



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE : +32 2 740 00 05
TELEFAX : +32 2 740 00 01

Rome, le 14 septembre 2016

AVIS

sur l'effet transfrontalier des licences autorisant la numérisation et la communication des œuvres indisponibles dans le commerce par des institutions de gestion du patrimoine culturel dans le cadre d'un régime de licence collective étendue (LCE)¹

Le Comité exécutif de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI – International Literary and Artistic Association), réuni à Rome le 14 septembre 2016, a adopté à l'unanimité l'Avis suivant :

RÉSUMÉ

Le Comité exécutif de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), réuni à Paris le 5 mars 2016, a décidé de lancer la préparation d'un avis pour répondre à deux questions relatives à l'effet transfrontalier des licences octroyées dans le cadre d'un régime de licence collective étendue (LCE). Le présent Avis s'attache à répondre à ces questions, qui ont été limitées à l'effet transfrontalier de l'utilisation d'œuvres indisponibles dans le commerce par des institutions de gestion du patrimoine culturel². Il ne préjuge en rien d'autres applications transfrontalières éventuelles des LCE. Les questions posées sont les suivantes :

Question 1 : L'effet étendu de la LCE peut-il être transfrontalier ?

Question 2 : Si un mécanisme était mis en place par le législateur de l'UE pour prévoir un tel effet transfrontalier, comment s'assurer que les conditions essentielles des LCE – représentativité de la société de gestion collective qui octroie la licence – sont remplies ? Est-il nécessaire d'établir un lien avec le pays de la première publication ?

¹ Le présent Avis a été préparé par un groupe d'étude présidé par Jukka Liedes et composé de Johan Axhamn, Valérie-Laure Benabou, Mihaly Ficsor, Jane Ginsburg, Igor Gliha, Marie-Christine Janssens et Paul Torremans.

² Sont prises en compte les conditions et restrictions prévues par le Protocole d'accord sur les principes clés de la numérisation et mise à disposition des œuvres indisponibles dans le commerce (2011). Le Protocole d'accord est disponible (en anglais) sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/out-of-commerce/index_fr.htm

Des brèves réponses à ces questions suivent dans ce résumé ; le reste de l'Avis en propose une analyse plus complète. Il est à noter que le présent Avis s'applique à la fois lorsque l'effet d'une licence octroyée par un organisme de gestion collective (ci-après : OGC) créé sur une base volontaire est explicitement étendu par la loi (sous certaines conditions examinées plus loin) pour couvrir les droits des titulaires de droits qui n'ont pas confié la gestion de leurs droits à l'OGC et lorsque cet effet est réalisé par une présomption légale selon laquelle l'effet d'une telle licence, sauf preuve contraire, s'applique aux droits de tous les titulaires de droits relevant de la catégorie considérée. Ainsi, lorsqu'il est fait référence aux systèmes de LCE, sont également visés les systèmes fondés sur une présomption. Cela à condition, bien sûr, que ces systèmes soient assortis de garanties suffisantes pour les titulaires de droits non directement représentés par l'OGC. En revanche, le présent Avis ne traite pas de la gestion collective obligatoire, c'est-à-dire de la gestion – lorsqu'elle est permise en tant que limitation du droit concerné dans le cadre des traités internationaux et des directives de l'UE – d'un droit qui ne peut être exercé que par voie de gestion collective sans que soit possible l'option de retrait en faveur de l'exercice individuel des droits.

En cas de numérisation, le droit de reproduction est concerné et en cas de fourniture d'un accès transfrontalier, tant le droit de reproduction que le droit de communication sont applicables.

Le présent Avis ne concerne en aucun cas l'application des mécanismes de LCE qui sont actuellement en vigueur dans de nombreux pays et qui règlent des questions internes.

