

NUMÉRO 13  
SEPTEMBRE 2021

# REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

---



ASSOCIATION FRANCOPHONE DE  
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

[www.revue-rfpi.com](http://www.revue-rfpi.com)

ISSN 2490-8347

# Les licences collectives à effet étendu : Consécration internationale et réception en droit français

*Extended collective licenses: International recognition and reception in  
French law*

Léa Zylberstein

*Diplômée du Master 2 Droit de la Propriété Intellectuelle  
et Activités Culturelles, CEIPI*

*Sujet d'actualité depuis l'adoption de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, les licences collectives à effet étendu sont débattues en droit international comme européen, où elles sont admises mais discutées. Si ces licences semblent, en théorie, prometteuses pour les organismes de gestion collective, les diffuseurs et les titulaires de droits, le manque d'informations et de précisions quant aux modalités futures de ce système d'origine scandinave ne permet pas d'affirmer de manière certaine que celui-ci serait bénéfique au droit d'auteur français.*

*Extended collective licenses are debated both in international and European law, where they are accepted but discussed, especially since the adoption of directive 2019/790 on copyright and related rights in the digital single market. Even if this system is very successful in Scandinavia and seems promising for collective management organizations, broadcasters, and rights holders, it cannot be affirmed that it would be beneficial to French copyright law.*

## Introduction

La gestion collective à effet étendu occupe une place croissante en droit d'auteur. Elle permet à un organisme de gestion collective d'octroyer des licences produisant des effets à l'égard de tous les auteurs concernés par l'utilisation en cause même si ceux-ci n'ont pas adhéré à la société.

Les licences collectives à effet étendu sont admises, mais discutées en droit international, où l'existence d'une exception ou limitation aux droits exclusifs et de formalités relatives à la jouissance et à l'exercice du droit d'auteur constituent deux sujets majeurs de débat.

Elles sont également admises en droit européen, où le sujet est plus que jamais d'actualité depuis l'adoption de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Son douzième article prévoit quatre garanties fondamentales qui devront être respectées si un État membre décide d'utiliser des licences

collectives à effet étendu : la représentativité, l'égalité de traitement, la publicité et l'*opt-out*. Ces conditions, déjà très commentées, notamment l'*opt-out*, devront être précisées ultérieurement lors de la transposition de la directive.

Si la France décide de se doter de ces licences, le choix du mécanisme d'extension sera particulièrement important. Les licences collectives étendues semblent présenter beaucoup d'avantages, mais le mandat légal et la présomption de représentation méritent d'être envisagés.

Le système semble en théorie prometteur : les organismes de gestion collective gagneraient du temps et réduiraient leurs coûts, les diffuseurs n'auraient plus à se soucier d'éventuelles poursuites, car ils auraient accès à l'entièreté du répertoire de l'organisme après avoir signé un seul contrat, et les titulaires de droits, membres et non-membres, seraient assurés de percevoir leurs redevances.

Les systèmes de gestion collective à effet étendu déjà existants à l'étranger sont, pour la plupart, efficaces, notamment dans les pays du Nord dont ils sont originaires. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il en sera de même en droit français puisqu'on ne peut présumer que le modèle scandinave est transposable en France.

Aussi convient-il de répondre aux questions suivantes : quelle place occupent les licences collectives à effet étendu en droit international et européen et comment seraient-elles reçues en droit français ?

L'analyse de la consécration des licences collectives à effet étendu en droit international et européen (I), nous permettra d'envisager la réception de ce mécanisme en droit français (II).

## I. La consécration houleuse des licences collectives à effet étendu en droit international et européen

Les licences collectives à effet étendu sont admises en droit international, mais suscitent des débats houleux (A). Elles le sont également en droit européen, où plusieurs conditions ont été mises en place par la directive 2019/790 récemment adoptée afin d'encadrer leur usage (B).

### A. Une solution admise mais discutée en droit international

Il existe plusieurs débats relatifs à la conformité des licences collectives à effet étendu aux textes internationaux, deux des principaux étant l'existence d'une exception ou limitation aux droits exclusifs des auteurs, qui devrait alors remplir les conditions du *three-step test* prévu par la Convention de Berne<sup>1</sup> (1), et l'existence de formalités

prohibée par ce même texte, très discutée en raison de la mise en place de la faculté d'*opt-out* (2).

### 1. L'existence d'une exception ou limitation aux droits exclusifs, sujet majeur de débat à l'échelle internationale

Les conventions internationales sur le droit d'auteur, principalement la Convention de Berne, le Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur<sup>2</sup> et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)<sup>3</sup> reposent sur un système de droits exclusifs et prévoient le niveau minimum de protection que les États signataires doivent accorder aux titulaires de droits étrangers. Les conventions internationales ne contiennent pas de règles explicites sur la gestion collective des droits et, encore moins, sur la licence collective à effet étendu, mais elles établissent des principes sur les exceptions et limitations aux droits exclusifs que les parties contractantes peuvent adopter. La question de savoir si la licence collective à effet étendu constitue une exception ou limitation aux droits des auteurs se doit d'être examinée, dans la mesure où les conventions internationales limitent l'introduction dans le droit national d'exceptions et de limitations des droits exclusifs à celles remplissant le *three-step-test*<sup>4</sup>.

**La gestion collective à effet étendu vue comme une exception ou limitation.** Pour certains auteurs, la gestion collective à effet étendu constitue une limitation ou exception aux droits exclusifs. C'est ainsi que le Professeur Alain Strowel<sup>5</sup> considère que si, à première vue, les droits exclusifs de l'auteur sont préservés, ce dernier ne peut les exercer

<sup>1</sup> Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (modifiée le 28 septembre 1979).

