

La diffusion en ligne et le régime de licence collective étendue (« ECL ») des pays nordiques – Les œuvres orphelines comme précédent

Jan Rosén*

1. INTRODUCTION	323
2. DES ÉLÉMENTS RELIÉS À L'ECL DANS L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE	324
3. LA QUESTION DES ŒUVRES ORPHELINES.	327
4. LE PROJET DE LÉGISLATION SUÉDOIS SUR LE DÉVELOPPEMENT DE MÉTHODES ET DE FORMES D'OCTROI DE LICENCES DE DROIT D'AUTEUR	329
5. LA FORMULE ECL DES PAYS NORDIQUES	330
5.1 Obligations internationales	330
5.2 Le point de connexion pour racheter l'octroi d'une licence collective étendue.	332
5.3 Quelles organisations doivent être autorisées à conclure des accords conformément aux règles sur les licences collectives étendues ?	334

© Jan Rosén, 2012.

* Jan Rosén, LL.D., professeur de droit privé, Faculté de droit, Université de Stockholm.

5.4	Numérisation des actifs des bibliothèques	340
5.5	Œuvres et prestations d'artistes apparaissant dans les programmes de radio et de télévision	341
5.6	Une licence collective étendue spécifique	342
6.	CONCLUSION	343

1. INTRODUCTION

Les œuvres protégées par le droit d'auteur et les droits connexes étaient toujours l'objet de licences dans une multitude de marchés mais ils avaient très peu en commun. Les circonstances factuelles et les objets d'attribution de licences dans le royaume du droit d'auteur diffèrent largement de l'un à l'autre. La multitude de buts, d'intérêts et de marchés très différents de l'un à l'autre crée une réalité commerciale à multiples facettes. C'est probablement pourquoi l'Union européenne (« UE ») a, au fil du temps et généralement parlant, laissé ses États membres résoudre des matières reliées aux licences dans le champ du droit sur une base nationale.

Malgré cela, l'harmonisation des éléments spécifiques des droits exclusifs de titulaires du droit d'auteur et de leurs droits connexes a été réalisée au sein de l'UE en grande partie pendant ces vingt dernières années, basée sur sept directives communautaires, avec des objectifs variés touchant au droit d'auteur et aux droits connexes¹. Néanmoins, il y a très peu de matière dans les directives européennes sur le droit d'auteur traitant des méthodes de libération des droits, de l'attribution de licences ou des utilisations trans-

1. *Directive 2001/84/EC du Parlement européen et du Conseil sur le droit de revente au bénéfice de l'auteur d'une œuvre d'art originale* ; *Directive 2001/29/EC du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits connexes dans la société de l'information* ; *Directive 96/9/EC du Parlement européen et du Conseil sur la protection juridique des bases de données* ; *Directive 2006/116/EC du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits connexes (version codifiée)* ; *Directive 93/98/EEC du Conseil harmonisant la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits connexes (abrogée)* ; *Directive 93/83/EEC du Conseil sur la coordination de certaines règles concernant le droit d'auteur et les droits connexes au droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble* ; *Directive 2006/115/EC du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil sur le droit de location et le droit de prêt et sur certains droits connexes du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (version codifiée)* ; *Directive 92/100/EEC du Conseil sur le droit de location et le droit de prêt et sur certains droits connexes au droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (abrogée)* ; *Directive 91/250/EEC du Conseil sur la protection juridique des programmes d'ordinateur.*

frontalières des droits, et même si c'était le cas, ce que l'UE offre n'est pas présenté de façon harmonieuse.

Ainsi, la diffusion en ligne pour des utilisations massives d'œuvres protégées, de haute pertinence dans l'actuel environnement de l'Internet, a été un mal de tête virtuel durant la dernière décennie pour la Commission européenne, par exemple, dans la recherche de solutions communes en réponse au besoin évident d'effectuer la libération des droits de manière efficace et justifiée, tout particulièrement lorsque la circulation transfrontalière en ligne est concernée.

Le projet actuel de directive sur les œuvres orphelines² – ci-après la Directive OW – est un catalyseur afin de résoudre la problématique prévalant – principalement comment traiter de la libération des droits pour la numérisation et pour la diffusion en ligne de ces immenses quantités d'œuvres protégées par un droit d'auteur et d'objets connexes au droit d'auteur émanant d'institutions majeures de diffusion de l'information, telles les bibliothèques publiques, et pour lesquelles les ayants droit des œuvres ne peuvent pas être trouvés ou peuvent être retracés seulement après d'immenses efforts de recherche.

Le régime statutaire de la licence collective étendue des Pays nordiques (« ECL »), un mécanisme fort apprécié d'octroi de licence pour usage massif dans le royaume des pays nordiques, offre une solution de choix, par l'accomplissement, en bref, d'un effet « étendu » en englobant aussi les objets protégés d'une certaine façon émanant d'ayants droit qui *ne sont pas* partie à un accord entre une organisation représentant des ayants droit et un utilisateur. Ce texte démontrera comment, en mettant l'accent sur les qualités et les défauts de ce régime légal, l'ECL s'étend aussi bien aux nouveautés proposées en Suède qu'à celles déjà valables dans d'autres pays nordiques.

2. DES ÉLÉMENTS RELIÉS À L'ECL DANS L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Les exceptions les plus importantes à l'absence de réticence générale de l'UE à ne pas s'attaquer aux méthodes de libération des

2. Voir Commission européenne, Bruxelles 24.5.2011 COM (2011) 289 final 2011/0136 (COD) *Proposition pour une Directive du Parlement et du Conseil sur certaines utilisations permises d'œuvres orphelines.*

droits sont incluses dans la Directive Sat/Cab³. L'article 3 (1) de cette Directive dispose que l'autorisation d'un auteur de communiquer au public au moyen de satellite peut être acquise seulement par entente. Ceci a principalement pour sens de souligner que le droit exclusif de radiodiffusion par satellite ne peut pas être assujéti à un système de licence légale. Malgré une autorisation insérée à l'article 11bis (2) de la *Convention de Paris*⁴, les directives de l'UE sur le droit d'auteur rejettent normalement le régime de la licence légale, laissant ainsi le marché ouvert à la négociation des termes du contrat par les individus.

L'article 3(2) de la Directive Sat/Cab permet ainsi aux États membres de disposer que les ententes collectives entre une société de gestion collective et un organisme de radiodiffusion concernant une catégorie donnée d'œuvres peuvent être étendues aux titulaires de droits de la même catégorie d'œuvres qui ne sont pas représentés par ladite société de gestion collective. Nonobstant le premier paragraphe, ce système d'octroi d'une licence collective « étendue », une véritable innovation des pays nordiques⁵, peut s'étendre au droit de communication au public par satellite, mais seulement dans le cas d'une radiodiffusion simultanée par satellite d'une émission sur le territoire.