Question 1 :

Conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne, les accords de LCE fondés sur des dispositions nationales relatives aux LCE peuvent, sous certaines conditions, être appliqués dans des situations transfrontalières. En l'absence d'une disposition expresse de l'UE en la matière, l'effet transfrontalier de la LCE, ou un effet cumulé de LCE, peut être assuré grâce à l'octroi de licences communes par les OGC de deux ou plusieurs pays prévoyant une LCE. En revanche, les mécanismes de LCE actuellement en vigueur au niveau national ne peuvent pas, en soi, autoriser ou encadrer d'une autre manière les utilisations d'œuvres³ effectuées dans d'autres pays (c'est-à-dire sur d'autres territoires) hormis celui qui prévoit l'effet étendu dans sa législation nationale. Un véritable effet transfrontalier peut être réalisé par un arrangement bilatéral ou multilatéral entre les pays, ou par une disposition spéciale à cet effet prévue par l'UE, dans les limites de la flexibilité permise par les normes internationales. Tout arrangement de ce genre est subordonné à la condition que l'OGC concerné ait été mandaté par les titulaires de droits qu'il représente pour octroyer des licences d'utilisation transfrontière et que soient prévues des mesures de sauvegarde suffisantes pour garantir les droits des titulaires de droits « extérieurs », c'est-à-dire ceux qui ne sont pas représentés par l'OGC concerné⁴.

Le présent Avis énumère les conditions que doit remplir un système de LCE, dans l'hypothèse de son application pour l'octroi de licences transfrontalières, afin d'être compatible avec les normes internationales. Dans les pays où des mécanismes de LCE sont déjà en vigueur, ces conditions sont souvent d'ordre légal, c'est-à-dire qu'elles doivent être remplies par la LCE pour obtenir l'effet étendu en vertu de la loi. Les conditions particulières suivantes sont parmi les plus importantes : représentativité suffisamment large de l'organisme qui conclut des accords de LCE ; mandats confiés à l'organisme par les titulaires de droits ; traitement adéquat des titulaires de

³ Les références aux œuvres peuvent, selon le contexte, comprendre également d'autres objets protégés.

⁴ En l'absence d'une disposition expresse entre les pays, la législation sur le droit d'auteur du pays d'origine de la communication au public n'a aucun rôle à jouer dans le pays de réception. Une LCE ne peut donc être opérante que si le pays de réception prévoit également une LCE correspondant au système en vigueur dans le pays d'origine de la communication au public et s'il accepte l'effet transfrontalier de la licence.

droits non représentés, et possibilité raisonnable de se retirer (« *opt out* ») de l'effet d'extension de la LCE. D'autres conditions sont notamment le droit pour les titulaires de droits non représentés de percevoir une rémunération individuelle pour l'utilisation, ainsi que des conditions relatives à la rémunération versée pour les différentes utilisations dans le domaine couvert par la LCE. En outre, la bonne gouvernance, la nécessité d'assurer la transparence et la nécessité de tenir compte de la nature du répertoire et des types d'utilisations faisant l'objet de la licence sont des aspects importants de la qualité du système de LCE.

Par ailleurs, le présent Avis évalue brièvement la compatibilité d'une LCE transfrontalière avec les traités internationaux sur le droit d'auteur et les droits voisins.

Question 2 :

Une exigence fondamentale est au centre de la logique du système de LCE : l'OGC concerné doit être assez largement représentatif des droits des titulaires de droits dans un domaine donné pour pouvoir délivrer des licences dont les effets s'étendent également aux titulaires de droits non représentés par l'OGC. Les conditions imposées aux OGC susceptibles de négocier des LCE sont d'un intérêt capital. Elles sont traitées dans le cadre de la première question. L'ALAI est d'avis que l'extension de la licence aux œuvres dont les ayants droit ne sont pas représentés par l'OGC national devrait, dans certaines situations transfrontalières, être limitée aux œuvres dont le pays d'origine est le même que le pays de l'OGC national.