<sup>2</sup> Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur (WCT), adopté à Genève le 20 décembre 1996.

<sup>3</sup> Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), adopté le 15 avril 1994.

<sup>4</sup> Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), adopté le 15 avril 1994.

<sup>5</sup> A. Strowel, « The European Extended Collective Licensing Model », *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2010-2011, p.668.

et négocier individuellement, car seul l'organisme de gestion collective en a le pouvoir. Il considère donc qu'en pratique, cela fonctionne comme une exception. Si l'on suit son raisonnement, à première vue discutable, et que l'on considère être en présence d'une exception ou limitation, il est nécessaire de vérifier que les trois conditions du test sont remplies.

Tout d'abord, les exceptions et limitations doivent être limitées à certains cas spéciaux, c'est-à-dire avoir une portée limitée, être exceptionnelles, précises et clairement définies. Cette condition sera aisément remplie si les textes précisent tous ces éléments, ce qui est généralement le cas. Par exemple, les Professeurs Thomas Riis et Jens Schovsbo<sup>6</sup> ont considéré que les dispositions de la loi danoise relatives aux licences collectives à effet étendu étaient conformes à cette première étape. La directive européenne 2019/790 reste quant à elle peu précise pour le moment, mais sa transposition devrait apporter des éléments de réponse.

La deuxième étape du test requiert l'absence de conflit avec une exploitation normale de l'œuvre. Dans l'ensemble, il s'agit d'utilisations autorisées qui priveraient les auteurs d'un marché réel ou potentiel, d'une importance économique ou pratique considérable. Il semble cependant qu'elle sera facilement respectée dans la mesure où une rémunération sera versée aux auteurs en échange de l'exploitation de leur œuvre. La libre négociation et l'exigence de représentativité de l'organisme de gestion collective garantissent que toute limitation imposée aux droits des auteurs a été approuvée par un nombre substantiel d'auteurs d'œuvres de la même catégorie. À moins que les titulaires de droits non-membres n'exercent leur faculté d'*opt-out*, la limitation imposée par les accords de la licence n'est qu'une obligation pour les sociétés de gestion collective d'exploiter leur travail d'une manière qu'un nombre

substantiel d'auteurs ont jugé être une exploitation normale de leurs propres œuvres. Il n'y a donc pas de raison pour que la deuxième étape du test ne soit pas respectée.

Enfin, la critique liée au critère du préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du titulaire de droits semble pouvoir être aisément évitée. En effet, la gestion collective à effet étendu comporte trois caractéristiques la distinguant des autres types de limitations, à savoir sa base contractuelle, son caractère collectif et la possibilité de se retirer grâce à l'*opt-out*. Les licences collectives à effet étendu ont donc une très haute probabilité d'être compatibles avec le troisième volet du test et, partant, avec les trois étapes.

**La gestion collective à effet étendu vue comme une permission.** Pour une partie de la doctrine, la question n'a pas lieu d'être puisque selon elle la gestion collective à effet étendu constitue une permission et non une exception ou limitation aux droits exclusifs de l'auteur. C'est ainsi que Mihály Ficsor<sup>7</sup> considère, à juste titre nous semble-t-il, que la vision du Professeur Strowel<sup>8</sup> correspond davantage à la gestion collective obligatoire qu'à la gestion collective à effet étendu. Il réfute l'affirmation selon laquelle l'auteur ne pourrait exercer ses droits, car seul l'organisme de gestion collective en aurait le pouvoir. En effet, il considère *a contrario* la gestion collective à effet étendu comme un mécanisme favorable fondé sur la présomption du législateur selon laquelle les droits pourraient seulement être exercés de manière effective par un organisme de gestion collective. Cette présomption pouvant être renversée grâce à la faculté d'*opt-out* offerte aux titulaires de droits, ceux-ci conserveront la faculté d'exercer leurs droits s'ils le souhaitent.

La gestion collective à effet étendu peut alors être vue comme un système assurant la meilleure jouissance possible des droits, dont

<sup>6</sup> T. Riis, J. Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon? », *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 33, Issue IV, 13 janv. 2010, p.15.

<sup>7</sup> M. Ficsor, « Collective rights management from the viewpoint of international treaties, with special

attention to the EU 'Acquis' », dans D. Gervais (ed.), *Collective management of copyright and related rights*, Kluwer Law International, 3e éd., 2016, p.74-75.

<sup>8</sup> A. Strowel, « The European "Extended Collective Licensing" Model », préc. p. 668.

l'exercice par un organisme de gestion collective est hautement souhaitable. Ainsi, elle sera appréhendée comme une permission, un système propice aux auteurs et à la meilleure exploitation de leurs œuvres, tout comme la gestion collective de manière générale.

Cela n'est pas le seul débat existant à l'échelle internationale, la doctrine étant également partagée quant à l'existence de formalités, prohibées par la Convention de Berne.

## 2. *L'existence de formalités, sujet majeur de débat à l'échelle internationale*

L'*opt-out* est une faculté offerte au titulaire de droits dans le cadre d'une gestion collective à effet étendu. Celui-ci pourra se retirer du système s'il ne souhaite pas que ses œuvres soient gérées par un organisme de gestion collective. La principale discussion relative à ce retrait est liée à la prohibition des formalités par l'article 5(2) de la Convention de Berne, disposant que « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité (...) ».

