être exercé. Le droit exclusif ne serait pas atteint dans son existence – ce qu'encadrent les conventions

¹⁴⁵ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Etude de cas », *E-bulletin du droit d'auteur*, janv./mars. 2004 ; Ch. Geiger, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *e-bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janv./mars 2007.

¹⁴⁶ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *op. cit.* ; D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, *op. cit.*

¹⁴⁷ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 5. En ce sens également, Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 11 : la gestion collective obligatoire « entend uniquement régler la question de l'exercice des droits, des modalités de sa mise en œuvre : le droit exclusif ne peut être exercé que par l'intermédiaire de la société de gestion collective » et p. 13 : « la gestion collective obligatoire ne vient pas limiter les droits exclusifs existants. Elle se présente juste comme une forme d'exercice du droit exclusif, forme qui n'est pas visée (et donc pas interdite) par le droit international ».

internationales – mais simplement dans son exercice, ce qui ne contrarie pas ces textes¹⁴⁸. Un autre argument pourrait consister à dire qu'un dispositif n'est pas une limitation dans la mesure où le droit exclusif resterait intact et où les sociétés de gestion pourraient déclencher une action en contrefaçon sur ce fondement¹⁴⁹.

De surcroît, la gestion collective obligatoire semble légitime si l'exercice individuel du droit en question s'avère impossible ou irréaliste ; en effet, toujours selon cette auteure, « ce serait (...) une contradiction interne de considérer que, dans les cas où la gestion individuelle est à peine concevable, la gestion collective obligatoire restreint indûment les droits exclusifs accordés comme droits minimaux »¹⁵⁰. Et de rajouter qu'« un droit géré par une société de gestion collective a toutes les chances d'être plus profitable pour l'auteur qu'un droit exclusif cédé aux exploitants. (...) Bien que la gestion collective obligatoire soit fréquemment considérée comme une restriction des possibilités des auteurs, elle peut en réalité avoir l'effet contraire en les aidant à tirer le maximum de bénéfices de certains droits. Il est temps que cette vision réaliste des choses soit généralement admise »¹⁵¹. Les sociétés de gestion collective « participent (...) à l'effectivité du droit privatif quand le législateur a fait le choix de la gestion collective obligatoire »¹⁵².

Il apparaît en effet plus bénéfique pour l'auteur de confier – même s'il en a l'obligation – la gestion de ses droits à une société de gestion plutôt que de se tourner vers des exploitants face à qui il sera nécessairement en position de faiblesse. A cet égard, la gestion collective

¹⁴⁸ Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 11 : « une limitation ou exception affecte l'existence du droit exclusif car l'auteur perd le contrôle de l'utilisation en cause. (...) or, la gestion collective obligatoire ne vise pas l'existence du droit exclusif, qui reste intact et n'est pas en cause. Elle entend uniquement régler la question de l'exercice des droits (...) ».

¹⁴⁹ B. HUGENHOLTZ et R. OKEDIJI, "Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright", Final Report, 6 March 2008, disponible sur le site de l'IVIR (http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations_exceptions_copyright.pdf), spéc. p. 19 : "it is technically not a limitation, since the exclusive economic right remains intact and can still be enforced on behalf of right holders by designated collecting societies".

¹⁵⁰ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. pp. 6-7.

¹⁵¹ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 2. – Adde, F. SIIRIANEN, *Théorie générale de la gestion collective. Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective*, J.-Cl. *Propriété Littéraire et Artistique*, Fasc. 1552, 2006, n° 32, cité par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 912, p. 621 : entre « les droits purement exclusifs c'est-à-dire susceptibles d'être exercés sur une base strictement individuelle » et les « droits collectifs par nature, simples droit à rémunération ou droits de créances pour lesquels il n'y a pas lieu de parler de droits exclusifs, soit que la possibilité de refuser l'autorisation n'existe pas, c'est le cas des licences non volontaires, soit que le droit n'a pas le caractère d'un droit exclusif, c'est le cas des licences légales », « s'intercale la catégorie des droits exclusifs à exercice collectif par nature, pour lesquels, si la possibilité de refuser une autorisation persiste, celle-ci est transférée obligatoirement à une société de gestion collective, aucun exercice individuel par l'intéressé n'étant possible ».

¹⁵² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 886, p. 603.

obligatoire offre « une forme de protection de l’auteur contre la pression des entreprises pour qu’il leur transfère ce droit »¹⁵³.

De surcroît, Ch. Geiger relève que la gestion collective obligatoire serait « pleinement compatible avec les objectifs des conventions internationales » grâce au « juste équilibre qu’elle propose ». En effet, le préambule du traité OMPI¹⁵⁴ évoque « 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 ». Et l’auteur d’estimer qu’« il peut exister un intérêt public à prévoir des règles de gestion collective obligatoire »¹⁵⁵. Pour reprendre les mots des professeurs Bruguière et Vivant, « la gestion collective obligatoire favorise la protection des auteurs (comment se défendre dans un système de diffusion de masse ?), (...) sécurise l’exploitation des utilisateurs (ceux-ci contractant avec des partenaires ainsi plus faciles à identifier), (...) rend possible l’accès du public à l’œuvre »¹⁵⁶.

Par ailleurs, la gestion collective obligatoire signifie simplement que l’auteur ne peut plus exercer de manière individuelle les droits exclusifs visés. Il conserve toujours le pouvoir d’influer sur les conditions et les modalités d’une licence à accorder à tel ou tel utilisateur et sur la répartition des sommes collectées par la société de gestion entre les titulaires de droits¹⁵⁷. L’auteur peut devenir membre de la société de gestion concernée. En effet, la perte du caractère exclusif du droit d’auteur proviendrait plutôt de l’obligation éventuelle faite aux sociétés de gestion de conclure des licences avec les utilisateurs. Or, contrairement à la licence légale, dans le mécanisme de la gestion collective obligatoire, l’obligation porte précisément sur le mode de gestion qui devient collectif mais pas sur la délivrance de licences aux utilisateurs en ce sens que les sociétés de gestion ont la possibilité de refuser d’accorder des licences à tel ou tel utilisateur, sous réserve des règles du droit de la concurrence.

Si l’on suit cette tendance doctrinale, l’adoption d’une gestion collective obligatoire pour l’hypothèse d’échange d’œuvres, quelle qu’elle soit, sur les réseaux *peer-to-peer* ne poserait aucune difficulté puisque, s’agissant simplement d’une organisation des modalités d’exercice des droits de reproduction et de communication au public des titulaires de droits, elle ne serait pas inquiétée par la Convention de Berne et ne devrait pas satisfaire aux exigences posées par le test des trois étapes.

Le raisonnement de S. Von Lewinski et Ch. Geiger est tout à fait – et même d’autant plus étant donné les spécificités du mécanisme¹⁵⁸ – transposable aux licences collectives étendues.

¹⁵³ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d’auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 9.

¹⁵⁴ La même formulation est retenue pour les artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes dans le traité OMPI sur les droits voisins.

¹⁵⁵ Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l’adaptation du droit d’auteur à la société de l’information », *op. cit.*, spéc. p. 12.

¹⁵⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 886, p. 603.

¹⁵⁷ S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d’auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 7.

¹⁵⁸ Cf. *supra*.

La question ne se pose pas pour la première phase du dispositif qui consiste en la signature d'un contrat collectif entre les sociétés de gestion de droits et les utilisateurs, puisque les auteurs ont confié volontairement la gestion de leurs droits à ces sociétés¹⁵⁹. Mais, sur base de ces accords négociés entre sociétés de gestion et utilisateurs, le législateur va élargir les effets du contrat collectif ainsi conclu à toutes les œuvres de la catégorie visée et inclure de la sorte dans le processus les auteurs non-membres des sociétés de gestion collective. A ce stade, une obligation est posée à certains auteurs par le biais du législateur qui paraît réduire leur liberté d'exercice des droits.

L'élément déterminant dans la qualification pourrait alors résider dans la possibilité d'*opt-out* qu'offre ou pas la licence collective étendue¹⁶⁰. Si une telle faculté est prévue, le caractère exclusif des droits est préservé puisque l'auteur a le choix de sortir du mécanisme de licence étendue pour gérer lui-même, de manière individuelle, ses droits. Dans ce contexte, la licence collective étendue pourrait être envisagée comme *une variante de gestion collective volontaire* dans le sens où les titulaires de droits conservent leur choix d'exercer individuellement ou collectivement leurs droits. Ce qui change, dans la seconde phase du système, est simplement la modalité : de l'*opt-in* au début du processus, on passe à l'*opt-out* pour la suite. Une licence collective étendue avec *opt-out* pourrait donc être conçue comme une gestion particulière des droits exclusifs et échapper ainsi à la qualification de limitation, ce qui lui épargnerait de passer l'épreuve du test des trois étapes.

Dans le cas d'une licence collective dépourvue de la faculté d'*opt-out*, la loi impose aux auteurs la gestion collective, sans possibilité pour ceux-ci de s'en défaire. On est alors dans une hypothèse assez similaire à la gestion collective obligatoire.

Un second courant doctrinal appréhende à l'inverse la gestion collective obligatoire comme une restriction au droit exclusif de l'auteur, ce qui la soumet à l'analyse du triple test. M. Ficsor raisonne sur base de la perception des hypothèses visées. Il pose en effet des questions sur l'effet des modalités apportées à la gestion individuelle du droit exclusif par la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue, questions qui appellent à considérer que le droit des auteurs est réduit par ces mécanismes ou qu'à tout le moins une condition est ainsi imposée à l'auteur.

Selon cette deuxième opinion, différencier une restriction au droit exclusif et une limitation au droit exclusif n'aurait pas d'utilité puisque l'article 11*bis* 2), à titre d'illustration, bien que concernant les « licences obligatoires », vise dans le même temps « les conditions d'exercice » du droit exclusif. En fait, la limitation du droit exclusif pourrait consister en une organisation particulière de ses conditions d'exercice. M. Ficsor défend cette position et estime que les licences non volontaires ne sont pas les seules conditions d'exercice du droit et

¹⁵⁹ TH. RIIS et J. SCHOVSBO, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?*, *op. cit.*, § 4.3.1, p. 15 ; CH. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, n° 2.4, p. 23 : "ECLs are in fact a means of managing collectively the rights of a whole class of authors. And, contrary to outright mandatory licences, the ECLs entail an active management, i.e. the terms of use are not regulated by rigid, passive legislation, but by agreements negotiated in the free market".

¹⁶⁰ Cf. *supra*.

que la gestion collective obligatoire des droits exclusifs en fait partie. Dès lors, « puisque les possibilités d'«établir des conditions» sont prévues dans la Convention de façon exhaustive, on peut en déduire *a contrario* qu'en règle générale, la gestion collective obligatoire de *droits exclusifs* ne peut (...) être prescrite que dans des cas analogues à ceux des licences non volontaires »¹⁶¹. En tant que condition d'exercice du droit exclusif, la gestion collective obligatoire des droits visés à l'article serait également permise pour les droits admis à supporter une licence obligatoire. Bien sûr, cette forme de restriction au droit exclusif est « moins forte toutefois que dans le cas d'une licence non volontaire (...) »¹⁶².

Toujours pour M. Ficsor, la même conclusion s'impose dans le contexte de l'acquis communautaire. La gestion collective obligatoire s'avère envisageable pour les droits à rémunération résiduels tels que prévus dans les directives communautaires. C'est ce que prévoit l'article 4 de la directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle qui offre la possibilité de recourir à la gestion collective obligatoire¹⁶³ pour le droit de location, tout comme le fait la directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 pour le droit de suite¹⁶⁴. La directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 a quant à elle imposé la mise en place de la gestion collective obligatoire pour le droit exclusif de retransmission par câble¹⁶⁵. Ainsi, « puisqu'il a été jugé nécessaire (...) de prévoir que dans ce cas, la gestion collective peut être imposée », M. Ficsor en déduit que « cela montre par là même implicitement que dans le cadre de l'acquis communautaire¹⁶⁶ – à moins que cette possibilité ne découle directement des dispositions d'un traité international auquel les Etats membres sont parties – il faut que cette possibilité existe ; autrement dit, la gestion collective obligatoire n'est pas licite dans les cas où les règles internationales relatives au droit d'auteur ou l'acquis communautaire s'il s'agit d'un droit spécifique non visé par ces règles (comme le droit de location), ne l'autorisent pas expressément »¹⁶⁷.

¹⁶¹ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 4. En ce sens également, D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, *op. cit.*, spéc. p. 43.

¹⁶² *Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins*, Rapport préparé par le Bureau international de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), rédigé par M. FICSOR, *Droit d'auteur*, nov. 1989, pp. 327-374, n° 258, p. 362.

¹⁶³ L'article 4 § 3 de la directive location prévoit que « la gestion du droit d'obtenir une rémunération équitable peut être confiée à des sociétés de gestion collective représentant des auteurs ou des artistes-interprètes ou exécutants ». Le § 4 énonce que « les Etats membres peuvent réglementer la question de savoir si, et dans quelle mesure, la gestion par les sociétés de gestion collective du droit d'obtenir une rémunération équitable peut être imposée (...) ».

¹⁶⁴ Cf. art. 6.2.

¹⁶⁵ Cf. art. 9.1.

¹⁶⁶ Il faut tout de même concéder que les travaux préparatoires des directives font état du recours à la gestion collective obligatoire sans jamais se poser la question de sa validité au regard des textes internationaux.

¹⁶⁷ M. FICSOR, « La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être "étendue" ou rendue obligatoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 5.

En conclusion, « lorsque les règles internationales relatives au droit d’auteur et/ou l’acquis communautaire prévoient la possibilité de l’exercice individuel d’un droit exclusif et que les règles pertinentes n’établissent pas de *conditions* pour l’exercice de ce droit (pas plus qu’elles ne permettent de le limiter à un simple droit à rémunération), il serait contraire à ces règles de subordonner ce droit à la condition qu’il ne puisse s’exercer *que* dans le cadre d’une gestion collective »¹⁶⁸. M. Ficsor précise que, même dans les hypothèses où la gestion collective obligatoire est rendue possible, elle « ne se justifie que lorsque l’exercice individuel des droits est impossible ou, tout au moins, hautement irréalisable en raison du nombre de titulaires de droits, du nombre d’utilisateurs ou d’autres circonstances liées à l’utilisation »¹⁶⁹.

D’autres auteurs se rallient à cette position et l’appliquent également à la licence collective étendue¹⁷⁰. S’agissant de ce dernier mécanisme, il s’agirait d’une limitation, qu’elle soit assortie ou non d’une faculté d’*opt-out*. Le législateur imposerait, dans le premier cas, une présomption d’autorisation de l’auteur pour l’utilisation visée tant qu’il n’a pas manifesté son désaccord : ce qui revient à renverser le principe fondamental du système du droit d’auteur, basé sur le choix exclusif de l’ayant droit¹⁷¹. Par ailleurs, si l’*opt-out* n’est pas prévu, le système devient obligatoire pour les titulaires de droits qui ne sont pas membres de la société de gestion et en cela, le caractère exclusif de leurs droits n’est pas sauvegardé.

Par ailleurs, s’il est vrai que le préambule du traité OMPI met en exergue la nécessité d’un juste équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du public, il conviendrait de ne pas oublier le préambule de la Convention de Berne qui évoque le « désir de protéger d’une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques ».

L’opposition entre ces deux courants se réduit au sens qu’on donne à « limitation ». Envisager la notion dans un sens restreint, comme rendant impossible l’exercice du droit exclusif et dispensant l’utilisateur de l’œuvre d’une autorisation préalable, exclut les modalités de gestion exclusive imposée par le législateur¹⁷². A l’inverse, une interprétation large de

¹⁶⁸ *Ibid.*, spéc. p. 7.

¹⁶⁹ *Ibid.*, spéc. pp. 6-7.

¹⁷⁰ En ce sens, *La distribution des contenus numériques en ligne*, Rapport du CSPLA, présidé par P. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 67 : « lorsque les Traités internationaux ne prévoient pas la possibilité d’instaurer une licence légale, on ne peut imposer de gestion collective obligatoire ou d’accords collectifs étendus pour la raison que lorsque les textes internationaux consacrent un droit exclusif, le bénéficiaire de ce droit se voit reconnaître la liberté de l’exercer individuellement » ; voir également, TH. RIIS et J. SCHOVSBO, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?*, *op. cit.*, § 4.3.1, p. 15.

¹⁷¹ CH. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, n° 2.4, p. 24 : “such a system turns upside down the starting point of copyright, namely that it is forbidden to use a work unless authorization is granted by its rights holder. Using contractual presumptions (...) cannot alter this fact if the presumption of acceptance verges on a simulation”; D. Gervais, *Application d’un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, *op. cit.*, p. 5 : « le régime de gestion collective classique en est un de "opt-in", c’est-à-dire que les titulaires de droits doivent choisir d’y participer, alors que sous un régime de licence collective étendue, le principe est inversé et devient un "opt-out" ».

¹⁷² B. HUGENHOLTZ & R. OKEDIJI, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, 2008, p.19.

« limitation » permet d'inclure toute incursion sur le pouvoir exclusif et individuel de l'auteur de décider de l'exercice de ses droits, et notamment la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue.

La terminologie utilisée dans les textes applicables n'est pas d'une grande aide. Pour qualifier la licence collective étendue, les textes normatifs eux-mêmes emploient le terme de « gestion des droits » pour la définir ou n'insèrent pas les dispositions les concernant dans des sections dédiées aux exceptions¹⁷³. La gestion collective obligatoire est rarement traitée dans les sections relatives aux exceptions. Bien plus, le considérant 18 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information fait référence à la gestion de droits lorsqu'il vise les licences collectives étendues et considère que ces modalités de gestion ne sont pas concernées par la directive¹⁷⁴.

La formulation du test des trois étapes dans les accords ADPIC et les Traités de l'OMPI de 1996 se contente de parler de « limitations et exceptions », mais l'article 9(2) de la Convention de Berne dispose qu'« est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de *permettre la reproduction* desdites œuvres dans certains cas spéciaux... »¹⁷⁵. Dans le cas de la gestion collective obligatoire ou licence collective étendue, l'autorisation de reproduire ou communiquer les œuvres reste donnée par les ayants droit, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective, et non par les législations nationales, ce qui pourrait suggérer que le test des trois étapes ne vise que les hypothèses d'exceptions et de licences légales pour lesquelles l'autorisation de reproduction résulte de la loi. On pourrait déduire de ces divers arguments de texte que les systèmes de gestion collective obligatoire ou de licence collective étendue ne constituent pas des exceptions ou limitations.

Plus fondamentalement, une objection téléologique nous paraît devoir être soulevée. Si l'objectif ultime de la qualification de la gestion collective obligatoire et de la licence collective étendue est d'être soumise au test des trois étapes, n'est-il pas contradictoire de confronter cet exercice du droit exclusif au critère essentiel du test qu'est l'absence d'atteinte à l'exploitation normale ? Ces méthodes d'exercice du droit d'auteur ne portent en principe pas préjudice à cette exploitation normale puisqu'elles permettent de réaliser cette exploitation. C'est d'autant plus vrai pour la licence collective étendue. En effet, le législateur n'impose la licence aux auteurs non-membres d'une société de gestion collective, qu'en raison des contrats déjà conclus par cette dernière au nom d'une majorité d'auteurs qui peuvent être raisonnablement considérés comme une exploitation normale pour être étendus à l'ensemble des ayants droit.

¹⁷³ Se reporter à TH. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, note 45, p. 11; CH. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, Norwegian Research Centre For Computers and Law, Complex n° 3, 2010, n° 2.4, p. 22. Pour exemple, le chapitre 2 du *Copyright Act* danois s'intitule depuis 2002 « Limitations on Copyright and Management of Rights in the Event of Extended Collective License » ; le chapitre 3 du *Copyright Act* suédois dédié au « Transfer of rights » contient les dispositions relatives aux licences collectives étendues.

¹⁷⁴ Ce qui pencherait contre la qualification de la licence collective étendue en « limitation », voir J. ROSEN, « News from the Nordic Countries », *RIDA.*, Janvier 2011, p.187.

¹⁷⁵ Nous soulignons.

Mais cette controverse sur une qualification en termes de limitations ou de modalités d'exercice du droit souffre de son propre fondement. Elle part du postulat qu'une exception ou limitation contraire voire nie l'existence du droit. Or la distinction existence/exercice du droit ne semble pas pertinente¹⁷⁶. La ligne de partage n'est pas si évidente. La figure de l'exception est certainement la plus attentatoire au droit exclusif de l'auteur en ce que l'auteur en est purement privé ; son droit est nié. Ce qui pourrait faire dire qu'il n'existe plus, mais également que l'auteur ne peut plus l'exercer. Pour la licence non volontaire, la nuance est davantage perceptible. L'auteur perçoit une rémunération (un droit à) en contrepartie de la licence instaurée. Ce n'est pas tant son droit qui est nié, que le caractère exclusif de ce droit. Autrement dit, l'existence de l'exclusivité est remise en cause, mais pas l'exercice du droit. Ou l'inverse. Bref, départager ce qui relève de l'exercice du droit et de son existence relève de la gageure. Et il en est de même pour les mécanismes de la gestion collective obligatoire et de la licence collective étendue. De surcroît, que ce soit pour les licences non volontaires ou les exceptions, la Convention de Berne, notamment dans l'art. 11*bis* 2), évoque « les conditions d'exercice » du droit et pas ses conditions d'existence pour ce qui concerne l'éventualité d'une licence non volontaire.

Par ailleurs, cette différence exercice/existence du droit, établie par la CJCE dans un tout autre contexte, n'a pas non plus emporté la conviction. La CJCE¹⁷⁷ – devenue désormais la CJUE – a opéré cette distinction pour résoudre des conflits entre un droit de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, notamment les règles sanctionnant l'abus de position dominante ou les ententes illicites. L'objectif était de savoir dans quelle mesure le droit de la concurrence pouvait venir contrarier le droit de propriété intellectuelle, en d'autres termes de déterminer ce qui relève de la compétence des Etats membres et de la compétence de la Communauté. L'idée est la suivante : « si le Traité n'affecte pas l'*existence* (nous soulignons) des droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'*exercice* (nous soulignons) de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le Traité »¹⁷⁸. Mais la doctrine a dénoncé le caractère superficiel de la différence entre existence et exercice du droit tant il est vrai que « la frontière entre l'existence d'un droit et son usage n'est pas toujours déterminable avec exactitude »¹⁷⁹.

En conclusion, la question de la qualification de la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif et de la licence collective étendue en termes de limitations ou d'exceptions reste difficile à trancher. Faire passer l'épreuve du test des trois étapes aux solutions de

¹⁷⁶ En ce sens, voir *La distribution des contenus numériques en ligne*, Rapport du CSPLA, présidé par P. SIRINELLI, *op. cit.*, spéc. p. 67.

¹⁷⁷ La Cour a opéré cette distinction pour la première fois dans l'arrêt « *Grundig* » (conflit entre le titulaire d'un droit sur une marque et le principe d'illicéité des ententes posé par l'article 85-1 du traité UE) : CJCE, 13 juill. 1966, *Consten et Grundig*, aff. C-56/84 et C-58/64, *Rec.* p. 430 ; se reporter à B. EDELMAN, « Droit communautaire – Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1810, n° 40, p. 12.

¹⁷⁸ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c/ Metro*, aff. C-78/70, *Rec.* p. 487 ; *RTD eur.* 1971, p. 481 ; *RIDA* avr. 1979, n° 100, pp. 147-151, note A. FRANÇON.

¹⁷⁹ V.-L. BENABOU, *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 58, p.42. Voir aussi n° 103, p. 68.

légitimation des échanges en *peer-to-peer* nous paraît toutefois avisé pour tout modèle basé sur la gestion collective non volontaire dans la mesure où un tel examen ne peut que conférer davantage de légitimité au modèle choisi.

B. L'épreuve du test des trois étapes

Le principe étant le caractère exclusif du droit, toute limitation/atteinte devant y être apportée est strictement encadrée à l'échelon international et européen par le test des trois étapes¹⁸⁰. La Convention de Berne est le premier texte à avoir mentionné le test des trois étapes. L'article 9.2, siège de ce mécanisme, a été instauré en même temps que le droit de reproduction lors de la Conférence de révision de 1967 à Stockholm puis adopté dans l'Acte de Paris de 1971¹⁸¹. Seules les exceptions à ce droit patrimonial étaient alors concernées. Avant 1971, le législateur avait déjà adopté des restrictions au droit exclusif sans avoir pu être guidé par l'instrument. Au moment de la consécration du test, il fallait donc que sa formulation puisse à la fois ne pas remettre en cause les exceptions déjà prévues dans les législations nationales et permettre d'en adopter de nouvelles¹⁸². Les Accords ADPIC, annexés au traité du GATT, ont, le 15 avril 1994, étendu le test des trois étapes à l'ensemble des droits patrimoniaux¹⁸³. Les traités OMPI, textes additionnels à la Convention de Berne, adoptés le 20 décembre 1996, ont également repris l'instrument et l'ont appliqué en parallèle aux droits voisins¹⁸⁴. Le législateur communautaire a énoncé le test des trois étapes à l'article 5.5 de la directive « société de l'information » du 22 mai 2001¹⁸⁵. Certes, l'outil avait déjà été mentionné dans les directives précédentes¹⁸⁶, mais il acquiert dorénavant une portée générale puisqu'il concerne toutes les œuvres et prestations protégées par des droits voisins et l'ensemble des droits exclusifs. Ainsi, en vertu du test des trois étapes, les exceptions ou limitations au droit exclusif doivent être

¹⁸⁰ Cf. la Convention de Berne (Acte de Paris, 1971, article 9.2), le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (article 10), le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (article 16), l'Accord sur les ADPIC entré en vigueur le 1er janvier 1995 (article 13) et la Directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en son article 5.5.

¹⁸¹ Voir not. les explications de M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test, An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, spéc. pp. 47-52.

¹⁸² M. FICSOR, « How much of what ? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases », (Combien de quoi ? Les trois conditions cumulatives et leur application dans deux affaires récentes de règlement des différends dans le cadre de l'OMC, Trad. M. Platt-Hommel), *RIDA* avr. 2002, n° 192, pp. 110-250, spéc. p. 120.

¹⁸³ Cf. art. 13.

¹⁸⁴ Cf. l'art. 10 du traité OMPI sur le droit d'auteur et l'art. 16 du traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

¹⁸⁵ Voir aussi le considérant n° 44.

¹⁸⁶ Se reporter à l'art. 6.3 de la directive n° 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'art. 10.3 de la directive n° 92/100 du 19 nov. 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, telle que modifiée par la directive du 22 mai 2001, et l'art. 8.2 de la directive n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

restreintes à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

La seule analyse jurisprudentielle internationale du test des trois étapes émane du Groupe spécial de l'OMC dans le cadre d'un litige opposant l'Europe aux Etats-Unis¹⁸⁷. La lecture qu'il a fournie du test est nécessairement liée au contexte du litige, opposant deux Etats quant à l'admissibilité d'une exception au droit d'auteur, et aux compétences particulières du panel et plus généralement de l'OMC dans le cadre des accords ADPIC. Ceci explique que cette analyse a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine et ne peut être considérée comme la seule interprétation envisageable du test des trois étapes. Il existe en effet des compréhensions différentes de l'instrument (1). Chaque étape du test sera ensuite analysée pour vérifier si les mécanismes de restriction envisagés peuvent les passer avec succès (2).