L'extension de l'application aux œuvres d'origine étrangère peut être assurée en acquérant une représentativité plus large du fait des contrats de représentation réciproque conclus entre les OGC nationaux. Pour assurer également à cet égard la représentativité, la transparence et la cohérence entre les Etats membres, il peut être souhaitable de mettre en place au sein de l'UE des normes harmonisées relatives à l'utilisation transfrontière des systèmes de LCE conformément aux critères développés plus en détail ci-après.

Question 1 : L'effet étendu de la LCE peut-il être transfrontalier ?

Conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne, les accords de LCE fondés sur des dispositions nationales relatives aux LCE peuvent, sous certaines conditions, être appliqués dans des situations transfrontalières. En l'absence d'une disposition expresse de l'UE en la matière, l'effet transfrontalier de la LCE, ou un effet cumulé de LCE, peut être assuré grâce à l'octroi de licences communes par les OGC de deux ou plusieurs pays prévoyant une LCE. En revanche, les mécanismes de LCE actuellement en vigueur au niveau national ne peuvent pas, en soi, autoriser ou encadrer d'une autre manière les utilisations d'œuvres effectuées dans d'autres pays (c'est-à-dire sur d'autres territoires) hormis celui qui prévoit l'effet étendu dans sa législation nationale. Un véritable effet transfrontalier peut être réalisé par un arrangement bilatéral ou multilatéral entre les pays, ou par une disposition spéciale à cet effet prévue par l'UE, dans les limites de la flexibilité permise par les obligations internationales.

Pour qu'une LCE fonctionne au niveau national, elle doit remplir certaines conditions. Dans les pays où des mécanismes de LCE sont déjà en vigueur, ces conditions sont souvent d'ordre légal, c'est-à-dire qu'elles doivent être remplies par la LCE pour obtenir l'effet étendu en vertu de la loi. La LCE ne peut fonctionner correctement que si sont remplies les conditions énumérées ci-dessous. Les deux dernières conditions concernent la qualité du fonctionnement du système de LCE, la dernière (point 9) traitant plus particulièrement de l'exercice pratique de l'activité de l'OGC.

1. *Régime de gestion collective qui fonctionne bien.* La condition fondamentale est qu'existe un organisme de gestion collective des droits, ou une pluralité d'organismes travaillant en collaboration, qui fonctionne bien.
2. *Utilisation massive.* Les situations visées par la licence doivent franchir le seuil « de subsidiarité et de proportionnalité » habituel s'agissant de la faisabilité de la délivrance de licences individuelles (l'octroi de licences individuelles est impossible ou très peu pratique). La licence doit concerner une utilisation massive, un ou des répertoire(s) important(s), un grand nombre de titulaires de droits et un grand nombre de transactions d'utilisation.
3. *Représentativité.* La représentativité de l'OGC doit être suffisamment large. L'effet étendu de la licence – sur le territoire du pays où s'applique le système de LCE national – est conditionné par l'existence d'une représentativité suffisante.
4. *Mandats.* L'octroi de licences d'utilisation transfrontière doit évidemment être prévu dans les mandats confiés par les titulaires de droits. De telles dispositions devraient, de préférence, y figurer de façon explicite et pourraient fournir des précisions sur les utilisations visées par la licence, les types d'utilisations concernés, etc.
5. *Egalité de traitement et rémunération individuelle.* Les titulaires de droits représentés et extérieurs doivent être traités sur un pied d'égalité dans le cadre de la LCE. Les titulaires de droits extérieurs doivent avoir droit à une rémunération individuelle.
6. *Retrait (opt-out).* La possibilité de se retirer de l'effet étendu de la LCE compte parmi les conditions les plus importantes de l'utilisation de la LCE dans des situations transfrontalières. Il devrait suffire que l'auteur ou l'ayant droit non représenté par l'OGC dans le pays d'origine de l'œuvre effectue la procédure de retrait dans le pays d'origine. (Il ne devrait *pas* être nécessaire d'effectuer de multiples retraits nationaux.) Le choix de se retirer serait notifié à l'OGC ou/et à l'utilisateur conformément aux dispositions de la loi. Des lignes directrices ou des normes applicables dans l'ensemble de l'UE seraient utiles pour préciser les modalités de retrait.
7. *Rémunération pour les utilisations sur le territoire national et à l'étranger.* Les rémunérations et autres conditions fixées dans le contrat de licence avec l'utilisateur doivent tenir compte de tous les aspects de l'utilisation, parmi lesquels le domaine d'utilisation, le public réel ou potentiel utilisant en bout de ligne les œuvres ou objets protégés et l'ampleur de l'utilisation. Les systèmes de gestion des droits doivent disposer des mécanismes nécessaires pour contrôler les utilisations.
8. *Bonne gouvernance et transparence.* La LCE sous-tend que le législateur fait confiance aux organismes concernés. Il y a donc tout lieu – notamment pour sauvegarder les intérêts des titulaires de droits non représentés – d'assujettir les organismes de gestion à des exigences de bonne gouvernance et de transparence afin que les titulaires de droits non représentés aient une possibilité réaliste de faire usage des mesures de sauvegarde.