L'article 8(1) de la Directive Sat/Cab exige que les États membres s'assurent que la retransmission par câble des programmes sur leur territoire a lieu sur la base d'ententes contractuelles individuelles ou collectives entre les titulaires de droits d'auteur, les titulaires des droits connexes et les câblodistributeurs, tandis que l'article 9 exige que toutes les autorisations ou qu'un refus d'autorisation à un câblodistributeur puissent seulement être exercés par une société de gestion collective.

3. Directive 93/83/EC du 27 septembre 1993 du Conseil sur la coordination de certaines règles concernant le droit d'auteur et des droits connexes au droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, OJ (L 248) 15-21.

4. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à nouveau à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, puis à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971, et modifiée le 28 septembre 1979.

5. Voir KYST (Martin), « Aftalelicens Quo Vadis ? » (*Extended collective license – quo vadis ?*) NIR 1/2009, p. 56 et s. ; Rognstad, « Ophavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegreper møte med digital teknologi » (*Copyright in a multimedia world – on the junction of traditional copyright concepts and digital technology*) NIR 6/2009, p. 535 et s.

Ces exemples démontrent que, en bref, l'UE a désiré i) ne pas exposer le monde du droit d'auteur aux systèmes des licences légales, préférant au lieu de cela ii) que de telles transactions soient basées sur, et guidées par, des normes de droit privé ou la loi des contrats, mais, dans des cas très spécifiques, iii) permettre aussi que l'autorisation et des utilisations légitimes puissent être transigées au moyen d'ententes collectives⁶. Pourtant, malgré l'*acquis communautaire* tout à fait vaste dans ce domaine, basé sur les sept directives sur le droit d'auteur, des différences considérables prévalent toujours dans les législations nationales du droit d'auteur parmi des États membres.

Bien sûr, ceci ne donne pas un tableau exhaustif de la situation. La Commission a été intensivement impliquée dans la recherche des solutions transnationales ou, plutôt, paneuropéennes d'attribution de licences d'utilisation en ligne de droits d'auteur ou d'objets couverts par des droits connexes pendant la première décennie de ce siècle – principalement en recourant aux instruments du *soft law* étendu. En particulier, ces mesures ont été prises dans le sillage d'une évaluation de la Directive Infosoc⁷. Dans sa révision du marché unique, la Commission a mis en évidence le besoin de promouvoir la libre circulation de la connaissance et de l'innovation comme « Cinquième Liberté » dans le marché unique⁸. De plus, les efforts de la Commission peuvent à cet égard être observés dans certains exemples fort révélateurs comme sa Recommandation sur l'octroi d'une licence collective transfrontière de musique⁹. En plus, à l'automne 2009, la Direction générale INFSO et la Direction générale MARKT de la Commission ont lancé un document intitulé « Contenu créatif dans le Marché unique numérique européen ».

6. Voir l'article 2(3) de la *Directive 2006/115/EC (antérieurement 92/100/EEC) sur la location et le prêt* qui statue de manière laconique que « Les droits auxquels réfère le premier paragraphe peuvent être transférés, cédés ou soumis à l'octroi de licences contractuelles. »

7. *Directive 2001/29/EC du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits connexes dans la société de l'information*, OJ (L 167) 10.

8. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Un marché unique pour le 21e siècle en Europe », COM(2007) 724 final (20 novembre 2007), p. 9.

9. *Recommandation du 18 mai 2005 de la Commission sur la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits connexes pour des services légitimes de musique en ligne* (Texte avec pertinence EEA) (2005/737/EC), OJ (L 265) 54.

3. LA QUESTION DES ŒUVRES ORPHELINES

Les œuvres orphelines ont été longtemps une question dans les matières du droit d'auteur. Quoique non encore clairement définies dans une législation comme telle, la notion réfère aux œuvres protégées dont l'auteur ou l'ayant droit ne peut être trouvé ou retracé, sauf après des démarches coûteuses ou énergivores en vue de permettre l'exécution. Le phénomène adjacent des œuvres « épuisées » ou « non disponibles sur le marché » est quelquefois ajouté au même faisceau des éléments orphelins de ces vastes répertoires d'œuvres protégées dans les bibliothèques publiques, par exemple, œuvres dont la numérisation et la diffusion en ligne nécessitent une libération des droits.

La Commission a indiqué, dans le contexte de l'initiative des bibliothèques numériques, que la numérisation et l'accessibilité en ligne du contenu culturel exigent des mesures appropriées lorsqu'on traite avec de prétendues œuvres orphelines, c'est-à-dire le matériel toujours sous protection du droit d'auteur, mais dont les titulaires des droits ne peuvent pas être identifiés ou localisés. Dans les communications « Europeana – nouvelles étapes »¹⁰ et « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »¹¹, la Commission a indiqué qu'elle examinerait le problème des œuvres orphelines dans une évaluation de ses impacts, qui explorerait une variété d'approches en vue de faciliter la numérisation et la dissémination de telles œuvres¹². Ceci a été amorcé selon une recommandation adoptée par la Commission en 2006 encourageant les États membres à créer des mécanismes pour faciliter l'utilisation des œuvres orphelines et pour promouvoir la disponibilité des listes des œuvres orphelines¹³.

Finalement, la Directive OW a été proposée par la Commission, comme cela est mentionné à la note 2. Ce projet fait évidemment face

-
10. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Europeana – nouvelles étapes », COM(2009) 440 final, 28 août 2009.
 11. Communication de la Commission « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance », COM(2009) 532 final, 19 octobre 2009.
 12. Voir GUIBAULT (Lucie) *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, février 2007 ; disponible à : <www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf> last visited September 19, 2010.
 13. Voir la *Recommandation du 24 août 2006 de la Commission sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du contenu culturel et la conservation numérique*, 2006/585/EC, OJ (L 236) 28.

à plusieurs questions complexes et fortement discutables parmi lesquelles les suivantes pourraient être identifiées.

À un très haut niveau de généralisation il est clair, d'une part, que les normes de la protection du droit d'auteur s'étendent vraisemblablement aux œuvres orphelines, depuis que, dans la plupart des cas, la valeur de l'exploitation économique d'une pièce donnée de matériel protégé par un droit d'auteur s'est vraisemblablement diluée longtemps avant l'expiration de la durée de protection. D'autre part, le désir des institutions médiatiques de compiler des collections numériques complètes et exhaustives est très compréhensible, mais elles doivent accepter que les titulaires de droits connus puissent décider de ne pas délivrer des droits, ce qui ne devrait pas changer, comme c'est un aspect fondamental du droit d'auteur.