**L'*opt-out* vu comme une formalité.** L'*opt-out*, permettant à l'auteur de se retirer de l'organisme de gestion collective, est ainsi considéré par certains comme une formalité, en violation de la Convention de Berne. La situation est ainsi résumée par les Professeurs Schovsbo et Riis : « dans la mesure où une certaine utilisation est couverte par un accord de gestion collective à effet étendu dont les règles autorisent les titulaires de droits à se retirer du système et faire appliquer leurs droits d'auteur contre un exploitant, on pourrait affirmer que cela contreviendrait à l'interdiction prévue à l'article 5(2) car l'*opt-out* constituerait une formalité relative à l'exercice du droit d'auteur »<sup>9</sup>. Cela signifierait alors que pour exercer ses droits

et les faire valoir lui-même, l'auteur aurait besoin d'effectuer une action, celle de se retirer du mécanisme grâce à la faculté d'*opt-out*. Cela violerait donc la Convention de Berne, qui interdit de subordonner l'exercice des droits d'auteur à une quelconque formalité. Comme le suggère Franck Macrez, le texte ne précisant pas la notion de formalité, il semble « qu'une formalité, même légère, reste une formalité prohibée, la Convention ne faisant pas de distinction »<sup>10</sup>. Il est vrai que le texte ne spécifie pas le type de formalités prohibées. Il en résulte alors, en vertu du principe selon lequel là où la loi ne distingue pas il n'y a pas lieu de distinguer, que toutes les formalités, légères comme lourdes, sont prohibées.

**L'*opt-out* vu comme une liberté.** Certains auteurs – assez convaincants – comme Daniel Gervais considèrent « la licence étendue pleinement compatible avec l'article 5 de la Convention de Berne, qui interdit les formalités obligatoires »<sup>11</sup>. Il estime en effet que le simple fait de devoir répondre au courrier d'un organisme de gestion collective afin de se retirer du mécanisme de gestion collective à effet étendu ne constitue pas une formalité au sens de la Convention de Berne. On se rend ainsi compte que le débat repose sur la définition du mot « formalité », qui selon certains est large, car non défini ou précisé, mais qui, pour d'autres, a un sens plus précis dans le cadre de la Convention.

Jane Ginsburg<sup>12</sup> soulève quant à elle l'idée fort intéressante selon laquelle l'effet d'extension de la licence, avec la faculté d'*opt-out*, fonctionne comme une présomption de transfert de droits à l'organisme de gestion collective, l'*opt-out* permettant aux auteurs de récupérer leurs droits et, ainsi, de réfuter la présomption de transfert. Si l'on suit ce raisonnement, alors la gestion collective à effet étendu n'empêcherait ni la jouissance ni

<sup>9</sup> T. Riis, J.Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon? », préc. p.12.

<sup>10</sup> F. Macrez, « « Soulier » et la résurgence de l'Auteur, Brèves observations sur la décision de la Cour de Justice de l'UE du 16 novembre 2016 », D. 2017, 12 janv. 2017, p.84.

<sup>11</sup> D. Gervais, Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et

questions relatives à la mise en œuvre, étude établie pour le ministère du Patrimoine canadien, juin 2003, p.21.

<sup>12</sup> Jane C. Ginsburg, « Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective: Issues and Statutory Implementation », *Columbia Public Law Research Paper* n°14-564, 2019, p.4.

l'exercice des droits d'auteur et, donc, ne relèverait pas du champ d'application de l'article 5(2) de la Convention de Berne. Dans l'affaire Soulier et Doke de 2016<sup>13</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la loi nationale fonctionnant comme une présomption de transfert de droits à l'organisme de gestion collective était conforme à l'article 5(2) seulement si la faculté d'*opt-out* remplissait certaines conditions. La Cour a ainsi requis une information individualisée effective, ainsi que la possibilité pour les auteurs de s'opposer ou de mettre fin à l'exploitation de leurs œuvres sous forme numérique et ce sans formalités supplémentaires. Le mécanisme concernant les œuvres indisponibles est différent de celui étudié ici, mais il comprend également la faculté d'*opt-out* et il est donc intéressant d'étudier la réception de ce mécanisme par la Cour de justice de l'Union européenne.

L'*opt-out* fait partie des quatre critères prévus par le droit européen dans la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

## B. Une solution admise mais limitée en droit européen

La directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 consacre son douzième article aux licences collectives à effet étendu comme catégorie générale. Les États-membres pourront les mettre en place s'ils respectent différentes conditions, à savoir l'exigence de représentativité des organismes de gestion collective et l'égalité de traitement entre tous les titulaires de droits (1), ainsi que des mesures de publicité appropriées et la mise en place d'une faculté de retrait des œuvres des auteurs du mécanisme d'octroi de licences (2).

<sup>13</sup> CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc Soulier et Sara Doke contre Premier ministre et Ministre de la Culture et de la Communication*.

## 1. L'exigence de représentativité des organismes de gestion collective et l'égalité de traitement garantie aux titulaires de droits

**La représentativité, condition imprécise.** La première garantie prévue à l'article 12(3) de la directive 2019/790 est la représentativité : « l'organisme de gestion collective est, sur la base de ses mandats, suffisamment représentatif des titulaires de droits pour le type d'œuvres ou autres objets protégés concernés, d'une part, et le type de droits qui font l'objet de la licence d'autre part, dans l'État membre concerné ». Une question fondamentale découle de cet article : qu'entend le législateur par « suffisamment représentatif » ? L'article 12 ne précise pas l'expression et ne donne aucun critère précis permettant de déterminer si la représentativité de l'organisme est suffisante. On peut supposer que l'organisme de gestion collective doit compter un grand nombre de membres, ou qu'il soit connu de tous dans le milieu en cause.