Au sein de l'Union européenne, la transposition en cours de la directive sur la gestion collective contribuera à la réalisation de ces objectifs. Des exigences spécifiques aux LCE pourraient également prévoir la publication d'informations sur les organismes autorisés à délivrer des LCE et sur les accords de LCE qui ont été conclus.

9. *Champ des actes couverts par la licence.* Les actes d'utilisation transfrontière autorisés par une LCE doivent être limités à la communication au public (et à la reproduction nécessaire), assurant plus précisément un accès sur demande à l'œuvre. Une condition évidente est que le

mandat donné à l'organisme de gestion collective doit comprendre également les utilisations à l'étranger. Si les conditions de licence et les mandats donnés à l'OGC par les titulaires de droits le permettent, les utilisations convenues peuvent également s'étendre à la réalisation d'une copie matérielle de l'œuvre protégée, c'est-à-dire au téléchargement de l'œuvre.

En l'absence d'un arrangement cadre qui offre la certitude de la validité de l'effet étendu, il ne serait pas judicieux d'essayer d'élargir l'application de l'accord de LCE conclu dans un pays donné à des actes intervenant sur le territoire d'un autre pays. Les utilisations intervenant après la réception de l'œuvre doivent normalement être soumises à l'obtention d'une licence dans le pays de réception mais pourraient être couvertes par les accords de LCE réciproques conclus entre les OGC nationaux.

Question 2 (première partie) : Si un mécanisme était mis en place par le législateur de l'UE pour prévoir un tel effet transfrontalier, comment s'assurer que les conditions essentielles des LCE – représentativité de la société de gestion collective qui octroie la licence – sont remplies ?

Il appartient d'abord à l'OGC et à l'utilisateur d'évaluer la représentativité de l'OGC pour octroyer une licence autorisant une utilisation donnée dans un secteur donné. Les deux parties sont normalement des professionnels dans leurs domaines d'activité respectifs. Les critères afférents à l'exigence de représentativité sont prévus par la législation nationale⁵, et les deux parties ont beaucoup d'intérêt à être prudents à cet égard. Du côté de l'utilisateur, la représentativité suffisante de l'OGC est fondamentale pour obtenir une licence et jouir de la sécurité juridique. Du côté de l'OGC, être suffisamment représentatif est une condition préalable essentielle pour pouvoir exercer son activité principale.

Si la législation nationale de l'OGC qui octroie la LCE prévoit l'exigence d'un agrément par une autorité compétente pour pouvoir conclure des accords de LCE, la représentativité de l'OGC sera examinée par cette autorité sur la base des informations qu'il a fournies et au regard des critères de représentativité appliqués par l'autorité.

Question 2 (deuxième partie) : Est-il nécessaire d'établir un lien avec le pays de la première publication ?