1. Les différentes lectures du test des trois étapes

Le test des trois étapes est un guide pour le législateur qui s'apprête à vouloir restreindre le droit de l'auteur. Il s'impose aux Etats parties à l'OMC en raison de son insertion dans les accords ADPIC et est susceptible de servir de base à une action d'un Etat membre contre un autre pour non respect des obligations de libre échange et de respect de la propriété intellectuelle imposées par les textes administrés par l'OMC. C'est ce qui explique la décision du groupe spécial de l'OMC de 2000 concernant la légitimité des choix opérés par le législateur lorsqu'il consacre des restrictions aux droits exclusifs de l'auteur.

Le test des trois étapes y a été apprécié *in abstracto* car l'outil, dans les Accords ADPIC, s'adresse au législateur, c'est-à-dire que le juge s'est contenté de contrôler que les restrictions au droit exclusif incluses dans la législation respectaient, dans leurs termes généraux, les trois critères¹⁸⁸. Le Groupe spécial de l'OMC a analysé dans l'ordre chacune des étapes jugées éliminatoires. Cette lecture du test a été préconisée par Desbois, Françon et Kéréver qui soulignent que le fait de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre constitue une « condition *sine qua non* » et que « c'est seulement si celle-ci est remplie qu'il y a lieu de se préoccuper de savoir si la [troisième] est satisfaite ou non »¹⁸⁹. Seule la troisième étape du test permet d'aborder la réflexion sous l'angle normatif, ce que ne pourraient pas permettre les deux étapes précédentes. Et selon la lecture traditionnelle du test, cette approche normative ne peut avoir lieu que si les deux étapes précédentes ont été franchies avec succès.

¹⁸⁷ Rapport du Groupe Spécial de l'Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis – Article 110 5) de la loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, 15 juin 2000, WT/DS160/R, disponible sur le site de l'OMC (<wto.org>).

¹⁸⁸ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 571, p. 447, qui ajoute : « il ne s'agira donc pas de refuser le bénéfice d'une exception au seul motif que l'auteur, dans une situation précise, aurait pu négocier avec l'utilisateur, mais uniquement de vérifier si, sur un plan macroéconomique, l'adoption de l'exception par le législateur ne soustrait pas au contrôle de l'auteur un marché important et non justifié par un intérêt public prédominant ».

¹⁸⁹ H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n° 173, p. 205.

Cette approche a été jugée trop restrictive par certains membres de la doctrine. L'objectif serait de conférer au législateur davantage de souplesse dans la consécration des exceptions en adoptant une lecture normative. Plusieurs méthodes ont été proposées. M. Geiger a d'abord préconisé un ordre de lecture des étapes, précisément une « lecture à l'envers du test »¹⁹⁰ en commençant par la troisième étape, pour s'interroger ensuite sur la deuxième, ce qui permettrait de se concentrer dès le départ sur une approche normative. Une autre solution consisterait à inclure une dose de normativité dès la deuxième étape du test¹⁹¹, en conservant la lecture traditionnelle dans l'ordre d'écriture. C'est d'ailleurs ce que prévoit expressément l'article 30 des Accords ADPIC¹⁹² lorsqu'il énonce, à propos des brevets, que : « les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte *de manière injustifiée*¹⁹³ à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ».

Enfin, une variante pourrait s'attacher à concevoir les trois étapes du test comme un ensemble de facteurs à prendre en compte. C'est ce que préconise la Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur, proposition émanant d'un collectif d'académiques¹⁹⁴ : « une juste application du test des trois étapes requiert une appréciation globale plus qu'une application "étape par étape" des différentes conditions (...). Aucune des trois "étapes" ne devrait primer »¹⁹⁵. Il serait donc impossible de faire l'économie d'une analyse du préjudice subi par l'auteur même si une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre a été décelée. Aucun critère ne serait éliminatoire. Cette approche globale ne signifierait pas pour autant que le législateur ait toute latitude pour adopter des exceptions et limitations. Le test reste un instrument de régulation¹⁹⁶. L'approche est flexible et elle a l'avantage de pouvoir s'adapter aux évolutions du droit d'auteur et aux changements sociétaux¹⁹⁷. L'approche globale permet d'aborder la limitation sous un angle davantage compréhensif¹⁹⁸.

Les développements qui suivent seront basés sur la lecture opérée par le Groupe spécial de l'OMC dans le cadre d'un litige entre les Communautés Européennes et les Etats-Unis à

¹⁹⁰ Ch. GEIGER, « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *op. cit.*, spéc. p. 54.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁹² *Ibid.*, spéc. p. 52, note 30 : « la rédaction de la deuxième étape (...) laisse entendre que l'atteinte à l'exploitation normale peut être justifiée, ce qui permet une approche normative (...) ».

¹⁹³ Nous soulignons.

¹⁹⁴ Ch. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. M. HILTY, « Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur », *PI*, oct. 2008, n° 29, p. 399 et s.

¹⁹⁵ *Ibid.*, spéc. p. 401. Voir également le point n° 1 de la Déclaration, p. 401.

¹⁹⁶ Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, n° 3.3.3, p. 38.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, §4.1.4, p. 46.

propos d'une exception contenue dans le *Copyright Act* américain¹⁹⁹. Toutefois, les différentes approches possibles évoquées ci-dessus viendront compléter l'analyse.

2. Analyse des trois étapes du test

La limitation au droit exclusif ne pourra être adoptée par le législateur que si elle vise un cas spécial, si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

a) L'exigence d'un cas spécial

Le test des trois étapes exige en premier lieu qu'une exception ne soit adoptée que s'il s'agit d'un « certain cas spécial ». L'adjectif « certain » renvoie à « connu et particularisé, mais pas explicitement identifié »²⁰⁰. Ainsi, selon le Groupe spécial, le terme « certain » signifie que « l'exception ou la limitation prévue dans la législation nationale doit être clairement définie »²⁰¹ sans exiger qu'il soit nécessaire « d'identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l'exception pourrait s'appliquer, pour autant que la portée de l'exception soit connue et particularisée »²⁰². La notion de « cas » exprime un « phénomène »²⁰³, une « circonstance »²⁰⁴, un « événement »²⁰⁵, ou un « fait »²⁰⁶ qui peut être décrit « en fonction des bénéficiaires des exceptions, des sortes d'œuvres ou d'autres facteurs »²⁰⁷. L'adjectif « spéciaux » traduirait l'idée suivante : « ayant une application ou une fin particulière ou limitée »²⁰⁸. Une exception devrait avoir « un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle »²⁰⁹ et « être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif »²¹⁰. Néanmoins, le Groupe spécial refuse d'apprécier la légitimité de l'exception, c'est-à-dire les raisons qui ont poussé à sa consécration, contrairement à ce qu'exigeait la

¹⁹⁹ Certes, l'analyse proposée par le Groupe spécial est essentiellement économique mais la nature de l'exception analysée l'exigeait. Il convient donc de la relativiser : J. GINSBURG, «Toward supranational copyright law ? The WTO Panel decision and the "three-step test" for copyright exceptions », *RIDA* janv. 2001, n° 187, pp. 2-64.spéc. p. 28.

²⁰⁰ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.108.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, § 6.110.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*, § 6.109.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* Rappr. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, n° 374, p. 187 : « la formule [les cas spéciaux] n'est pas très contraignante. Elle postule simplement l'exclusion des exemptions généralisées ».

Convention de Berne²¹¹. En effet, les actes préparatoires de la Conférence diplomatique de la conférence de Stockholm préconisaient que la faculté de restreindre le droit de reproduction soit limitée « à des fins nettement définies »²¹². En revanche, il précise que les buts de politique générale publique pourraient permettre d’apprécier la portée d’une exception et la clarté de sa définition. L’exigence d’un « cas spécial » ne se définit alors qu’en fonction de données quantitatives et non qualitatives, ce qui permet de contourner facilement la règle²¹³. Toutefois, comme le remarque J. Ginsburg, le Groupe spécial aurait eu raison de ne pas apprécier la légitimité de l’exception, celle-ci devant être prise en compte dans les autres étapes du test²¹⁴. Il s’avèrerait donc préférable de ne pas réfléchir en termes de « but spécial ». Quelle que soit la lecture du test retenue, cette première étape n’appelle pas de subtilités différentes dans son appréciation.

Si l’on retient une approche quantitative comme l’a fait le Groupe spécial et comme le recommande une partie de la doctrine, il convient de déterminer si l’utilisation qui serait visée par le dispositif rentre dans un « cas spécial », c’est-à-dire si son champ d’application est limité. Il ne faut pas que l’utilisation devienne un cas généralisé. Le fait de permettre les échanges gratuits de certaines catégories d’œuvres entre internautes peut-il constituer un « cas spécial » ? En d’autres termes, il faut se poser les questions suivantes : quels utilisateurs vont bénéficier de la limitation, quelles catégories d’œuvres sont concernées, quels actes sont permis, dans quelle proportion et à quelle fin²¹⁵ ? En termes quantitatifs, tous les internautes sont potentiellement concernés par une telle exploitation. En revanche, seuls les échanges entre internautes à des fins non commerciales seraient autorisés. Les actes permis seraient en outre bien délimités. De plus, l’exigence de gratuité des échanges – pour les internautes – permettrait encore de rétrécir le champ de l’utilisation. La satisfaction de la première étape ne semble donc pas poser trop de difficultés quel que soit le mécanisme d’autorisation choisi.

²¹¹ M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. pp. 226-228 : « il ne suffit pas qu’il [le cas spécial] ait simplement une portée limitée; il faut également qu’il y ait des raisons particulières, valables et solides, de politique générale publique qui justifient l’application d’une exception ».

²¹² Voir Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 4.1.4 : « the first step indeed does require a reasonable degree of clarity and foreseeability ».

²¹³ A. LUCAS, « Le triple test de l’accord ADPIC à la lumière du groupe spécial de l’OMC (...) », in *Mélanges en l’honneur de Adolf DIETZ*, Verlag Beck éd., 2002, pp. 424-433. spéc. p. 430 : « le seul fait d’enfermer une exception dans des limites quantitatives ne suffit pas à en faire un cas spécial, sinon la règle pourrait être tournée avec une grande facilité ». Voir également A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 332, p. 270 ; M. FICSOR, « How much of what ? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases », *op. cit.*, spéc. pp. 214-230.

²¹⁴ J. GINSBURG, « Toward supranational copyright law ? The WTO Panel decision abd the “three-step test” for copyright exceptions », *op. cit.* spéc. p. 40, qui estime que le Groupe spécial a eu raison de ne pas examiner la motivation de l’exception ; S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights, The Berne Convention and beyond*, Oxford, 2006, 2ème éd., § 13.14, p. 767. Voir également Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 4.1.3, p. 44.

²¹⁵ Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 4.2.2, p. 47.

Selon une approche qualitative, le « cas spécial » renverrait plutôt à un but spécial, une finalité déterminée. Il faut alors se demander s'il existe un intérêt public particulier à prévoir une limitation au droit exclusif dans l'hypothèse d'échanges de certaines catégories d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ? Quel pourrait être ce motif particulier de politique générale publique ? Les arguments couramment avancés au soutien de la gestion collective obligatoire pour les échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer* sont les suivants : une banalisation des échanges d'œuvres sur internet, le nombre considérable d'internautes qui pratiquent ces échanges, l'incapacité de la loi à réprimer ces comportements, la volonté de permettre le développement d'internet, l'accès à la culture, et enfin la nécessité de rémunérer les auteurs pour ces exploitations²¹⁶. Ces arguments peuvent-ils motiver un intérêt public supérieur aux intérêts des auteurs qui pourrait justifier l'adoption d'une limitation aux droits exclusifs ? Dans le cas de l'approche flexible, il n'est pas nécessaire d'aborder la question du « cas spécial » sous un angle qualitatif²¹⁷.

Notons encore, à titre subsidiaire, que la satisfaction de la première étape n'a pas beaucoup d'importance si on s'oriente vers une lecture globale du test ou une lecture à l'envers. Par ailleurs, si le choix se portait vers le système de licence collective étendue, cette première étape du test pourrait être franchie encore plus facilement. Tout d'abord, la base contractuelle du dispositif couplée à l'exigence de représentativité de la société de gestion collective constitue déjà un cadre défini. En réalité, seuls les auteurs non-membres subissent une limitation de leurs droits exclusifs ; les auteurs membres ont choisi de les exercer de manière collective²¹⁸. Ensuite, cette base contractuelle implique que les dispositions qui autorisent l'extension de la licence collective étendue délimitent seulement une frontière extérieure. Le champ d'application actuel de la limitation est déterminé par l'accord collectif, lequel servira de base à l'extension de ses effets aux auteurs non-membres²¹⁹. Les limitations imposées aux auteurs non-membres n'iront jamais au-delà de ce que prévoit l'accord collectif. Enfin, la nécessité d'un agrément de la société de gestion collective agit comme une limitation du champ²²⁰. Grâce au mécanisme de la licence collective étendue, le cas spécial dans l'hypothèse qui nous intéresse pourrait donc être bien délimité. La première étape du test pourrait être franchie.

b) L'exigence d'une absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

Le deuxième impératif du test en trois étapes consiste à apprécier si l'utilisation des œuvres en question porte atteinte à leur exploitation normale. Selon le Groupe spécial, le terme

²¹⁶ Se reporter à la proposition de loi des sénateurs MORAEL et PYRINS, *op. cit.* et à la proposition de licence globale faite par l'Alliance Public Artistes, *op. cit.*

²¹⁷ Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 4.1.3, p. 44.

²¹⁸ *Ibid.*, § 4.2.3, p. 49.

²¹⁹ *Ibid.*, § 4.2.3, p. 49 et p. 50.

²²⁰ *Ibid.*, § 4.2.3, p. 49 et p. 50, 51.

« exploiter » signifie « faire usage de »²²¹ ; la notion d'exploitation traduirait donc « l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres »²²². L'adjectif « normale » est soumis à deux interprétations, l'une empirique, l'autre normative. Selon la première, est « normal » ce qui est « courant, habituel, classique, ou ordinaire »²²³ ; selon la seconde, le terme « normal » renvoie au fait de « se conformer à un type ou à une norme »²²⁴.

Le Groupe spécial décide qu'« une façon d'évaluer la connotation normative du terme consiste à examiner, outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d'exploitations qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable »²²⁵. Toutefois, « l'exploitation normale » de l'œuvre ne peut signifier le plein usage des droits exclusifs, sous peine de vider la clause d'exception de l'article 13 de son sens²²⁶. Le Panel précise donc que la notion d'« exploitation normale » traduit « à l'évidence un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif »²²⁷. De surcroît, le Groupe indique que l'analyse doit porter sur chacun des droits exclusifs pris isolément²²⁸. Finalement, une exception aux droits exclusifs portera atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre si elle « constitue une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (...) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles »²²⁹, tant potentiels que réels. Le caractère normal de l'exploitation correspond à « un standard variable au gré des techniques et des marchés »²³⁰. Un mode d'exploitation en germe pourrait ombrager l'exploitation normale de l'œuvre²³¹.

Une dose de normativité pourrait être apportée dans la compréhension de cette deuxième étape. Le Groupe spécial de l'OMC a confirmé une telle approche dans une autre affaire en droit des brevets en décidant qu'une exploitation sera normale lorsqu'elle est « essentielle pour réaliser les objectifs d'une politique de brevet »²³². Cette appréhension est d'autant plus

²²¹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.165.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, § 6.166.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, § 6.180.

²²⁶ Y. GAUBIAC, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *CCE* juin 2001, Etude n° 15, pp. 12-17, spéc. n° 19.

²²⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.167.

²²⁸ *Ibid.*, § 6.173.

²²⁹ *Ibid.*, § 6.183. Cette interprétation est conforme aux travaux préparatoires de la Conférence de révision de Stockholm : se reporter à M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. p. 136.

²³⁰ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, *op. cit.*, n° 567, p. 443.

²³¹ M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. p. 232.

²³² Rapport du Groupe spécial de l'OMC du 17 mars 2000 (WT/DS 114/R) dans une affaire opposant les Communautés Européennes au Canada à propos de la protection des inventions dans le domaine

recommandée que, par la force des choses, toute exception « porte atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre » puisque l'auteur est privé d'un contrôle qu'il aurait pu exercer²³³. Instiller une once de normativité dans le raisonnement aurait le mérite de faire une différence entre les actes que l'auteur est capable de contrôler et ceux qu'il est autorisé à contrôler en fonction des exigences de l'intérêt de la société. En somme, même si l'auteur détient le pouvoir sur une utilisation, il se peut qu'il ne doive pas l'exercer en raison d'impératifs supérieurs. Comme le souligne la professeure S. Dusollier, cette interprétation n'est pas contraire à la philosophie originelle du test puisque « les actes de la conférence de Stockholm (...) indiquent en effet qu'il s'agissait de tenir compte des intérêts publics et culturels formant le soubassement des exceptions »²³⁴. Les traités de l'OMPI incitent également à se préoccuper de l'intérêt public²³⁵. En somme, si l'aspect économique peut être pris en compte, l'aspect non économique répondant à des objectifs de politique générale doit être intégré au raisonnement²³⁶. Des limitations aux droits exclusifs peuvent être adoptées pour des motifs d'intérêt public comme c'est le cas pour les limitations spécifiques formulées dans la Convention de Berne : liberté d'expression, objectif de recherche, d'éducation, liberté d'information... Ces justifications non économiques devront être confrontées à l'objectif de la Convention de Berne qui est de « protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques »²³⁷.

La réflexion doit s'articuler autour des actes que l'auteur devrait contrôler et pas de ceux qu'il pourrait contrôler. Ces jugements de valeur risquent d'être différents d'un pays à l'autre, car dépendants d'une culture, d'une tradition, d'une certaine conception de la société. Une réserve peut néanmoins être formulée dans le sens où « such "veiled" balancing of interests in each step would seem rather counterproductive and would add uncertainty as to which normative

pharmaceutique. Pour une étude de ce Rapport, consulter M. FICSOR, « How much of what ? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases », *op. cit.*, spéc. pp. 170-184. Voir également Ch. GEIGER, « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *op. cit.*, spéc. p. 52, qui y fait référence. – Cette approche normative avait également été retenue lors de l'affaire opposant les Communautés Européennes aux Etats-Unis (*supra*, n° 602 et s.) : M. FICSOR, « How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. p. 232.

²³³ Rappr. de la décision rendue par le Groupe spécial de l'OMC selon laquelle « l'exploitation normale » de l'œuvre ne pouvait signifier le plein usage des droits exclusifs, sous peine de vider la clause d'exception de l'article 13 de son sens : voir Y. GAUBIAC, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op. cit.*, spéc. n° 19.

²³⁴ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, *op. cit.*, n° 570, *in fine*, p. 446. En ce sens également, S. RICKETSON, « Etude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique », *op. cit.*, spéc. p. 27 : « il semble donc logique de conclure que la portée de la recherche requise par la deuxième condition de l'article 9.2) inclut bien la prise en compte des considérations normatives non économiques, à savoir si ce type particulier d'utilisation est l'un de ceux que le titulaire du droit d'auteur *devrait* contrôler ». Le professeur précise à la p. 28 que « ces justifications devront clairement avoir un caractère d'intérêt public qui aille au-delà des intérêts purement individuels des titulaires du droit d'auteur ».

²³⁵ Le préambule des traités OMPI proclame : « 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 ».

²³⁶ D. GERVAIS, *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 256.

²³⁷ Préambule de la Convention de Berne.

considerations (which interests) should be included, and where »²³⁸. De plus, si l'approche globale est retenue, l'angle normatif dans la lecture de cette deuxième étape n'est pas crucial puisque la troisième étape oblige à le prendre en compte.

Le fait de permettre les échanges d'œuvres entre internautes, à des fins non commerciales, sur les réseaux *peer-to-peer* porte-t-il atteinte à l'exploitation normale de ces œuvres ?

Il convient dans un premier temps de définir ce que peut être l'exploitation normale des œuvres, c'est-à-dire l'exploitation qui génère des recettes significatives ou tangibles actuellement ou qui pourraient y donner lieu à l'avenir, étant entendu que l'exploitation normale de l'œuvre ne peut correspondre au plein usage des droits exclusifs. Dans ce contexte, l'exploitation normale des œuvres peut se comprendre comme correspondant à l'offre de téléchargement légal. Les plates-formes mises en place dans le respect de la loi sur le droit d'auteur constituent certainement la voie normale d'exploitation des œuvres.

Dans un second temps, il s'agira de savoir si la limitation envisagée aux droits exclusifs porte atteinte à l'exploitation normale qui aura été définie, en d'autres termes si elle constitue une exploitation concurrente qui aurait pour effet de priver les auteurs de revenus significatifs ou tangibles. Les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* représentent assurément un autre mode d'exploitation des œuvres sur internet. Toutefois, affirmer que ce nouveau mode d'exploitation concurrence les plates-formes de téléchargement légal est difficile à démontrer. Les études économiques réalisées sur l'effet du *peer-to-peer* sur les ventes de disques sont divergentes. Le fait d'autoriser ces échanges empêcherait-il l'essor du marché de l'offre légale en ligne ? En d'autres termes, le mécanisme de restriction pourrait-il aboutir à étouffer voire à condamner le marché naissant de l'offre légale en ligne ? Autoriser ces échanges contre rémunération aura-t-il le même effet que le partage non contrôlé et non rémunéré ?

On peut sans doute convenir que l'autorisation globale des échanges par une licence légale « empièterait en effet directement sur le marché principal de l'exploitation en ligne des œuvres »²³⁹ dans le sens où toute œuvre serait accessible pour une somme minimale qui n'aurait pas été convenue par les titulaires de droit. La licence légale dans cette hypothèse semble difficilement compatible avec la deuxième étape du test.

Quant à la gestion collective obligatoire, la réponse ne peut être aussi péremptoire en ce sens que la société de gestion conserve une certaine marge de manœuvre pour négocier les contrats avec les utilisateurs et s'adapter en conséquence aux mécanismes déjà existants d'offres légales, et partant éviter la concurrence directe avec les offres légales. Et il ne faut pas négliger le fait que la négociation se fera sur une base volontaire de la société de gestion. Mais il faut bien admettre que la rémunération des auteurs proposée aux utilisateurs restera probablement d'un montant limité, dans la mesure où elle ne devra pas être dissuasive afin d'attirer les internautes et de les éloigner des pratiques illégales.

²³⁸ Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, n° 3.3.3, p. 38.

²³⁹ Ch. GEIGER, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *op. cit.*, spéc. p. 9.

S'agissant de la licence collective étendue, il convient de souligner qu'à son origine intervient la signature d'un accord entre les sociétés de gestion collective auxquelles ont adhéré volontairement un nombre substantiel d'auteurs, et les utilisateurs. La licence collective étendue est le résultat d'un choix fait par les titulaires de droits d'une certaine catégorie d'œuvres pour les contrats collectifs au lieu de se livrer à une gestion individuelle²⁴⁰. On peut donc estimer que la licence collective constitue l'exploitation normale des droits dans certaines hypothèses particulières²⁴¹. Lorsque l'accord collectif est ensuite étendu aux titulaires de droits non-membres, ceux-ci ne sont pas privés d'une exploitation normale de leurs droits ; bien au contraire, ils sont inclus dans une exploitation qui a été considérée comme « normale » par un nombre substantiel de titulaires de droits. De plus, les limitations imposées aux auteurs non-membres ne peuvent excéder les termes de l'accord collectif. Et la limitation a été approuvée par un nombre substantiel d'auteurs de la même catégorie d'œuvres. L'appréciation de la deuxième étape du test exige toutefois de tenir compte à la fois des termes de l'accord contractuel et des dispositions qui ont vocation à étendre la licence²⁴².

De surcroît, si une licence collective étendue était prévue pour les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, et étant entendu que ces échanges sont habituellement illégaux et rarement poursuivis pour contrefaçon, il ne serait pas possible d'affirmer que la licence collective étendue crée un conflit. Le conflit existe déjà entre l'exploitation normale et les usages illégaux ; il est le résultat d'une défaillance du marché. En somme, ce n'est pas la limitation qui cause le conflit avec l'exploitation normale, mais bien les utilisations illégales qui restent impunies²⁴³. Lorsque l'utilisation permise grâce à une licence collective étendue (sur base d'une autorisation d'une majorité des ayants droit) – ou peut-être aussi grâce à une gestion collective obligatoire – serait de toute façon effectuée sans ce mécanisme, il ne peut y avoir de conflit avec l'exploitation normale. Le seul effet de la licence est de permettre l'utilisation et de percevoir des rémunérations²⁴⁴. Par ailleurs, si l'*opt-out* est proposé aux auteurs – ce qui est loin d'être toujours le cas – le dispositif a encore plus de chances de passer avec succès la deuxième étape. En somme, si l'auteur peut s'extraire du système obligatoire quel qu'il soit et revenir à une gestion individuelle de ses droits exclusifs, l'exploitation normale de l'œuvre est encore moins susceptible d'être contrariée²⁴⁵.

²⁴⁰ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, p. 16.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 17 : « Within the special Danish/Nordic setting, (...) where ECL-rules have been part of the legal tradition and where the solutions is favoured by most interested parties it would seem hard not to conclude that the Danish ECL-rules would generally pass the second prong of the test ». Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 5.2.3.2, p. 63 : "the requirement of representativity ensures that the ECL-agreement is at least a normal exploitation of the type of works covered".

²⁴² Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, *op. cit.*, § 5.2.2, p. 58.

²⁴³ *Ibid.*, § 5.2.3.1, pp. 59-60.

²⁴⁴ *Ibid.*, § 5.2.4, p. 64.

²⁴⁵ A. PEUKERT, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", *op. cit.*, p. 1.

c) L'exigence d'une absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur

Le test des trois étapes impose enfin que l'exception « ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droit ». Le Groupe spécial définit chacun des termes. Les « intérêts », en ce qu'ils ne se « limitent pas nécessairement à un avantage ou à un détriment économique réel ou potentiel »²⁴⁶ peuvent être tant économiques que moraux²⁴⁷. L'adjectif « légitime » qui définit ces intérêts, « a trait à la licéité du point de vue du droit positif, mais il a aussi la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs »²⁴⁸. Le terme « préjudice », quant à lui, signifie « un tort ou un dommage »²⁴⁹. L'expression « pas injustifié » (*not unreasonable*, en anglais) évoque « un seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme “justifié” »²⁵⁰, c'est-à-dire « proportionné »²⁵¹, « dans les limites du raisonnable »²⁵² ou « d'un montant ou d'une ampleur juste, moyenne ou appréciable »²⁵³. Un préjudice, tant réel que potentiel, sera donc injustifié « si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur »²⁵⁴ et de rajouter « dans les cas où il y aurait un manque à gagner pour l'auteur, la loi devrait lui attribuer une compensation »²⁵⁵. Les mécanismes de restriction qui prévoient la rémunération de l'auteur seraient plus à même de passer la troisième étape du test²⁵⁶. En somme, le fait de causer un préjudice justifié – raisonnable, juste – aux intérêts légitimes de l'auteur est accepté. Ce qui ne l'est pas est de lui

²⁴⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.223.