Pour Daniel Gervais<sup>14</sup>, dont l'analyse nous semble très pertinente, la représentativité ne doit pas s'apprécier selon un nombre de membres précis ou un pourcentage fixe, étant donné que les règles varient selon les secteurs et qu'il est impossible de connaître le nombre exact de potentiels titulaires de droits. Il explique alors que : « l'organe de contrôle devrait considérer au minimum le niveau et la qualité des efforts déployés pour contacter tous les titulaires connus (donc, en principe, répertoriés) et le taux de réponse des titulaires de droits ayant été contactés qui ont accepté de participer et ceux qui ont refusé, ainsi que les motifs de leur refus le cas échéant »<sup>15</sup>.

Cette idée apparaît tout à fait intéressante dans la mesure où la licence collective à effet étendu n'a pas pour but de forcer les titulaires de droits à adhérer à l'organisme de gestion collective, mais tend à faciliter les utilisations massives d'œuvres en n'exigeant pas de la

<sup>14</sup> D. Gervais, *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre*, préc. p.37.

<sup>15</sup> *Ibid.*

société qu'elle contacte individuellement chaque auteur concerné. Cette opinion est partagée par Lucie Guibault et Simone Schroff<sup>16</sup>, qui expliquent qu'aucun organisme de gestion collective ne représente tous les titulaires de droits d'un secteur donné et qu'il y a des différences qui se sont créées de manière naturelle, notamment, parce que certains secteurs comme le cinéma utilisent peu la gestion collective. Pour autant, même dans des secteurs qui utilisent depuis longtemps ce mécanisme, des écarts ont pu se creuser. C'est ainsi qu'en matière musicale, l'organisme allemand GEMA comprend moins de membres que la société suédoise STIM, alors que l'Allemagne compte huit fois plus d'habitants que la Suède. Ainsi, l'organisme comptant le plus de membres ne représente pas forcément la majorité des titulaires de droits d'un secteur donné.

**L'accentuation du principe d'égalité de traitement.** La représentativité n'est que la première exigence imposée par le législateur européen, qui requiert que tous les titulaires de droits fassent l'objet d'un traitement égal. L'article 12(3)(b) prévoit en effet que les États membres assurent une égalité de traitement « à tous les titulaires de droits, y compris en ce qui concerne les conditions de la licence ». Cette garantie d'égalité de traitement concerne tout d'abord les titulaires de droits membres et non-membres de l'organisme de gestion collective, qui devront tous être traités de la même façon.

« Les conditions de la licence » concernent, d'après le considérant 48 de la directive, « l'accès aux informations sur l'octroi de licence et la distribution des revenus ». Ainsi, tous les titulaires de droits devront accéder aux informations de manière égale et jouir de conditions financières similaires. Tous, sans exception, pourront obtenir une rémunération aux mêmes conditions. Cela ne signifie pas pour autant que tous les auteurs

obtiendront la même rémunération. Certains pourront obtenir des redevances très élevées et d'autres des redevances minimales, mais l'égalité de traitement garantira à leurs droits une force et une valeur similaire.

Il convient de préciser que ces garanties s'appliquent « indépendamment de leur nationalité ou de leur État membre de résidence »<sup>17</sup>. Que l'auteur soit étranger ou national et que ses œuvres soient locales ou étrangères, il bénéficiera de la garantie d'égalité de traitement. C'est donc aussi et surtout la distinction entre auteurs nationaux et étrangers qui est visée par la directive. C'est en effet une garantie fondamentale en droit d'auteur international qui a été reprise ici par le législateur européen. L'article 5(1) de la Convention de Berne de 1886 dispose : « les auteurs jouissent (...) dans les pays de l'Union (...) des droits que les lois respectives accordent (...) aux nationaux ». De plus, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), signé en 1994, consacre son troisième article au traitement national : « Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle (...) ». Ces deux textes consacrent ainsi l'idée d'une égalité de traitement entre auteurs nationaux et étrangers, principe rappelé régulièrement par la CISAC<sup>18</sup>. Si cela déplaît parfois aux auteurs nationaux dont les œuvres peuvent se voir négligées au profit des œuvres étrangères<sup>19</sup>, ce principe est accentué en droit européen comme international et son caractère fondamental est régulièrement rappelé.

<sup>16</sup> L. Guibault, S. Schroff, « Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders », *ICC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, p.928.

<sup>17</sup> Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les

droits voisins dans le marché unique numérique, considérant 50.

<sup>18</sup> Voir notamment la Charte du droit d'auteur de la CISAC de 1956 et la Déclaration de la CISAC sur la gestion collective des droits des auteurs de 1992.

<sup>19</sup> U. Uchtenhagen, *La gestion collective du droit d'auteur dans la vie musicale*, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, octobre 2005.

Deux autres garanties particulièrement importantes sont requises par la directive : l'exigence de publicité et la faculté d'*opt-out*.

## 2. L'exigence de publicité et la faculté de retrait garanties aux titulaires de droits

**La publicité, condition nécessaire.** Le législateur a mis en place une obligation de publicité assez détaillée au sein de l'article 12(3), puisque le titulaire de droits concerné devra être averti que l'organisme de gestion collective pourra octroyer des licences collectives à effet étendu et, s'il refuse, alors il pourra exercer la faculté d'*opt-out*. Il est précisé au considérant 48 que cette exigence ne doit entraîner de charge administrative disproportionnée ni pour les utilisateurs, ni pour les organismes de gestion collective, ni pour les titulaires de droits. On comprend alors pourquoi l'information n'a pas besoin d'être individuelle, puisque la charge serait très lourde pour les organismes de gestion collective.