Le projet de la Commission accepte aussi cet aspect comme point de départ de la Directive OW. Le projet n'est en aucun cas en faveur de l'octroi d'une licence obligatoire. Même si l'on peut accepter que les bibliothèques, les musées et les services d'archives puissent avoir besoin de numériser des œuvres, incluant des œuvres orphelines, pour les préserver et pour pouvoir combiner la conservation de l'œuvre avec l'accès continu pour le public (c'est-à-dire l'accès à l'œuvre fragile d'une façon indirecte au moyen d'une copie numérique), la solution proposée *n'est pas* dessinée comme une *exception* particulière taillée sur mesure.

La proposition de la Commission européenne exige, comme une condition de la détermination du statut d'orphelin (« orphange »), que l'utilisateur ou son agent ait répondu à un processus de *recherche diligente*. Ceci constitue le pilier central du projet de la Directive OW. Cependant, il semble peu probable que même une version diluée de la condition de recherche diligente soit acceptable pour la communauté des bibliothèques. Simplement parce que la recherche diligente est une démarche qualifiée et conséquemment onéreuse, pour laquelle des organismes publics n'ont ni les ressources financières ni les ressources humaines. Il est également vraisemblable que des recherches diligentes feront dans un certain nombre de cas remonter jusqu'aux titulaires de droits et que ces derniers voudront dans quelques cas accorder leurs droits. Autrement dit, une recherche diligente appropriée devient prohibitivement chère pour certains scénarios, tout particulièrement si un grand nombre d'œuvres est impliqué. Ceci peut rendre la proposition de la Commission peu convenable pour certains buts. La recherche diligente peut avoir du sens pour quelques activités, par la publication d'un livre ou la pro-

duction d'un documentaire. Ces buts sont cependant exclus du projet de la Directive OW. De plus, on doit s'interroger quant à savoir si une mesure potentielle visant des œuvres orphelines ne devrait pas avoir une couverture globale. Est-il sensé d'exclure des œuvres non d'abord éditées ou radiodiffusées dans un État membre ?

La question se soulève donc quant à savoir s'il n'y a pas ici une disparité lorsqu'il survient des situations où une exigence de recherche diligente pourrait fonctionner. La question a déjà besoin d'être posée à ce stade-ci quant à savoir si le mécanisme de la licence collective étendue pourrait fournir un meilleur résultat. Une exigence plus faible de recherche diligente est, d'autre part, aussi problématique. Elle pourrait après tout ouvrir la porte à une application indûment abusive de la règle des œuvres orphelines dans tous les cas où une recherche minimaliste ne conduit pas immédiatement à l'identification de l'ayant droit, ainsi qu'à une usurpation totale des principes de droit d'auteur, datant de la *Convention de Berne* et de son idée de « consentement », tout particulièrement l'article 9(2) de la Convention.

4. LE PROJET DE LÉGISLATION SUÉDOIS SUR LE DÉVELOPPEMENT DE MÉTHODES ET DE FORMES D'OCTROI DE LICENCES DE DROIT D'AUTEUR

Considérant ce contexte, il est compréhensible que le Gouvernement suédois ait décidé il y a plusieurs années de se concentrer sur certains aspects du droit des contrats de droit d'auteur sans aucune référence spécifique au droit de l'UE afin de répondre au besoin de support statutaire contemporain pour l'octroi de licences et la libération de droits en général. Un commissaire spécial a été nommé en avril 2008 (l'auteur du présent article) pour réviser toute la *Loi sur le droit d'auteur* (SFS 1960:729)¹⁴, principalement la rédiger pour fournir une plus grande clarté, mais aussi analyser les effets de tous les articles de la *Loi sur les contrats de droit d'auteur*, tout spécialement les *licences collectives étendues*¹⁵. La question des œuvres orphelines est clairement un catalyseur dans tout cela.

C'est la première fois dans les quelque quinze dernières années que des modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* en Suède ont été

14. Telle que modifiée par SFS 1995:1274.

15. Voir *Regeringens direktiv* (Directive 2008 :37), 10 avril 2008 et, en complément à la Commission, Justitiedepartementet, Kommittédirektiv (Directive 2009:65), 29 juin 2009.

considérées non seulement pour effectuer la mise en œuvre du droit de l'UE, mais aussi pour refléter la numérisation et les défis des utilisations de l'Internet et les licences transfrontières de transaction qui avaient recueilli une telle attention de la Commission et du Parlement.

Le commissaire a livré un rapport provisoire en avril 2010, le « SOU 2010:24, Avtalad upphovsrätt », qui a porté principalement sur des questions de droit d'auteur et de contrats. Un rapport final, concernant la réédition et la réécriture de l'ensemble de la *Loi sur le droit d'auteur*, a été publié en avril 2011, le « SOU 2011:32, En ny upphovsrättslag », qui contient des suggestions en vue de l'adoption d'une nouvelle loi sur le droit d'auteur.

Comme le règlement ECL est concerné, ces propositions de l'Enquête du commissaire spécial vont probablement être soumises au Parlement suédois au printemps 2012 et être effectives à partir du 1^{er} juillet 2012. En conséquence, le présent article donne suite aux propositions relatives à l'ECL et aux œuvres orphelines.

5. LA FORMULE ECL DES PAYS NORDIQUES

5.1 Obligations internationales

Comme cela a déjà été mentionné, les dispositions du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne gouvernant la libre circulation et la non-discrimination* (« TFUE ») et le *Traité de Lisbonne* ont eu un impact sur la formulation des nouvelles dispositions concernant des licences avec des effets étendus. Un autre élément eut de nouveaux effets dans ce contexte, à savoir la Directive sur les services¹⁶. Cette Directive est une directive horizontale avec un large champ d'application. Elle se fonde sur le principe général que les services devraient être librement disponibles dans l'Union européenne.

La notion de « service » est définie à l'article 4.1 de la Directive sur les services comme « n'importe quelle activité économique autonome, normalement dotée d'une rémunération, comme cela est mentionné à l'article 50 du Traité » (maintenant l'article 57 TFUE). La Commission européenne a, en de nombreuses occasions, allégué que la gestion collective de droits est la manière de rendre disponibles des services – par rapport aux titulaires de droits aussi bien qu'aux

16. Directive 2006/123/EC du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil sur les services dans le marché intérieur, OJ (L 376) 36.

utilisateurs et aussi les uns par rapport aux autres – et que les organisations qui poursuivent la gestion collective de droits sont soumises aux dispositions sur, parmi d'autres matières, la libre circulation des services dans le Traité communautaire européen et la Directive sur les services.

Il doit être alors présumé que les activités poursuivies par les organisations de gestion conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* sur les licences collectives étendues et sur la collecte des rémunérations sont respectivement couvertes par la notion de « services » de la Directive sur les services et qu'elles tombent sous le champ d'application de la Directive.