²⁴⁷ M. CLEMENT-FONTAINE, « Exceptions : l'émergence du triple test », in M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, comm. n° 13, spéc. p. 178. – Pourtant, comme le soulignent A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 334, p. 272 : « une telle approche ne cadre pas avec la philosophie de l'Accord ADPIC dont l'article 9.1 exclut le droit moral, et qui, au-delà, fonde la propriété intellectuelle dans la problématique générale du commerce international ».

²⁴⁸ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.224. Le Groupe spécial s'est essentiellement fondé sur la première acception du terme « légitimes », conformément aux travaux préparatoires de la Convention de Stockholm. M. FICSOR (« How much of that ? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlements cases », *op. cit.*, spéc. p. 144) explique que cet adjectif était censé être « un outil pour équilibrer les intérêts légaux de l'auteur et d'autres intérêts raisonnables et justifiés (...) par des objectifs de politique générale publique appropriés ».

²⁴⁹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC n° WT/DS160/R, *op. cit.*, § 6.225.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*, § 6.229.

²⁵⁵ *Ibid.* note 205.

²⁵⁶ B. HUGENHOLTZ et R. OKEDIJI, “Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright”, Final Report, 6 March 2008, disponible sur le site de l'Ivir (http://www.ivir.nl/publications/hughenholz/limitations_exceptions_copyright.pdf), spéc. p. 19 : “such compensated limitations are generally more likely to pass the test given the fact that prescribing compensation to authors or right holders is generally recognized as a crucial factor in assessing ‘unreasonable prejudice’ under the third step”.

infliger un préjudice qui outrepasserait ce qui est acceptable, raisonnable et qui deviendrait dès lors disproportionné. Il convient donc de livrer l'exploitation en question à un test de proportionnalité.

Les objectifs poursuivis par la limitation au droit exclusif – licence non volontaire, gestion collective obligatoire ou licence collective étendue – causent-ils un préjudice qui serait acceptable, proportionné aux intérêts légitimes des auteurs ? Le fait de retirer à l'auteur son contrôle sur les échanges d'œuvres à des fins non commerciales sur les réseaux *peer-to-peer* lui cause-t-il un préjudice justifié ou injustifié ? Est-il proportionné, au regard de ses intérêts légitimes à la fois économiques et moraux, de lui infliger une limitation de son droit exclusif pour ce qui concerne les échanges de ses œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ?

Les dispositifs qui prévoient des mécanismes de rémunération au profit des auteurs sont plus à même de réussir la dernière étape du test²⁵⁷. Etant donné que les auteurs n'ont aucun contrôle effectif sur les échanges de leurs œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* et ne perçoivent à l'heure actuelle aucune rémunération pour ces utilisations de leurs créations, des mécanismes de limitation avec un système de compensation pourraient satisfaire la dernière condition du test des trois étapes.

Il convient alors de s'interroger sur les modalités de fixation de ces tarifs. Et c'est en cela que la licence légale a vocation à s'effacer au profit des autres systèmes²⁵⁸. Dans ces derniers, les auteurs bénéficient d'une négociation collective de leurs droits exclusifs par la société de gestion, et donc de plus de poids. Ensuite, ils ont le loisir d'intervenir dans la fixation des conditions et tarifs des licences. Enfin, la société de gestion collective a vocation à protéger les droits et intérêts des auteurs qui leur ont été confiés, que ce soit sur une base volontaire ou non. Ainsi, dans l'hypothèse de la gestion collective obligatoire, la représentativité de la société de gestion collective, couplée à sa capacité de négociation dans les contrats avec les utilisateurs, pourrait éventuellement l'aider à passer avec succès la dernière étape du test. Par ailleurs, si une licence collective étendue est prévue, cela suppose qu'un nombre substantiel d'auteurs a choisi de recourir à la solution contractuelle ; donc, pour ces auteurs, il n'existe pas de préjudice car ils ne font qu'exercer leurs droits. La question se pose uniquement pour les auteurs non-membres qui eux se voient infliger une limitation qu'ils n'ont pas choisie. Toutefois, étant donné qu'un nombre significatif d'auteurs a décidé, volontairement et sur une base collective, qu'un tel contrat était le meilleur moyen d'exercer leurs droits, il est possible de dire que le mécanisme de la licence collective étendue ne cause pas aux auteurs non-membres un préjudice injustifié²⁵⁹. De plus, la position de la société de gestion collective

²⁵⁷ Th. RIIS et J. SCHOVSBO, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?*, op. cit., p. 17, à propos des licences collectives étendues au Danemark : « because of the remuneration which the ECL-rules generate not be expected to cause any general problems for the danish rules ».

²⁵⁸ A. et H.-J. LUCAS (*Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 333, p. 270) estiment toutefois que tous ces systèmes condamneraient, de fait, le développement de l'offre légale car cela reviendrait à accepter que « lorsqu'un droit exclusif est, pour une raison ou pour une autre, mal respecté dans la pratique, on peut consacrer par la loi cet affaiblissement ». Or, la défaillance du marché n'est pas une raison suffisante pour adopter une solution légale ayant pour effet de limiter le droit exclusif de l'auteur.

²⁵⁹ Ch. RYDNING, *Extended Collective licences, The Compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*, op. cit., § 6.2.4, p. 71 et § 6.2.6, p. 73.

accroît son pouvoir de négociation avec les utilisateurs. Et de ce fait, le préjudice infligé aux auteurs s'amointrit²⁶⁰.

Enfin, la question de la redistribution des rémunérations aux auteurs membres et non-membres est cruciale pour attester du niveau de préjudice subi. La société de gestion collective a le choix entre la rémunération individuelle et la rémunération collective. Le choix d'une rémunération individuelle diminuera le préjudice des auteurs de manière substantielle en ce sens que chaque auteur percevra une juste rémunération en contrepartie de l'utilisation de ses œuvres. Mais le choix d'une rémunération collective pourrait gagner en efficacité²⁶¹. Quant à la faculté d'*opt-out*, elle réduit assurément le préjudice subi par l'auteur²⁶². Toutefois, une licence collective étendue sans *opt-out* a tout de même de grandes chances de passer avec succès la troisième étape du test.

En conclusion, le mécanisme de la licence non volontaire pour autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ne semble pas apte à satisfaire le test des trois étapes dans la mesure où il retire toute possibilité aux titulaires de droits de contrôler l'exploitation de leurs créations dans ce contexte ; de surcroît, il risque fort d'être en concurrence directe avec les offres légales de téléchargement. En revanche, une solution de gestion collective renforcée par le biais d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue, a davantage de chances de réussir l'épreuve. La force de négociation dont bénéficient les sociétés de gestion collective dans ces deux cas de figure, associée à l'objectif de protection des titulaires de droits qu'elles poursuivent, constitue un élément déterminant pour passer le test. De plus, le fondement contractuel couplé à la représentativité de la société de gestion collective fait de la licence collective étendue le dispositif le plus respectueux des droits exclusifs de l'auteur et donc certainement le plus à même de relever le défi du test des trois étapes.

C. La limitation des exceptions admissibles en droit communautaire

Le législateur communautaire dans la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information a établi une liste exhaustive d'exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins que les Etats membres peuvent consacrer dans leur droit interne. Les échanges d'œuvres sur des réseaux *peer-to-peer* à des fins non-commerciales n'en font pas partie. Le législateur belge ne pourrait donc prévoir une exception au droit d'auteur à cette fin.

C'est un nouvel argument qui plaide en défaveur de l'introduction d'une licence légale autorisant le *peer-to-peer*. Quant à la gestion collective obligatoire ou à la licence collective étendue, sous réserve de la controverse mentionnée *supra*, il semble que le législateur

²⁶⁰ *Ibid.*, § 6.2.5, p. 71 et s.

²⁶¹ *Ibid.*, § 6.2.7, pp. 77-83.

²⁶² *Ibid.*, § 6.2.8.3, pp. 84-85.

européen ne les considère pas comme des exceptions et limitations au droit d'auteur, mais comme des modalités d'exercice des droits²⁶³.

II. La compatibilité avec le principe de l'absence de formalités

La Convention de Berne a posé le principe selon lequel l'auteur n'a pas à accomplir de démarches pour jouir ou exercer ses droits (A). L'exception, la licence légale, la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue n'appellent pas de commentaires particuliers en ce que l'auteur ne fait que subir de manière passive la restriction que la loi impose à ses droits exclusifs et n'a donc à effectuer aucune formalité légale pour ce qui concerne la jouissance ou l'exercice de ses droits²⁶⁴. En revanche, pour ce qui concerne la licence collective étendue avec *opt-out* qui permet aux auteurs de se retirer du système pour exercer individuellement leurs droits, ainsi que pour les propositions d'une licence légale dont l'auteur pourrait s'affranchir, la question de la conformité avec le principe de l'absence de formalités se pose (B).

A. Signification du principe

En vertu de l'article 5.2) de la Convention de Berne, « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité »²⁶⁵. Ainsi est posé le principe de l'absence de formalités à accomplir par les auteurs pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur²⁶⁶. Les auteurs n'ont pas à s'acquitter de tâches particulières pour jouir de la protection par le droit d'auteur et exercer leurs droits. Le principe de l'absence de formalités vise aussi bien l'existence du droit d'auteur que son exercice.

La formulation de l'actuel article 5.2 de la Convention de Berne remonte à 1908, date à laquelle l'Acte de Berlin excluant l'exigence de toute formalité pour accéder à la protection par le droit d'auteur a été adopté. Jusqu'à cette date, la protection par le droit d'auteur dans un pays de l'Union différent du pays d'origine de l'œuvre était soumise à l'accomplissement de « conditions et formalités » exigées par le pays d'origine. Au-delà du revirement idéologique, il convient de porter attention à la signification du terme « formalité » qui a donc remplacé la locution « conditions et formalités » de la précédente version de la Convention de Berne. Le terme « conditions » aurait renvoyé aux conditions matérielles pour que le droit devienne

²⁶³ Voir le considérant 18 de la directive 2001/29.

²⁶⁴ Pour ce qui concerne la gestion collective obligatoire des droits exclusifs : S. VON LEWINSKI, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur, Etude de cas », *op. cit.*, spéc. p. 10.

²⁶⁵ Cf. art. L. 111-1 du CPI français qui dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

²⁶⁶ Sur le principe d'interdiction des formalités, voir la thèse de S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law - An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, University of Amsterdam, March 2011.

effectif²⁶⁷ à savoir par exemple la traduction dans le délai imparti, tandis que le terme « formalité » aurait englobé les conditions formelles comme l'enregistrement, le dépôt, la réalisation de copies... En somme, les « conditions et formalités » signifient toutes les mesures légales qui doivent être prises pour faire émerger le droit d'auteur²⁶⁸.

Dans la formulation actuelle de l'article 5.2, le terme « conditions » a été abandonné ; seule la notion de « formalité » a été reprise. Pour autant, comme l'a énoncé la Commission lors de la rédaction de l'Acte de Berlin en 1908, le terme « formalité » couvre à la fois les « conditions et formalités » de l'ancien article²⁶⁹. En conséquence, les « formalités » de l'actuel article 5.2 ont la même signification que les « conditions et formalités » de l'ancien article²⁷⁰. Il s'agit donc de toute formalité légale, qu'elle soit formelle ou matérielle. Par ailleurs, depuis l'Acte de Berlin, l'exercice du droit d'auteur est également visé en ce qu'il ne peut dépendre de l'accomplissement d'aucune formalité. Le fait pour l'auteur de devoir se plier à des pré-requis pour pouvoir poursuivre ses contrefacteurs est désormais proscrit. Les formalités étatiques sont interdites que ce soit pour faire exister le droit d'auteur ou pour l'exercer c'est-à-dire déclencher des poursuites contre d'éventuels contrefacteurs. A titre d'illustration, c'est ce que prévoyait la loi française de 1793 qui exigeait de l'auteur un dépôt légal pour qu'il puisse agir en contrefaçon²⁷¹.

B. Confrontation avec le mécanisme de la licence collective étendue

Qu'en est-il des systèmes *d'opt-out* par lesquels soit l'auteur recouvre son droit exclusif, tel le cas d'une licence légale par défaut dont l'auteur pourrait sortir, soit l'auteur recouvre l'exercice individuel de son droit, englobé par défaut dans la gestion collective qui lui a été étendue ?

La proposition de William Fisher d'une licence non-volontaire avec *opt-out* avait poussé Alexander Peukert à proposer un système de licence légale au choix de l'auteur, en raison justement de la contradiction supposée avec le principe d'interdiction des formalités²⁷².

²⁶⁷ Il semblerait que ces conditions matérielles ne visaient pas les questions relatives à la procédure – par exemple la présomption de titularité liée à la mention du nom de l'auteur sur l'œuvre qui autorise celui-ci à engager des poursuites contre les contrefacteurs (actuel art. 15) – pour que les auteurs fassent respecter leur droit : S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.102, p. 324.

²⁶⁸ S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.102, p. 323, qui relatent la manière dont l'article relatif aux formalités dans l'Acte de 1886 a été formulé.

²⁶⁹ Rapporté par S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.103, p. 325.

²⁷⁰ *Ibid.*, n° 6.103, p. 325.

²⁷¹ La loi de 1925 sur le dépôt légal a abrogé cette disposition.

²⁷² A. PEUKERT, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", *op.cit.* Voir également D. GERVAIS, "The Changing Role of Copyright Collectives", in D. GERVAIS (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2006, p. 34.

Dans le cas de la licence collective étendue²⁷³, l'*opt-out* accorde à l'auteur de pouvoir sortir du dispositif et recouvrer la gestion individuelle de ses œuvres, à condition qu'il effectue certaines démarches pour exercer cette option. Il semble dès lors légitime de se demander si le fait que l'auteur, dans le cadre d'une licence collective étendue, doive accomplir une formalité pour pouvoir exercer les droits concernés de manière individuelle n'est pas contraire au principe de l'absence de formalités posé par la Convention de Berne.

A notre connaissance, aucune des lois nordiques n'explicite les détails de la procédure d'*opt-out*. Malgré cela, la première question à se poser est de savoir si l'*opt-out* est une formalité obligatoire pour que l'auteur exerce ses droits. Cela revient à se poser la question de l'exclusivité du mandat de la société de gestion pour le droit concerné²⁷⁴. Apparemment, dans les systèmes étudiés, le mandat semble être exclusif. Donc l'auteur est forcé à faire une démarche obligatoire pour gérer lui-même les droits en question. Étant donné que la licence collective étendue affecte l'exclusivité du droit en ce que l'auteur non-membre d'une société de gestion se voit imposer une gestion collective, il ne peut être soutenu qu'une fois sorti du système, l'auteur bénéficie du même droit que s'il était resté dans le dispositif. Par conséquent, l'exercice de son droit exclusif par l'auteur semble conditionné par l'accomplissement d'une formalité préalable²⁷⁵.

Toutefois, la réponse n'est peut-être pas si simple.

On peut argumenter que la règle protectrice de la Convention de Berne ne prohibe que « l'accomplissement de formalités pour la protection des œuvres d'origine étrangère dans le pays où la protection est réclamée, mais seulement dans ce dernier pays »²⁷⁶. Une œuvre d'origine étrangère ne peut se voir imposer le respect de formalités dans le pays où sa protection est demandée. Comme le soulignent S. Ricketson et J. Ginsburg, « the Bern Convention does not declare that member states may not institute a system of formalities ; it prohibits making enjoyment and exercise of copyright in non-domestic works subject to them. (...) it merely bars making compliance mandatory for non-domestic works »²⁷⁷. Ainsi le principe de l'absence de formalités est à nuancer en ce qu'il ne vise que la protection des œuvres étrangères dans un pays qui n'est pas leur pays d'origine. Toutefois, il ne ferait pas de sens d'instituer un processus de légitimation des échanges en *peer-to-peer* qui ne viserait que les œuvres domestiques.

²⁷³ Cf. *supra*.

²⁷⁴ D. GERVAIS, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre, Etude pour le ministère du patrimoine canadien*, *op. cit.*, spéc. p. 21, pour qui la solution serait de n'accorder que des mandats non exclusifs aux sociétés de gestion.

²⁷⁵ Se reporter aux développements de TH. RIIS et J. SCHOVSBO, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?", *op. cit.*, spéc. p. 13.

²⁷⁶ Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne et l'absence de formalité (note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2009) », *CCE* juill./août 2010, Etude n° 15, spéc. n° 3. Se reporter également à A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1310, pp. 949-951.

²⁷⁷ S. RICKETSON & J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, § 6107, p. 329.

Plus fondamentalement, la formalité de l'*opt-out*, que ce soit dans la licence légale ou dans la licence collective étendue, permet justement aux auteurs de recouvrer le plein exercice de leurs droits exclusifs ; il serait paradoxal d'avoir recours au principe de l'absence de formalités – dont l'objectif est de protéger les auteurs – pour interdire un système qui précisément permet aux auteurs de retrouver l'usage plein et entier de leurs droits exclusifs.

Si la réflexion peut éventuellement prospérer sur un plan théorique, elle devient contre-productive et illogique lorsqu'elle est confrontée à la réalité pratique. Pour la licence légale, la règle d'interdiction des formalités n'empêche pas l'adoption d'exceptions et limitations du droit d'auteur, notamment par le biais de licences non-volontaires, dans le respect du test des trois étapes²⁷⁸. Quant au mécanisme de la licence collective étendue, loin d'empêcher l'exercice des droits, il le rend possible. Par conséquent, l'*opt-out* ne constitue pas une véritable restauration de l'exercice du droit d'auteur qui serait impossible par ailleurs – puisque c'est précisément l'objectif de la mise en place d'une licence collective étendue – mais un choix alternatif d'exercice que peuvent exercer les auteurs.

Selon S. van Gompel, auteur d'une thèse récente sur les formalités en droit d'auteur, dans les deux cas, l'*opt-out* « regulates the extent of protection rather than the enjoyment or the exercise of copyright. The possibility to 'opt out' merely reflects the choice that right owners can make between two different exploitation models that the law offers them. (...) It is comparable with the need to become a member of, and to register works with, a particular CMO to receive the compensation collected in a collective licensing scheme »²⁷⁹.

En conclusion, l'article 5.2 de la Convention de Berne posant le principe de l'absence de formalités pour exercer les droits d'auteur ne peut être opposé à une licence collective étendue assortie d'une faculté d'*opt-out*. Les droits étant déjà exercés collectivement par les sociétés de gestion, l'*opt-out* a simplement pour objectif non pas de créer des conditions d'exercice des droits *ex nihilo*, mais simplement de redonner aux titulaires de droits la possibilité d'une gestion individuelle. L'interdiction des formalités n'est pas plus un obstacle à des conditions imposées aux auteurs pour ne pas être englobés dans une hypothèse d'exception ou de licence non-volontaire, pour autant que celle-ci satisfasse au test des trois étapes.

²⁷⁸ S. VAN GOMPEL, *Formalities in Copyright Law - An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, op. cit., p. 190.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 190.

Conclusion intermédiaire

Les limitations classiques du droit d'auteur que sont la licence non volontaire et l'exception ne peuvent être introduites pour légitimer les échanges d'œuvres en *peer-to-peer*, et cette étude le confirme. Si les mécanismes de type réponse graduée, dont l'effectivité n'est pas garantie, veulent être évités, la gestion collective peut, sur base du droit exclusif, autoriser les échanges d'œuvres réalisés par des individus.

Afin d'être efficace, une telle contractualisation des échanges par un système de licences devra néanmoins garantir une représentation suffisante des auteurs dont les œuvres font l'objet de ces échanges. Deux outils juridiques permettent d'élargir la représentation des titulaires de droit par les sociétés de gestion collective : la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue. Tous deux requièrent une intervention préalable du législateur. Ils constituent également des restrictions au principe d'exclusivité des droits de l'auteur, puisqu'ils l'obligent à renoncer à la gestion individuelle de ces droits, dans une plus ou moins grande mesure selon le mécanisme concerné. Cette restriction relative du droit exclusif permet une plus grande efficacité de la gestion collective et rassure les utilisateurs sur l'étendue de la licence par laquelle ils entendent garantir la légitimité des actes d'utilisation ainsi couverts. Ce sont donc certainement des maux nécessaires.

Si la SACD/SCAM souhaite poursuivre la voie du droit exclusif pour autoriser les échanges en *peer-to-peer*, la faisabilité des licences qui seront conclues sera grandement aidée si elles sont assorties d'une gestion collective obligatoire ou étendue couvrant légalement ce type d'utilisation. Cette étude a démontré que ces deux mécanismes respectent différemment le cadre légal international et européen mais ont tous deux des chances de réussir l'épreuve du test des trois étapes, avec une probabilité toutefois plus élevée pour la licence collective étendue. Tout d'abord, sa base contractuelle associée avec la représentativité de la société de gestion collective lui assure une grande légitimité. Ensuite, cette construction est certainement la plus apte à satisfaire le test des trois étapes tant ses modalités sont respectueuses des droits exclusifs d'un nombre substantiel de titulaires de droits d'une catégorie d'œuvres donnée. Enfin, le respect du principe de l'absence de formalités ne semble pas poser problème à ce mécanisme.

L'instauration de la voie de la licence collective étendue devra se fonder sur une intervention législative. Dans l'intervalle, les solutions contractuelles mises en place par la SACD/SCAM constitueraient un préalable nécessaire. Ce n'est que dans un second temps – si le législateur finit par intégrer cette possibilité dans la loi – que le contrat collectif pourra être étendu à tous les auteurs d'une même catégorie d'œuvres, en raison de la pratique déjà répandue de la société de gestion collective d'accorder des licences pour ce type d'utilisation.

Chapitre 2 : Etude de faisabilité pratique de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur internet

La première partie de l'étude a abouti à proposer un exercice du droit exclusif porté par une gestion collective qui pourrait être facilitée soit par le biais d'un mécanisme de gestion collective obligatoire soit par celui d'une licence collective étendue. L'instauration d'une gestion collective renforcée du droit exclusif semble intéressante en qu'elle permettrait d'un côté d'autoriser les échanges sur les réseaux *peer-to-peer* et de l'autre de rémunérer les titulaires de droits. Bien que la voie de la licence non volontaire ou licence légale, véritable limitation au droit de l'auteur, soit apparue comme une solution non compatible avec les obligations internationales et communautaires de la Belgique en matière de droit d'auteur, elle sera toutefois encore évoquée par la suite à des fins de comparaison avec les autres mécanismes retenus.

Hors le cas de la licence non volontaire, toute solution de légitimation des échanges non-commerciaux des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* nécessitera la conclusion d'un contrat de licence offert par les sociétés de gestion collective. L'option de la gestion collective obligatoire ne consiste qu'à exclure l'exercice individuel des droits par les auteurs et conduit généralement à l'octroi d'une licence d'utilisation par les sociétés les représentant. Si le législateur choisit l'option de la licence collective étendue, qu'il intègre cette possibilité dans la loi, un contrat doit avoir été préalablement signé entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs ; il sera ensuite étendu, grâce à la nouvelle disposition législative, à tous les auteurs d'une même catégorie d'œuvres.

En somme, l'instrument contractuel est destiné à jouer un rôle central dans le processus de négociation et ce, même si l'instauration d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue requerra en parallèle l'intervention du législateur.

La première partie de ce chapitre analysera les modèles et scénarios contractuels envisageables ainsi que les principaux obstacles susceptibles d'empêcher le dispositif contractuel (Section 1). Que le mécanisme d'autorisation de certains échanges soit issu d'une orientation renforcée par un dispositif législatif – gestion collective obligatoire ou licence collective étendue – ou d'une démarche volontariste des ayants droit sans appui légal particulier, les contours du système peuvent être appréhendés selon le même angle de vue. Aussi bien les modalités de ces dispositifs, le périmètre des autorisations accordées, que les contraintes imposées par le secteur particulier de l'audiovisuel seront envisagées dans la seconde partie du rapport (Section 2).

Section 1. L'instauration volontaire d'un contrat

Les propositions doctrinales ou législatives de légitimation des échanges en *peer-to-peer* se basent presque unanimement sur la conclusion d'un contrat (outre le cas de la licence légale) entre les titulaires de droit et les fournisseurs d'accès à internet. La conclusion de contrats entre les sociétés de gestion collective et les fournisseurs d'accès est parfois imposée par le législateur, comme c'est le cas actuellement dans la proposition de loi émanant des partis Ecolo/Groen. Cette imposition légale ne peut néanmoins pas faire l'économie d'une réflexion sur le modèle légal du mécanisme alors mis en place ; la question se pose également si la conclusion d'un contrat se réalise sur une base volontaire des parties – quitte à être étendu ensuite par le législateur grâce à une disposition qu'il aura insérée dans la loi. Deux modèles principaux peuvent être imaginés et évalués au regard des éventuelles contraintes légales à respecter (§1). Il conviendra ensuite de s'intéresser aux moyens, juridiques ou autres, de conduire les fournisseurs d'accès à s'engager dans un tel processus contractuel (§2).

§1. Les modèles contractuels

Les parties potentiellement contractantes sont au nombre de trois : les ayants droit, représentés par leurs sociétés de gestion collective (notamment la SACD/SCAM), les fournisseurs d'accès à internet et les abonnés internet qui accomplissent des actes couverts par le droit d'auteur lors du partage d'œuvres sur internet. Il existe deux combinaisons possibles entre tous ces acteurs : soit les ayants droit contractent avec les fournisseurs d'accès à internet (I), soit ils contractent directement avec les abonnés internet (II).

I. La signature d'un contrat entre la SACD/SCAM et les fournisseurs d'accès à internet

Les fournisseurs d'accès à internet pourraient conclure un contrat avec la SACD/SCAM, simplement en leur propre nom (A) ou en leur propre nom mais au profit de leurs abonnés internet (B).

A. L'engagement du fournisseur d'accès en son propre nom

Le fournisseur d'accès à internet pourrait signer en son propre nom deux sortes de contrats avec la SACD/SCAM selon qu'il effectue (1) ou pas (2) des actes soumis au droit d'auteur lorsque des œuvres sont échangées illégalement sur les réseaux *peer-to-peer*.