Cette garantie nécessaire de publicité comporte quelques imprécisions, notamment le terme « appropriées ». Comment savoir quelles seront les mesures appropriées ? On peut se questionner quant à la nature des mesures de publicité qui devront être mises en place, notamment la forme qu'elles devront prendre. C'est également le cas du « délai raisonnable », souvent utilisé en droit, mais à la signification différente selon les matières. Ici l'on peut supposer qu'un délai raisonnable devra laisser le temps au titulaire de droits de prendre connaissance de l'éventuelle utilisation sous licence de son œuvre et de décider s'il l'accepte ou souhaite se retirer.

Cette exigence a probablement été adoptée par le législateur européen dans le but

d'éviter l'écueil relatif aux œuvres indisponibles. En effet, dans l'arrêt Soulier et Doke du 16 novembre 2016, le juge a censuré la gestion collective alors en place et a notamment exigé une « information effective »<sup>20</sup>. Bien que le cadre des œuvres indisponibles soit différent de celui étudié ici, il est intéressant de noter le très probable lien entre l'exigence de publicité posée par la directive et l'exigence d'information effective de l'arrêt évoqué. L'arrêt a été rendu en 2016, environ un an avant l'ajout de l'article 12 dans la proposition de directive<sup>21</sup>. Pour Mme Florence-Marie Piriou, Secrétaire Générale de la SOFIA, « l'arrêt Soulier Doke a eu une portée qui a dépassé le seul dispositif ReLIRE<sup>22</sup>. Le professeur Valérie-Laure Bénabou précisait qu'il a atteint l'ensemble des systèmes de gestion collective étendue, voire ceux relevant de la gestion collective obligatoire. Aussi, lors des travaux parlementaires, les pays scandinaves ont obtenu sous la présidence estonienne, l'introduction d'un dispositif de licence de gestion collective étendue, qui a été adopté courant 2018 lors du trilogue entre le Parlement, le Conseil et la Commission »<sup>23</sup>. Ainsi, la condamnation de la France pour, entre autres, l'absence de « mécanisme garantissant l'information effective et individualisée des auteurs »<sup>24</sup>, aura sans doute inquiété les pays scandinaves, dont la loi n'impose pas de mesure de publicité, et, ainsi, influencé le législateur dans sa rédaction de l'article 12 de la directive, bien que l'information n'ait pas ici besoin d'être individualisée. Il était d'ailleurs également question de la faculté d'*opt-out* dans cet arrêt, procédure qui ne cesse de susciter des débats.

**L'exigence d'une faculté d'*opt-out*.** La directive de 2019 a repris le principe d'*opt-out* en son 12ème article : « les titulaires de droits qui n'ont pas autorisé l'organisme à octroyer

<sup>20</sup> CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc Soulier et Sara Doke contre Premier ministre et Ministre de la Culture et de la Communication*.

<sup>21</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Revised Presidency compromise proposal on Article 9a and relevant recitals, ST 15144 2017 INIT-2016/0280 (COD), 29 nov. 2017.

<sup>22</sup> Registre des Livres Indisponibles en Réédition Électronique, ancien projet de numérisation et de gestion collective des droits numériques des livres indisponibles du vingtième siècle.

<sup>23</sup> F.-M. Piriou, « Nouvelle réglementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue », CCE 2019, étude 4, dossier 1.

<sup>24</sup> *Ibid*, note 20.



la licence peuvent à tout moment, facilement et de manière effective, exclure leurs œuvres ou autres objets protégés du mécanisme d'octroi de licences établi conformément au présent article ». Ainsi, cette faculté devra pouvoir se faire à tout moment, facilement et de manière effective. Il reste là aussi à préciser ce qui sera considéré comme facile, probablement une simple demande formulée par le titulaire de droits, qui pourra être communiquée à n'importe quel moment, c'est-à-dire avant, pendant, voire après la mise en œuvre de la licence. Il faudra déterminer si cette faculté de retrait sera définitive ou si l'auteur pourra changer d'avis par la suite. Les modalités devront être précisément déterminées.

Elles devront également l'être d'un point de vue international, afin que la procédure soit harmonisée, au moins au niveau européen. Si le considérant 50 de la directive nous informe que ces garanties s'appliquent aux auteurs « indépendamment de leur nationalité ou de leur État membre de résidence », on peut tout de même penser à la création d'un *opt-out* unique, qui serait commun à tous les pays européens. Cela faciliterait sans doute la mise en place des licences collectives à effet étendu dans toute l'Europe et aiderait les auteurs dont les œuvres sont exploitées à l'étranger. Les organismes de gestion collective pourraient plus facilement gérer les licences d'auteurs inscrits dans leurs sociétés-sœurs et la gestion administrative serait allégée.

Ainsi, malgré les nombreux débats étudiés, la faculté d'*opt-out* persiste et ne disparaît pas des régimes juridiques. Il s'agit d'une condition que la France devra mettre en place si elle décide d'instaurer un système de gestion collective à effet étendu.

## II. La réception des licences collectives à effet étendu en droit français

Si la France décide d'implémenter des licences collectives à effet étendu en droit d'auteur, elle devra alors choisir le meilleur mécanisme d'extension parmi la licence

collective étendue, le mandat légal et la présomption (A). Il s'agira d'un choix stratégique, puisque si la gestion collective à effet étendu peut s'avérer judicieuse, elle demeure incertaine quant à certains aspects (B).