Il s'ensuit de l'article 16 de la Directive sur les services que les États membres respecteront le droit des prestataires de services de fournir des services dans un État membre autre que celui où ils sont établis et que, par conséquent, ils ne doivent assujettir un prestataire de services établi dans un autre État membre à certaines exigences. Par exemple, les États membres ne doivent pas – pour permettre l'accès à ou l'exercice d'un service sur leurs territoires – imposer des obligations qui sont directement ou indirectement au regard de la nationalité (art. 16.1 (a) de la Directive 2006/123). Les États membres ne doivent non plus imposer des obligations à l'effet qu'un prestataire de services établi dans un autre État membre doive obtenir l'autorisation des autorités compétentes pour pouvoir fournir ses services dans un État membre (art. 16 2. (b)).

L'article 17 contient, cependant, une énumération d'un certain nombre d'exceptions de l'article 16. D'après l'article 17.11, il s'ensuit, entre autres, que l'article 16 ne s'appliquera pas au droit d'auteur et à certains autres droits de propriété intellectuelle.

Pendant les négociations concernant la Directive sur les services, il y eut des discussions sur la façon dont l'exception de l'article 17.11 devrait être interprétée. La Suède, comme les autres pays nordiques, a considéré que l'exception s'appliquerait aux dispositions reliées à la gestion collective de droits tandis que la Commission a maintenu le point de vue à l'effet que l'exception s'appliquerait seulement aux droits eux-mêmes. Au cours de la mise en œuvre de la Directive, la Commission a continué à donner les raisons inhérentes à sa position tandis qu'un certain nombre des États membres (incluant la Suède) ont soutenu que les dispositions reliées à la gestion des droits sont couvertes par l'exception de l'article 17.11, parce que l'on ne peut pas considérer les droits en soi comme des services.

Un projet de loi du gouvernement sur la mise en œuvre de la Directive sur les services a été soumis au Parlement suédois le 26 mai 2009¹⁷. Le Parlement a adopté le projet le 4 novembre 2009.

Cette Directive contient aussi, en plus de la disposition sur la libre circulation des services, des dispositions générales sur des systèmes d'autorisation. L'article 9 prescrit, par exemple, que les États membres peuvent assujettir l'accès à un service ou l'exercice de celui-ci à un mécanisme d'autorisation seulement s'il exige d'ignorer des intérêts touchant aux intérêts publics.

5.2 Le point de connexion pour racheter l'octroi d'une licence collective étendue

Le chapitre 3 a, articles 42 a) à 42 f), de la *Loi sur le droit d'auteur* en Suède (« SCA ») contient des dispositions complètes et tout à fait complexes sur les licences collectives étendues, couvrant à ce jour six différents domaines tout à fait spécifiques d'utilisation. Conformément à ces dispositions, des accords sur l'exploitation d'œuvres peuvent être conclus avec une organisation qui représente un nombre substantiel d'auteurs suédois dans le domaine concerné. En concluant un tel accord, un utilisateur peut aussi acquérir le droit d'exploiter des œuvres d'auteurs non représentés par l'organisation. Sans le support de la législature, cela ne pourrait naturellement pas être possible. L'intention, clairement énoncée, est de rendre plus facile pour un utilisateur, tel un télédiffuseur majeur ou câblodistributeur, d'acquérir, au moyen d'un accord avec l'organisation représentative, tous les droits dont l'utilisateur a besoin dans le cadre de ses activités, tout en permettant aux auteurs concernés de recevoir une rémunération raisonnable. Pour l'utilisateur, c'est *le répertoire complet et illimité* qui l'attire et, pour une bibliothèque publique, c'est probablement mieux exprimé comme *la collection complète* des œuvres alors couvertes par la licence. Tant les œuvres des Suédois que celles de n'importe quel étranger sont ainsi comprises dans un ECL.

Les intérêts d'auteurs non représentés par l'organisation sont sauvegardés selon certaines règles de protection, par exemple des dispositions touchant le droit à rémunération sur la même base que ceux des membres qui sont contractuellement représentés par l'organisation, et la possibilité d'interdire l'exploitation. S'il n'y avait aucune possibilité pour des auteurs de sortir du système des licences

17. Voir *Prop.* 2008/09 :187.

collectives étendues, cela aurait eu peu de chance de respecter les exigences de la *Convention de Berne* ou de la *Convention de Paris*¹⁸.

Pour l'instant, un seul ECL a un effet étendu dans le cas d'ententes avec des organisations représentant un nombre substantiel d'auteurs suédois dans le domaine concerné. Des exigences correspondantes existent aussi concernant la perception de la « redevance pour copie privée », désignée sous *kassettagift*, articles 26 k) – 26 m) SCA, et la rémunération sur le droit de revente, à savoir le droit de suite, article 26 j). Cette exigence se retrouve également dans la disposition relative à la licence obligatoire de l'article 47 SCA sur le droit à rémunération « des producteurs de phonogrammes et des artistes interprètes » pour l'exécution en public et la communication au public de leurs enregistrements sonores et de leurs prestations, une sorte de licence obligatoire structurée selon le même arrangement collectif que les licences collectives étendues à certains égards. Cependant, l'accent mis sur les auteurs suédois (ainsi que les artistes interprètes et les producteurs) pour enclencher l'effet de ces dispositions est bien sûr discutable, pour ne pas dire plus, dans une perspective non-discriminatoire de l'Union européenne. Cela a déjà été matière à conflit en relation avec la mise en œuvre de la *Directive de la Commission européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information*¹⁹, où l'on a noté qu'il y avait là motif pour revoir si c'est une délimitation appropriée pour des organisations de représenter un nombre substantiel d'auteurs suédois²⁰.

Le Danemark a modifié ses dispositions législatives équivalentes après la découverte par la Commission européenne qu'elles étaient en violation avec l'interdiction de discrimination contenue dans le Traité de la CE. Les autres pays nordiques ont par la suite fait des modifications similaires. Les termes de référence de l'enquête édictent qu'il y a aussi motif en Suède à supprimer ladite limitation *d'un nombre substantiel d'auteurs suédois* et à examiner en quoi d'autres critères seraient exigés pour que les systèmes fonctionnent de manière transparente, efficace et neutre concurrentiellement à partir de perspectives des « titulaires de droits » et des « utilisateurs ».

18. RIIS (Thomas) et al., *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience- It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon ?*, disponible à : <<http://ssrn.com/abstract=1535230>>, et dans (2012), 22:4 *Journal of Law & Arts* 10-12.

19. Voir la note 7, *supra*.

20. Voir *Prop.* 2004/05 :110, p. 144 et 247.

Selon les termes de référence, l'enquête avait également pour but d'examiner les exigences équivalentes dans les dispositions sur la redevance pour copie privée, article 26 m) SCA, la rémunération sur le droit de revente, article 26 p), et le droit à rémunération des artistes interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, article 47.