1. Sur le fondement d'un acte soumis au droit d'auteur

L'octroi d'une licence par une société de gestion collective a généralement pour objectif de donner l'autorisation nécessaire à l'accomplissement d'actes de reproduction et/ou de communication au public couverts par le droit d'auteur. S'agissant d'échanges en *peer-to-peer*, il pourrait s'agir, pour les sociétés de gestion, de proposer au fournisseur d'accès à internet de signer un contrat qui aurait pour objet d'autoriser celui-ci à effectuer les actes de communication au public réalisés lors d'échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en contrepartie du versement d'une rémunération aux titulaires de droits.

Or, les fournisseurs d'accès ne sont pas directement à l'origine d'actes de communication au public ou de reproduction des œuvres ; ils s'estiment être passifs et n'avoir, *a priori*, aucune emprise sur les échanges d'œuvres qui sont le fait des seuls internautes. Ils considèrent ne jouer aucun rôle d'émetteur dans la circulation des œuvres sur internet, et donc *a fortiori* dans les échanges sur les réseaux *peer-to-peer*²⁸⁰. Quant au droit de reproduction, il est vrai que toute diffusion en ligne d'une œuvre implique des fixations provisoires, aussi bien au niveau de l'internaute que des prestataires et des intermédiaires. Les œuvres échangées sont fixées temporairement sur les serveurs des fournisseurs d'accès à internet afin d'être diffusées sur les réseaux *peer-to-peer*. Quoi qu'il en soit, la transposition (obligatoire) de l'exception de reproduction technique provisoire par le législateur belge²⁸¹ immunise quelque peu ces actes de copies techniques et transitoires pour autant qu'ils soient indispensables au processus technique de transmission des contenus sur internet et n'aient pas de signification économique indépendante, ce qui paraît être le cas dans notre contexte, sauf à voir surgir une évolution (peu probable) de la jurisprudence. Ainsi, les fournisseurs d'accès à internet, en l'état actuel du droit, ne paraissent pas effectuer d'actes requérant une autorisation des ayants droit pour la transmission des œuvres échangées en *peer-to-peer* par leurs abonnés.

En conséquence, la cause de leur présence comme cocontractants des titulaires de droit d'auteur peut difficilement être trouvée dans leur responsabilité propre pour les transferts de fichiers protégés.

2. Sur le fondement d'une participation financière à la lutte contre les échanges illégaux

Que l'on puisse considérer que les fournisseurs d'accès à internet n'effectuent pas d'actes soumis au contrôle de l'auteur durant les échanges d'œuvres sur les réseaux, n'empêche pas qu'ils interviennent dans un système légitimant ces échanges fondé sur le versement d'une rémunération envers les titulaires de droits *via* les sociétés de gestion. Opérateurs incontournables de toute circulation des œuvres sur internet, y compris des échanges illégaux

²⁸⁰ Cf. art. 1 de la LDA. Sur le sujet, se reporter à F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, n° 146 bis et s., p. 119 et s.

²⁸¹ Art. 21 § 3 de la LDA.

sur les réseaux *peer-to-peer*, ils pourraient être sollicités pour financer les titulaires de droits en raison de ces comportements illicites. Par ce mécanisme, les fournisseurs d'accès contribueraient au financement des œuvres échangées grâce à leurs serveurs. Cette implication des fournisseurs d'accès pourrait prendre la forme d'une taxe²⁸², mais pourrait aussi s'appuyer sur la signature d'un contrat avec les sociétés de gestion.

Cette contribution financière des fournisseurs d'accès – modèle développé par F. Patissier, consultant en études stratégiques pour la CISAC, pour la lutte contre le piratage de manière générale²⁸³ – serait destinée à compenser certaines pertes dues aux échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Il ne s'agirait pas, comme dans les autres modèles envisagés dans notre rapport, d'autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, mais simplement de faire participer financièrement les fournisseurs d'accès à la lutte contre cette forme de contrefaçon. Contrairement aux autres modèles contractuels, les internautes se livrant à ces pratiques ne bénéficieraient pas d'une autorisation de pratiquer ces échanges mais resteraient soumis à la menace d'une sanction. A la différence d'un système de taxe, les revenus générés profiteraient aux titulaires de droits dans des proportions équitables que les parties devront négocier, éventuellement par le biais d'un collège d'experts indépendants ou d'un comité représentatif²⁸⁴. Par ailleurs, cette participation financière des fournisseurs d'accès pourrait être proportionnelle au volume d'échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* mesuré par voie de sondage et/ou du trafic sur ces réseaux. En somme, la régression de ces pratiques illicites entraînerait une diminution de la contribution financière des fournisseurs d'accès²⁸⁵. Tous les fournisseurs d'accès seraient mis à contribution en fonction de leur nombre d'abonnés haut débit ; libre à eux par la suite de répercuter cette somme sur leurs abonnés²⁸⁶.

Cette hypothèse peut toutefois apparaître comme largement irréaliste, hors l'imposition d'une taxe par le législateur, car elle ne se fonde que sur la bonne volonté des fournisseurs d'accès à internet. Sans surprise, ces derniers s'y sont déclarés farouchement opposés. Elle ne permet pas non plus de légitimer les échanges d'œuvres.

B. L'engagement du fournisseur d'accès en son propre nom pour ses abonnés internet

Les propositions doctrinales d'une licence globale, hors le cas d'une licence légale imposée par le législateur, développent généralement un modèle dans lequel les fournisseurs d'accès à internet concluraient un contrat avec les ayants droit afin d'autoriser leurs abonnés internet à

²⁸² Cf. *infra*.

²⁸³ Se reporter à F. PATISSIER, « Réflexions sur de nouveaux modes de financement des industries culturelles », *World Copyright Summit*, CISAC, 9/10 juin 2009, Washington DC, disponible en ligne.

²⁸⁴ Sur ces derniers points, voir F. PATISSIER, « Réflexions sur de nouveaux modes de financement des industries culturelles », *op. cit.*, spéc. p. 30.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

échanger sur les réseaux *peer-to-peer* à condition de verser une rémunération aux titulaires de droits. Cette rémunération pourrait provenir d'un coût supplémentaire supporté par les abonnés eux-mêmes et versée à la société de gestion collective par le fournisseur d'accès à internet ou d'autres modes de financement qu'il s'agira de trouver (publicité...). Ce contrat entre fournisseurs d'accès et sociétés de gestion permettrait donc à un tiers, non partie à l'accord, de bénéficier d'une autorisation consentie par l'un des cocontractants. Dans ce schéma, que l'on retrouve dans tous les modèles d'autorisation du *peer-to-peer* non basés sur la licence légale, le fournisseur d'accès à internet sert de relais entre les sociétés de gestion et les abonnés internet tout en s'obligeant à rétribuer les titulaires de droits. Il s'engage également au profit de ses abonnés internet puisque le contrat crée la faculté, à leur profit, d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. De son côté, la société de gestion s'engage en effet à autoriser ce type d'échanges et donc à ce que les internautes soient autorisés à reproduire et communiquer au public des œuvres dans le cadre de ces échanges, dans les limites précisées par l'accord.

Un tel mécanisme consiste à ce que le fournisseur d'accès à internet s'engage contractuellement au bénéfice de ses abonnés, puisque le contrat crée un droit de reproduction et de communication des œuvres dans leur chef, ce qui paraît renvoyer à la figure juridique de la stipulation pour autrui²⁸⁷ (1). Dans notre contexte, la SACD/SCAM serait le promettant, le fournisseur d'accès le stipulant et les abonnés internet les tiers bénéficiaires. Il convient donc de vérifier si toutes les conditions de validité de ce mécanisme juridique sont satisfaites (2) et d'expliquer les rapports de droits entre les acteurs qui en découlent (3). Enfin il faudra se demander si la stipulation pour autrui peut imposer aux abonnés internet le paiement d'une somme supplémentaire (4).

1. Définition de la stipulation pour autrui

Le principe de l'effet relatif des contrats est posé à l'article 1165 du Code civil belge selon lequel « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Dans la mesure où le contrat repose sur la volonté individuelle, la volonté des parties, il est logique que les effets qui en résultent ne concernent que les parties elles-mêmes et pas les tiers.

Toutefois, le principe de l'effet relatif des contrats supporte une limite en ce que tout contrat est opposable aux tiers. En d'autres termes, les tiers ne peuvent ignorer le contrat, aussi bien dans son existence que dans ses effets. Une autre limite au principe de l'effet relatif des contrats est ce que l'on appelle la stipulation pour autrui. Même si, conformément à l'article 1119 du code civil belge, « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même », il est toutefois admis qu'on puisse « stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on

²⁸⁷ Sur le sujet, voir not. S. BAR, « La stipulation pour autrui », in *La théorie générale des obligations, suite*, Edition Formation Permanente CUP, Université de Liège, oct. 2002, vol. 57, spéc. pp. 251-303 ; P. VA, OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, Tome I, 2010, p. 664 et suiv. ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 11^{ème} édition, 2007, n° 250 et s., p. 196 et s.

fait à un autre »²⁸⁸. Ici réside l'exception au principe de l'effet relatif des contrats. D'ailleurs, l'article 1165 fait expressément référence à l'article 1121 en précisant que les effets peuvent profiter aux tiers dans les conditions de cette disposition. Si la stipulation pour autrui est interdite, par principe, il faut bien reconnaître, et ce depuis longtemps déjà, qu'elle est devenue une figure largement répandue. De nouvelles hypothèses se sont présentées, comme par exemple celle où la stipulation pour autrui est « une condition d'un engagement qu'une partie prend envers son cocontractant »²⁸⁹. D'un principe d'interdiction, la jurisprudence est parvenue à un principe de validité²⁹⁰.

La stipulation pour autrui est « une opération par laquelle une personne, le stipulant, obtient d'une seconde, le promettant, un engagement envers une troisième : le tiers bénéficiaire »²⁹¹. Le contrat entre le stipulant et le promettant a pour effet de faire naître un droit au profit d'un tiers, sans que ce dernier ait eu à manifester son accord²⁹². En d'autres termes, ce droit émerge indépendamment de l'acceptation du tiers²⁹³. Le fait que ce dernier ait « déclaré vouloir en profiter », pour reprendre l'énoncé de l'article 1121 *in fine*, a simplement pour effet de rendre la stipulation, donc le droit de créance, irrévocable²⁹⁴. En l'occurrence, dans notre contexte, la SACD/SCAM est le promettant, le fournisseur d'accès à internet le stipulant et les abonnés internet les tiers bénéficiaires. La signature d'un contrat entre les ayants droit et les fournisseurs d'accès à internet entraînerait l'émergence d'un droit en faveur des abonnés internet de ces derniers. Le droit naît directement dans le patrimoine du tiers bénéficiaire, devenu créancier, sans avoir transité par celui du stipulant ; il dispose d'un droit direct contre le promettant²⁹⁵. Les internautes auraient donc un droit direct à faire valoir contre la société de gestion collective, c'est-à-dire de revendiquer le bénéfice de l'autorisation de reproduction et de communication au public dans le cadre strict de ces échanges sur les réseaux *peer-to-peer*.

2. Les conditions de validité de la stipulation pour autrui

Pour être valide, la stipulation pour autrui doit satisfaire les conditions de droit commun sous peine de nullité²⁹⁶, tenant au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause. Le droit de créance doit être déterminé ou déterminable²⁹⁷.

²⁸⁸ L'article 1122 du code civil précise qu'« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

²⁸⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2010, n° 862, p. 732.

²⁹⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, n° 470 et s., p. 386 et s.

²⁹¹ *Ibid.*, n° 467, p. 384.

²⁹² P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 859, p. 731.

²⁹³ *Ibid.*, n° 860, p. 731.

²⁹⁴ *Ibid.*, n° 860, p. 731.

²⁹⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 467, p. 385.

²⁹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 864, p. 734.

Des règles spécifiques doivent également être observées. A la fois le stipulant et le promettant doivent avoir la commune intention de faire naître un droit au profit d'un tiers bénéficiaire. Cette intention doit être certaine ; peu importe qu'elle soit expresse ou tacite²⁹⁸. Dans notre espèce, cette condition ne devrait pas poser de difficulté particulière, la SACD/SCAM et le fournisseur d'accès ayant nécessairement cette volonté dès la signature du contrat.

Ensuite, le stipulant pour autrui doit signer le contrat en son propre nom et pas au nom d'autrui²⁹⁹. Ceci dit, le tiers bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable, au plus tard au moment de la mise en œuvre de son droit propre³⁰⁰. Dans notre contexte, les tiers bénéficiaires sont déterminés puisqu'il s'agit des abonnés ou futurs abonnés du fournisseur d'accès.

En outre, la stipulation pour autrui ne peut exister toute seule, en tant que contrat isolé. En effet, il est possible de « stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre »³⁰¹. La stipulation pour autrui doit nécessairement être accessoire par rapport au contrat principal signé entre le stipulant et le promettant, qu'il soit à titre gratuit ou onéreux (vente, donation, assurance...) ³⁰². Il faut que l'existence et la vie de ce contrat accessoire soient tributaires de celles du contrat principal³⁰³. Si le contrat principal venait à disparaître, il emporterait avec lui le contrat accessoire. Cette exigence d'un contrat principal risque de constituer un obstacle à l'application du modèle de la stipulation pour autrui à un contrat entre les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins et les fournisseurs d'accès à internet. La difficulté va résider dans la délimitation de l'objet du contrat principal entre les ayants droit et les fournisseurs d'accès à internet puisqu'il faudrait qu'une obligation spécifique les lie et qu'intervienne seulement après, en tant qu'accessoire, l'objet de la stipulation pour autrui. Les ayants droit pourraient renoncer à poursuivre les abonnés des fournisseurs d'accès à internet se livrant à des échanges illégaux sur les réseaux *peer-to-peer*, mais quelle serait la contrepartie contractuelle propre des fournisseurs d'accès ?

Sans toutefois dénier le fait que la stipulation pour autrui ne peut constituer le seul objet du contrat entre le promettant et le stipulant, la jurisprudence a tendance à interpréter l'exigence d'un contrat principal entre le promettant et le stipulant de façon généreuse. Il ne serait en effet pas nécessaire que le promettant s'engage à exécuter une obligation au profit du stipulant. Il suffirait que le stipulant « joue un rôle juridique propre dans la relation contractuelle avec le promettant, fût-ce en qualité de débiteur »³⁰⁴, comme par exemple « dans

²⁹⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 473, p. 389.

²⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 866, pp. 734-735.

²⁹⁹ *Ibid.*, n° 867, p. 735.

³⁰⁰ *Ibid.*, n° 868, p. 735.

³⁰¹ Cf. art. 1121 du code civil.

³⁰² P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 869, p. 736.

³⁰³ *Ibid.*, n° 74, p. 93.

³⁰⁴ S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 264.

le cadre d'un contrat d'assurance sur la vie contracté au profit d'un tiers, [où] la condition est remplie du seul fait de l'obligation du stipulant de payer les primes d'assurance »³⁰⁵. Il serait également suffisant que le stipulant joue un rôle personnel et puisse justifier d'un intérêt à l'opération³⁰⁶. En somme, il pourrait être concevable que le fournisseur d'accès à internet s'engage seulement à rétribuer les titulaires de droits. Du seul fait de ce rôle de débiteur du fournisseur d'accès à internet vis-à-vis des sociétés collectives, la stipulation pour autrui au profit des abonnés internet pourrait être admise. On peut également imaginer que la stipulation pour autrui, sous forme de l'autorisation des échanges au bénéfice des abonnés, s'accroche à un contrat principal liant les fournisseurs d'accès et les sociétés de gestion pour une exploitation des œuvres que feraient ceux-ci dans un autre service proposé (vidéos à la demande, câblodistribution, etc...).

La jurisprudence française est même allée plus loin en admettant la stipulation pour autrui alors même que le stipulant n'avait qu'un simple intérêt financier ou même moral au mécanisme³⁰⁷. Dorénavant, en France, « il suffit que le stipulant ait à l'opération un intérêt qui peut n'être que moral »³⁰⁸ pour que la stipulation pour autrui puisse être admise. Mais les juges belges n'adhèrent pas à cette position³⁰⁹. Le simple intérêt financier ou moral du stipulant n'est pas suffisant pour que la stipulation pour autrui soit acceptable ; il convient de veiller à ce que le caractère accessoire de la stipulation pour autrui ne soit pas complètement annihilé.

La dernière condition à respecter est la suivante : le droit du tiers bénéficiaire ne doit pas être préexistant à la stipulation pour autrui. Ce droit doit naître de cette opération³¹⁰. Dans notre contexte, les abonnés internet obtiendraient l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* grâce au contrat signé entre la SACD/SCAM et le fournisseur d'accès à internet.

Ainsi, les conditions de validité de la stipulation pour autrui semblent être satisfaites pour la mise en place de notre mécanisme contractuel. Une réserve doit toutefois être apportée pour la condition tenant à l'exigence d'un contrat principal : bien que la jurisprudence admette plus largement le mécanisme de la stipulation pour autrui, la prudence reste de mise.

³⁰⁵ S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 264.

³⁰⁶ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 668.

³⁰⁷ P. MISTRETTA, « La stipulation pour autrui accessoire d'une stipulation que l'on fait pour soi-même : une technique adaptée au droit des affaires ? », *D. Aff.*, 1999, 541.

³⁰⁸ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 252, p. 197.

³⁰⁹ S. BAR « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 264.

³¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 870, p. 737.

3. Les rapports de droit

a) Les rapports entre le promettant et le stipulant³¹¹ (entre la société de gestion collective et les fournisseurs d'accès à internet)

Le promettant s'engage, auprès du stipulant, à exécuter une obligation envers le tiers bénéficiaire. Si le promettant n'honore pas son obligation, le stipulant peut demander l'exécution en nature de l'obligation, ainsi que son exécution par équivalent sous la forme de dommages et intérêts (possibilité de prévoir cela dans une clause pénale). Il a également la possibilité de requérir la résolution judiciaire du contrat principal (à moins d'insérer une clause de résolution expresse, ce qui évite le recours). En signant ce type de contrat, les ayants droit s'engagent donc à autoriser les échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, et à ne pas poursuivre les abonnés internet tant qu'ils se conforment aux termes de l'accord.

b) Les rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire (entre la société de gestion collective et les abonnés internet)

Le droit de créance qui naît au profit du tiers bénéficiaire est un droit propre en ce qu'il lui appartient exclusivement. Il est également de nature contractuelle, ce qui signifie que le tiers bénéficiaire ne pourra agir contre le promettant que sur le fondement de la responsabilité contractuelle et non extracontractuelle, sauf dans des conditions particulières³¹². De plus, le droit est direct : il ne transite pas par le patrimoine du stipulant. Il intègre directement celui du tiers bénéficiaire. Le tiers bénéficiaire peut donc exiger directement du promettant l'acquittement de son obligation et l'assigner en justice par le biais de l'action directe (pas d'action en résolution possible car il n'est pas partie à la convention de base) pour une exécution en nature ou par équivalent de son obligation³¹³.

Dans notre contexte, les abonnés internet bénéficieraient d'une autorisation de réaliser des actes de reproduction et de communication au public des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* dans les conditions précisées dans le contrat signé entre la SACD/SCAM ou les autres représentants d'ayants droit, et les fournisseurs d'accès. Si jamais le promettant ne respectait pas ses engagements, les abonnés pourraient alors exiger leur exécution en se fondant sur la responsabilité contractuelle. De manière plus pratique, les internautes poursuivis pour les échanges effectués pourraient invoquer le droit qu'ils tirent du contrat conclu par leur fournisseur de connexion à internet à leur bénéfice. Que se passerait-il si les abonnés internet étaient confrontés à une défaillance des logiciels/réseaux *peer-to-peer* et ne pouvaient plus

³¹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 873, pp. 737-738. Voir aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 480, pp. 393-394. Et S. Bar, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 280.

³¹² P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 875, p. 739. S. Bar, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 279. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481 et s., p. 394 et s.

³¹³ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 876, pp. 739-740. Voir également J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 482 et s., p. 395 et s.

télécharger des œuvres sur leur réseau habituel par exemple ? Pourraient-ils se retourner contre la SACD/SCAM pour non-exécution de leur obligation ? L'objectif de la stipulation pour autrui est simplement de liciter de tels échanges, de ne pas exercer de poursuites, pas d'assurer la fiabilité des moyens techniques. Une action des abonnés sur un tel fondement ne pourrait donc pas prospérer.

Par ailleurs, le droit de créance est également un droit immédiat car il naît dès l'accord de volonté entre le stipulant et le promettant³¹⁴ – lesquels peuvent prévoir une condition ou un report pour sa naissance –, indépendamment de l'acceptation par le tiers bénéficiaire. Néanmoins, cette acceptation par le tiers a pour effet de rendre le droit de créance irrévocable. *A contrario*, tant qu'elle n'a pas eu lieu, le droit reste révocable. Ce qui signifie que le stipulant – et uniquement le stipulant, à l'exclusion de ses créanciers ou de ses successeurs universels car il s'agit d'un droit personnel – peut révoquer la stipulation pour autrui, choisir un autre bénéficiaire... Si le tiers bénéficiaire accepte la stipulation pour autrui (lui-même donc), le droit de créance cesse d'être révocable. Il peut le faire de manière expresse ou tacite. Il s'agit également d'un droit personnel³¹⁵. Le tiers bénéficiaire dans notre contexte, l'abonné internet, peut donc accepter la stipulation pour autrui lorsqu'il va signer un contrat avec son fournisseur d'accès à internet contenant par exemple une clause l'autorisant à pouvoir échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* contre rémunération supplémentaire éventuelle. Enfin, le droit de créance est un droit accessoire du contrat d'origine. Il est donc tributaire de ce qui pourrait affecter le contrat principal. Par exemple, le promettant peut soulever l'exception d'inexécution si le stipulant ne respecte pas ses obligations, la nullité du contrat principal³¹⁶...

c) Les rapports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire (le fournisseur d'accès et ses abonnés)

Si le stipulant n'est tenu d'aucune obligation envers le tiers bénéficiaire, la stipulation pour autrui a pour effet de consentir au tiers bénéficiaire un avantage sans exiger de lui la moindre contrepartie. C'est alors une donation indirecte³¹⁷. Le stipulant ne peut rien exiger du tiers bénéficiaire et réciproquement³¹⁸. Par ailleurs, le stipulant peut exercer sa faculté de révocation tant que le tiers bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter³¹⁹. C'est un droit personnel. Dès que le tiers accepte, il peut alors agir contre le stipulant en exécution de ses

³¹⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 877, p. 740.

³¹⁵ *Ibid.*, n° 878, pp. 740-741.

³¹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 879, pp. 741-742 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 484, p. 397.

³¹⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 882, p. 743. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 487, p. 399.

³¹⁸ *Ibid.*, n° 881, pp. 742-743. S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 280.

³¹⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 485, pp. 397-398.

obligations contractuelles³²⁰. On pourrait imaginer que le fournisseur d'accès décide de ne plus verser de contrepartie financière à la SACD/SCAM et qu'en conséquence, la SACD/SCAM suspendrait l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Dans cette hypothèse, les abonnés internet seraient fondés à agir contre le fournisseur d'accès en exécution de ses obligations contractuelles, c'est-à-dire du paiement des titulaires de droits.

4. L'imposition d'une charge au tiers bénéficiaire

La stipulation pour autrui peut-elle prévoir l'attribution d'un droit à un tiers assorti d'une charge ? En d'autres termes, autoriser les abonnés internet à échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en contrepartie du versement d'une somme supplémentaire à leur abonnement internet classique, est-il permis dans le cadre de la stipulation pour autrui ? Ce mécanisme est hybride en ce qu'il fait appel d'une part à la stipulation pour autrui pour l'attribution d'un droit au profit d'un tiers, et d'autre part à la promesse pour autrui en ce qu'il fait naître une charge au profit de ce tiers sans qu'il y ait consenti. Or, la promesse pour autrui n'est pas bien accueillie en droit belge³²¹.

La Cour de cassation française, quant à elle, la permet dans certaines limites : l'acceptation par le tiers bénéficiaire devient alors « acquisitive » et plus simplement « confortative ». La stipulation pour autrui avec charge est donc admise si le tiers bénéficiaire accepte les obligations inhérentes au droit. Il ne s'agit pas de valider une promesse pour autrui, qui serait donc faite sans le consentement du tiers, mais d'admettre que la stipulation pour autrui puisse faire naître une charge sur le tiers à condition que celui-ci l'accueille³²². L'acceptation par le tiers devient une condition de validité du mécanisme alors qu'elle n'a, à l'origine, pour effet que de rendre le droit à son profit irrévocable³²³. Il ressortirait que, si « la lettre, autant que l'esprit, de l'article 1121 commandent que ce droit soit dépourvu de toute charge (...), cela n'interdit aucunement que, par une convention annexe, le bénéficiaire de la stipulation souscrive certains engagements »³²⁴. Des arrêts sont en ce sens en France³²⁵. Certains auteurs vont plus loin et en déduisent même qu'une stipulation pour autrui puisse faire naître non seulement un droit au profit d'un tiers bénéficiaire mais également une charge (une

³²⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 485, pp. 397-398.

³²¹ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 880, p. 742.

³²² A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 251, p. 197 et les références citées.

³²³ S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 299 et les références citées.

³²⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481, p. 394.

³²⁵ Civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *Bull. civ.*, I, n° 356, *Defrénois*, 1979, art. 32077, n° 50, obs. AUBERT ; Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 343, *D.* 1989, somm. 233, obs. Aubert. Cités par J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481, p. 394.

obligation)³²⁶. En Belgique, les juges arrivent au même résultat mais en adoptant un raisonnement différent³²⁷.

Pour respecter l'essence de la stipulation pour autrui et éviter toute incertitude juridique sur le point ci-dessus, il conviendrait de ne pas assortir le mécanisme entre la société de gestion collective et les fournisseurs d'accès à internet d'une obligation pour les abonnés internet de s'acquitter d'un paiement supplémentaire pour bénéficier de l'avantage prévu. Mais il demeure tout à fait possible de faire peser cette charge sur le fournisseur d'accès dans ce contrat ; il appartiendrait ensuite à celui-ci, dans le contrat d'abonnement internet, d'augmenter ses tarifs ou de trouver d'autres sources de financement.

L'un des modèles contractuels entre les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins et les fournisseurs d'accès à internet pourrait en conclusion reposer sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, bien que la construction proposée paraisse déroger quelque peu à cette qualification juridique.

II. La conclusion d'un contrat entre les ayants droit et les abonnés internet des fournisseurs d'accès

L'implication contractuelle des fournisseurs d'accès pourrait toutefois être abordée sous un angle différent en ce qu'ils pourraient tout simplement servir de relais entre les titulaires de droits et leurs abonnés.

Les sociétés de gestion collective pourraient décider de conclure des contrats avec les abonnés internet en impliquant les fournisseurs d'accès d'une autre manière. Ils pourraient jouer un rôle d'intermédiaire plus ou moins important. Tout d'abord, les fournisseurs d'accès pourraient se contenter de transmettre les contrats proposés par les ayants droit à leurs abonnés (A) ; mais ils pourraient aussi proposer à leurs abonnés de les mandater pour signer ce type de contrat (B). Ce rôle, plus ancillaire, des fournisseurs d'accès n'est pas souvent proposé mais il permettrait de résoudre les difficultés de qualification de leur intervention contractuelle et de les convaincre plus aisément de jouer un rôle dans le processus d'autorisation.