### A. L'importance du choix du mécanisme d'extension des accords de licence pour l'exploitation d'œuvres ou d'autres objets protégés

Plusieurs mécanismes pourront être utilisés pour étendre les accords de licence. La directive évoque le mandat légal et la présomption, peu utilisés en comparaison avec la licence collective étendue (1). Celle-ci est en effet utilisée dans la plupart des systèmes juridiques ayant mis en place une gestion collective à effet étendu, ce qui permet d'étudier son efficacité dans différents pays (2).

#### 1. Le mandat légal et la présomption face à la licence collective étendue

**Le mandat légal et la présomption, mécanismes à considérer.** Le mandat est défini par Cornu comme l'« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom »<sup>25</sup>. Il précise que l'expression « mandat légal » est un nom abusivement donné au pouvoir de représentation conféré par la loi à certaines personnes dites représentants légaux. L'ajout du terme légal insisterait-il ici sur l'importance du pouvoir de représentation des organismes de gestion collective ?

Si l'organisme ou le législateur ne choisit pas la licence collective étendue ou le mandat légal, il sera possible recourir à la présomption de représentation. Cette présomption sera simple et non irréfragable en raison du mécanisme d'*opt-out* qui aura été mis en place. Il suffira en effet aux titulaires de droits d'exclure leurs œuvres du système de licences collectives à effet étendu pour que la présomption soit renversée. Dans ce système, comme l'explique Franck Macrez,

<sup>25</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 10<sup>e</sup> édition mise à jour, 2014.

« la société de gestion collective est réputée représenter les droits des non-membres, en vertu d'une fiction juridique instituée par la loi : c'est, en quelque sorte, le mandat de la société de gestion qui est étendu aux non-membres et non plus la licence elle-même »<sup>26</sup>. En effet, en raison de la présomption de représentation, l'organisme pourra conclure une licence dont les effets s'appliqueront à l'entière des titulaires de droits. Ce n'est donc pas directement la licence qui sera étendue, mais plutôt les pouvoirs de représentation de la société, qui lui permettront ensuite d'octroyer une telle licence.

**Le mandat légal et la présomption, mécanismes peu utilisés.** Le mandat légal et la présomption sont peu utilisés à l'étranger dans le cadre de la gestion collective à effet étendu. Il est donc difficile d'examiner leur efficacité à l'étranger et d'anticiper leur réception en France. Il s'agit cependant de mécanismes utilisés dans divers domaines de droit français qui peuvent être intéressants à mettre en place. Ce sont des documents généralement simples et rapides à établir permettant d'obtenir un résultat que l'auteur aurait difficilement pu obtenir en agissant seul. La présomption pourrait être assez pratique puisque simple et donc renversable par le seul exercice de la faculté d'*opt-out* par le titulaire de droits.

Ces deux mécanismes pourraient fonctionner de manière aisée, mais leurs modalités auraient besoin d'être précisément définies. Ils existent déjà dans d'autres domaines du droit, mais leur fonctionnement pourrait être assez différent puisque leur utilisation serait ici assez spécifique.

Il faudra donc envisager ces deux mécanismes, qui pourraient être opportuns si la France décidait de mettre en place une

gestion collective à effet étendu. La licence collective étendue se veut cependant très attractive.

## 2. La licence collective étendue face au mandat légal et à la présomption

La licence collective étendue est la forme d'extension la plus répandue, souvent confondue avec les licences collectives à effet étendu, qui regroupent tous les mécanismes d'extension dont les licences collectives étendues font partie. On peut en effet aisément penser que la licence collective étendue constitue le seul mécanisme d'extension possible puisque c'est celui appliqué depuis toujours par les pays scandinaves.

**Un mécanisme expérimenté dans les pays nordiques.** Il peut être intéressant d'étudier l'utilité pratique de la licence collective étendue dans ces pays fondateurs. En effet, ce système y est réputé très efficace et c'est l'un des arguments majeurs pour encourager le développement de la gestion collective à effet étendu dans le reste de l'Europe et même au-delà, notamment au Canada<sup>27</sup>.

En Norvège, les licences collectives permettent notamment de faciliter la numérisation des œuvres, grâce à un accord de 2009 qui a permis la numérisation de nombreux livres grâce à une licence entre KOPINOR, organisme de gestion collective norvégien, et la bibliothèque nationale<sup>28</sup>, le tout conformément aux dispositions de la licence collective étendue<sup>29</sup>. Les institutions culturelles peuvent en effet avoir besoin de numériser une œuvre « qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique »<sup>30</sup> afin que celle-ci puisse être

<sup>26</sup> F. Macrez, « Œuvres orphelines et œuvres indisponibles », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1380, mis à jour le 1<sup>er</sup> septembre 2019, §56.

<sup>27</sup> D. Gervais, Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre, préc.

<sup>28</sup> En mai 2009, la Bibliothèque nationale norvégienne a lancé *The Bookshelf*, un site web mettant à disposition des dizaines de milliers de livres

norvégiens. L'accord pour la poursuite du site a été signé le 28 août 2012.

<sup>29</sup> T. Koskinen-Olsson, V. Sigurdardóttir, « Collective management in the Nordic countries », dans D. Gervais (ed.), *Collective management of copyright and related rights*, Kluwer Law International, 3<sup>e</sup> éd., 2016, p.258.

<sup>30</sup> Article L134-1 du Code de la propriété intellectuelle, portant sur les livres indisponibles.

rendue accessible au public. Dans ce cas, la gestion collective étendue peut être une solution envisageable. C'est d'ailleurs ce qu'a prévu la directive 2019/790 pour les œuvres indisponibles dans ses articles 8 à 11.