Il est raisonnable, surtout dans le cas d'une LCE s'appliquant à l'activité transfrontalière d'une institution de gestion du patrimoine culturel et aux œuvres indisponibles dans le commerce, que l'effet étendu des licences transfrontalières octroyées par un OGC soit limité par voie légale aux seules œuvres dont le pays d'origine est le même que le pays d'établissement de l'OGC et, pour ces œuvres, sous réserve qu'une représentativité suffisamment large soit assurée grâce aux mandats autorisant ces licences donnés par les titulaires de droits concernés.

Compatibilité des LCE transfrontalières avec la Convention de Berne

⁵ Il convient de noter que l'effet étendu des LCE qui existent dans les pays nordiques comprend toutes les œuvres, qu'elles proviennent du pays d'établissement de l'OGC ou d'autres pays. La référence faite auparavant aux auteurs nationaux dans les dispositions relatives au critère de représentativité figurant dans les lois nordiques a été remplacée par la mention des « œuvres utilisées [au Danemark/en Finlande/en Norvège/en Suède] » qui tient compte du caractère mixte (national et étranger) des répertoires utilisés dans les différents domaines d'application des LCE.

L'effet transfrontalier pourrait déclencher l'application de la Convention de Berne, de l'accord sur les ADPIC et des traités WCT et WPPT. Le traitement de l'œuvre dans son pays d'origine n'est pas réglé par les normes internationales (article 5.3 de la Convention de Berne), mais dès que l'œuvre est exploitée dans d'autres pays, elle bénéficie de la protection internationale. Les dispositions qui pourraient soulever quelques interrogations relatives à la compatibilité des systèmes de LCE avec les traités internationaux sont celles de l'article 5.2 de la Convention de Berne, prévoyant l'interdiction des formalités, et des articles 9.2 de la Convention de Berne, 13 de l'accord sur les ADPIC, 10 du traité WCT et 16 du traité WPPT prévoyant que les limitations et exceptions doivent être limitées à celles qui répondent au test des trois étapes. Toutefois, pour les raisons exposées ci-dessous, les systèmes de LCE ne laissent apparaître aucun conflit avec ces normes (pourvu que le système réponde aux critères exposés plus haut).

En ce qui concerne les formalités, la question se pose de savoir si l'option de retrait, qui écarterait la possibilité pour l'OGC d'étendre l'application de la licence à l'œuvre d'un auteur non membre, constitue une condition « de jouissance et d'exercice » des droits exclusifs. Si on la considérait comme telle, il s'ensuivrait que même s'il suffisait d'exercer cette option uniquement dans le pays d'origine, cette démarche serait nécessaire pour préserver les droits de l'auteur dans d'autres pays et donc contraire à la Convention de Berne puisque d'autres pays de l'Union de Berne subordonneraient indirectement la jouissance ou l'exercice des droits à l'accomplissement de formalités.

Mais l'option de retrait peut en fait être mieux comprise, non pas comme condition réglant l'existence ou l'application des droits, mais comme condition afférente à la titularité des droits. Si l'option de retrait visait une présomption de concession d'une licence exclusive ou non exclusive, son exercice ne rentrerait pas dans le cadre de l'article 5.2 puisque les mesures déclaratoires relatives aux transferts de propriété ne visent ni l'existence ni l'application du droit. Le droit existe et peut être appliqué ; la question est de savoir non pas si, mais par qui, le droit peut être appliqué. Des mesures de déclaration de ce genre ne sont donc pas des « formalités » au sens interdit par la Convention de Berne. Par conséquent, si la législation nationale était organisée de manière à prévoir une présomption de cession du droit de numérisation à la société de gestion locale, qui délivrerait à son tour des licences aux utilisateurs éligibles ou à des OGC étrangers, une procédure de retrait ne tomberait pas sous le coup de l'article 5.2.