A. L'engagement direct des abonnés internet

Dans ce nouveau modèle contractuel, les fournisseurs d'accès ne joueraient que le rôle d'intermédiaires chargés de mettre à la disposition de leurs abonnés internet des contrats d'adhésion fournis par les titulaires de droit qui, s'ils les signent, les autoriseraient à se livrer à des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en contrepartie d'une rémunération dont le montant reste à évaluer. Cette solution aurait le mérite de ne pas impliquer juridiquement et

³²⁶ Voir les réf. de J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481, p. 394.

³²⁷ S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. pp. 296-297, 300, et les références citées.

financièrement les fournisseurs d'accès – ils restent un tiers au contrat – et de laisser aux abonnés internet la possibilité de choisir ou non le système mis en place par les sociétés de gestion collective. Ce système, nécessairement optionnel pour les abonnés internet, a l'avantage de permettre aux internautes qui ne pratiquent pas les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* de rester en dehors du mécanisme, ou du moins dans un régime spécifique. En effet, tous les abonnés internet n'échangent pas d'œuvres en *peer-to-peer*. Seuls les usagers qui se livrent à ces activités seraient mis financièrement à contribution pour rémunérer les titulaires de droits en contrepartie de la licitation des échanges³²⁸.

Toutefois, pour que le mécanisme fonctionne, encore faut-il que les fournisseurs d'accès aient la volonté de proposer à leurs abonnés de tels contrats, ce qui est loin d'être évident. On pourrait imaginer que les titulaires de droit et les fournisseurs d'accès signent un contrat avec un objet propre, qui les obligerait à proposer à leurs abonnés internet un contrat d'adhésion qui autorise l'abonné à échanger des œuvres en contrepartie d'un paiement supplémentaire. De son côté, la SACD/SCAM, ainsi que les autres sociétés de gestion collective impliquées, s'engageraient à fournir les dits contrats d'adhésion.

Par ce double mécanisme contractuel, on évite l'un des écueils posés par la stipulation pour autrui tenant à sa condition d'accessoire à un contrat principal puisqu'on serait en présence de deux contrats distincts avec des objets propres. Mais il risque d'être difficile de faire signer des contrats aux fournisseurs d'accès par lesquels ils s'engageraient à proposer ce type de contrats à leurs abonnés. En effet, souhaitant développer leurs propres offres légales de contenus en ligne, ils ne seront peut-être pas très enclins à faire la promotion du système proposé, alors envisagé comme une concurrence à leurs propres services.

De plus, si la liberté de choix laissée à l'abonné internet permet d'éviter de mutualiser le financement de la rémunération des auteurs et autres titulaires de droits, il convient de rester prudent quant au succès de l'opération sur base du simple volontariat. Car dans ce modèle de contrat, le système serait nécessairement optionnel pour les usagers. Dans la mesure où, jusqu'à présent, aucune loi n'a encore réussi à endiguer les échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, les craintes que peuvent avoir les usagers de ces pratiques quant à une condamnation judiciaire ne sont pas très élevées. Vont-ils délibérément souscrire à un système d'autorisation payant, alors qu'ils pensent que les risques de sanctions s'ils continuent les échanges illégaux sont minimes ? La réponse ne peut être catégorique mais le doute est suffisamment grand pour bien réfléchir avant de fonder tout un système sur le volontariat des internautes (cf *infra*). Il pourrait dès lors sembler opportun de prévoir des sanctions appropriées de type réponse graduée dans l'hypothèse où un internaute, bien que s'adonnant aux échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, aurait refusé de signer un contrat ayant pour objectif de liciter ces échanges. La consécration de sanctions spécifiques par le législateur dans ce contexte pourrait dissuader l'internaute de continuer à

³²⁸ Pour une opinion contraire, voir Ph. AIGRAIN, *Internet et Création, Comment reconnaître les échanges sur internet en finançant la création*, In Libro Veritas, 2008, spéc. p. 54, qui considère que tous les internautes doivent contribuer au financement de la création qui enrichit Internet. Voir également la discussion *infra* sur le caractère optionnel du système pour les internautes.

échanger illégalement des œuvres alors qu'une solution contractuelle de licitation lui a été offerte par les ayants droit.

B. L'engagement direct des abonnés par le mécanisme de la représentation

La représentation est « le mécanisme par lequel un acte juridique, par exemple un contrat, est accompli, non pas par la personne qui bénéficiera de ses effets ou les subira, mais par une autre personne, qui s'exprime au nom et pour compte de la première »³²⁹. La représentation peut être rendue possible notamment grâce à un contrat de mandat « par lequel une partie, appelée le mandant, charge une autre personne, appelée le mandataire, du pouvoir (...) de la représenter afin de réaliser, en son nom et pour son compte, un acte juridique »³³⁰. Le rôle du mandataire n'est pas simplement celui d'un simple intermédiaire ; il jouit d'une certaine autonomie et d'un pouvoir d'appréciation et d'initiative³³¹. Le contrat de mandat va délimiter l'étendue du pouvoir du mandataire.

La représentation peut être parfaite ou imparfaite. Dans la première hypothèse, le représentant agit au nom et pour le compte du mandataire, de manière transparente pour le cocontractant. Par conséquent, les effets du contrat profitent directement à la personne représentée. Dans la seconde hypothèse, le mandataire va agir pour le compte d'autrui mais en son nom propre ; le cocontractant n'a donc pas connaissance du mandat³³². Par l'effet du mandat, tous les droits et obligations qui découlent des actes juridiques que le mandataire va accomplir avec un tiers naissent directement sur la tête du mandant³³³. Le pouvoir du mandataire est encadré ; il ne peut aller au-delà de ce qui est prévu par le contrat de mandat. Les actes juridiques signés par le mandataire ne produisent pas d'effet à son égard en ce sens qu'il ne devient ni créancier ni débiteur du tiers contractant³³⁴. Par ce mécanisme, le mandant, bien que non présent lors de la signature de l'acte, est partie au contrat³³⁵, tandis que le mandataire reste un tiers³³⁶.

Les abonnés internet pourraient donc signer un contrat de mandat avec leur fournisseur d'accès à internet les autorisant à contracter avec la SACD/SCAM, ou d'autres ayants droit, afin d'être autorisés à échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Par ce mécanisme, le fournisseur d'accès resterait un tiers au contrat et ne serait ni créancier ni débiteur de la société de gestion collective. Par l'effet du mandat, les abonnés internet seraient parties au

³²⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 162, p. 164. Voir également A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 41 et s., p. 37 et s.

³³⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. I, op. cit.*, n° 163, p. 165.

³³¹ *Ibid.*, n° 164, p. 165.

³³² *Ibid.*, n° 165, pp. 166-167.

³³³ *Ibid.*, n° 167, p. 167.

³³⁴ *Ibid.*, n° 168, p. 168.

³³⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 426, p. 348.

³³⁶ *Ibid.*, n° 426, p. 348 et n° 428, p. 350.

contrat signé avec la SACD/SCAM tandis que le fournisseur d'accès resterait un tiers à cet accord.

Ce mécanisme repose à la fois sur la volonté des fournisseurs d'accès de proposer un mandat à leurs abonnés et sur la volonté de ces abonnés de confier un mandat spécial – c'est-à-dire destiné à remplir une mission déterminée – à leur fournisseur d'accès pour bénéficier de l'autorisation d'échanges d'œuvres. Les fournisseurs d'accès à internet pourraient, dans leurs contrats d'abonnement, prévoir une clause d'*opt-in* invitant les futurs abonnés à confier cette mission à leur fournisseur d'accès ou au contraire une clause d'*opt-out* leur donnant la possibilité de refuser d'accorder ce mandat. Quant à l'imposition d'un contrat de mandat sans aucune possibilité de le refuser, cela semble exclu du fait du principe même du système. Par conséquent, le mandat ne peut être accordé que sur une base volontaire. L'utilisateur aura toujours le choix d'y recourir ou pas. Nous retrouvons alors les difficultés soulevées dans le précédent modèle contractuel relatives au caractère optionnel du système pour l'utilisateur ainsi que les moyens d'y remédier³³⁷. Ce double caractère volontaire rend plus improbable l'émergence de ce modèle contractuel.

§2. L'implication des fournisseurs d'accès à internet

Quel que soit le modèle contractuel plébiscité, les fournisseurs d'accès vont être sollicités. Tout l'enjeu va donc consister à trouver des arguments les incitant à s'impliquer dans un processus contractuel. Le régime de responsabilité instauré par la directive « commerce électronique » constitue un obstacle à leur intervention volontaire (I). Mais plusieurs arguments pourraient néanmoins être avancés, qu'ils soient d'ordre économique, politique, juridique ou même déontologique (II). L'intervention du législateur pourrait également contribuer à imposer aux fournisseurs d'accès à entrer dans un processus contractuel avec les ayants droit, sous réserve de certaines conditions (III).

I. Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès à internet

La responsabilité des intermédiaires de l'internet a été envisagée spécifiquement par la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Le fournisseur d'accès au réseau, qualifié de simple transporteur, bénéficie d'un régime d'exonération de responsabilité sous certaines conditions. L'article 12 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique envisage la responsabilité du fournisseur d'accès dans les termes qui suivent :

« 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

³³⁷ Cf. *supra*.

- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission
- et
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission ».

La loi belge de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information reprend dans les mêmes termes la disposition à l'article 18. Ainsi un prestataire de service qui se contente de transmettre des informations fournies par un destinataire ou de fournir un accès au réseau de communication, en somme un fournisseur d'accès, ne voit pas sa responsabilité engagée dès lors que les trois conditions cumulatives posées par les textes sont satisfaites³³⁸. Dans le cadre des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, le fournisseur d'accès n'est en principe pas à l'origine de la circulation de ces œuvres, ne sélectionne pas les internautes se livrant à ces pratiques et ne sélectionne ni ne modifie les œuvres objets de cette transmission. Estimant satisfaire aux trois conditions posées par la loi, le fournisseur d'accès revendique donc le bénéfice de l'exonération de responsabilité. Ce régime d'exonération ne joue plus si le prestataire outrepassé ses simples activités de transport – par exemple lorsqu'il « collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales »³³⁹ ; il ne pourra plus bénéficier du régime de dérogation prévu par la directive. Par exemple, si le fournisseur d'accès mettait lui-même des œuvres sur le réseau pour des échanges en *peer-to-peer*, il ne pourrait plus estimer bénéficier de l'exonération.

Si certains estiment que l'immunité des fournisseurs d'accès à internet devrait être révisée³⁴⁰, les conclusions de l'avocat général rendues dans l'affaire Scarlet/SABAM le 14 avril 2011 ne vont pas dans le sens d'une interprétation évolutive de la directive qui prendrait en compte l'évolution de la technologie et des usages d'internet³⁴¹.

³³⁸ Voir également le considérant n° 42 : « Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées », et le considérant n° 43 : « Un prestataire de services peut bénéficier de dérogations pour le "simple transport" et pour la forme de stockage dite "caching" lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise. Cela suppose, entre autres, qu'il ne modifie pas l'information qu'il transmet. Cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission ».

³³⁹ Cf. le considérant n° 44 : « Un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de "simple transport" ou de "caching" et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité ».

³⁴⁰ R. CLARK, « Sharing out online liability : sharing files, sharing risks and targeting IPSs », in A. STROWEL (ED.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Edward Elgar, 2009, pp. 196-228, spéc. p. 222 et s.

³⁴¹ Conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, C-70/10, spéc. §112.

Cette exonération de responsabilité sous conditions des fournisseurs d'accès à internet ne les incitera pas à conclure des contrats dans le sens où ils n'ont rien à négocier, ni même à gagner. Toutefois, ce régime instauré par la directive sur le commerce électronique ne vise qu'à limiter les actions entreprises à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet pour les contrefaçons et autres actes illicites commis sur internet par des tiers. Mais cela n'empêche en aucune manière les implications de ces intermédiaires dans une compensation des titulaires de droit, soit qu'elles soient imposées par le législateur, soit qu'elles reposent sur une intervention volontaire de ceux-ci.

De nombreux éléments pourraient constituer des arguments pour amenuiser l'effet du principe d'irresponsabilité et pour appuyer une intervention législative leur imposant de conclure des contrats avec les titulaires de droit.

II. Motifs d'implication des fournisseurs d'accès

Plusieurs moyens existent pour soutenir l'invitation des fournisseurs d'accès à la table des négociations. Ils sont variés et de nature différente, aussi bien économique (A), commerciale (B), que déontologique (C) voire strictement juridique (D). Le politique pourrait même jouer un rôle décisif (E).

A. La valeur économique tirée des échanges en peer-to-peer

Olivier Bomsel, économiste spécialiste des questions numériques, a démontré que le modèle économique des fournisseurs d'accès à internet était centré sur les abonnements haut-débit destinés à satisfaire les internautes téléchargeant sur les réseaux *peer-to-peer*³⁴². Les échanges massifs d'œuvres sur ces réseaux ont amené les fournisseurs d'accès à vouloir satisfaire la demande pour recruter de nouveaux clients³⁴³. En effet, « l'appétit des consommateurs pour le P2P alimente une demande croissante de capacité »³⁴⁴. Grâce au haut-débit, ces intermédiaires gagnent de nouveaux clients et deviennent rentables. C'est alors qu'ils peuvent se permettre de baisser les prix des abonnements sur les modes de connexion les plus puissants³⁴⁵. Le phénomène des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* semble être devenu une « utilité majeure de l'accès » désormais au centre du modèle économique des fournisseurs d'accès. Le *peer-to-peer* gagne en efficacité et les internautes téléchargent encore davantage. Par conséquent, « il devient alors de plus en plus difficile de réduire les incitations au

³⁴² O. BOMSEL, avec la collaboration de J. CHARBONNEL, G. LE BLANC, A. ZAKARIA, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, Cerna, Centre d'économie industrielle Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, janv. 2004, disponible en ligne.

³⁴³ O. BOMSEL, (*ibid.*) rapporte qu'en juin 2003, Wanadoo Netherlands était prêt à adopter un système de Peer-Cache (mémoire cache sur le réseau) afin d'optimiser la gestion de son trafic en provenance des serveurs de Kazaa. Mais les risques juridiques inhérents à cette démarche ont dissuadé le fournisseur d'accès.

³⁴⁴ O. BOMSEL, A.-G. GEFFROY et G. LE BLANC, *Modem le maudit, Economie de la distribution numérique des contenus*, Ecole des Mines de Paris, 2006, spéc. pp. 73-74.

³⁴⁵ O. BOMSEL, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, *op. cit.*, spéc. p. 46.

contournement des droits »³⁴⁶. O. Bomsel peut alors conclure en ces termes : « cette étude explore un phénomène économique inédit : celui du détournement massif de l'utilité d'une industrie par une autre. Le cœur de ce mécanisme est la possibilité technique de contournement des droits de propriété des contenus numériques, source de nouvelles incitations économiques. Leur principal effet est de placer les technologies et applications de Peer-to-Peer au centre du déploiement des réseaux internet haut-débit. Le processus est illustré par la corrélation entre la baisse du chiffre d'affaires de l'industrie de la musique et le déploiement de l'accès internet haut-débit. Il est exceptionnel, en effet, que le développement d'un accès ou d'un réseau s'accompagne d'une baisse de la valeur consolidée des contenus »³⁴⁷. Autrement dit, « le P2P subventionne le déploiement d'internet »³⁴⁸. O. Bomsel estime que « le P2P représente environ les deux tiers du consentement à payer pour le débit »³⁴⁹. Ainsi en France, sachant qu'un abonné paie en moyenne 30 euros par mois pour une connexion internet en ADSL, cela signifie qu'il paie en fait 20 euros par mois pour consommer des contenus gratuits. Sur les 10 millions d'abonnés en France pour ce type de connexion, le montant total s'élève alors à 2,4 milliards d'euros versés aux fournisseurs d'accès³⁵⁰.

Le fait que le modèle économique des fournisseurs d'accès à internet ait reposé sur leur propension à proposer aux internautes un volume de téléchargements de plus en plus important ne peut que susciter le mécontentement des titulaires de droits. Les fournisseurs d'accès à internet se seraient enrichis grâce à la possibilité qu'ils offrent de réaliser des téléchargements illégaux massifs des œuvres. Cet enrichissement des fournisseurs d'accès à internet se serait fait au détriment des titulaires de droits, privés de toute maîtrise à la fois sur la publicité véhiculée et sur les recettes dégagées à partir de comportements illégaux. Le moment pourrait donc être venu de rétablir l'équilibre et de permettre aux titulaires de droits de percevoir les sommes qui leur sont dues au titre de l'exploitation de leurs œuvres, si tant est que cette exploitation a été autorisée.

B. L'avantage commercial gagné par les fournisseurs d'accès

Le fait, pour un fournisseur d'accès à internet, de proposer et/ou de permettre à ses abonnés de pouvoir échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en toute légalité, pourrait constituer un avantage concurrentiel considérable vis-à-vis de ses homologues. L'offre d'abonnement internet, enrichie d'une telle possibilité, serait susceptible d'attirer de nouveaux clients chez le fournisseur d'accès en question et ainsi d'augmenter ses revenus et sa part de

³⁴⁶ *Ibid.*, spéc. p. 26.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 48.

³⁴⁸ O. BOMSEL, A.-G. GEFFROY et G. LE BLANC, *Modem le maudit, Economie de la distribution numérique des contenus*, op. cit., spéc. pp. 73-74.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.* Rapportés à la Belgique, où les coûts d'abonnement sont significativement plus élevés, soit 44 euros selon Test Achats, et où les abonnés dépassent les 3 millions, ce même montant approche le milliard d'euros par an !

marché. Le fournisseur d'accès aurait tout intérêt à faire de la publicité pour promouvoir ce nouveau modèle de contrat d'abonnement. Quel que soit le modèle contractuel retenu entre les sociétés de gestion collective, les fournisseurs d'accès et les abonnés internet, l'important réside dans la nouvelle opportunité offerte au consommateur. Séduits par l'originalité de l'offre en tant qu'utilisateurs des réseaux *peer-to-peer*, certains internautes pourraient se détourner de leur fournisseur d'accès actuel au profit de celui qui aura investi cette nouvelle voie.

La préservation de cet avantage concurrentiel pourrait d'ailleurs être un argument de négociation. Si la SACD/SCAM ne signe pas de contrats exclusifs avec le fournisseur d'accès, d'autres fournisseurs, en cas de succès du modèle, pourraient être intéressés à leur tour de signer avec la SACD/SCAM. L'avantage concurrentiel acquis par le fournisseur d'accès pionnier s'amenuiserait avec le temps puisque ses concurrents se trouveraient également en mesure de proposer le même type d'offre à leurs abonnés. Mais la situation ne serait pas pour autant dramatique en ce que le marché pourrait assurer sa mission de régulation. Ceci dit, la SACD/SCAM pourrait tout à fait signer un contrat exclusif d'une durée limitée avec un fournisseur d'accès. Ce système aurait le double avantage de laisser profiter le fournisseur d'accès de son nouvel avantage concurrentiel et de tester la viabilité et le succès du modèle contractuel. Chacune des parties contractantes y trouverait un avantage.

Si l'offre contractuelle offerte aux internautes et relative aux échanges en *peer-to-peer* s'inscrit dans l'offre plus globale de l'intermédiaire (incluant par exemple la télévision, le téléphone, la VOD, etc.), les ayants droit pourraient en outre s'engager à proposer des tarifs préférentiels aux fournisseurs d'accès qui ajouteraient cette licence à leur offre multiplay.

C. Les obligations déontologiques des fournisseurs d'accès

Il est opportun de mentionner que les fournisseurs d'accès à internet ont élaboré des codes de bonne conduite et signé certains accords dans l'objectif de promouvoir un usage licite d'internet. L'ISPA (l'association belge des fournisseurs d'accès) a élaboré un code de conduite³⁵¹ dans lequel il est indiqué que les fournisseurs d'accès à internet « veilleront particulièrement à combattre la présence sur internet de matériel illégal ou douteux. Ils apporteront une attention particulière à l'utilisation légale de l'internet ». D'une part, les fournisseurs d'accès à internet se sont engagés à insérer dans les contrats avec leurs abonnés une clause de « bonne conduite » interdisant à l'abonné de se livrer à des activités illicites et permettant au fournisseur d'accès de prendre toute mesure utile en cas de non-respect de l'obligation. D'autre part, ils sont obligés de mentionner une adresse email afin que les abonnés puissent signaler les pratiques illégales sur le réseau.

Les abonnés internet qui se livrent à des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* contrarient cette clause de bonne conduite. Les fournisseurs d'accès à internet devraient donc prendre des mesures utiles pour faire cesser ces pratiques illicites. Il est vrai qu'il leur appartient de prendre la décision de poursuivre leurs usagers pour violation d'une obligation

³⁵¹ Disponible sur http://www.ispa.be/files/code_of_conduct_x20fr.pdf.

contractuelle ; personne n'est en mesure de les forcer à le faire. L'article 1165 du code civil belge pose le principe de l'effet relatif des contrats en ces termes : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». C'est toutefois ce qu'a tenté d'entreprendre l'industrie britannique du disque (BPI). La BPI s'est adressé à des fournisseurs d'accès avec des adresses IP d'abonnés internet s'adonnant aux échanges illicites d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en se fondant à la fois sur les conditions générales d'abonnement et la directive « e-commerce ». Dans leurs conditions générales (*terms of use*), les fournisseurs d'accès à internet énoncent que les accès internet ne peuvent être utilisés pour commettre des infractions au droit d'auteur. Il s'agit donc de les inviter à faire respecter leurs propres conditions générales d'utilisation grâce à la procédure de « cease and desist » de la directive e-commerce. Mais Tiscali a fait valoir que la BPI ne rapportait pas la preuve de ces infractions et qu'en conséquence, sans décision du juge, il ne pouvait pas agir et devait respecter les données personnelles et la vie privée de ses abonnés³⁵². A cet égard, il convient de mentionner l'arrêt de la CJCE du 29 janvier 2008 dans lequel la Cour a estimé que « les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 et 2002/58 n'imposent pas aux États membres de prévoir (...) l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile »³⁵³. La Cour exige en revanche de rechercher un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux tant par les législateurs au moment de la transposition des directives que par les juges lors des litiges³⁵⁴. En l'état actuel du droit belge, il n'existe pas d'atténuation aux règles de protection des données personnelles pour permettre le dévoilement de l'identité des utilisateurs de *peer-to-peer*, en dehors d'une action poursuivie par les autorités judiciaires. L'arrêt cité n'interdit pas au législateur d'aménager une telle possibilité dans sa loi sur la protection des données personnelles, mais impose le respect d'un principe de proportionnalité.

Toutefois, et pour faire preuve de bonne volonté dans la lutte contre ces échanges d'œuvres illégaux sans pour autant engager la responsabilité contractuelle des usagers, les fournisseurs d'accès pourraient accepter de jouer un rôle d'intermédiaire entre les sociétés de gestion collective et leurs abonnés en proposant à ceux-ci les contrats d'adhésion élaborés et fournis par les sociétés de gestion ou en leur proposant de leur délivrer un mandat pour qu'ils traitent avec les sociétés de gestion. Cette voie diplomatique de règlement des différends devrait peut-être être privilégiée. Quoiqu'il en soit, si les fournisseurs d'accès à internet persistent à s'abstenir d'une quelconque action, qu'elle soit contentieuse ou diplomatique, ils se retrouvent en inadéquation avec le code de bonne conduite de l'ISPA.

³⁵² R. CLARK, « Sharing out online liability : sharing files, sharing risks and targeting IPSs », *op. cit.*, spéc. pp. 222-223.

³⁵³ CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae c/ Telefonica de Espana*, aff. C-275/06,; se reporter aux commentaires de Ch. CARON, *CCE* mars 2008, comm. n° 32.

³⁵⁴ L'ordonnance de la CJCE du 19 févr. 2009 (*LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c/ Tele 2 Telecommunication GmbH* aff. C-557/07,) s'inscrit dans la même tendance : voir L. COSTES, *CCE* avr. 2009, comm. 1567, p. 22.

D. L'atténuation de l'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès

En tout état de cause, la loi a prévu à la charge (notamment) des fournisseurs d'accès à internet trois obligations destinées à lutter contre les comportements illicites sur internet : une obligation de collaboration (1), une obligation temporaire de surveillance (2) et une obligation d'instaurer une procédure de notification et de retrait des contenus illicites (3). Celles-ci attestent de la volonté du législateur de ne pas laisser ces intervenants en dehors de la lutte contre de tels agissements. Certes, ces obligations ne lient pas les fournisseurs d'accès à internet envers les titulaires de droits mais elles témoignent d'une tendance récente – matérialisée par la nouvelle loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique³⁵⁵ et qui a notamment étendu certaines des obligations aux fournisseurs d'accès à internet – à les impliquer davantage dans la lutte contre les comportements illicites, y compris ceux relatifs au droit d'auteur.

1. Une obligation de collaboration

Il convient de mentionner que le régime d'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès à internet n'interdit pas les autorités judiciaires ou administratives de leur imposer de mettre un terme à toute violation ni de les prévenir³⁵⁶. Il faut noter que la Cour suprême danoise a ordonné à un fournisseur d'accès de suspendre la connexion des abonnés internet se livrant à des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* avec injonction s'ils n'agissaient pas rapidement³⁵⁷. Les fournisseurs d'accès à internet ont à leur charge une obligation de collaboration ; en effet, l'article 21§2 de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique tel que modifié par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005, impose notamment aux fournisseurs d'accès à internet³⁵⁸ de « communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur

³⁵⁵ Se reporter à E. MONTERO, « Droit du commerce électronique », « Responsabilités des intermédiaires », point n° 4, pp. 27-28, in *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, RDTI juin 2009, n° 35.

³⁵⁶ Cf. l'art. 12, 3 de la directive de 2000 : « Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation ». Et le considérant n° 45 : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

³⁵⁷ www.ifpi.org/site-content/PRESS20060215.html. Cité par R. CLARK, « Sharing out online liability : sharing files, sharing risks and targeting IPSs », *op. cit.*, spéc. pp. 222-223, note 125.

³⁵⁸ L'article 59 de la loi vise tous les prestataires intermédiaires, soit les fournisseurs d'accès à Internet et les fournisseurs d'hébergement. Se reporter à E. MONTERO, « Droit du commerce électronique », « Responsabilités des intermédiaires », *op. cit.*, point n° 4, pp. 27-28.

intermédiaire ». Une obligation de collaboration avec les autorités judiciaires et administratives incombe donc aux fournisseurs d'accès à internet³⁵⁹.