Un autre exemple est celui de la reproduction dans les entreprises et organisations suédoises. Une copie analogique et numérique est possible dans ces lieux grâce à l'effet étendu, permis par une révision de 2013 de la loi suédoise sur le droit d'auteur<sup>31</sup>. L'accord permet ainsi la copie et la communication d'œuvres littéraires et des beaux-arts rendues publiques, pour l'information et la formation internes aux institutions et organismes tels que le Parlement, les autorités municipales et gouvernementales ou encore les entreprises. Cela permet par exemple de photocopier les œuvres, les stocker sur clé USB dans l'entreprise ou, encore, de les inclure dans une présentation<sup>32</sup>. En France, cela pourrait être perçu comme l'introduction d'une nouvelle exception au droit d'auteur. Permettre la reproduction d'œuvres dans un nouveau contexte serait probablement critiqué par une partie de la doctrine, mais l'on peut surtout y voir une possibilité supplémentaire offerte par les licences collectives étendues.

Les licences collectives à effet étendu sont ainsi fréquemment utilisées en Europe du Nord, mais ce n'est pas la seule partie du monde dans laquelle elles le sont, principalement sous forme de licences collectives étendues.

**Une efficacité prouvée dans d'autres pays du monde comme le Malawi.** Au Malawi, la loi permettait déjà en 1990, sous certaines conditions, la reproduction, par des établissements d'enseignement, d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques protégées ayant déjà fait l'objet

d'une communication au public de manière légale. La Section 10(f) de la loi sur le droit d'auteur du Malawi<sup>33</sup> précise qu'en cas d'une telle reproduction, le nombre de copies et leurs usages sont limités aux besoins des activités courantes des organismes reproduisant les œuvres. De plus, cela ne doit pas s'opposer à l'utilisation normale de l'œuvre ou causer un préjudice injustifié à l'auteur. L'organisme visé par cette loi est COSOMA, la société malawienne du droit d'auteur, dont les recettes pour la reproduction, dans les établissements d'enseignement, des œuvres destinées à être redistribuées aux titulaires de droits, se sont élevées à presque 55,000€ en 2018, une somme non négligeable. Les activités de gestion collective étendue au Malawi ont entraîné une augmentation de la production d'œuvres par des auteurs locaux, ce qui montre que le système y est extrêmement bénéfique<sup>34</sup>.

## **B. Un choix de gestion judiciaire mais incertain en droit français**

Si l'implémentation de licences collectives à effet étendu est attendue, notamment par les organismes de gestion collective (1), leur réussite demeure incertaine en France. En effet, leur succès dans les pays nordiques n'est pas un hasard et ne serait pas forcément transposable en France en raison des différences de culture (2).

### **1. Une solution attendue par les organismes de gestion collective français**

**Les organismes de gestion collective face aux licences collectives à effet étendu.** Les premiers bénéficiaires des licences collectives à effet étendu seraient sans doute les organismes de gestion collective. Nombre d'entre eux envisagent l'utilisation de tels

<sup>31</sup> Swedish act on copyright in literary and artistic works, 2013, (Swedish Statute Book, SFS, 1960:729), article 42(b).

<sup>32</sup> T. Koskinen-Olsson, V. Sigurdardóttir, « Collective management in the Nordic countries », préc. p.258.

<sup>33</sup> Loi N° 9 du 26 avril 1989 relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques, les œuvres audiovisuelles, les

enregistrements sonores et les émissions de radiodiffusion, aux droits des artistes interprètes ou exécutants, à la création de la Société malawienne du droit d'auteur et à des questions annexes ou connexes.

<sup>34</sup> O. Stokkmo, *The role of collective licensing*, International Publishers Association (IPA), rapport établi en novembre 2019, p.10.

accords et attendent la transposition de la directive en droit français pour les mettre en place. Le système ne serait toutefois pas forcément bénéfique pour toutes les sociétés. En effet, ce sont surtout les organismes de gestion collective établis récemment et ceux de taille moyenne qui en bénéficieraient. Ils pourront, en effet, accorder des autorisations plus rapidement et plus largement, ce qui leur permettra de se faire connaître, de recruter de nouveaux membres et ainsi d'élargir leur répertoire et augmenter les perceptions.

Les sociétés des arts visuels sont très intéressées par les licences collectives à effet étendu. C'est par exemple le cas de la Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) et de la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP). Bien que ces sociétés possèdent un répertoire assez large, ces licences leur permettraient d'obtenir les droits requis en cas d'utilisation à grande échelle.

**Un système aux utilisations diverses.** Si les licences collectives à effet étendu sont aussi attendues, notamment par les organismes de gestion collective, c'est entre autres parce qu'elles pourront s'appliquer à différents secteurs pour diverses utilisations. L'une des utilisations récemment envisagées est le référencement d'images, qui a fait l'objet d'un rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) en novembre 2019<sup>35</sup>.

En effet, les services de référencement d'image collectent un grand nombre d'images sur le web, qui peuvent s'avérer être des œuvres protégées. Avec l'arrivée de la directive 2019/90 et de son douzième article relatif aux licences collectives à effet étendu, Pierre Sirinelli et Sarah Dormont ont rédigé un rapport proposant la licence étendue comme réponse aux difficultés soulevées par l'activité de référencement d'images. C'est ainsi qu'ils proposent la mise en place d'un système qui permettrait aux organismes de gestion collective en question d'étendre les accords passés avec des services

de référencement d'images à des auteurs non-membres grâce aux licences collectives étendues.