Ainsi, il est maintenant proposé que la disposition générale sur la licence collective étendue à l'article 42 a) SCA soit modifiée afin qu'une organisation qui est la plus représentative et la mieux placée pour représenter les auteurs des œuvres dans le domaine *exploité en Suède* soit autorisée à conclure des accords dans lesquels des licences collectives ont un effet étendu. En adhérant à une organisation qui représente les auteurs des œuvres dans le domaine exploité en Suède, la législation répond aux demandes de normes de l'Union européenne relativement à la non-discrimination en mettant de l'avant l'élément de connexion comme des œuvres présentement *utilisées* en Suède, que les œuvres aient été créées par des ressortissants de la Suède ou par des étrangers.

5.3 Quelles organisations doivent être autorisées à conclure des accords conformément aux règles sur les licences collectives étendues ?

Étroitement liée, mais d'une nature fondamentalement différente, à laquelle des critères autres devraient s'appliquer au lieu de l'exigence qu'une organisation représente un nombre substantiel d'auteurs suédois, demeure la question de savoir si une ou plusieurs organisations devraient être autorisées à conclure des accords dans le même domaine du droit d'auteur. Dans les autres pays nordiques, cette question a été résolue en instituant un système basé sur une concession par une autorité publique à une organisation qui peut ainsi conclure des accords accomplissant l'effet étendu aux auteurs non-membres. Ceux-ci appliquent une politique permettant à une seule organisation d'avoir la concession dans un domaine spécifique de droit d'auteur²¹.

En Suède, les dispositions sur la licence collective étendue stipulent seulement que l'on doit avoir conclu un accord avec une organisation représentant un nombre substantiel d'auteurs suédois dans

21. Voir ROSÉN (Jan), *Administrative Institutions in Copyright – notes on the Nordic Countries – Institutions administratives du droit d'auteur / Copyright – Administrative Institutions*, éd. GENDREAU (Ysolde) (Montréal 2001).

le domaine, article 42 a). Des formulations semblables apparaissent dans les dispositions mentionnées ci-dessus sur la redevance pour la copie privée, article 26 m), la rémunération sur le prix de revente, article 26 p), et le droit de rémunération pour les artistes interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores en vertu de l'article 47, troisième paragraphe. Eu égard à la question de la rémunération sur le droit de revente, la Cour suprême de la Suède a décidé que cette disposition signifie que plus d'une organisation peut être habilitée à réclamer une rémunération, mais que certaines conditions doivent s'appliquer en ce qui regarde la structure de l'organisation et sa stabilité²². En rapport avec la mise en œuvre de la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, le Conseil suédois sur la législation a noté que des problèmes pourraient surgir comme une conséquence pour plusieurs organisations étant autorisées à revendiquer une redevance pour copie privée ou à signer des accords portant sur des licences collectives étendues²³.

À la lumière de ceci, il devrait y avoir un examen prudent quant à savoir si l'on devrait permettre à plusieurs organisations dans le même domaine d'opérer dans le domaine de la licence collective étendue, ou si seulement une organisation devrait être autorisée à conclure des accords dans le domaine. Un examen semblable a été requis relativement à la redevance pour copie privée, à la rémunération sur le droit de revente et au droit de rémunération pour les artistes interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores.

Le commissaire spécial a proposé la chose suivante : le nouveau libellé « d'une organisation qui est *la plus représentative et qui représente le mieux* les auteurs des œuvres dans le domaine » précise que, en vertu de la disposition générale de la CSA sur les licences collectives, *une* seule organisation peut être autorisée dans un domaine donné à conclure des accords dans lesquels des licences collectives ont un effet étendu ou à percevoir la rémunération visée.

Cette déclaration a besoin d'une clarification : comme la proposition ne prévoit pas spécifiquement un système de concession – peut-être exécuté par le gouvernement lui-même – comme c'est le cas dans les autres pays nordiques, cela relève plutôt de quelque chose à être traité par les parties contractantes dans le marché ou, en cas de désaccord grave, par un tribunal civil.

22. Voir *NJA* 2000, p. 178, *BUS* c. *DUR*.

23. Voir *Prop.* 2004/05:110, p. 563.

Les observations suivantes du commissaire spécial abordent la question.

D'une part, tant que les organisations représentent des auteurs dans des domaines différents ou des sous-domaines et qu'elles ne rivalisent pas l'une avec l'autre, aucun problème ne surgirait normalement dans la détermination de l'entité compétente à conclure des accords avec l'effet étendu de la licence collective. D'autre part, des problèmes peuvent surgir dans la détermination de la compétence des organisations lorsque celles-ci rivalisent l'une avec l'autre et qu'elles représentent des auteurs dans les mêmes domaines ou sous-domaines. Comme mentionné précédemment, il pourrait être possible que les organisations se regroupent afin de constituer une partie à l'accord, par exemple si elles sont seulement représentatives dans un tel cas. Si, dans un domaine spécifique ou un sous-domaine, plusieurs organisations existent là où elles peuvent être individuellement considérées comme suffisamment représentatives, il serait suffisant, d'après le commissaire, si un accord avec une seule d'entre elles était conclu, de donner à l'accord l'effet de la licence collective étendue.

L'utilisateur ne peut pas être requis de conclure des accords supplémentaires avec les autres organisations ou avec l'une d'entre elles. Un tel accord ne fournirait pas à l'utilisateur des droits supplémentaires ou une rémunération additionnelle aux auteurs, mais il compliquerait seulement l'image et le système de paiement. Ceci serait en conflit avec le but sous-jacent du système d'entente sur la licence collective étendue.

Il ne peut non plus avoir été dans l'intention du législateur d'exiger d'un utilisateur qu'il conclue des accords avec chacune des organisations là où chacune agit en toute représentativité. Selon les observations de l'enquête du commissaire spécial, cela peut être relié au fait que les réseaux de distribution selon les licences collectives étendues, comme celles présentement utilisées par les organisations de perception et de distribution de la rémunération, fonctionnent bien et que la rémunération versée aux organisations d'ayants droit sur la base des dispositions relatives à la licence collective étendue le soit en fait et que ces réseaux atteignent les titulaires de droits, incluant ceux non représentés par les organisations. Bref, rien n'a émergé laissant supposer qu'il y ait des irrégularités concernant des paiements.

En général, on considère la concurrence afin de promouvoir l'efficacité administrative et la tarification. Au cours de l'enquête, on a suggéré de concevoir la nouvelle loi de telle manière à encourager la concurrence. En effet, les termes de référence mentionnent la concurrence comme un facteur positif qui devrait être équilibré contre d'autres avantages, dont la clarté et la transparence.