2. Une obligation temporaire de surveillance

De plus, le juge peut leur « imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi », conformément à l'article 21 §1 *in fine* de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique. Le juge pourrait donc décider d'une obligation de surveillance temporaire dans des hypothèses bien identifiées. Mais il ne pourrait pas, par exemple, prononcer une injonction destinée à bloquer les échanges illicites d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en ce que cela supposerait des mesures permanentes de sécurité et de filtrage, ce qui est notamment contraire à l'article 15 de la directive « commerce électronique » posant le principe de l'interdiction de toute obligation générale de surveillance³⁶⁰.

Mais cette possibilité d'obligation de surveillance temporaire ne peut être généralisée ; en effet, l'article 21 §1 de la loi du 11 mars 2003, prévoit que les prestataires, incluant les fournisseurs d'hébergement, « n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

Un litige est en cours en Belgique sur cette question entre la SABAM (Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs) et le fournisseur d'accès à internet Scarlet (anciennement Tiscali) à propos de l'imposition de mesures de filtrage à ce dernier par le juge. La SABAM a intenté une action en justice contre Scarlet, sur le fondement de l'article 87 §1^{er} de la LDA, estimant que cette dernière profite du téléchargement illégal des œuvres musicales du répertoire de la SABAM par les internautes réalisé grâce à des logiciels *peer-to-peer*³⁶¹. Le 29 juin 2007, le président du tribunal de première instance de Bruxelles condamne Scarlet à faire cesser les atteintes au droit d'auteur en mettant en place des solutions de filtrage des contenus, aussi bien au moment de l'envoi que celui de la réception des œuvres par les réseaux *peer-to-peer*. Scarlet a fait appel du jugement, considérant que cette obligation générale de surveillance était contraire, notamment, à l'article 15 de la directive 2000/31.

La cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 28 janvier 2010³⁶², a décidé de surseoir à statuer en attendant les réponses de la Cour de Justice de l'Union Européenne aux questions préjudicielles suivantes : un juge peut-il « ordonner à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais

³⁵⁹ Voir également l'art. 46bis du Code d'instruction criminelle.

³⁶⁰ E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », *RLDI* juin 2010, n° 61, p. 86 et s.

³⁶¹ Se reporter à E. MONTERO, « Droit du commerce électronique », « Responsabilités des intermédiaires », *op. cit.*, point n°2, pp. 23-25.

³⁶² Bruxelles (9^{ème} ch.), 28 janvier 2010, reproduite dans *A&M*, 2010/2, p. 176.

exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audio-visuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête, soit à l'occasion de l'envoi ? ». La seconde partie de la question préjudicielle porte sur le fait de savoir si le juge est obligé « d'appliquer le principe de proportionnalité lorsqu'il est amené à se prononcer sur l'efficacité et l'effet dissuasif de la mesure demandée ».

Le 14 avril 2011, ont été rendues les conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalón qui aboutissent à répondre par la négative à la question préjudicielle³⁶³. L'avocat général se fonde sur la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne pour relever que le système de filtrage préconisé est susceptible de porter atteinte au droit à la protection des données personnelles et au droit au secret des communications électroniques. Toutefois, il souligne que des limitations peuvent être apportées à ces droits, sous réserve qu'elles soient prévues par la loi, comme l'indiquent la Charte et la CEDH. Mais la disposition en cause du droit belge ne peut être considérée comme « une base légale suffisante pour adopter une mesure d'injonction imposant un système de filtrage et de blocage »³⁶⁴.

Cette possibilité d'imposer une surveillance temporaire, si elle atténue l'absence d'intervention des fournisseurs d'accès, ne constitue toutefois pas en soi une base suffisante pour les inclure dans un processus contractuel d'autorisation des échanges contre rémunération.

3. Une obligation d'instaurer une procédure de notification et de retrait des contenus illicites

Par ailleurs, depuis 2005, les fournisseurs d'accès à internet – de même que les prestataires qui se livrent à une activité de stockage ou d'hébergement – sont obligés d'instaurer une procédure de notification des contenus illicites. En effet, conformément à l'article 21 § 2 de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique tel que modifié par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005, ils sont tenus « d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ». Des systèmes ont donc été mis en place pour lutter contre les activités illicites des abonnés, y compris les activités portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle. A titre d'illustration, le fournisseur d'accès à internet Belgacom a élaboré une procédure de notification sur son site internet. Il est indiqué que : « la notification se fait : - *ut singuli* et par

³⁶³ Conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, C-70/10.

³⁶⁴ *Ibid.*, § 108.

lettre type, dans les jours qui suivent la réception de l'information sur l'illicéité par le service compétent; - de manière agglomérée, une fois par mois, par fichier électronique annexé à une lettre type, pour les plaintes automatisées »³⁶⁵. Une fois les plaintes reçues, Belgacom notifie ces plaintes au Parquet. Il semble que, par manque de moyens, le Parquet n'est pas en mesure de poursuivre toutes les plaintes. Par ailleurs, à notre connaissance, cette procédure de notification n'aurait pas encore été utilisée pour dénoncer des contenus portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Mais elle pourrait tout à fait être utilisée en ce sens. Il faut mentionner également un protocole de collaboration, datant de 2004, résultant d'un arrangement à l'amiable entre l'IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) et des fournisseurs d'accès à internet dont Telenet³⁶⁶. Ces prestataires se sont engagés à bloquer ou à retirer l'accès à des forums de discussion lorsqu'ils contiennent des contenus illégaux ou des hyperliens renvoyant vers ces contenus, grâce à la mise en place d'une procédure de notification et de retrait. Cet accord va donc plus loin que la procédure de notification imposée par la loi aux fournisseurs d'accès.

E. L'intervention des fournisseurs d'accès mandatée par le législateur

A l'échelle européenne, le plan d'action de la Commission en matière de droits de propriété intellectuelle, publié le 24 mai 2011³⁶⁷, suggère que la Commission « va étudier les moyens de créer un cadre permettant en particulier de lutter plus efficacement contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet »³⁶⁸. A cette fin, « toute modification devra viser à réprimer les infractions à leur source »³⁶⁹ ; il faudra alors « encourager la coopération avec les intermédiaires, notamment les prestataires de services internet »³⁷⁰. La Commission indique qu'il ne s'agit pas de « porter atteinte aux objectifs des politiques en matière de haut débit ni aux intérêts des consommateurs »³⁷¹. Elle précise d'ailleurs que ces modifications devront respecter tous les droits consacrés par la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne, à savoir notamment le droit au respect de la vie privée, à la protection des données à caractère personnel, à la liberté d'expression et à l'information³⁷². Le commissaire de la DG Marché Intérieur, Michel Barnier, a déclaré, lors de la présentation du plan d'action,

³⁶⁵ Se reporter à T. STAMOS, « Récapitulatif des devoirs et responsabilités des intermédiaires de l'Internet en droit belge », disponible sur http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1073, 6 mai 2005.

³⁶⁶ Se reporter à E. WÉRY, « Les FAI sont-ils responsables des contenus des forums Usenet ? Un juge sera amené à trancher », disponible sur http://www.droit.be/1_2.asp?actu_id=895&moteur=telenet&mode=notamot.

³⁶⁷ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final.

³⁶⁸ *Ibid.*, spéc. pp. 22-23.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*

que son intention, « s'agissant de l'éradication des sites de piratage, est d'agir plus directement à la source, c'est-à-dire vers et avec les fournisseurs d'accès à internet »³⁷³. Pour l'heure, cette coopération avec les fournisseurs d'accès n'a pas été définie. Mais force est de constater que l'Europe envisage désormais de se tourner vers ces intermédiaires pour lutter efficacement contre les comportements enfreignant le droit d'auteur. La tendance européenne s'oriente donc vers une implication accrue des fournisseurs d'accès à internet.

A l'échelon national, il suffit de se tourner vers les deux propositions de lois des groupes MR et Ecolo/Groen pour constater que les fournisseurs d'accès sont impliqués dans un modèle contractuel, et ce de manière contraignante. Dès lors, pourquoi ne pas devancer la tendance inéluctable en s'engageant volontairement dans une telle démarche ?

Par ailleurs, en France, récemment, la SACEM a émis l'idée d'imposer une taxe aux fournisseurs d'accès à internet en prélevant quelques euros sur les abonnements internet. L'objectif est de compenser les pertes des filières musicale et cinématographique de manière proportionnelle au téléchargement illégal. Cette compensation aurait vocation à diminuer au fur et à mesure que le téléchargement illégal s'amenuiserait³⁷⁴. Il faut noter qu'en 2007, la France a déjà instauré une ressource fiscale prélevée sur les fournisseurs d'accès à internet pour le compte de soutien géré par le CNC au profit de la production cinématographique³⁷⁵.

La SABAM s'est également prononcée en faveur d'une implication financière des fournisseurs d'accès en guise de compensation du préjudice causé aux auteurs par l'utilisation de leurs réseaux pour les échanges en *peer-to-peer* en exigeant de ceux-ci le paiement d'« une juste rémunération pour la diffusion et l'exploitation sur internet des œuvres protégées »³⁷⁶.

III. Les mécanismes légaux d'implication des fournisseurs d'accès à internet

A défaut d'une implication volontaire des fournisseurs d'accès à internet dans des négociations dans un système d'autorisation des échanges non-commerciaux en *peer-to-peer* contre rémunération, on peut songer à une intervention législative imposant une telle implication ou, à tout le moins établissant un cadre de négociation.

³⁷³ S. ESTIENNE, « L'Europe relance le débat sur les droits d'auteur à l'heure d'internet », dépêche AFP, 24 mai 2011.

³⁷⁴ Se reporter à <http://www.pcinpact.com/actu/news/62483-hadopi-sacem-taxe-abonnement-internet.htm>. Pour sa part, le rapport ZELNIK (Rapport remis au Ministre de la Culture et de la Communication par MM. Patrick ZELNIK, Jacques TOUBON et Guillaume CERUTTI, janvier 2010, disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Actualites/A-la-une/Remise-du-rapport-de-la-mission-creation-et-internet>) a écarté une telle hypothèse car elle « présente en effet un aspect rédhitoire en ce qu'elle établit un surcoût pour les consommateurs sans leur apporter le moindre avantage » (spéc. p. 11).

³⁷⁵ Cf. le rapport ZELNIK, *op. cit.*, spéc. p. 8.

³⁷⁶ *Apport de la Sabam au débat en faveur d'une juste rémunération pour la création sur internet*, SABAM, Mai 2010, disponible sur http://www.sabam.be/logbanner.php?link=website/data/SABAM_Position_Internet/Français.pdf.

Instaurer une licence non-volontaire, dans laquelle les fournisseurs d'accès à internet seraient considérés comme les débiteurs de la rémunération équitable afférente au partage d'œuvres sur internet, même si les redevables sont en réalité les internautes s'adonnant à ces échanges, constitue la voie la plus évidente par laquelle ces intermédiaires seraient légalement obligés de participer au système. La Cour de Justice de l'Union européenne a récemment admis, s'agissant de la copie privée, que « compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires des droits du préjudice qu'ils leur causent (...), il est loisible aux États membres d'instaurer, aux fins du financement de la compensation équitable, une "redevance pour copie privée" à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction »³⁷⁷. Les juges européens y ajoutent que c'est l'activité de mise à la disposition d'équipements de reproduction qui « constitue la prémisse factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent obtenir des copies privées [et que] rien ne fait obstacle à ce que ces redevables répercutent le montant de la redevance pour copie privée dans le prix de la mise à disposition desdits équipements »³⁷⁸.

Par analogie, faire reposer la rémunération des auteurs pour les échanges *peer-to-peer* sur les fournisseurs d'accès à internet répondrait à une nécessité pratique. Cette rémunération étant en toute probabilité répercutée sur leurs abonnés³⁷⁹, la charge de la redevance sera en définitive supportée par les personnes échangeant les œuvres, devenant les « redevables indirects » de la compensation équitable. Les opérateurs fournissant une connexion internet à leurs abonnés ne pourraient en conséquence se soustraire au paiement de la rémunération équitable qui leur serait imposée, dans le cadre d'une licence légale, au motif que celle-ci serait due uniquement et directement par les internautes utilisant leur service.

Nous avons vu toutefois que la solution de la licence légale n'était pas compatible avec le cadre juridique international. Le législateur pourrait-il imposer aux fournisseurs d'accès à internet de négocier avec les sociétés de gestion collective ? Rappelons qu'on se trouve là dans une situation inédite où les fournisseurs d'accès à internet ne sont pas demandeurs d'une licence et où il faudrait la leur imposer, et où ils ne sont pas davantage débiteurs d'une rémunération mise à leur charge par la loi. Les commissions existantes en matière de droit d'auteur ne sont pas d'un grand secours, car elles consistent généralement en un forum de négociation de la rémunération afférente à une licence non-volontaire. C'est le cas de la commission organisée par l'article 42 de la LDA, qui a pour objectif, en cas de carence d'une négociation volontaire dans les 6 mois de l'entrée en vigueur de la loi (ce qui s'est produit), de déterminer la rémunération des utilisations des prestations visées à l'article 41 (communication dans un lieu public et radiodiffusion d'une prestation licitement reproduite

³⁷⁷ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan*, C-467/08, § 46.

³⁷⁸ *Ibid.*, § 48.

³⁷⁹ Sauf dans le cas de la proposition de loi Ecolo/Groen qui refuse que les fournisseurs d'accès augmentent d'autant le coût de la connexion à Internet.

ou radiodiffusée), dont bénéficient les titulaires de droits voisins³⁸⁰. Cette commission rassemble, de manière paritaire, les sociétés de gestion des droits et les débiteurs de cette rémunération équitable.

La proposition de loi relative au *peer-to-peer* déposée par le sénateur Richard Miller impose, en son article 12, la conclusion d'un accord entre fournisseurs d'accès et sociétés de gestion pour autoriser les échanges d'œuvres par les internautes dans certaines limites. En cas d'échec des négociations, trois médiateurs seraient désignés pour aider à l'aboutissement de celles-ci et formuler des propositions. Le rôle ainsi attribué aux fournisseurs d'accès à internet n'est toutefois pas précisé : il peut être celui d'un débiteur des rémunérations envisagées en contrepartie des échanges qui seraient autorisés ou celui d'un intermédiaire dans le contrat d'autorisation conclu en réalité entre les ayants droit et les internautes.

La proposition de loi écologiste impose également une négociation contractuelle entre sociétés de gestion collective et fournisseurs d'accès à internet pour « permettre l'échange par leurs clients à [sic] des fichiers dont le contenu est protégé par le droit d'auteur »³⁸¹. A défaut d'accord toutefois, les rémunérations seraient fixées par le Roi, ce qui emprunte davantage au système de licence non-volontaire qu'à une libre négociation contractuelle. Autre signe de confusion, la proposition de loi désigne le système qu'elle institue de « licence globale », ce qui généralement renvoie à un modèle de licence légale.

Dans ces deux propositions de loi, le législateur enclenche et impose le mécanisme de négociation entre les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins et les fournisseurs de connexion internet. L'idée est intéressante, mais elle bat en brèche un principe fondamental de notre droit, qui est la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Y déroger suppose la poursuite d'un intérêt public important ou à tout le moins mérite d'être justifié.

Une autre solution serait que le législateur institue un cadre plus large aux négociations en créant une commission relative à internet, qui rassemblerait des représentants des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, des internautes et consommateurs et des fournisseurs d'accès. Au sein de cette commission, des discussions pourraient avoir lieu sur une éventuelle légitimation des échanges *peer-to-peer*. Y inclure les consommateurs permettrait d'élargir la discussion aux réels utilisateurs des œuvres et éventuellement, de ne faire des fournisseurs d'accès à internet que les intermédiaires à un contrat de licence conclu entre les ayants droits et les internautes (voir *supra*). L'association de consommateurs Test-Achat s'est d'ailleurs récemment déclarée favorable à la mise en place d'une licence négociée³⁸².

A quel organisme une telle commission pourrait-elle être rattachée ? La proposition de loi Ecolo institue auprès de l'IBPT un « Observatoire de l'Internet », chargé d'objectiver et

³⁸⁰ F. BRISON, « Commentaire de l'article 42 », in F. BRISON et H. VANHEES (eds.), *La loi belge sur le droit d'auteur – Commentaire par article – Hommage à Jan Corbet*, Larcier, 2^{ème} édition, 2008, p. 240.

³⁸¹ Article 78-1 de la proposition de loi 5-590/1.

³⁸² Audition concernant les propositions de loi Ecolo et MR, Sénat de Belgique, 11 mai 2011. Voir également sur le site de Test-Achats : « Le débat ne fait que débiter et Test-Achats entend être partie prenante à celui-ci, dans la recherche d'un système équilibré où l'internaute puisse bénéficier d'une offre culturelle en ligne diversifiée et de qualité, mais également dans lequel les auteurs seraient équitablement rémunérés. »

étudier les usages d'internet en Belgique, dans le respect de la vie privée des internautes³⁸³. Il faut signaler toutefois que la compétence de l'IBPT exclut en principe les questions de contenus circulant sur les réseaux. S'agissant d'une matière de droit d'auteur, on peut également imaginer que cette commission, à l'instar de celle qui existe pour les licences obligatoires, soit organisée par le SPF Economie, compétent en la matière.

³⁸³ Voir la proposition de loi 5-590/1, article 78-3.

Section 2. Les contours des mécanismes potentiels d'autorisation

Que le législateur intervienne pour autoriser les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* par le biais d'une gestion collective obligatoire ou d'une licence collective étendue, ou que les acteurs parviennent à trouver une entente contractuelle volontaire, il conviendra de définir le système retenu, ses différentes modalités (§ 1), sa délimitation territoriale (§ 2) ainsi que les contraintes avec lesquelles il devra composer (§ 3).

§1. Les modalités

Des modalités essentielles doivent être délimitées. La question de l'approche sectorielle ou globale mérite d'être abordée (I) car les conséquences du choix ne sont pas négligeables. Il s'agira ensuite de déterminer les actes couverts par le système (II) ainsi que les rémunérations des titulaires de droits (III). Pour le cas spécifique de la licence collective étendue, l'opportunité d'insérer la faculté d'*opt-out* sera appréhendée (IV). Enfin, il conviendra se pencher sur le caractère optionnel ou obligatoire du système pour l'utilisateur, qu'il soit législatif ou contractuel (V).

I. Le périmètre du système : une approche sectorielle ou globale ?

L'utilisateur va s'attendre, quel que soit le modèle mis en place, à pouvoir télécharger et échanger tout type d'œuvres, c'est-à-dire aussi bien des œuvres musicales, audiovisuelles, multimédia ou littéraires. Il faudrait donc que le contrat de licence vise toutes ces œuvres, ce qui implique également que l'ensemble des titulaires de droits sur ces contenus, auteurs, producteurs et artistes-interprètes, devront donner leur accord. C'est ce qui constituerait une approche véritablement globale.

Le législateur pourrait tout à fait choisir d'imposer la gestion collective des droits exclusifs pour les échanges de tout type d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Il convient d'ailleurs de souligner que les propositions de lois des groupes MR et Ecolo/Groen retiennent toutes deux une approche générale et ne se soucient guère d'éventuelles spécificités sectorielles.

Cependant, il est difficile d'imaginer qu'une même solution puisse porter sur diverses catégories d'œuvres et d'ayants droit et parvenir à un consensus sera également difficile quand bien même les secteurs de la création manifesterait de la bonne volonté en ce sens. Un contrat « global » ou une gestion collective obligatoire « globalisante » couvrant les œuvres de tous les secteurs de la création ne semble pas très réaliste tant les attentes, les enjeux et les contraintes sont spécifiques à chacun.

S'agissant des types d'œuvres, chaque secteur, audiovisuel, musique ou livre, présente des différences en termes de production, diffusion, consommation et développement numérique; ils ne sont donc pas concernés avec la même intensité par les échanges illégaux sur les

réseaux *peer-to-peer*. Selon l'étude commanditée par la HADOPI en France dont l'objectif était notamment de dresser un état des lieux des pratiques de consommation licite et illicite des biens culturels par les internautes³⁸⁴, il semblerait que la musique soit le produit culturel le plus téléchargé illégalement (57 % de téléchargements illicite sur l'ensemble des téléchargements), suivi des films (48 %), des photos (44 %) puis des livres (29 %). Les e-books par exemple sont à l'aube d'un nouveau marché et ont tout à craindre d'une autorisation globale d'échange, le développement de leur offre légale n'étant pas encore assuré.

De plus, le secteur audiovisuel³⁸⁵ présente des spécificités que les autres secteurs n'offrent pas. Les œuvres audiovisuelles sont étroitement liées aux spécificités linguistiques et culturelles d'un pays ; ce qui explique que le marché soit très fragmenté. Aux frontières nationales, se rajoutent également les frontières linguistiques. Enfin, la chronologie des médias parachève la particularité de ce genre d'œuvres³⁸⁶. Tous ces éléments intrinsèques du secteur audiovisuel en font un marché singulier ne pouvant se fondre dans aucun système globalisant destiné à appréhender toutes les œuvres de la même manière.

S'agissant des titulaires de droit, les divergences sont également grandes. Nombreux sont les artistes-interprètes qui se sont rangés derrière l'idée d'une licence globale, notamment en France au sein de l'Alliance Public-Artistes, préférant une rémunération équitable à un téléchargement dépourvu de toute compensation. Les sociétés de gestion des droits des auteurs se posent également des questions sur la possibilité de délivrer aux internautes une autorisation d'échanger des œuvres, ce que démontre cette étude. En revanche, les producteurs, que ce soit en musique ou en audiovisuel (et bientôt les éditeurs de livres numériques), ne souhaitent pas légitimer les échanges en *peer-to-peer*, par crainte de la concurrence avec le développement de plateformes légales dont ils sont les architectes ou les partenaires.

Ceci dit, si une licence autorisant les échanges se limite à certains types d'œuvres ou de droits sur celles-ci, la situation ne sera guère intéressante pour l'internaute, autorisé par exemple, dans le cadre strict de ces échanges entre particuliers et à des fins non commerciales, à reproduire et communiquer au public des œuvres audiovisuelles mais non des œuvres musicales ou littéraires. L'internaute utilisant ce type d'œuvres encourrait donc des sanctions au titre de la violation du droit d'auteur. En pratique, l'approche sectorielle poserait certaines

³⁸⁴ HADOPI, *biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes français*, 23 janv. 2011, disponible en ligne.

³⁸⁵ La Commission lancera d'ailleurs en 2011 une consultation sur la distribution en ligne des œuvres audiovisuelles qui devrait aborder les thèmes suivants : les services de vidéo à la demande, la chronologie des médias et la VOD, les licences transfrontières pour les services de radiodiffusion, leur efficacité économique et la promotion des œuvres européennes (se reporter à la Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle (...)*, op. cit., spéc. pp. 17-18.

³⁸⁶ Voir l'étude réalisée par KEA European Affairs, *Multi-Territory Licensing of Audiovisual Works in the European Union*, Final Report Prepared for the European Commission, DG Information Society and Media, Oct. 2010.

difficultés. Pour l'utilisateur, le système mis en place serait compliqué et risquerait d'être incompris.

Si le modèle d'autorisation adopté pour les œuvres audiovisuelles est une réussite, on pourrait imaginer qu'à l'avenir il puisse intéresser les titulaires de droits des œuvres musicales et littéraires ; ce cercle vertueux pourrait aboutir à proposer, dans le cadre strict de ces échanges, aussi bien des œuvres audiovisuelles que littéraires ou musicales. Les échanges, d'abord autorisés uniquement pour les œuvres audiovisuelles ou musicales, pourraient être permis ensuite pour les autres types d'œuvres. Cela suppose que les différentes sociétés de gestion collective trouvent un terrain d'entente pour proposer à l'abonné internet un seul type d'accord l'autorisant à échanger tout type d'œuvres. Les rémunérations des différents titulaires de droits devront également être négociées ainsi que la clé de répartition et les méthodes de calcul.

Pour l'heure, le consensus entre toutes les parties prenantes risque d'être très difficile à trouver, que ce soit dans l'objectif d'un mécanisme législatif ou d'une démarche volontaire. Si une approche sectorielle semble l'orientation la plus réaliste, il n'en reste pas moins que la proposition nécessairement partielle qui en découlera pour les utilisateurs manquera d'effectivité. Si la licence ne vise que certains types d'œuvres, cela risque d'être préjudiciable au succès de l'opération.

On peut également imaginer que des mécanismes distincts régissent les différentes catégories d'ayants droit : une gestion collective aménagée pour étendre l'autorisation à un répertoire global (par la gestion collective obligatoire ou la licence collective étendue) pour les auteurs et les artistes-interprètes, alors que les producteurs de films et de phonogrammes pourraient poursuivre une gestion individuelle, agrémentée d'incitants à confier leurs droits à la gestion collective pour les échanges en *peer-to-peer*. Alternativement, des mécanismes plus contraignants et collectifs pourraient à terme se substituer à la gestion individuelle, si les licences proposées par les auteurs et artistes-interprètes se révèlent être un succès ne portant pas concurrence aux offres légales.

II. Les actes couverts pour les échanges en *peer-to-peer*

Même s'il peut exister un doute théorique sur le fait de savoir si le *download* met en jeu le droit de reproduction ou non, par précaution, il convient de prévoir que le mécanisme autorise à la fois le *download* et l'*upload* des œuvres dans le cadre des échanges sur les réseaux *peer-to-peer*. La reproduction et la communication au public (plus précisément le droit de mise à disposition) des œuvres dans l'hypothèse particulière des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* seraient donc autorisées.

Il faudra préciser encore que seuls les échanges entre particuliers et à des fins non commerciales seront autorisés. Pourrait-on imaginer que l'autorisation soit limitée à un volume d'échanges déterminé ? Ou encore à certains types de fichiers ? Dans ce cas, les gros « échangeurs », dont les actes s'apparenteraient presque à des échanges commerciaux, ne pourraient bénéficier de l'autorisation. Emprunter cette voie impliquerait cependant

d'instaurer des formes de contrôle des échanges respectueuses de la protection des données personnelles.

III. Les tarifs et la rémunération des titulaires de droits

Deux types de rémunérations peuvent être envisagées : soit des rémunérations négociées par catégorie d'ayants droit et par secteur, réglant ainsi en amont la question du « partage » ; soit une rémunération globale destinée à rémunérer les différents titulaires de droits. Dans ce derniers cas, tous les protagonistes devraient percevoir une partie des sommes collectées et ce de manière équitable. La clé de répartition entre tous ces acteurs devrait être négociée entre eux, éventuellement au sein d'une commission représentative ou d'une société faîtière, de type Auvibel.