Quant à la compatibilité de l'effet étendu de la LCE avec les dispositions de la Convention de Berne et de l'accord sur les ADPIC relatives aux limitations du champ d'application des droits exclusifs, le même argument ferait valoir que la LCE n'a aucune incidence sur la portée des droits que l'OGC national est présumé être habilité à concéder sous licence à des OGC étrangers en vue de leur exercice transfrontalier. La portée des droits dans les pays d'exploitation demeure la même, que les auteurs dans le pays d'origine soient membres ou non de l'OGC qui concède la licence. Savoir si les pays d'exploitation reconnaîtront l'effectivité de la présomption de cession est une question distincte qui dépend des règles de droit international privé de ces pays relatives aux contrats en matière de droit d'auteur, éventuellement modifiées par les normes de l'UE concernant la transparence et la représentativité des accords de LCE.

Les LCE transfrontalières soutenues par une législation européenne

Convient-il de compléter les dispositions nationales relatives aux LCE par des normes de l'UE pour faciliter leur utilisation et faire en sorte que le modèle soit mieux adapté aux situations transfrontalières ?

La réponse à cette question est oui. Un acte législatif de l'Union européenne serait nécessaire

sous la forme d'une directive⁶. Un tel acte législatif devrait se limiter à l'application transfrontalière des LCE et prescrire des conditions harmonisées en matière de représentativité, de retrait et d'autres éléments des situations transfrontalières des LCE évoqués plus haut. Une telle mesure permettrait d'éliminer toutes les préoccupations liées à la sécurité juridique – y compris du point de vue des utilisateurs – et à la validité, dans les pays de réception et d'utilisation finale, de l'effet d'extension, avec application transfrontalière, de la LCE (remplissant les conditions exposées plus haut) octroyée par un OGC national.

Une mesure d'harmonisation comme celle qui vient d'être évoquée pourrait être complétée par un mécanisme de reconnaissance mutuelle. Le modèle de reconnaissance mutuelle renforcerait la sécurité juridique et aurait plusieurs autres effets notables. Les accords de LCE pourraient être négociés et conclus dans n'importe quel pays prévoyant une LCE et seraient valables, du fait de cette reconnaissance, dans tous les Etats membres de l'Union ayant instauré une LCE correspondante. Une seule loi nationale serait applicable à la licence⁷.

Cet arrangement nécessiterait la mise en place d'un système de LCE ou équivalent dans chaque Etat membre de l'UE et de l'EEE.

On pourrait obtenir un effet similaire en se servant du modèle figurant à l'article 3.2 à 3.4 de la directive « satellite et câble »⁸ qui prévoit une solution de LCE, avec application transfrontalière, pour l'acquisition des droits relatifs à la radiodiffusion par satellite. Dans le cas des œuvres indisponibles dans le commerce et de l'activité des institutions de gestion du patrimoine culturel, il ne serait pas nécessaire de prévoir des conditions particulières du type de celles figurant dans cette directive, qui sont dictées par le contexte de la radiodiffusion par satellite.

En ce qui concerne les auteurs ou les titulaires de droits non représentés par l'OGC qui souhaitent se retirer de la licence, il leur suffirait d'effectuer ce retrait uniquement dans le pays d'origine de l'œuvre (par notification adressée à l'OGC national ou par n'importe quel autre moyen prévu par la loi). Il faudrait également normaliser ou harmoniser certains éléments du mécanisme même de la LCE. Pour contribuer au bon fonctionnement de la LCE transfrontalière, il serait sans doute nécessaire de prévoir un système de notification des accords de LCE et des retraits, à l'instar de la notification des résultats de la recherche diligente prévue par la directive sur les œuvres orphelines⁹.

⁶ Il convient de noter que le présent Avis ne traite pas les questions liées à la gestion collective obligatoire. Si l'application transfrontalière d'un tel mécanisme était envisagée, il serait souhaitable qu'une directive prévoit également des normes harmonisées en matière de gestion collective obligatoire.

⁷ S'agissant des obligations non contractuelles, le Règlement Rome II s'appliquerait de toute façon (Règlement CE N° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)). Selon l'article 8.1 de ce Règlement, la « loi applicable à une obligation contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ».

⁸ Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, (93/83/CEE).

⁹ Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, 2012, J.O. L 299.