La concurrence entre deux organisations ou plus qui représentent des auteurs ou d'autres titulaires de droits peut surgir sous deux considérations différentes. Les organisations peuvent rivaliser l'une avec l'autre, d'une part, par rapport aux auteurs ou aux titulaires de droits dans le respect de la meilleure gestion des droits et, d'autre part, par rapport aux utilisateurs relativement aux meilleurs accords touchant à l'utilisation. Dans l'avis du commissaire, la libre concurrence, comme question de principe, devrait exister par rapport aux membres. À titre d'auteur ou de titulaire de droits, il pourrait choisir l'organisation en laquelle il a le plus confiance pour gérer ses droits.

En pratique, sous le régime actuel, qui permet à coup sûr plus d'une organisation dans chaque domaine du droit d'auteur, une telle liberté de choix est présente seulement à une échelle très limitée ; généralement parlant, il y a *de facto* une seule organisation dans chaque domaine. Dans les presque cinquante années d'utilisation de la SCL en Suède, nous n'avons jamais vu deux organisations rivales intervenir activement dans le même domaine. L'intérêt dans l'établissement d'une « nouvelle » organisation, en plus de celle déjà en place, a été jusqu'ici extrêmement bas. Une raison pour expliquer ce fait pourrait être, par comparaison, le vaste degré d'expérience, les contacts et l'administration nécessaires à la gestion des droits d'une façon efficace. Ceci peut, cependant, changer au fil du temps. Les nouvelles dispositions de la SCA devraient en tenir compte.

Au regard de la question de la concurrence au chapitre des utilisateurs, il n'y a pas de réponse claire. Autrement dit, il n'est pas évident que les utilisateurs seraient libres de choisir de conclure des accords avec l'organisation qui offre les meilleures conditions quant à l'utilisation. Les organisations représentent leurs membres et, donc, elles ont seulement une portée limitée eu égard aux accords qu'elles peuvent offrir aux utilisateurs. En principe, seul le coût administratif lié à leur gestion est soumis à la variation et la concurrence. Pour les utilisateurs, l'alternative à une licence collective étendue serait de négocier directement avec les auteurs ou les titulaires de droits. Du point de vue des utilisateurs, il n'y a

aucune liberté de choix s'ils souhaitent utiliser une certaine œuvre ou matière. En conséquence, le droit exclusif constitue en soi une sorte de monopole auquel, cependant, sont rattachées certaines limitations nécessaires afin de satisfaire certains intérêts publics et privés.

Le fait que les organisations tiennent une certaine position monopolistique a été accepté dans le droit communautaire européen et la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») a longtemps vu une concentration considérable du marché – en fait une position dominante – de la part des titulaires de droits comme étant nécessaire afin d'obtenir des résultats raisonnables par rapport à la négociation avec des grandes entreprises d'utilisateurs, comme les radiodiffuseurs et les télédiffuseurs et d'autres entreprises dans le marché de masse²⁴.

Une organisation considérée tenir une position dominante sur le marché ne doit cependant pas employer abusivement cette position en faisant des demandes déraisonnables. Un tel usage abusif peut consister dans la demande d'un prix trop élevé qui ne reflète pas une relation raisonnable à la valeur économique de la transaction. Le mauvais usage peut aussi consister dans la demande d'un certain modèle de rémunération²⁵. La CJUE n'a trouvé aucun mauvais usage dans l'affaire *Kanal 5*, car la demande d'un modèle de rémunération était en soi acceptable. Il pourrait, selon la CJUE, constituer dans certaines circonstances un usage abusif, notamment si une autre méthode de calcul de la rémunération aux auteurs existait, lequel aurait permis d'identifier et de quantifier de plus près l'utilisation du matériel protégé par un droit d'auteur.

La CJUE a, dans un certain nombre de décisions, fait preuve d'une considérable compréhension des problèmes des auteurs (et de leurs successeurs en titre) d'un point de vue pratique et administratif lors de l'obtention d'une rémunération raisonnable dans les marchés de masse²⁶. L'opinion de la CJUE dans l'affaire *Kanal 5* (par. 40) a déclaré que, même si des méthodes de calcul plus détaillées étaient souhaitables afin d'éviter l'usage abusif d'un point de

24. Voir RIIS (Thomas), « Kollektiv forvaltning og konkurrenceretlige spørgsmål » (Collective management and competition law questions), (juin 2009), *NIR*, p. 621.

25. Voir, par exemple, jugement du 11 décembre 2008, Affaire C-52/07, *Kanal 5 Ltd. c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, [2008] ECR I-9275, en particulier les paragraphes 28 – 40 et les références à des décisions antérieures.

26. Voir l'affaire C-395/87, *Ministère public c. Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521.

vue de la concurrence, un modèle de rémunération doit toujours être basé sur des buts légitimes fondamentaux, de sauvegarde des intérêts des auteurs, et que des systèmes plus précis et détaillés d'attribution d'une licence et de perception ne doivent pas aboutir à une augmentation disproportionnée des coûts d'administration des accords et au contrôle de l'utilisation des œuvres protégées par un droit d'auteur. Ceci parle évidemment en faveur d'une administration concentrée des droits dans les marchés de masse.

En termes pratiques, des problèmes apparaissent rarement dans l'application de la législation suédoise existante. Dans la plupart des domaines d'ECL, il est plus ou moins évident que l'organisation est habilitée à conclure des accords avec l'effet de licence collective étendue. Dans les domaines de la photographie et des images fixes, il y a cependant plusieurs organisations où chacune se considère elle-même compétente à conclure des accords selon l'article 42 c) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

De nouvelles organisations peuvent aussi naître et, lorsque la restriction aux auteurs suédois est supprimée, des organisations étrangères peuvent entrer dans le marché suédois de la licence collective étendue. Partant de la position qu'un utilisateur devra conclure, pour une exploitation spécifique, un seul accord pour chaque période de temps, c'est-à-dire pendant une certaine durée de l'accord, l'enquête du commissaire spécial ne pouvait pas voir de problèmes dans le concept à l'effet que plusieurs organisations pouvaient à la fois être compétentes à conclure des contrats de licence collective étendue dans le même domaine.

Par ailleurs, on doit présumer qu'un système qui exige qu'une seule organisation dans chaque zone (ou partie d'un domaine) soit compétente à conclure des accords avec un effet de licence collective étendue a quelques avantages, par exemple en ce qui concerne la clarté. Ceci est particulièrement évident par rapport aux utilisateurs, mais aussi par rapport aux auteurs, aussi bien ceux représentés que ceux qui restent à l'extérieur, et par rapport aux organisations elles-mêmes.

La législation dans les autres pays nordiques ne contient, comme cela a été dit, aucune disposition explicite reliée au nombre d'organisations compétentes qui peuvent conclure un accord avec l'effet de licence collective étendue. Le système de concession implique cependant, en pratique, qu'une seule organisation dans chaque domaine détient une telle compétence ou que les organisations coo-

pèrent. Par conséquent, la proposition de l'enquête n'empêche pas une organisation autre que celle qui a conclu l'entente avec l'effet de licence collective étendue, avec une certaine période de temps, de conclure un accord ultérieur dans ce domaine à la prochaine occasion si cette autre organisation respecte les critères pour être la plus représentative et qu'elle prend le mieux en compte les intérêts des auteurs.

Le système maintenant proposé signifierait que les utilisateurs ne peuvent négocier qu'avec une seule organisation dans chaque domaine. Ils ne pourraient pas, par conséquent, choisir l'organisation qui, à leur avis, leur donne les meilleures conditions d'utilisation, c'est-à-dire le prix le plus bas. La *Loi sur le droit d'auteur* pour la protection des droits des auteurs ne peut pas vraiment, en principe, prévoir un système qui constituerait une pression à la baisse sur le revenu des auteurs.

En conclusion, le commissaire spécial a considéré que les avantages dépassent les inconvénients quant au régime résultant d'une organisation unique dans chaque domaine qui est présumée compétente à conclure un accord avec l'effet de licence collective étendue. Sur la base de ces considérations, et comme le commissaire spécial n'a pas trouvé d'obstacles selon la législation de l'Union européenne ou la jurisprudence de l'Union européenne, il a conclu qu'une seule organisation dans chaque domaine ou dans une partie de domaine devrait avoir la compétence de conclure des accords avec un effet de licence collective étendue.

5.4 Numérisation des actifs des bibliothèques

Le commissaire spécial propose un élargissement de la disposition sur la licence collective étendue à l'article 42 d) de la SCA afin de la rendre plus simple pour des bibliothèques et des services d'archives, pour numériser des œuvres dans leurs collections et pour les rendre accessibles, par exemple, en les communiquant au moyen de l'Internet. On propose donc que l'article 42 d) de la *Loi sur le droit d'auteur* i) couvre toutes sortes de production de copies en toutes formes et ii) rende disponibles des œuvres au public qui ne peuvent pas être reproduites de toute façon en vertu de certaines exceptions expresses dans la SCA. En conséquence, les bibliothèques pourraient numériser et communiquer leurs dépôts d'actifs sur des écrans, non seulement aux visiteurs dans leurs locaux, mais aussi les rendre disponibles en ligne. Pour l'instant, les bibliothèques doivent

accomplir cela sur la base de contrats individuels œuvre par œuvre – ce qui ne fonctionne simplement pas en pratique.

De plus, on propose qu'un amendement soit apporté afin d'améliorer des occasions pour des services d'archives et des bibliothèques de rendre disponibles dans leurs propres locaux des œuvres contenues dans leurs collections, c'est-à-dire que s'ils possèdent déjà une copie numérique légale, ils peuvent aussi l'afficher sur des écrans dans leurs locaux, malgré le fait qu'une telle utilisation constituerait une communication au public et qu'elle serait autrement défendue.

5.5 Œuvres et prestations d'artistes apparaissant dans les programmes de radio et de télévision

Un problème pratique majeur d'aujourd'hui en radiodiffusion suédoise, c'est le fait qu'aucune licence collective étendue ne couvre les nouvelles utilisations d'une émission de télévision dans l'environnement de l'Internet, c'est-à-dire pour ce qui est souvent appelé la « Web télé ». Un organisme de radiodiffusion doit donc négocier individuellement tous les éléments de droit d'auteur compris dans un programme de télévision si cet organisme voulait afficher le programme dans son propre site Web, le communiquant ainsi au public. Actuellement, aucune licence collective étendue ne couvre cette situation de communication au public, non plus que ce qui est disponible sur le Web, se limitant à la radiodiffusion.

On recommande maintenant une libération plus simple des droits pour les organismes de radio et de télévision pour des programmes rendus disponibles à la demande des individus, par exemple au moyen de l'Internet, après le temps de transmission régulièrement prévu. La proposition élargit la disposition de licence collective étendue prévue à l'article 42 e) SCA concernant la radiodiffusion et la diffusion des émissions de télévision. Selon la proposition, la disposition de licence collective étendue couvrirait toute la communication au public et non uniquement les émissions. De plus, on recommande que ladite disposition couvre une telle reproduction nécessaire en vue de rendre possible la communication.

On propose également que la même disposition englobe les prestations des artistes interprètes de certaines œuvres littéraires en vertu de l'article 45 SCA, aussi bien que certains enregistrements sonores sous l'article 46 SCA.

5.6 Une licence collective étendue spécifique

Toutes les licences collectives étendues existantes sont valables pour des buts très spécifiques et pour des œuvres de domaines bien définis et des utilisations. La supposition sous-jacente de base est que ces licences étendues devraient seulement être exécutées dans des domaines où les principes de droit privé ordinaires de droit d'auteur ne fonctionnent pas bien, c'est-à-dire si des contrats individuels ne peuvent pas être employés pour des libérations de droits nécessaires. Avant la proposition, la législature décidait ce qui serait couvert.

Maintenant, on recommande que la disposition générale sur des licences collectives étendues soit complétée en ce qui concerne la portée d'une licence étendue potentielle. Cela offre la possibilité de conclure des accords en vertu desquels des licences collectives ont un effet étendu dans des domaines *autres* que ceux indiqués dans le SCA. Ceci serait connu comme des licences collectives étendues *spéciales* ou (si non adéquatement exprimé) comme une licence collective étendue *générale*. La proposition exigerait que les conditions suivantes soient rencontrées :

- i) l'accord doit s'appliquer à un domaine limité et bien défini ;
- ii) un accord en vertu duquel une licence collective a un effet étendu doit être une condition préalable à l'exploitation ;
- iii) l'accord doit être par écrit et contenir des informations dans le sens où l'« intention des parties » est que la licence collective ait étendu l'effet.

Plus loin, des dispositions protectrices spéciales seront présentées, selon lesquelles, parmi d'autres choses, l'auteur aura toujours le droit de déposer une interdiction d'exploitation.

Cette nouveauté existe déjà dans la *Loi sur le droit d'auteur* du Danemark. Évidemment, ceci est un mandat fort pour les acteurs sur le marché et il exprime une croyance forte en leur capacité de respecter les prérequis exposés, de respecter la transparence et de convenir de termes justes pour toutes les parties. On doit cependant observer qu'au Danemark le système concessionnel prévoit le contrôle d'une autorité publique, tandis que la proposition suédoise est construite en supposant que les parties contractantes sur le marché puissent entrer dans un instrument de licence collective étendue spéciale d'une façon acceptable.

6. CONCLUSION

La licence collective étendue s'est avérée un réel succès dans les pays nordiques et elle a bien servi dans des domaines définis pendant plus de 50 ans.

En résumé des avantages de la construction du régime ECL des pays nordiques, il faudrait tout d'abord et avant tout souligner qu'il a une fonction significative dans les utilisations massives virtuelles d'œuvres protégées et d'objets de droits connexes où des licences individuelles se sont avérées un échec, c'est-à-dire lors d'occasions où aucune libération de droits n'est possible ou pratiquement faisable. La reproduction savante, la radiodiffusion et la retransmission, aussi bien que des utilisations du Web, en sont de vrais exemples. La formule ECL reconnaît ainsi qu'un certain « collectivisme » doit être un élément dans l'accomplissement de la libération efficace de droits, en réalisant en même temps qu'aucune organisation de gestion collective ne pourra jamais représenter tous les titulaires de droits pertinents, ni même dans une catégorie étroitement structurée des œuvres protégées, encore moins sur une base internationale.

Des qualités évidentes se trouvent dans le régime, dont sa grande efficacité atteinte, soit un guichet unique offrant à l'utilisateur un répertoire complet dans la catégorie donnée des œuvres, basé sur des termes équitables négociés par les parties prenantes et, bien sûr, la possibilité de sortie pour les titulaires de droits non intéressés, bien qu'étant aussi rémunérés sur un pied d'égalité avec les ayants droit couverts par l'entente. En conséquence, un utilisateur peut disposer de tout le matériel du genre couvert par l'entente et les titulaires de droits non représentés sont assurés d'un traitement égal, d'un droit à rémunération individuelle et, dans la plupart des cas (les retransmissions constituant l'exception), d'un droit d'interdire l'utilisation, c'est-à-dire d'un droit de sortie.

Ainsi, il est important de souligner que les utilisateurs et des représentants des organisations de gestion collective de droits concluent les accords appropriés sur la base de libres négociations et que les termes de l'accord sont de par la loi applicables aux titulaires de droits non représentés – un véritable effet d'*extension* de l'entente étant alors effectué avec le support du législateur. De là, les utilisateurs sont protégés contre des réclamations postérieures de titulaires de droits non représentés.

Quant aux œuvres orphelines, quelle que serait la définition de ce phénomène, elles cessent simplement d'être une question en tombant dans le domaine d'application du régime ECL statutaire, réalisé par des parties contractantes compétentes. C'est parce qu'un ECL touche toujours aux catégories d'œuvres, ou des objets de droits connexes, et non pas au statut individuel d'une œuvre comme étant, par exemple, d'un titulaire de droits reconnu (ou à peine reconnaissable). Le statut d'orphelin cesse alors d'être un « problème » particulier. De là, les pays nordiques ne voient aucun bénéfice dans l'adoption des principes du projet actuel européen de Directive OW. Dans ses versions ultérieures, le projet de Directive OW rend hommage au régime ECL des pays nordiques comme étant une alternative acceptée en vue de la mise en œuvre du projet, si cela était réalisé²⁷.

Aussi, les limites de la construction d'un ECL sont tout à fait évidentes. En autant que la dissémination en ligne est concernée, il faut accepter que les législateurs nationaux ne puissent pas offrir un effet étendu aux utilisations à l'intérieur des frontières de juridictions étrangères. De là, le régime n'est pas un gage de réussite comme véhicule d'un système simplifié d'attribution de licences pour l'UE entière, encore moins comme un système de guichet unique au sein de l'Union. Certainement, un principe de reconnaissance mutuelle à l'échelle de l'Union européenne du statut d'une œuvre ne peut pas être généré en vertu, par exemple, d'une licence suédoise basée sur le régime statutaire de l'ECL dans le SCA.

27. Voir l'article 7 du projet de Directive OW ci-après :

Art. 7

« Octroi d'une licence collective étendue

1. Les États membres stipuleront qu'une convention collective entre une société de gestion collective et une bibliothèque publiquement accessible, un établissement d'enseignement, un musée ou un service d'archives, une cinémathèque ou une organisation de radiodiffusion, qui est impliqué dans la mise à disposition, au sens de l'article 3 de la Directive 2001/29/EC, d'une catégorie donnée d'œuvres peut être étendue aux titulaires de droits de la même catégorie qui ne sont pas représentés par la société de gestion collective, sans tenir compte que de telles œuvres soient des œuvres orphelines en vertu de l'article 2, à la condition que :

– le titulaire de droits non représenté ait, en tout temps, la possibilité d'exclure de l'extension de l'entente collective ses œuvres et d'exercer ses droits individuellement ou collectivement, et

– l'entente s'applique uniquement aux œuvres publiées la première fois dans cet État membre.

2. Cet article ne s'appliquera pas aux œuvres cinématographiques, incluant les œuvres créées par un procédé analogue à la cinématographie.

3. Les États membres s'assureront que, lorsqu'une entente collective est étendue conformément au paragraphe 1, la société de gestion collective maintient des rapports publiquement accessibles des titulaires de droits qui n'ont pas été identifiés ou localisés. »

Il est cependant clair que l'UE peut risquer d'utiliser le modèle de l'ECL dans d'autres situations que celles de la Directive Sat/Cab, comme décrit précédemment, en essayant ensuite de mener à bonne fin une solution paneuropéenne, au moins pour certains types d'utilisations et des sortes particulières d'œuvres²⁸.

Par ailleurs, quant au côté négatif, vu d'une perspective holistique de l'Union européenne, le modèle d'ECL exige une structure organisationnelle très bien développée, transparente et efficace dans chaque juridiction concernée. Il est probablement fortement invraisemblable qu'une seule solution, comme celle des pays nordiques, puisse être appliquée à tous les types d'œuvres, de domaines et de territoires.

Mais il se pourrait peut-être que l'attribution d'une licence transfrontalière d'utilisations massives d'œuvres protégées par un droit d'auteur et d'objets de droits connexes ne puisse jamais être entièrement harmonisée – au moins pas au point de ne pas laisser l'octroi d'une licence de droit d'auteur être une préoccupation nationale. En conséquence, la *territorialité* très distincte du droit d'auteur, toujours pertinente aussi au sein de l'UE, est l'obstacle principal à la recherche de solutions universelles à l'octroi d'une licence en ligne transfrontière ou à une libération des droits efficace pour des utilisations de masse ou d'œuvres protégées, cela étant essentiellement le départ pour les acteurs sur le marché et les titulaires de droits de faire face aux différences nationales.

28. Voir AXHAM (Johan) *et al.*, « Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage. Final report prepared for Europeana Connect » (août 2011), *IVIR*, University of Amsterdam.