Quant au montant de la rémunération, il pourrait être déterminé sur la base d'enquêtes et de sondages réalisés auprès d'internautes volontaires de manière anonyme. C'est ce que propose Philippe Aigrain³⁸⁷, bien que le système qu'il retient – la licence légale – n'emporte pas notre conviction. Selon ce modèle, les usages des œuvres – téléchargements, streaming... – seraient mesurés grâce à leur identification numérique préalable et sur la base d'un panel d'internautes volontaires qui accepteraient l'installation d'un *plug-in* sur les logiciels *peer-to-peer* pour recueillir des informations anonymes sur l'utilisation des œuvres. De son côté, la proposition de loi belge Ecolo/Groen confierait à un Observatoire de l'Internet, à créer au sein de l'IBPT, la mission d'évaluer la réalité du téléchargement en Belgique sur la base d'enquêtes réalisées auprès d'un échantillon représentatif et volontaire d'internautes, et ce notamment pour déterminer la clé de répartition des rémunérations auprès des titulaires de droits.

Même en dehors du cas d'une licence légale, un arrêté royal pourrait également déterminer des catégories tarifaires, avec l'accord et la collaboration des ayants droit, dans le cadre de la gestion collective obligatoire qui serait éventuellement applicable, et imposer des tarifs préférentiels aux fournisseurs d'accès qui accepteraient de jouer le jeu d'une stipulation pour autrui au bénéfice de leurs abonnés.

IV. Une clause d'*opt-out* pour les titulaires de droits dans le cadre de la licence collective étendue ?

Pour rappel, l'*opt-out* est une faculté qui permet aux titulaires de droits non-membres de la société de gestion collective mais intégrés nécessairement à un mécanisme de licence collective étendue, d'en sortir et de récupérer la gestion individuelle de leurs droits exclusifs concernés. L'*opt-out* constitue assurément une option qui contribue à préserver au mieux les droits des auteurs en ce qu'ils ont la possibilité de retrouver leurs droits exclusifs. Cette faculté d'*opt-out* devrait-elle être prévue par le législateur s'il insère des dispositions relatives aux licences collectives étendues ?

³⁸⁷ Ph. AIGRAIN, *Internet et Création, Comment reconnaître les échanges sur internet en finançant la création*, op. cit.

La licence collective étendue assortie d'un *opt-out* s'avère être le système le plus respectueux des droits exclusifs de l'auteur ; il serait donc logique de répondre par la positive. Mais ce serait sous-estimer les spécificités des œuvres audiovisuelles. La fragmentation des droits³⁸⁸, associée à la pluralité d'auteurs et de titulaires de droits voisins, a pour effet de rendre la possibilité d'*opt-out* beaucoup trop risquée. Il suffirait qu'un seul de ces titulaires — réalisateur, auteur de l'adaptation, producteur...— exerce l'*opt-out* pour que toute l'exploitation de l'œuvre soit compromise. Ceci étant, les pays nordiques ayant prévu la faculté d'*opt-out* dans certaines de leurs dispositions n'ont pas eu à connaître de désistements massifs des titulaires de droits des licences collectives étendues. Mais l'existence de cette possibilité n'en constitue pas moins un risque qu'il ne faut ni surévaluer ni sous-estimer.

Du côté des utilisateurs, la situation n'irait pas sans inconvénients. La sécurité juridique s'en trouverait amoindrie et l'intérêt du mécanisme de licence réduit si des titulaires de droits pouvaient s'extraire du système et reprendre la gestion de leurs droits sur les œuvres concernées. Au-delà d'un certain seuil, ce serait l'économie du système qui serait menacée. A un risque d'incompréhension de l'utilisateur, s'ajouterait la difficulté pour lui d'identifier les œuvres exclues du système d'autorisation. Les ayants droit pourraient dresser une liste de ces œuvres accessible en ligne sur les sites des sociétés de gestion collective par exemple, mais cela impliquerait une certaine difficulté pour l'utilisateur. Alternativement, pour s'assurer que ces œuvres ne circulent plus sur les réseaux *peer-to-peer*, faudrait-il mettre en place des mesures de filtrage ? Ces mesures éventuelles de filtrage nécessiteraient un rôle actif des fournisseurs d'accès qu'ils ne sont sans doute pas disposés à jouer.

L'insertion d'une faculté d'*opt-out* dans une licence collective étendue pour les œuvres audiovisuelles peut laisser perplexe tant les conséquences pour les différentes parties ne sont pas anodines. Si malgré tout, l'*opt-out* devait être prévu dans le mécanisme, un délai pour y recourir pourrait être envisagé ; au-delà de ce délai, l'*opt-out* ne serait plus possible. Prévoir un délai pour exercer cette option aurait le double avantage de satisfaire au maximum les droits exclusifs des titulaires de droits et de sécuriser au mieux l'utilisation des œuvres par les usagers dans le cadre défini.

V. Un système obligatoire ou optionnel pour l'utilisateur ?

La décision de rendre le système d'autorisation des échanges sur les réseaux *peer-to-peer* obligatoire ou optionnel pour l'utilisateur s'avère d'une importance cruciale (A). Le choix de la mutualisation du financement de la faculté d'échanger et/ou de l'exploitation des œuvres ou de son individualisation est révélateur de la philosophie du mécanisme. Les modèles contractuels étudiés ont l'avantage de laisser le système optionnel pour l'utilisateur (B). Cela tient au mode de fonctionnement des modèles.

³⁸⁸ Cf. *infra*.

A. L'enjeu de la question

Tout système mutualisant les rémunérations afférentes au *peer-to-peer* (c'est le cas dans la licence légale, par exemple pour la copie privée), dans lequel les usagers n'auraient pas la possibilité de refuser de payer pour une utilisation spécifique des œuvres, a l'avantage d'être simple.

L'inconvénient majeur est que tous les usagers supporteraient une charge financière alors même que certains d'entre eux ne se livreraient pas à l'utilisation des œuvres alors permise. En somme, tous les internautes paieraient pour avoir la faculté de télécharger les œuvres en *peer-to-peer*, mais seulement une partie d'entre eux réaliserait effectivement ces échanges.

La mutualisation de l'intégralité de la charge du droit d'auteur n'est pas la panacée et risque fort d'être impopulaire. En effet, tous les internautes ne se livrent pas à ces pratiques illégales, ni même dans des proportions identiques. Selon l'étude statistique menée par la HADOPI³⁸⁹, 51% des internautes interrogés déclarent ne pas consommer de biens culturels en ligne de manière illicite. Dès lors, imposer à tous les abonnés internet de rétribuer les titulaires de droits en se basant exclusivement sur des utilisations des œuvres qu'ils ne réalisent pas, ne semble pas équitable. Permettre aux internautes de ne pas bénéficier de la licence autorisant les échanges et partant, de ne pas s'acquitter, directement ou dans le montant de leur abonnement internet, du coût de ces échanges, intégralement ou partiellement, confère davantage de légitimité au système. Ce choix offert aux utilisateurs éviterait de considérer la rémunération des auteurs comme une taxe supplémentaire sur l'usage d'internet.

Il faut noter toutefois que dans les pratiques actuelles de vente couplées ou « en bouquet », il est constant que certains services soient inclus dans une offre et en pratique non consommés par une partie des abonnés³⁹⁰.

B. Le caractère nécessairement optionnel des modèles contractuels envisagés

Les modèles contractuels envisagés, qu'il s'agisse de la stipulation pour autrui, de la représentation grâce au mandat ou de la fourniture de contrats d'adhésion, offrent à l'abonné internet le loisir de choisir s'il souhaite bénéficier de la faculté d'échanger, et selon quelle fréquence ou quantité. Seules les modalités de la manifestation de son choix diffèrent : *opt-out* ou *opt-in*.

Si les parties choisissent le modèle de la stipulation pour autrui³⁹¹, cela suppose que le fournisseur d'accès s'engage à verser une rémunération aux titulaires de droits. Il est alors difficile d'imaginer que le fournisseur d'accès ne répercute pas, d'une manière ou d'une autre,

³⁸⁹ HADOPI, *biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes français*, op. cit.

³⁹⁰ VOO annonce ainsi inclure « gratuitement » son offre télévisuelle de football arrachée à Belgacom dans certains packs, tout en révisant à la hausse ses tarifs d'abonnement afin d'en répartir la charge estimée à quelques 17 millions d'euros sur les abonnés qu'ils regardent ou non ce type de programmes.

³⁹¹ Cf. *supra*.

cette charge financière supplémentaire qui lui est imputée sur les usagers. Et pour que les usagers acceptent éventuellement de s'acquitter d'un tel versement, il faut nécessairement qu'ils bénéficient de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Pour rappel³⁹², dans le cadre d'une stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire peut accepter de bénéficier du droit de créance alors créé de manière expresse ou tacite. Dans notre contexte, cela signifie que le futur abonné internet pourra soit accepter expressément de bénéficier de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* et de payer une somme supplémentaire, soit accepter tacitement cette autorisation, ce qui revient à lui permettre de manifester expressément son refus. En d'autres termes, le fournisseur d'accès pourra choisir entre deux formules étant entendu que l'utilisateur aura nécessairement le choix de profiter ou pas du système en place : soit il s'oriente vers un *opt-in* permettant à l'utilisateur d'accepter explicitement de bénéficier du dispositif, soit il s'oriente vers un *opt-out*, prenant le parti d'une acceptation tacite *a priori* de l'utilisateur et lui permettant de signifier explicitement son refus d'adhérer à un tel mécanisme. Mais quoi qu'il en soit, l'utilisateur aura toujours le choix. C'est simplement la modalité d'exercice du choix qui change. Pour le fournisseur d'accès, la situation est compliquée en ce qu'il s'engage envers la SACD/SCAM à verser une somme en contrepartie de cette autorisation tout en n'étant pas certain que les abonnés vont tous accepter le système. Il conviendrait donc de prévoir dans le contrat une rémunération proportionnelle au nombre d'abonnés ayant adhéré au mécanisme. Par ailleurs, si le fournisseur d'accès trouve des modes alternatifs de financement et ne fait pas supporter la charge financière à ses abonnés, cela ne change rien au modèle de contrat proposé par le fournisseur d'accès à ses clients. L'internaute pourra accepter ou refuser dans les mêmes conditions de bénéficier de la stipulation pour autrui et donc de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. L'utilisateur profite alors d'un droit et ne supporte plus aucune charge ; ce qui nous ramène à une stipulation pour autrui plus classique.

Le choix du modèle fondé sur la représentation des abonnés internet par le fournisseur d'accès pourrait proposer la même alternative : proposer à l'abonné de confier le mandat au fournisseur d'accès dans le contrat d'abonnement internet, ou lui proposer de dénoncer ce mandat. L'internaute aurait toujours le choix ; seules les modalités d'exercer ce choix changeraient. L'alternative entre l'*opt-in* et l'*opt-out* est encore pertinente.

En revanche, dans le modèle reposant sur les contrats d'adhésion fournis par les fournisseurs aux abonnés³⁹³, seul l'*opt-in* sera possible. L'utilisateur ne pourra pas, de manière implicite donc à travers un mécanisme d'*opt-out*, adhérer au contrat proposé par la SACD/SCAM.

Ainsi, grâce à la liberté de choix nécessairement conférée à l'utilisateur par les modèles contractuels envisagés, le système d'autorisation serait juste et équitable en ce que les payeurs seraient nécessairement ceux qui téléchargent sur les réseaux *peer-to-peer*. Cela éviterait que tous les internautes contribuent alors qu'un bon nombre d'entre eux n'échangent pas illicitement des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*.

³⁹² Cf. *supra*.

³⁹³ Cf. *supra*.

Toutefois, un tel système optionnel pour les usagers représente un risque en ce qu'il repose sur la bonne volonté des internautes. Fonder le succès d'un dispositif sur la seule bonne foi des internautes – j'échange des œuvres donc je souscris – s'avère risqué. Si les internautes ne se sentent pas menacés par les sanctions existantes pour le téléchargement illégal des œuvres – type réponse graduée ou autre – vont-ils volontairement souscrire financièrement au système ? Il conviendrait peut-être de prévoir plusieurs types d'abonnement internet en fonction du débit avec différents prix. Et plus le débit serait élevé, plus la contribution financière des internautes serait élevée³⁹⁴. Pour l'utilisateur, l'option ne résiderait plus dans le fait de payer plus puisqu'il télécharge, mais plutôt de payer plus parce qu'il veut télécharger. Mais ce système pose une grande difficulté dans la mesure où, parmi les usagers ayant besoin de beaucoup d'espace, se trouvent des usagers qui téléchargent légalement. Ceux-ci seraient donc pénalisés puisqu'ils paieraient deux fois : une fois pour pouvoir télécharger la quantité souhaitée et une autre pour télécharger légalement sur les sites payants.

Une autre piste pourrait consister en l'élaboration d'un dispositif spécifique de sanctions si l'internaute continue à échanger illégalement des œuvres sans avoir souscrit de contrat d'autorisation. Ces sanctions pourraient encourager l'internaute qui télécharge à signer ce type de contrat, car s'il ne signe pas, il est passible de sanctions spécifiques. Ces sanctions pourraient aussi concerner les internautes qui, bénéficiant de l'autorisation, ne respectent pas les termes du contrat. Par exemple, si les échanges qu'ils pratiquent sont à but commercial, ces usagers sortent du cadre d'autorisation prévu par le contrat et encourent des sanctions. L'appui du législateur pour mettre en place ces sanctions s'avère nécessaire pour le succès des modèles d'autorisation optionnels pour l'utilisateur.

§2. Le principe de territorialité

Le droit d'auteur est un droit territorial³⁹⁵. En effet, « tout droit subjectif est territorialement limité à l'ordre juridique qui l'a créé »³⁹⁶. Chaque pays de l'Union dispose donc de sa propre législation de droit d'auteur. La Convention de Berne accorde aux auteurs la protection par la législation du pays où la protection est demandée. Elle pose également le principe du traitement national selon lequel « lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux »³⁹⁷. Ce caractère territorial du droit d'auteur serait moins problématique si les législations des pays européens étaient mieux harmonisées. Si les directives communautaires ont instauré la règle de l'épuisement pour ce qui concerne le droit de distribution des œuvres matérielles au sein de l'Union européenne, la circulation immatérielle des œuvres – sur internet – ne connaît pas une telle spécificité.

³⁹⁴ Rapp. F. PATISSIER, « Réflexions sur de nouveaux modes de financement des industries culturelles », *op. cit.*, spéc. p. 31.

³⁹⁵ B. HUGENHOLTZ et al., *Harmonizing European Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International, Information Law Series, vol. 19, 2009, pp. 307-325.

³⁹⁶ N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002, n° 488.

³⁹⁷ Cf. art. 5, 3° de la Convention de Berne.

Si la loi est d'application territoriale, cela n'empêche pas, en revanche, que l'exploitation des œuvres traverse les frontières. L'auteur peut tout à fait autoriser telle ou telle exploitation de ses œuvres en France, en Belgique, en Italie, ou même hors Europe. Mais la pratique contractuelle est tout autre et prévoit souvent une gestion par territoire des droits d'auteur ; ce qui explique que cette gestion puisse être différente selon les pays (telle utilisation permise en Belgique mais pas en France par exemple). De plus, dans le domaine audiovisuel, la gestion des droits est encore plus complexe et peut varier d'un Etat membre à l'autre, en fonction des accords de distribution conclus par le producteur. De son côté, la gestion de la bande originale du film sera généralement réalisée de manière collective par les sociétés de gestion et différente selon les territoires. La particularité des œuvres audiovisuelles a complexifié encore davantage les problèmes liés à la territorialité du fait de la multitude de titulaires de droits différents sur une même œuvre. De plus, la chronologie des médias a pour effet de freiner la disponibilité simultanée sur plusieurs territoires de l'Union européenne des services VOD par exemple³⁹⁸.

Tout modèle autorisant les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* sera nécessairement marqué par cette dimension territoriale, ce qui comportera deux conséquences. La première est que l'autorisation des échanges, qu'elle résulte d'une loi ou d'une licence, se limitera au territoire belge (I). La seconde est que la société de gestion collective éprouvera des difficultés à accorder une autorisation qui dépasse son seul répertoire national (II).

I. L'étendue territoriale de la licence

L'autorisation d'échanger les œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* se limitera au territoire belge. Les échanges ne pourront donc être réalisés de manière licite qu'en Belgique. Le mécanisme d'autorisation ne peut concerner que les abonnés internet résidant sur le territoire belge, à l'exclusion de tout autre territoire. Les sociétés de gestion collective devront bien préciser dans la licence – quelle qu'elle soit – cette délimitation territoriale de l'autorisation d'échanger les œuvres. Cette restriction géographique respecte le caractère territorial du droit d'auteur et vise en outre à ne pas interférer avec les autres solutions éventuellement adoptées dans les autres Etats (par exemple la réponse graduée en France). *A fortiori*, dans le cadre d'une licence légale, la liberté des échanges ne s'appliquera qu'aux actes effectués sur le territoire belge, le législateur n'ayant pas d'autre pouvoir. Par conséquent, un abonné internet « belge » ne pourra bénéficier de ce système lorsqu'il se trouve en France, en Allemagne ou aux Etats-Unis. Le fait qu'il ait souscrit – d'une manière ou d'une autre – un contrat avec la SACD/SCAM ou toute autre société de gestion collective pour le territoire belge ne l'autorisera pas à revendiquer cette autorisation en dehors de ce territoire.

³⁹⁸ Sur tous ces points, se reporter à *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future*, A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 22 Octobre 2009, spéc. pp. 12-13.

Toutefois, même si le système d'autorisation est limité au territoire belge, il faut prendre conscience que, sauf dispositions spécifiques, ce mécanisme produira des effets extraterritoriaux.

D'une part, ce système pourrait avoir des conséquences sur l'application de l'exception de copie privée. Dans les pays où elle est admise à condition que la source soit licite, les internautes pourront en bénéficier s'ils réalisent des *download* à partir des œuvres échangées licitement sur le territoire belge. En effet, les échanges de ces œuvres devenant licites sur le territoire belge, c'est la source de la copie privée elle-même qui devient licite.

D'autre part, les actes d'*upload* d'œuvres protégées devenant licites en Belgique, ces œuvres pourraient, sauf stipulation territoriale, venir gonfler le volume d'œuvres disponibles au téléchargement dans les autres pays. Ce réservoir immense d'œuvres risque d'alimenter des réseaux internationaux de *peer-to-peer*. Les internautes du monde entier vont donc bénéficier, non pas du système d'autorisation puisqu'il se limitera aux échanges sur le territoire belge, mais d'un volume significatif d'œuvres mis à disposition de façon licite depuis la Belgique. Les sociétés de gestion devront veiller à bien délimiter l'autorisation d'échanger au territoire belge³⁹⁹. En dehors du territoire belge, les internautes qui feraient de l'*upload* seraient toujours menacés par les sanctions de contrefaçon. En effet, si les échanges sont permis sur le territoire belge grâce à un mécanisme d'autorisation, il n'en n'est pas de même dans les autres pays.

De plus, d'un point de vue technique, il ne sera pas possible d'interdire les *uploads* d'œuvres aux internautes téléchargeant en dehors de la Belgique, même si dans le contrat l'autorisation est limitée à ce territoire. Aucun système de filtrage (par exemple sur base de la localisation géographique de l'adresse IP de l'*uploader*) ne pourrait bloquer aux frontières du pays l'œuvre ainsi mise à la disposition. Il devrait en outre être imposé dans la conception des logiciels de *peer-to-peer*, or les concepteurs de ces logiciels ne sont pas concernés par les modèles proposés.

Ainsi, bien que le système d'autorisation des échanges soit mis en place pour la Belgique, ses effets dépasseraient ce territoire.

II. L'étendue du répertoire concerné par la licence

Si un système d'autorisation des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* devait être mis en place, les abonnés au réseau internet depuis la Belgique auraient-ils accès à un répertoire mondial d'œuvres ou simplement au répertoire belge ? Nous avons déjà insisté sur l'intérêt des internautes à se voir autoriser à échanger tout type d'œuvres ; on peut difficilement imaginer que ceux-ci acceptent une licence qui ne leur donnerait que le droit de mettre à disposition et d'obtenir des œuvres appartenant au seul répertoire national des sociétés de gestion collective belges, et non les musiques anglo-saxonnes ou les films américains.

³⁹⁹ Cf. *supra*.

Pourtant, plusieurs obstacles se dressent à l'encontre d'une licence qui ouvrirait le droit d'échanger un répertoire global.

Le premier concerne la compétence des sociétés de gestion collective à intervenir pour le répertoire de leurs sociétés sœurs établies à l'étranger.

Les sociétés de gestion collective concluent des accords de représentation réciproque avec des sociétés sœurs. Par ces accords, les sociétés de gestion « s'autorisent mutuellement à percevoir les redevances pour les reverser à leurs homologues (après avoir perçu des frais) ou bien à agir en contrefaçon. Ces conventions supposent un échange d'informations sur les répertoires entre sociétés »⁴⁰⁰. Les accords de représentation réciproque permettront à l'utilisateur d'utiliser les œuvres étrangères visées par ces accords pour les exploitations définies dans l'accord. En fait, « chaque membre (...) sera considéré par la société étrangère comme faisant partie de cette société étrangère, et réciproquement »⁴⁰¹. Alors, les œuvres étrangères jouissent en Belgique de l'organisation des sociétés de gestion collective exerçant sur le territoire. Les sommes collectées seront reversées à ces auteurs étrangers, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective de leur pays. Et réciproquement. Les accords de représentation réciproque permettent d'accorder des licences pour le territoire couvert par la société de gestion collective en question.

Mais le système a ses limites car il n'opère que pour des exploitations strictement définies. A l'heure actuelle, les échanges en *peer-to-peer* n'en font pas partie. Le seul autre instrument dont pourraient disposer les sociétés de gestion collective serait d'obtenir un mandat exprès des autres sociétés, ce qui paraît laborieux et improbable.

En outre, aucun accord n'existe, pour revenir à l'audiovisuel et à la SACD/SCAM, avec les *Guildes* aux Etats-Unis, détentrices des droits des réalisateurs, pour ce qui concerne internet. Plus spécifiquement, les droits sur les films américains sont détenus par les producteurs, en vertu du droit d'auteur américain et aucun accord de représentation réciproque n'existe ici, ces producteurs gérant leurs droits de manière individuelle et non par le truchement d'une société de gestion collective (celle-ci étant par ailleurs peu utilisée aux Etats-Unis).

Le répertoire d'œuvres audiovisuelles détenu par la SACD/SCAM n'est donc pas mondial⁴⁰².

La gestion collective obligatoire ne fait pas échec à cette représentation limitée des sociétés de gestion collective. En effet, si le législateur impose la gestion collective d'un droit, cela n'emporte pas pour autant la représentation des œuvres étrangères par la société désignée. La difficulté ne se pose pas pour la seule hypothèse que nous connaissons de gestion collective obligatoire, à savoir pour le câble, dans la mesure où des accords de représentation réciproque existent pour cette exploitation. Mais ce ne sera pas le cas pour le *peer-to-peer*.

⁴⁰⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2009, n° 875, p. 597.

⁴⁰¹ N. ROUART, *Sociétés de perception et de répartition des droits, Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, J.-Cl. Propriété Littéraire et Artistique, Tome 3, Fasc. 1570, nov. 1999, spéc. n° 43.

⁴⁰² De même, le répertoire musical, autrefois unifié, semble en voie de fragmentation, sous l'effet de la politique menée par la Commission lors des deux précédentes législatures européennes, les éditeurs se retirant des sociétés de gestion collectives concernées.

En revanche, le mécanisme de licence collective étendue a, dans les pays nordiques qui le connaissent, un effet sur les œuvres étrangères également⁴⁰³. Leurs auteurs et titulaires de droit peuvent voir une licence conclue par une société jugée représentative s'imposer à eux. Toutefois, il semble que les dispositions relatives à la licence collective étendue exigent désormais non pas que la société de gestion collective gère une majorité d'œuvres nationales, mais aussi qu'elle gère une majorité d'œuvres exploitées sur le territoire sur lequel elle est établie⁴⁰⁴. En d'autres termes, la société collective doit également représenter un nombre suffisant de titulaires de droits étrangers pour le mode d'exploitation qui pourrait bénéficier de l'extension. A notre sens, cela implique que la société d'auteurs bénéficie d'accords de représentation réciproque pour cette exploitation, à défaut de quoi elle ne peut gérer les droits de ces œuvres étrangères et partant, atteindre le seuil de représentativité requis pour que s'enclenche le mécanisme légal d'extension des accords de licence qu'elle conclut. En conséquence, et si cette interprétation de l'application de la licence collective étendue était appliquée en Belgique, la limitation du répertoire donnée en licence subsisterait, aucun accord de représentation réciproque n'existant en matière d'échanges en *peer-to-peer*.

Quel que soit le mécanisme juridique choisi, outre la licence légale, une solution de légitimation des échanges *peer-to-peer* risque de se limiter aux échanges belges d'œuvres appartenant au répertoire belge, ce qui constitue une des principales difficultés pour le succès de l'opération auprès des internautes.

§3. Les contraintes spécifiques aux œuvres audiovisuelles

Le mécanisme d'autorisation des échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* devra apprivoiser les diverses contraintes inhérentes à l'exploitation des œuvres audiovisuelles. La fragmentation des droits (I) et la chronologie des médias (II) représentent en effet des spécificités de ce secteur.

I. La fragmentation des droits de l'œuvre audiovisuelle

Plusieurs auteurs se partagent la titularité sur une œuvre audiovisuelle. Le réalisateur est toujours considéré comme auteur de l'œuvre. Ensuite, sont présumés coauteurs : les scénaristes, les auteurs d'adaptation, les auteurs des textes, les auteurs graphiques pour les œuvres d'animation ou les séquences d'animation d'œuvres audiovisuelles qui représentent une part importante de cette œuvre, et les auteurs des compositions musicales⁴⁰⁵.

Fédérateur des moyens humains, matériels et financiers, le producteur joue lui aussi un rôle crucial dans la naissance d'une œuvre audiovisuelle. C'est lui qui est en charge de son

⁴⁰³ J. ROSEN, « News from the Nordic Countries », *op. cit.*, p. 185.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Cf. art. 14 de la loi sur le droit d'auteur. Sur le sujet, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n° 243 et s., p. 210 et s. ; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, Bruxelles, 4^{ème} éd., 2008, n° 161, p. 258 et s.

exploitation commerciale à travers les réseaux de distribution du territoire national voire du monde entier. A ce titre, il bénéficie, en vertu de la loi sur le droit d'auteur, d'une présomption de cession des droits nécessaires à cette exploitation, présomption qui est en pratique toujours supplantée par des accords contractuels plus précis quant aux droits cédés et aux exploitations réservées au producteur et ceux exercés par les auteurs et artistes-interprètes en gestion collective (comme pour la distribution par câble).

Le producteur est également investi d'un droit voisin sur la première fixation du film⁴⁰⁶. Il dispose du droit d'autoriser et d'interdire la reproduction de la fixation qu'il a effectuée, même partielle et sur tous supports, des droits de location et de prêt, et du droit de communication au public par un procédé quelconque.