Une autre utilisation intéressante des licences collectives à effet étendu concerne les archives, notamment celles des œuvres audiovisuelles. Les œuvres audiovisuelles comprennent souvent un grand nombre de titulaires de droits et les archives sont nombreuses. Seulement, elles ne sont que rarement publiées, car cela nécessiterait l'autorisation de tous les titulaires de droits concernés. Les licences collectives à effet étendu permettraient aux diffuseurs d'obtenir les autorisations requises par le biais des organismes de gestion collective, qui rémunéreraient leurs membres comme les titulaires de droits non-membres de leur société. Cela permettrait l'accès de tous à un patrimoine culturel important et favoriserait ainsi l'accès à la culture.

Les licences collectives à effet étendu présentent ainsi des avantages à la fois pour les titulaires de droits, les utilisateurs et plus largement pour la société. Comme l'expliquent Tarja Koskinen-Olsson et Vigdís Sigurdardóttir<sup>36</sup>, il n'est pas toujours possible de contrôler les centaines de milliers d'utilisations faites des œuvres des auteurs, et la gestion collective permet de protéger leurs droits. Les utilisateurs pourraient quant à eux obtenir des licences couvrant toutes leurs utilisations sans craindre des réclamations imprévues de la part des titulaires de droits non représentés. Enfin, il serait dans l'intérêt de la société d'assurer une exploitation facile et en toute légalité dans certains secteurs particulièrement importants comme la reproduction dans les établissements d'enseignement et les bibliothèques.

Si les licences collectives à effet étendu sont possibles dans le cadre d'utilisations diverses et visent à établir un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts des utilisateurs, quelques questions restent pour le moment

<sup>35</sup> S. Dormont, P. Sirinelli, *Mission Services automatisés de référencement d'images - Rapport et proposition de modification législative*, CSPLA, novembre 2019.

<sup>36</sup> T. Koskinen-Olsson, V. Sigurdardóttir, « Collective management in the Nordic countries », préc. p.251.

sans réponse et nous font douter de leur future efficacité en droit français.

## 2. Une réussite incertaine liée notamment à la culture nationale

**Un succès lié à la culture scandinave.** Si le succès des licences collectives à effet étendu est très important dans les pays scandinaves dont elles sont originaires, peut-être est-ce justement parce qu'elles ont été créées sur mesure dans ces différents pays. Certains auteurs comme Thomas Riis et Jens Schovsbo<sup>37</sup> défendent l'idée assez convaincante selon laquelle la réussite d'un tel système est liée à la culture nationale. En effet, dans les pays comme le Danemark, la Suède ou la Finlande, les organismes de gestion collective sont extrêmement bien organisés et toutes les institutions coopèrent. Les différentes sociétés de gestion des droits d'auteur comprennent un grand nombre de membres et sont quasiment toutes considérées représentatives de leur secteur. Tarja Koskinen-Olsson et Vigdís Sigurdardóttir précisent que « le système présuppose qu'il existe un réseau de sociétés très bien développé et que ces organismes représentent un nombre substantiel des titulaires de droits du secteur en cause. En d'autres mots cela présuppose que le « marché du droit d'auteur » soit très bien organisé et discipliné »<sup>38</sup>.

**Une réussite incertaine en France.** Si les organismes de gestion collective français se veulent très bien organisés et de plus en plus représentatifs, les licences collectives étendues et plus généralement les licences collectives à effet étendu ne seraient probablement pas aussi efficaces en France que dans les pays nordiques, compte tenu des différences de culture et de mentalité. La France devrait-elle s'inspirer du « modèle scandinave » ? En économie, les spécialistes

soulignent la difficulté, voire l'impossibilité des citoyens français à accepter de drastiques changements et ainsi mettre en place un système similaire à celui des pays scandinaves<sup>39</sup>. Si les licences collectives à effet étendu ne nécessitent sans doute pas autant de changements qu'un nouveau modèle économique et social, cela reflète tout de même les différences nationales et les potentielles difficultés qui pourraient être rencontrées. Le droit de propriété est très fort en France et les Français sont très attachés au principe de liberté contractuelle. Pour ces raisons, notamment, l'on peut légitimement douter de l'acceptation par tous des licences collectives à effet étendu.

## Conclusion

De nombreuses questions restent en suspens quant à l'efficacité de la gestion collective à effet étendu. Elle dépendra notamment de la transposition de la directive 2019/790, qui déterminera les modalités du système si la France décide de le mettre en place. Elle devrait en effet donner des indications quant aux licences qui pourront être étendues, ou aux œuvres, droits et utilisations qui seront concernés par ces licences. Les quatre conditions (représentativité, publicité, égalité de traitement et opt-out), entraînant quelques interrogations, seront elles-aussi précisées. De plus, des questions financières requièrent également une réponse. Il reste en effet encore à déterminer les modalités pratiques de rémunération des titulaires de droits non-membres de l'organisme de gestion collective gérant la licence, et plus largement l'ensemble des coûts pour mettre en œuvre un tel système.

Si en théorie cela semble très prometteur, seule la pratique démontrera réellement l'efficacité d'un tel système.

L.Z.

<sup>37</sup> T. Riis, J.Schovsbo, « Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon? », préc. p.23-25.

<sup>38</sup> T. Koskinen-Olsson, V. Sigurdardóttir, « Collective management in the Nordic countries », préc. p.262.

<sup>39</sup> D. Lang, « Can the Danish model of flexicurity be a matrix for the reform of European labour markets? », *Les Cahiers du Gres*, cahier n°2006-18, septembre 2006.