Que ce soit au titre de son droit voisin ou en tant que cessionnaire du droit d'auteur, le producteur est en mesure de refuser l'exploitation de l'œuvre par tout service électronique⁴⁰⁷, y compris par internet, ce qui inclut les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Par ailleurs, les producteurs gèrent généralement leurs droits de manière individuelle: ils ne s'orientent volontairement vers la gestion collective que dans des cas spécifiques. Ils ne sont pas non plus très favorables à une solution de légitimation des réseaux *peer-to-peer*. Ceci n'aidera pas d'éventuelles négociations. Il ne faut pas non plus oublier que l'auteur de la musique de l'œuvre audiovisuelle – souvent représenté par une société de gestion collective – devra donner son accord pour une telle exploitation.

Ainsi, la multititularité des droits sur l'œuvre audiovisuelle et le rôle particulier du producteur renforce la nécessité d'aborder la discussion de façon particulière pour ce secteur.

II. La chronologie des médias

La chronologie des médias⁴⁰⁸ assure la stratégie commerciale des titulaires de droits dans le sens où elle permet de protéger différents modes d'exploitation des œuvres audiovisuelles à différents moments de la vie des œuvres, et donc de s'assurer d'un retour sur investissement. Les titulaires de droits veulent retirer un profit sur leurs œuvres. La réservation de fenêtres d'exclusivité évite la concurrence entre ces modes d'exploitation pendant un certain temps. Les œuvres audiovisuelles sont d'abord exploitées en salles de cinéma, puis à travers les services de paiement à la demande et DVD, les chaînes cryptées par abonnement, les chaînes en clair, la VOD par abonnement puis la VOD gratuite. Si les échanges illégaux des œuvres audiovisuelles sur les réseaux *peer-to-peer* ont vocation à être autorisés, c'est toute la

⁴⁰⁶ Cf. art. 39 de la loi sur le droit d'auteur. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., n° 365 et s., p. 295 et s. ; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., n° 264, pp. 412-415.

⁴⁰⁷ Cf. art. 39 de la loi sur le droit d'auteur et son commentaire par F. BRISON, in *La loi belge sur le droit d'auteur*, op.cit., p. 226 et s..

⁴⁰⁸ M. KUHR, « La chronologie des médias en pleine évolution, Enjeux et défis », *IRIS Plus, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'Audiovisuel*, 2008-4, disponible en ligne.

chronologie des médias qui risque d'être contrariée, et donc, *in fine*, la stratégie commerciale des titulaires de droits et leur rémunération.

Certains pays européens comme la France, l'Allemagne, l'Autriche ou le Portugal disposent d'une réglementation législative sur la chronologie des médias, tandis que d'autres, au rang desquels le Royaume-Uni, l'Italie ou la Belgique préfèrent une solution contractuelle. Car en effet, « la cadre européen qui a façonné la chronologie des médias a connu une évolution relativement claire : le législateur s'est détourné d'une approche strictement réglementaire et a favorisé les solutions contractuelles »⁴⁰⁹. L'avantage conféré par une approche contractuelle est la souplesse d'utilisation des droits.

D'ailleurs, en France, le 6 juillet 2009, a eu lieu la signature de l'accord interprofessionnel entre l'industrie cinématographique, les chaînes de télévision payantes et gratuites, les éditeurs de services de vidéo à la demande et les fournisseurs d'accès à internet, qui réduit la durée de chaque fenêtre d'exploitation⁴¹⁰. L'accord est conclu pour une durée de 2 ans tacitement reconductible par périodes d'un an. Tous les 6 mois il sera évalué sous l'égide du CNC. L'arrêté rend l'accord obligatoire pour tout le secteur. Aucune dérogation n'est possible. La SACD France n'a pas signé l'accord, estimant qu'il n'était pas « à la hauteur des enjeux qui existent en termes d'élargissement de l'offre de contenus aux consommateurs, de financement et de diffusion de la création » et qu'il n'a pas « réuni les conditions suffisantes pour assurer aux offres légales les conditions d'un développement fort et soutenu »⁴¹¹. De son côté, le rapport Zelnik, afin de « permettre un développement plus dynamique de l'accès aux images sur internet » et ainsi « donner sa chance à la vidéo à la demande »⁴¹², suggère d'assouplir la chronologie telle qu'issue de l'accord interprofessionnel. La pratique, quant à elle, bouleverse l'ordre établi. En mai 2010, Jean-Luc Godard a sorti son dernier long métrage « Film Socialisme » en avant-première sur VOD sur la plateforme FilmoTv, la veille de sa sortie en salles. Neuf Cegetel a diffusé le film de Karl Zéro « Ségo et Sarko sont dans un bateau », sur son service de VOD, avant sa sortie en salle. Force est de constater par ailleurs le poids de plus en plus important de la VOD dans le modèle commercial des fournisseurs d'accès à internet.

Ainsi, les efforts s'orientent vers des négociations contractuelles qui tendent à réduire les durées des fenêtres d'exploitation. L'encouragement au contrat véhiculé par les divers instruments européens porte ses fruits.

⁴⁰⁹ M. KUHR, « La chronologie des médias en pleine évolution, Enjeux et défis », *op. cit.*, p. 2. Voir les développements suivants.

⁴¹⁰ Amélie BLOCMAN, « Signature de l'accord sur la chronologie des médias », disponible sur <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/8/article18.fr.html>. Le texte de l'accord interprofessionnel est disponible sur le site du CNC : <http://www.cnc.fr/Site/Template/A2.aspx?SELECTID=28&ID=29&TextId=267&Dsecteur=0&Dtexte=0&Dpublication=0&ret=1&t=1>.

⁴¹¹ Source : le site de la SACD <http://www.sacd.fr/Accord-sur-la-refonte-de-la-chronologie-des-medias.1278.0.html>.

⁴¹² Rapport ZELNIK, *op. cit.*, pp. 8-9.

En Belgique, le fait que la chronologie des médias se règle contractuellement entre les acteurs peut être un atout dans l'autorisation des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en ce sens qu'ils peuvent tout à fait insérer ce type d'exploitation – devenue licite – dans la chaîne médiatique. Tout l'enjeu consiste à savoir où insérer la fenêtre d'exploitation sur le *peer-to-peer*. Du point de vue des internautes, il faudrait que cette fenêtre d'exploitation intervienne rapidement après la sortie en salles des films et donc que même les œuvres récentes soient visées par les arrangements contractuels ou la gestion collective obligatoire. En effet, ce qui intéresse les usagers est de pouvoir visionner les films récents. C'est dans ce sens que s'orientent les majors américains pour les offres légales sur internet. Ils réduisent au maximum les délais entre les fenêtres d'exploitation et commencent à diffuser leurs épisodes de séries en direct sur internet, en parallèle aux réseaux hertziens. Cette stratégie est destinée à lutter contre les échanges illégaux des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*⁴¹³. Mais il n'est pas sûr qu'en Europe cette stratégie recueille l'assentiment général. Les titulaires de droits risquent de ne pas adhérer à cette possibilité tant les enjeux financiers sont conséquents. Tout le succès de la chaîne des exploitations successives est conditionné par le succès de la sortie en salles du film. Si la possibilité est donnée aux internautes d'échanger sur les réseaux *peer-to-peer* les œuvres les plus récentes, c'est tout le succès économique du film qui risque d'être menacé, et donc les rémunérations des titulaires de droits. Insérer la fenêtre d'exploitation en *peer-to-peer* juste après la sortie en salles risque d'être trop préjudiciable aux titulaires de droits. Idéalement, cette fenêtre devrait être située vers la fin de la chaîne médiatique. Les revenus issus de l'exploitation des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* ne seront *a priori* pas comparables aux revenus des autres modes d'exploitation. Il serait opportun de pouvoir identifier les œuvres ne bénéficiant pas du mécanisme d'autorisation. Mais cela suppose en même temps la collaboration des fournisseurs d'accès pour filtrer et empêcher les échanges de ces œuvres pas encore concernées par le système d'autorisation. Ainsi, l'intégration de la fenêtre d'exploitation pour les échanges sur les réseaux *peer-to-peer* dans la chronologie des médias devra résulter d'une réflexion stratégique menée par tous les acteurs.

⁴¹³ Source : <http://edgeminded.over-blog.com/ext/http://www.tech.youvox.fr/+Chronologie-des-medias.0117-+>.

Conclusion générale – Les conditions d'un processus d'autorisation des échanges privés non commerciaux sur internet

Au terme de la deuxième phase de cette étude, les conclusions suivantes s'imposent.

Autoriser les échanges privés non-commerciaux d'œuvres et prestations protégées en *peer-to-peer* nécessite de satisfaire à différentes conditions que cette conclusion entend résumer.

Pour chaque paramètre devant être considéré, les conséquences précises du choix effectué seront exposées. Ces conséquences peuvent parfois apparaître en contradiction les unes avec les autres, ce qui démontre qu'il n'existe pas de solution toute faite et aisée au problème posé.

Les paramètres du processus d'autorisation :

- La solution de légitimation doit répondre aux ***conditions posées aux limitations et modes d'exercice du droit d'auteur et des droits voisins des textes internationaux***, et au premier chef par la Convention de Berne et la directive européenne 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information.

Conséquences :

- La licence non-volontaire ne peut constituer un modèle admissible, dans la mesure où il s'agit d'une limitation non prévue par la liste exhaustive des exceptions de la directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information et qu'elle passe plus difficilement l'épreuve du test des trois étapes.
 - Les dispositifs de gestion collective obligatoire ou de licence collective étendue, qui viendraient s'adosser à de la gestion collective, apparaissent comme étant plus compatibles avec les textes internationaux.
 - Un modèle de licence collective étendue apparaît plus légitime s'il comporte un mécanisme d'*opt out* permettant aux auteurs visés de recouvrer l'exercice individuel de leurs droits.
- Les titulaires de droit doivent garder un contrôle sur les conditions d'autorisation des échanges, ainsi que sur la rémunération y afférente, afin de ***préserver le principe fondamental du droit exclusif***.

Conséquences :

- Le modèle proposé ne doit pas soustraire l'exercice du droit d'auteur ou des droits voisins à ses titulaires ; la gestion collective des droits doit être préférée

(à défaut d'une gestion individuelle difficile à appliquer en raison du nombre d'œuvres et prestations concernées).

- L'autorisation doit offrir aux internautes un ***répertoire le plus large possible***.

Conséquences :

- L'exercice individuel des droits d'auteur ne peut garantir de manière effective une autorisation d'échange sur un répertoire global. Pour les droits voisins, principalement des producteurs, la réponse doit être nuancée, vu la taille de certains acteurs et leur capacité de négocier avec les fournisseurs d'accès à internet (FAI).
 - Deux mécanismes juridiques peuvent contribuer à élargir progressivement le répertoire visé par une autorisation des échanges, la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue. Leur effet est d'inclure dans la gestion collective les auteurs non-membres de la société concernée, ainsi que les auteurs étrangers non représentés par le biais d'accords de représentation réciproque.
 - Le bénéfice d'un mécanisme d'*opt-out* pour les auteurs inclus par un dispositif de licence collective étendue, s'il semble offrir plus de légitimité à ce modèle de gestion collective, comporte un risque de fragmenter le répertoire offert en licence. Il nécessitera la mise en place de mesures d'information des internautes sur les œuvres exclues de la licence accordée, voire des mesures de filtrage mises en place par les FAI. La gestion collective obligatoire apporterait plus de sécurité en ce qui concerne les auteurs et les artistes.
 - Sur le plan géographique, l'offre d'un répertoire mondial par les sociétés de gestion collective se heurte à l'absence d'accords de représentation réciproque ou de mandats de représentation applicables à l'exploitation en *peer-to-peer*, ce qui constitue un obstacle de taille à l'effectivité et à l'attractivité de la licence proposée. Seul le mécanisme de licence collective étendue pourrait permettre une extension de la licence aux auteurs étrangers, sous réserve d'une représentativité suffisante de la société de gestion collective concernée.
- Une ***solution sectorielle***, distinguant les œuvres musicales, audiovisuelles et littéraires peut se justifier en raison des particularités d'exploitation et de consommation de ces différents types d'œuvres.

Conséquences :

- La chronologie des médias en matière d'œuvres cinématographiques peut justifier l'instauration d'une période de grâce pendant laquelle les films ne peuvent être échangés. Cette période de grâce pourrait également être exigée

pour les autres catégories d'œuvres, notamment les livres numériques, pour protéger ce marché émergent.

- L'approche sectorielle aura pour effet que des licences différentes soient proposées par catégorie d'œuvres, voire que pour certains types d'œuvres (par exemple, les films ou les livres électroniques, ...) les titulaires de droits décident de ne pas autoriser les échanges en *peer-to-peer* pour préserver l'exploitation commerciale de ces œuvres.
- Mais cette solution sectorielle doit être confrontée à la **demande des internautes et des FAI**, agissant comme cocontractants éventuels des sociétés de gestion collective, **d'obtenir une licence la plus globale** possible qui couvre indifféremment tout type de contenus et aux mêmes conditions.

Conséquences :

- Les sociétés de gestion représentant les ayants droit des différents secteurs pourraient se concerter pour offrir une « multi-licence », moyennant le cas échéant des dispositifs différents et des tarifs spécifiques selon les secteurs et les catégories d'ayants droit. L'exclusion de catégories entières d'œuvres risque de rendre moins attractive la licence en la fragmentant.
- Toute licence globale au bénéfice des utilisateurs des réseaux *peer-to-peer* devrait, quant à elle, garantir l'autorisation de l'ensemble des titulaires de droit sur un contenu donné, soit les titulaires de droit d'auteur et les divers titulaires de droits voisins. Ces différents ayants droit ne partagent pas les mêmes intérêts et n'ont pas la même approche quant à la licitation des échanges non-commerciaux en *peer-to-peer*. Ils sont en outre représentés par différentes sociétés de gestion collective (voire exercés, pour certains, de manière individuelle). Une approche commune constitue un préalable à l'effectivité d'une autorisation globale mais en est aussi le principal obstacle.
- Des solutions différenciées peuvent s'imposer à différents titulaires de droit : gestion collective obligatoire (ou licence collective étendue qui a un effet similaire) pour les titulaires de droit d'auteur et les artistes-interprètes, et maintien de la gestion individuelle pour les producteurs de films et de phonogrammes (avec éventuellement des incitants favorisant la négociation ou la gestion collective).
- **L'implication des fournisseurs d'accès à internet**, qui est généralement présentée comme une composante essentielle de tout modèle d'autorisation, contredit quelque peu les exonérations de responsabilité prévues par la loi, bien que cette « irresponsabilité » n'en comporte pas moins des devoirs limités d'intervention et de collaboration (qui pourraient également évoluer de l'aveu même de la Commission européenne).

Conséquences :

- L'intervention des fournisseurs d'accès dans la rémunération des auteurs dont les œuvres sont mises à disposition sur les réseaux *peer-to-peer* peut toutefois reposer sur une argumentation économique et résulter de la valeur tirée par les FAI du développement du haut débit de l'internet. Cette valeur peut être capturée dans un modèle de licence globale dans lequel ils seraient considérés comme les débiteurs des compensations dues aux auteurs, voire dans l'imposition d'une taxe directement sur les connexions internet. Dans les autres modèles basés sur la gestion collective et la licence d'utilisation accordée de manière volontaire par les auteurs, l'intervention des FAI repose en principe sur leur seule volonté et sur la liberté contractuelle.
- L'imposition par le législateur d'une négociation entre FAI et sociétés de gestion collective semble inédite mais souhaitable sous réserve qu'elle justifie particulièrement la dérogation au principe de liberté de contracter qu'elle suppose.
- L'implication des FAI pourrait également être explorée dans le cadre de l'octroi de licences pour des actes de communication publique d'œuvres qu'ils effectuent directement (câblodistribution, VOD, etc.). Ces échanges pourraient alors être considérés comme une exploitation secondaire au regard des autres exploitations de contenus des distributeurs de services et d'accès, notamment lorsque l'abonné dispose d'un accès multiple-play. Des tarifs préférentiels pourraient être proposés aux FAI qui accepteraient de conclure une telle licence.
- Un modèle impliquant les fournisseurs d'accès comme simples intermédiaires dans un contrat de licence qui serait en réalité conclu entre les titulaires de droit et les internautes, devrait être exploré. Il nécessite que le cadre des négociations soit tripartite et comporte les sociétés de gestion collective, les internautes ou consommateurs et leurs représentants et les fournisseurs de service de connexion, avec le soutien des pouvoirs publics.
- L'intervention des fournisseurs d'accès soit comme preneurs de la licence au bénéfice de leurs abonnés, soit comme simples intermédiaires dans le contrat conclu entre leurs abonnés et les titulaires des droits, peut faire l'objet d'une compensation sous forme de frais administratifs collectés par les FAI sur la rémunération convenue.
- Les mesures de filtrage éventuellement nécessitées, soit par le respect de la chronologie des médias en matière de films ou par l'exercice de la faculté d'*opt-out* dans le système de licence collective étendue, reposeront sur les

fournisseurs d'accès à internet qui pourraient solliciter que les frais occasionnés ne soient pas entièrement à leur charge.

- Les échanges autorisés devraient être limités aux **actes non commerciaux d'échange d'œuvres entre personnes privées**, comprenant l'acte d'*upload* et l'acte de *download*, soit le droit de reproduction et le droit de mise à disposition du public. Seuls les actes d'échange **effectués sur le territoire belge** et par des abonnés à l'internet belge seraient couverts. D'autres limitations seront sans doute revendiquées par les ayants droit, notamment s'agissant des volumes d'échanges autorisés.
- L'instauration d'un modèle qui laisse le **choix aux internautes** quant au bénéfice de l'autorisation d'échanger des œuvres et prestations sur les réseaux *peer-to-peer*, est susceptible de rencontrer une préoccupation des consommateurs qui ne s'adonnent pas dans leur ensemble à de tels partages d'œuvres et ne veulent pas supporter le coût de ces échanges dans le prix de leur connexion internet.

Conséquences :

- Ce choix des internautes n'existe pas dans un modèle de licence légale.
 - En revanche, il peut être facilement intégré dans un modèle contractuel qui met en présence les titulaires de droits et les utilisateurs d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Dans un modèle de contrat de licence conclu directement entre les ayants droit et les FAI, ce choix peut également être offert aux abonnés de ces derniers mais rend le modèle plus complexe. Dans les deux cas, la gestion du choix des internautes comporte des coûts administratifs.
 - Le renforcement par le législateur de sanctions spécifiques pour les échanges en *peer-to-peer* peut en outre se justifier pour les abonnés internet récalcitrants, soit ceux qui auraient refusé le bénéfice de la licence mais persisteraient à échanger des œuvres et contenus protégés sans aucune autorisation, soit ceux qui outrepasseraient les termes du contrat conclu.
- Des **mécanismes de suivi des échanges** doivent être instaurés pour renforcer la légitimité de la répartition des rémunérations perçues auprès des titulaires de droit dont les œuvres ont vraisemblablement fait l'objet de ces échanges. De tels mécanismes doivent se faire sur une base volontaire dans le chef des internautes contribuant à ce suivi et dans le respect de la protection de la vie privée et des données personnelles.

Sur base de ces différentes contraintes, une licence globale proposée par les sociétés de gestion collective (à supposer que l'on exclue la voie de la licence non-volontaire ou licence légale) pourrait être proposée aux internautes, par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès à

internet. Les principaux obstacles à surmonter sont l'obtention d'un consensus entre les différents ayants droit sur le principe d'une autorisation et sur une proposition commune de licence (même si des différences sectorielles peuvent intervenir), l'organisation de l'intervention des fournisseurs d'accès à internet, tant au niveau de leur volonté de contracter ou d'agir comme intermédiaires que des conditions techniques et financières de leur implication, et enfin la légitimité de la société de gestion collective d'agir pour un répertoire mondial et pas seulement national.

Le principe du modèle d'autorisation étant le droit exclusif des auteurs exercé par la gestion collective, l'intervention du législateur pour imposer une légitimation des échanges n'est pas nécessaire. Cependant, le processus d'autorisation des échanges non commerciaux en *peer-to-peer* serait facilité par les interventions législatives suivantes :

- Soit l'imposition d'une gestion collective obligatoire (afin de forcer l'ensemble des ayants droit, ou à tout le moins les auteurs et artistes-interprètes, à exercer collectivement leurs droits dans ce contexte) ;
- Soit l'imposition d'un mandat de négociation aux sociétés de gestion collective et aux fournisseurs d'accès à internet, soit directement, soit par l'établissement d'une commission rassemblant les parties intéressées (sociétés de gestion collective représentant les titulaires de droit d'auteur et droits voisins, fournisseurs d'accès à internet, représentants des consommateurs) ;
- Soit une intervention sur base d'un dispositif de licence collective étendue, en deux étapes :
 - adoption d'un mécanisme de licence collective étendue dans la loi sur le droit d'auteur couvrant l'autorisation des échanges non-commerciaux en *peer-to-peer* ;
 - postérieurement à la négociation d'accords autorisant les échanges non-commerciaux, sur base de la représentativité de ces accords, extension des effets de l'accord aux auteurs et titulaires de droits voisins non-membres des sociétés de gestion parties aux accords.
- Eventuellement, l'aménagement de sanctions spécifiques pour les actes d'échanges illicites réalisés hors de toute autorisation.

La licence globale préconisée par certains, qui viendrait mettre un terme à des transferts d'œuvres entre internautes sans que les auteurs et autres ayants droit n'en perçoivent aucune rémunération, peut paraître, au terme de cette étude, comme une utopie. Les contraintes de sa mise en place sont en effet fort nombreuses. L'option de la licence légale n'étant pas compatible avec les engagements internationaux et européens de la Belgique, il ne reste qu'à se tourner vers la gestion collective, quitte à l'aménager par des mécanismes forçant l'ensemble des titulaires de droit à y adhérer. Mais la voie de la gestion collective repose sur l'exercice du droit exclusif et une négociation contractuelle. Elle requiert l'intervention des fournisseurs d'accès à internet qui apparaissent, dans tous les modèles proposés, comme

débiteurs de la compensation due aux créateurs. Cette implication ne sera pas aisée si elle n'est pas exigée par le législateur.

Si cette étude a révélé les difficultés de l'entreprise, elle a également esquissé certaines pistes qui peuvent laisser espérer un développement graduel de licences autorisant les échanges, même si ces licences ne concerneront peut-être, dans un premier temps, que certaines catégories d'œuvres et certains titulaires de droit. Cette avancée progressive vers une « licence globale » en matière de *peer-to-peer* doit nécessairement s'accompagner d'un développement des offres légales et d'une réflexion sur les obstacles qui, là aussi, empêchent une offre globale ou attirante pour le consommateur. Plates-formes de téléchargement et réseaux *peer-to-peer* ne sont pas forcément antagonistes. Tout comme les disquaires d'occasion ou les bourses du disque rivalisaient avec les vendeurs de nouveautés, il est possible que le *peer-to-peer* devienne un mode d'exploitation des œuvres qui ne font pas l'objet d'une exploitation numérique par les titulaires de droit, mais qui se développerait en parallèle. Les auteurs de ces œuvres devraient percevoir une rémunération de cette exploitation. C'est ce que la gestion collective peut leur offrir.

Annexe I – Tableau comparatif des mécanismes juridiques envisageables

Obstacles juridiques	<i>Licence non volontaire</i>	<i>Gestion collective obligatoire</i>	<i>Licence collective étendue</i>	<i>Gestion collective volontaire</i>
<i>Compatibilité avec la liste communautaire d'exceptions</i>	NON	OUI	OUI (acceptée par considérant 18 de la directive 2001/29)	OUI
<i>Test trois étapes</i>	Probablement non compatible avec triple test	- Controverse sur la nécessité de passer le test - Probablement compatible	- Controverse sur la nécessité de passer le test - Probablement compatible	Ne doit pas passer le test
<i>Limitation prévue explicitement par la Convention de Berne</i>	NON	NON (controverse sur la pertinence de la question)	NON (controverse sur la pertinence de la question)	Exercice du droit exclusif
<i>Interdiction des formalités</i>	Non pertinent	Non pertinent	L' <i>opt-out</i> n'est pas une formalité interdite	Exercice du droit exclusif

Difficultés	<i>Licence non volontaire</i>	<i>Gestion collective obligatoire</i>	<i>Licence collective étendue</i>	<i>Gestion collective volontaire</i>
<i>Implication des FAI</i>	Intervention imposée par la loi	Obstacle	Obstacle	Obstacle
<i>Solution globale ou sectorielle</i>	Solution globale	Solution globale (mais aucune obligation d'accorder une autorisation) La GCO peut être imposée à certains titulaires de droits seulement	Normalement sectorielle Possibilité d'exclure des œuvres si faculté d' <i>opt-out</i> pour ayants droit	Forcément sectorielle
<i>Œuvres étrangères incluses</i>	OUI	NON (à défaut d'accords de représentation ou de mandats)	OUI (si société représentative)	NON (à défaut d'accords de représentation ou de mandats)

Modalités	Licence non volontaire	Gestion collective obligatoire	Licence collective étendue	Gestion collective volontaire
Modèle contractuel	Pas de contrat	FAI – SGC : stipulation pour autrui Ou Internaute – SGC		
Choix des utilisateurs	NON	Choix proposé aux internautes		
Actes autorisés	Actes non commerciaux de reproduction et mise à disposition des œuvres (<i>upload & download</i>) en <i>peer-to-peer</i>			
Etendue territoriale des actes autorisés	Territoire belge uniquement			
Œuvres exclues	NON	Eventuellement œuvres audiovisuelles si chronologie des médias	Eventuellement œuvres audiovisuelles si chronologie des médias Si <i>opt-out</i> prévu par la loi et exercé par ayants droit	Possible
Rémunération des ayants droit	Droit à rémunération	Rémunération décidée par SGC	Mêmes règles pour auteurs membres et non-membres Possibilité pour les auteurs non-membres de réclamer une rémunération individuelle	Rémunération décidée par SGC

CONCLUSION	<i>Licence non volontaire</i>	<i>Gestion collective obligatoire</i>	<i>Licence collective étendue</i>	<i>Gestion collective volontaire</i>
<i>Validité / faisabilité juridique du mécanisme</i>	NON	OUI	OUI (mais pas dans la tradition juridique ou la pratique du droit belge)	OUI
<i>Faisabilité pratique du mécanisme</i>	OUI : solution globale (type d'œuvres et de droits) et obligatoire pour FAI	OUI mais difficultés pratiques	OUI mais difficultés pratiques	NON : n'assure pas aux internautes un répertoire global.

Annexe II – Liste des personnes interviewées

Nicole LA BOUVERIE, Administratrice déléguée, BAVP (Société de gestion collective des producteurs d'œuvres audiovisuelles)

Anne BERGMAN-TAHON, Directrice générale, Liv VAISBERG, Juriste, FEP-FEE (Fédération des éditeurs européens)

Caroline KOELMAN, Juriste, TEST-ACHATS

Théodora STAMOS, Juriste, BELGACOM

Kostas ROSSOGLOU, Juriste, BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs)