

Gestion collective : regards au prisme de la DAMUN

Stéphanie CARRE

Maître de conférences HDR, Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg

Le droit d'auteur en mouvement

Le droit d'auteur vit au travers des contrats, individuels ou collectifs. Le recours à la gestion collective, questionné à l'aune du développement du numérique, se développe alors que d'aucuns prédisaient l'inverse. Les modalités de cette gestion mutualisée se diversifient, notamment sous l'impulsion du législateur de l'Union. Ce dernier, en adoptant la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique¹ se saisit pour la première fois de l'harmonisation des aspects contractuels du droit d'auteur et accorde une place essentielle à la gestion collective².

¹ Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les dir. 96/9/CE et 2001/29/CE (ci-après DAMUN), *JOUE* n° L130 du 17 mai 2019 p. 92 : *Lexbase hebdo éd. Affaires*, 11 juillet 2019, dossier spécial ; *Propr. Intell.* 2019, n° 72, pp. 33 et s., chron. par A. Lucas, J.-M. Bruguière et C. Bernault ; *JCP G* 2019, 26, 693, p.1236, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2019, 27, étude, p. 1343, par É. Treppoz ; *RTD Com* 2019, p. 648, note F. Pollaud-Dulian ; *CCE* oct. 2019, 10, Dossier spécial.

² La directive « CabSat 2 », adoptée le même jour, témoigne du même mouvement : directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil. Sur celle-ci, v. : G. Vercken et V. Tabary, « L'"autre" directive : la nouvelle directive dite "CabSat 2" du 17 avril 2019 », *Légipresse*, 2019, n° 372.

³ Notamment les affaires « Basset c. SACEM », « Tournier » ou « EMI » et sur cette question, S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union » in *La contribution de la jurisprudence à la construction de la*

Histoire

L'histoire du droit de l'Union et de la gestion collective n'est pas un long fleuve tranquille et débute même de manière particulièrement houleuse. Les premières décisions de la Cour de justice, relatives à la propriété littéraire et artistique et qui concernent d'ailleurs la gestion collective, manifestent une réelle défiance à son égard³. Approche partagée par le législateur de l'Union lorsqu'il est intervenu pour harmoniser les règles de droit d'auteur⁴ jusqu'à l'adoption de la directive

propriété intellectuelle en Europe C. Geiger (dir.), LexisNexis-CEIPI, n°60, 2013, p. 1-58.

⁴ La première directive transversale, directive 2001/29 dite « Société de l'information » (directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOUE* 2001 L 167, p. 10), dont la CJUE va faire le socle du « droit commun » du droit d'auteur de l'UE, ne traite pas spécialement de la gestion collective même si celle-ci est impliquée *de fait* pour organiser la mise en œuvre de certaines exceptions. Les utilisations de masse existant, l'intervention des organismes de gestion collective est envisagée par les directives antérieures, pour des hypothèses très spécifiques, soit dans un objectif de politique culturelle, avec la directive « Prêt et location » de 1992 (directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *JOUE* 2006 L 376, p. 28), soit pour permettre le développement d'un marché, avec la directive « CabSat » de 1993 (directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOUE* 1993 L 248, p. 15).

dite « gestion collective » de 2014⁵ dans laquelle il intègre les solutions jurisprudentielles relatives à la garantie de la libre concurrence⁶. Ce faisant, sans changement particulier quant aux « outils » du droit d'auteur qu'il appréhende et harmonise, le législateur de l'Union entendait instituer un système rigoureux, performant et harmonisé de gestion collective.

Mouvement du droit. À la faveur du marché numérique, un droit d'auteur « fonctionnel »

Avec les directives d'avril 2019 et spécialement la DAMUN, le législateur enrichit sa boîte à outils, notamment en accordant davantage de place au contrat, et en particulier au contrat, aux contrats collectifs et aux organismes de gestion collective. Cette directive est issue de longs travaux préparatoires, politiques et législatifs, émaillés de débats polémiques concernant essentiellement deux dispositions controversées relatives aux droits voisins des éditeurs de presse et à la responsabilité des plateformes. Au-delà de l'extension relative de l'exclusivité que représentent ces dernières⁷, elle opère un enrichissement important des « outils traditionnels » du droit d'auteur. Elle manifeste une conception utilitariste du droit d'auteur et marque ainsi une étape importante. Auparavant, la palette du législateur était composée, du côté des prérogatives des auteurs : du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire, conçu comme un principe, et des exceptions ou limitations qui, pour résumer, pouvaient consister en la paralysie ou la suppression du pouvoir d'interdire auquel est parfois substitué ou assorti un droit à rémunération ou un droit à compensation. Les exceptions et limitations de la directive « Société de l'information » sont facultatives et non obligatoires, sous réserve d'une exemption pour la copie technique provisoire (art. 5§1). S'agissant de la mise en œuvre des droits, la palette du législateur se compose « traditionnellement »

du contrat individuel, de la gestion collective volontaire et de la gestion collective obligatoire dans des hypothèses spécifiques, sans que ces « outils » ne soient, ou très peu, harmonisés. L'enrichissement de la palette apparaît clairement avec la nouvelle directive. Il permet davantage de flexibilité, notamment aux États et aux différents acteurs économiques. Les droits sont toujours par principe exclusifs, mais sont conçus pour être exploités et des mesures ont été adoptées pour encourager ou faciliter l'octroi de licences. Les exceptions et limitations peuvent aujourd'hui être facultatives ou obligatoires, obligatoires pour les États et les parties, ou seulement pour les États ou pour les parties concernées. Leur consécration obligatoire ou leur application n'est parfois que subsidiaire, ainsi en l'absence de dispositif d'octroi de licences effectives disponibles, la compensation équitable peut revêtir un caractère facultatif. La directive entreprend d'harmoniser le droit des contrats individuels et diversifie les formes de la gestion collective, spécialement volontaire, en permettant ou en imposant la licence collective à effet étendu dans certaines hypothèses.

On entre ainsi avec la DAMUN, semble-t-il, dans une ère de confiance à l'égard de la gestion collective. En témoigne l'extension de la gestion collective (I), par l'élargissement de son périmètre et de celui des interventions des organismes de gestion collective (ci-après OGC), et la consécration d'un nouvel outil, une nouvelle figure contractuelle destinée à faciliter l'octroi de licence par les OGC en renforçant leur position, la licence collective à effet étendu (II).

I. L'« extension de la gestion collective »

Instrumentalisation du droit d'auteur et renforcement du rôle des OGC.

des droits aux membres, aux exploitants/utilisateurs et encadre l'octroi de licences multi territoriales pour la musique, consacre et impose les règles du droit de la concurrence aux OGC.

⁷ S. Carre, F. Macrez, « Les ambivalences du copyright européen dans la construction du marché unique numérique », *Europe* 2020, n° 7, étude 6.

⁵ Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, *JOUE* 2014, L 84, p. 72.

⁶ Ce texte, qui impose essentiellement des obligations de transparence et d'information à ces OGC, confère

L'extension de la gestion collective me semble directement liée à l'appréhension du droit d'auteur comme un outil essentiel, un levier, pour le développement et le bon fonctionnement du marché unique numérique. Dans cette perspective, ce droit est conçu comme étant – ou devant être – essentiellement un droit d'octroyer des licences et d'obtenir une rémunération appropriée. Dès le premier article de la directive, le ton est donné puisqu'il s'agit de poursuivre l'harmonisation et de :

« fixer des règles relatives aux exceptions et limitations, à la facilitation des licences ainsi que des règles destinées à assurer le bon fonctionnement du marché pour l'exploitation des œuvres ».

Le mot d'ordre pourrait d'ailleurs être « octroi de licence », tant les occurrences de l'expression sont nombreuses⁸. Si l'octroi de licence est encouragé de manière générale, le législateur de l'Union mobilise beaucoup dans cette perspective les OGC, dont il prévoit, encourage ou rend obligatoire en fait, ou en droit, l'intervention, dans le cadre d'une gestion collective des droits ou de négociations et accords collectifs.

A. Périmètre élargi de la gestion collective

Exceptions et limitations, ferment de la gestion collective.

En creux des exceptions et limitations précisées ou créées par le législateur de l'Union, se développe le domaine de la gestion collective. S'agissant de l'exception obligatoire prévue pour l'utilisation d'œuvres dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières⁹, le recours à la gestion collective pourrait s'imposer à double titre. Si l'État prévoit une compensation équitable d'une part, comme le permet l'article 5§4 de la directive, l'intervention d'un OGC sera bien souvent nécessaire au moins pour collecter les sommes dues et redistribuer aux ayants droits la compensation, si ce n'est,

pour la négocier. Le législateur de l'Union permet d'autre part aux États membres (art. 5§2) de prévoir que cette exception ou limitation ne s'appliquera pas du tout ou ne s'appliquera pas en ce qui concerne certaines utilisations ou types d'œuvres (comme les partitions), en présence de licences adéquates autorisant les actes concernés. La seule condition est alors que ces licences puissent être facilement obtenues et répondent aux besoins et spécificités des établissements d'enseignement. La solution de la gestion collective n'est pas imposée, certes, mais les licences collectives sont explicitement visées à titre d'exemple de tels dispositifs d'octroi de licences au considérant 23. Elle pourrait également être utilement investie dans la mise en œuvre de l'exception de fouille de textes et de données, spécialement dans l'hypothèse d'une réserve par les titulaires de droit, conformément à ce que prévoit la directive (art. 4§3)¹⁰. La gestion collective est enfin fortement encouragée par l'institution de la licence collective à effet étendu, envisagée comme réponse principale au « problème » des indisponibles¹¹.

Dans le souci de permettre le développement des programmes de numérisation massive des institutions culturelles et face aux difficultés liées à la nécessité d'autorisations préalables et individuelles des titulaires de droit, le législateur de l'Union impose en effet aux États de créer une exception ou limitation permettant à ces institutions de mettre à disposition, à des fins non commerciales, les œuvres indisponibles de leur collection (art. 8§2). Il prévoit néanmoins que cette solution ne s'appliquera que s'il n'existe pas d'organisme de gestion collective suffisamment représentatif, en vertu de ses mandats, en ce qui concerne le type d'œuvres et le types de droits concernés, pouvant conclure une licence collective à effet étendu, favorisant ainsi le développement de cette gestion collective (art. 8§3 et §1).

Régime de responsabilité ad hoc et gestion collective.

⁸ L'expression « octroi de licences » présente 65 occurrences et le législateur va jusqu'à nommer le marché de « l'octroi de licences » au considérant 61.

⁹ Art. 5 de la DAMUN.

¹⁰ Pour l'exception de fouille de textes et données à des fins de recherche scientifique, c'est la négociation collective qui est encouragée (art. 3§4).

¹¹ Voir *infra* II.

Sans le qualifier explicitement d'exception ou de limitation du droit d'auteur, le législateur de l'Union dessine un régime spécial de responsabilité limitée des plateformes de partage en ligne de « contenus ». La clarification ainsi faite, pour reprendre le terme choisi par le législateur, est essentielle¹². En effet, la directive précise que le fournisseur de service de partage de contenus en ligne, lorsqu'il donne accès au public à des œuvres ou autres objets protégés « téléversés » par les utilisateurs de leurs services, effectue un acte de communication au public (art. 17.1). Le fournisseur doit donc, par principe, obtenir une autorisation des titulaires de droits, sans que la limitation de responsabilité établie à l'article 14.1 de la directive 2000/31 ne puisse s'appliquer (art. 17.3). Cependant, même en l'absence d'autorisation, sa responsabilité ne pourra être engagée au titre de la contrefaçon s'il satisfait à un certain nombre de conditions, différentes selon, essentiellement, sa taille et sa « jeunesse » (art. 17.4). La condition commune à tous les fournisseurs de service de partage en ligne de contenus, pour bénéficier de ce régime de responsabilité allégée, est d'avoir fourni ses « meilleurs efforts » pour obtenir cette autorisation. En exigeant cela, le législateur de l'Union encourage nécessairement ce qui s'impose de fait - et ce qui s'est déjà pratiqué en France par exemple - le recours à la gestion collective...

Les plateformes sont en effet ainsi incitées à se tourner vers les acteurs à même de leur accorder les autorisations utiles, et donc les organismes de gestion collective. Les titulaires de droits eux-mêmes sont ainsi encouragés à s'adresser aux OGC, qui sont les mieux placés pour faire respecter leurs droits et espérer obtenir une rémunération. Par ailleurs, l'obligation de coopération instaurée par la directive entre ces titulaires de droits et ces fournisseurs va impliquer, pour des raisons pratiques, l'intervention de ces

organismes de gestion collective (art. 17 et cons. 71).

B. Périmètre élargi des interventions des organismes de gestion collective

La nouvelle directive multiplie les hypothèses d'intervention des OGC en faisant une place importante aux négociations collectives et aux accords collectifs d'une part et au dialogue, que les États doivent instituer ou encourager dans un certain nombre de cas, d'autre part.

Négociations collectives et accords collectifs.

La directive consacre un principe important pour garantir l'une des fonctions essentielles du droit d'auteur, la juste rémunération des auteurs : celui d'une rémunération appropriée et proportionnée¹³ à la valeur économique du droit exploité. Ce principe est présenté comme un outil essentiel pour rééquilibrer les rapports contractuels entre exploitants, parties fortes, et créateurs, parties faibles. Il est énoncé à l'art. 18 de la directive, sans être qualifié d'ordre public. Or, pour son application, le législateur invite notamment aux négociations et accords collectifs. En effet, les États membres sont libres de mettre en œuvre ce principe « en recourant à divers mécanismes existants ou nouvellement introduits qui pourraient inclure » la négociation collective (cons. 73), laquelle impliquera sans aucun doute les organismes de gestion collective, comme le prévoit d'ailleurs le projet de loi français de transposition spécialement en ce qui concerne les droits voisins¹⁴. Par ailleurs, une obligation de transparence est consacrée, devant permettre aux titulaires de droit d'évaluer la valeur économique de leurs droits (art. 18). Là encore, la directive renvoie à la négociation collective (cons. 77), et notamment pour parvenir à un accord concernant la transparence exigée, qui doit tenir compte des spécificités des différents secteurs. Les OGC, soumis eux-mêmes à une

¹² Elle a pu surprendre, elle nous semble faire écho à certains développements jurisprudentiels. V. nota CJUE, 14 juin 2017, C-610/15, aff. « *Stichting Brein c. Ziggo* » ou Cass. civ. I, 12 juillet 2012, pourvois n^{os} 11-13.669 et 11-13.666, s'agissant du service Google Vidéo.

¹³ E. Gaspar, « Le droit d'auteur contractuel européen : quel regard du point de vue du droit français », *RFPI 2021*, numéro spécial nov. 2021, p. 57.

¹⁴ Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique déposé à l'Assemblée nationale le 5 déc. 2019.

obligation de transparence, en vertu de la directive 2014/26 (art. 18), apparaissent ainsi comme étant des acteurs incontournables.

Enfin, pour rendre effectif et concret ce principe d'une rémunération appropriée et proportionnée, la directive prévoit un mécanisme d'adaptation du contrat. Sans s'enfermer dans une solution rigide et privilégiant la flexibilité, le législateur compose avec les éléments de sa palette élargie : les États membres doivent veiller à ce que les auteurs aient le droit de réclamer une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport aux revenus tirés de l'exploitation. Mais cette obligation n'existe qu'en l'absence d'accord collectif prévoyant un mécanisme comparable... Or, que ce soit dans la négociation d'un tel accord collectif ou dans la mise en œuvre du mécanisme d'adaptation, puisque la directive prévoit l'assistance des représentants des auteurs en ce qui concerne les demandes d'adaptation des contrats (considérant 78), les OGC sont amenés à jouer un rôle important.

Dialogue et consultation.

La directive a par ailleurs recours à la *soft law*, au dialogue, à la consultation, et aux bonnes pratiques pour mieux asseoir et dessiner la réglementation, conduisant ainsi à la multiplication des interventions des représentants des auteurs et notamment des OGC.

L'on peut ainsi songer à la mise en œuvre du régime *ad hoc* de responsabilité des plateformes d'échanges, pour lequel la directive prévoit l'organisation par la Commission et les États membres, dès le 6 juin 2019, de dialogues entre les parties intéressées afin d'examiner les meilleurs pratiques de la coopération entre plateformes et titulaires de droits (art. 17§10) de vérifier l'application uniforme de cette obligation, et d'émettre des orientations.

L'on peut encore songer à l'obligation des États, pour garantir la disponibilité des œuvres audiovisuelles sur les plateformes de vidéo à la demande, de prévoir pour les

parties qui veulent conclure un contrat de licence mais ont des difficultés quant à son octroi, la possibilité d'obtenir « l'assistance d'un organisme impartial ou de médiateurs » pour les aider à négocier et à trouver un accord (art. 13). Le législateur de l'Union précise qu'il ne s'agit pas d'affecter la liberté contractuelle des parties, le mécanisme reposant sur une base volontaire, mais il s'agit d'encourager le dialogue y compris, comme l'indique le texte, entre les organismes représentatifs (cons. 52), donc notamment les organismes de gestion collective.

Une dernière illustration de ce mouvement de déploiement de l'intervention des OGC peut être présentée s'agissant des mesures adoptées, visant à permettre l'utilisation des œuvres indisponibles par les institutions culturelles (art. 8)¹⁵. Au-delà de l'extension de la gestion collective par la possibilité de licences collectives à effet étendu, la consultation des OGC est imposée aux États, avec celles des titulaires de droits et des institutions du patrimoine, par secteur, pour établir les exigences permettant de présumer l'indisponibilité d'une œuvre, autrement dit, pour identifier quels sont les efforts raisonnables devant être entrepris pour déterminer si une œuvre est disponible ou non. La participation des OGC est également prévue dans le cadre du dialogue régulier (à l'article 11) que les États doivent encourager afin d'accroître la pertinence et l'utilité des mécanismes mis en place. La référence récurrente à la diversité des expériences, des traditions ou des pratiques sectorielles dans la directive¹⁶ paraît enfin révélatrice de l'importante place accordée par le législateur de l'Union aux acteurs de terrain que sont notamment les OGC et très favorable à la prise en compte des solutions efficaces qu'ils ont pu développer.

Au-delà de l'extension des domaines de la gestion collective et de l'intervention des OGC, la gestion collective est étendue par la consécration d'une nouvelle figure contractuelle : la licence collective à effet étendu.

¹⁵ V. *infra* II.

¹⁶ V. spéc. les considérants 33, 46, 50 et 60 et l'on notera 17 occurrences du terme « pratiques » dans la directive.

II. La « gestion collective étendue »

Un nouvel outil, loin des attentions.

La consécration de la licence collective à effet étendu comme nouvel outil est demeurée dans l'ombre. Ne figurant pas dans la proposition de directive initiale¹⁷, son introduction tardive au titre des mesures « visant à améliorer les pratiques en matière d'octroi de licence et à assurer un accès plus large aux contenus »¹⁸ a certes laissé peu de temps pour qu'elle puisse être discutée ou devenir une véritable préoccupation des spécialistes ou du grand public, focalisés par ailleurs sur les questions très controversées du droit voisin des éditeurs de presse ou du régime de responsabilité des plateformes de partage de contenus en ligne. Pourtant, cette institution de la licence collective à effet étendu, à double titre, marque un tournant. Celui d'une nouvelle flexibilité, celui de la confiance dans la gestion collective, celui peut-être aussi d'un système qui se tourne vers un droit d'auteur « d'opposition », avec une multiplication des mécanismes dits d'« opt out »¹⁹...

Genèse en réponse à la jurisprudence de la Cour et aux inquiétudes nationales.

Cette consécration est une réponse à la jurisprudence de la Cour de justice²⁰, et ce, à double titre. L'arrêt « Soulier et Dock » du 16 novembre 2016 avait « condamné » le système français « ReLIRE » en considérant, pour résumer, que la gestion collective quasi-obligatoire mise en place par la loi du 1er mars 2012²¹ sur les livres indisponibles se

situait en dehors des limitations ou exceptions prévues par la directive, et ne respectait pas les exigences qui découlent de l'application du principe du droit exclusif, et notamment celle d'un consentement préalable, qui supposait une information préalable, effective et individualisée des auteurs²². Si plusieurs arrêts avaient déjà souligné le caractère limitatif de la liste des exceptions et limitations énoncées par la directive 2001/29, la Grande Chambre de la Cour a très clairement précisé en juillet 2019 que la définition de nouvelles exceptions ou limitations ne relève que de la compétence du législateur de l'Union²³. En dehors des hypothèses « légales » d'exceptions ou limitations prévues par les directives, un État ne saurait en créer d'autres ni prévoir une gestion collective obligatoire ou quasi obligatoire, un juge national ne saurait créer de nouvelles exceptions ou limitations. Conscients de la fragilité de leurs solutions nationales, la France, en rapport avec la loi sur les indisponibles, ainsi que les pays nordiques, en raison de leur recours à la licence collective étendue, encouragèrent le législateur de l'Union à harmoniser un outil leur permettant la flexibilité qu'ils s'étaient arrogés ou dont ils usaient.

Consécration à un double titre.

C'est pour répondre à la difficulté sommairement identifiée par le législateur de l'Union du recours illusoire aux autorisations préalables et individuelles, (dans certains cas, parce que trop difficile ou trop coûteux, et au regard de l'importance de l'exploitation effective des œuvres, soit dans l'intérêt

¹⁷ C'est un mandat de négociation du Conseil donné à la Commission, dans le cadre du trilogue, en novembre 2018 qui a introduit un article 9a, créant l'actuel article 12.

¹⁸ Intitulé du Titre III de la Directive.

¹⁹ Qu'il s'agisse d'un mécanisme pour réserver l'application d'une exception (avec l'exception de fouille de textes ou de données de l'art. 4§3) ou pour « sortir » d'une gestion collective volontaire légalement organisée pour répondre à certaines nécessités culturelles ou économiques.

²⁰ L'arrêt *Soulier et Dock* est d'ailleurs explicitement visé pour désigner les dispositions relatives aux œuvres indisponibles dans l'un des premiers *drafts* de la directive.

²¹ Loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle, *JO* du 2 mars 2012, p. 3986.

²² CJUE 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Soulier et Doko c/ ministre de la Culture, Dalloz IP/IT* 2017. 108, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2017. 84, note F. Macrez.

²³ CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH, Europe* 2019, comm. 391, obs. D. Simon ; *Prop. intell.* 2019, n° 73, p. 29, obs. A. Lucas ; aff. C-476/17, « *Pelham GmbH* », *CCE* 2019, comm. 75, C. Caron ; *JCP G* 2019, 992, note J.-M. Bruguière ; *Europe* 2019, comm. 393, obs. D. Simon ; *Prop. intell.* 2019, n° 73, p. 46, obs. A. Lucas ; aff. C-516/17, *Spiegel Online GmbH, JCP G* 2019, 874 n° 36, D. Berlin ; *RTDE* 2019 p.927 E. Treppoz.

général, soit pour le bon fonctionnement du « marché des contenus »²⁴), que le législateur de l'Union choisit de consacrer la licence collective à effet étendu au titre de solution spéciale. Il la consacre à titre principal, pour permettre l'utilisation des œuvres indisponibles par les institutions culturelles (art. 8 à 11) et, au-delà de cette hypothèse limitée, au titre de solution générale offerte aux États, lorsqu'est peu probable l'obtention d'autorisations individuelles, notamment du fait du nombre élevées d'œuvres utilisées (art. 12).

Objet de l'harmonisation.

Il s'agit dans les deux cas de l'harmonisation d'un nouveau mécanisme à la disposition des États et des OGC : la licence collective à effet étendu. Cette nouvelle figure contractuelle permet à un OGC d'octroyer une licence collective, au nom des titulaires de droits, indépendamment du fait que tous les titulaires couverts par cette licence l'aient autorisé à agir à cette fin ou l'aient mandaté à cette fin.

A. La licence collective à effet étendu, solution spéciale pour l'utilisation des œuvres indisponibles par les institutions culturelles

Contexte.

Si le dispositif mis en place par la directive, aux articles 8 à 11, fut dessiné en quelque sorte en réponse à la décision de la Cour de justice « Soulier et Doke », on l'a vu, il adresse les seules difficultés rencontrées par les institutions culturelles dans le cadre de programmes de numérisation massive de leurs collections et non pas, comme en France, à la difficulté, invoquée par les exploitants et liée aux coûts de transaction importants pour obtenir des autorisations

préalables des titulaires de droit nécessaires à l'exploitation numérique des « livres indisponibles », plus généralement²⁵.

Il ne s'agit bien entendu²⁶ pas de présenter dans le détail la solution adoptée par le législateur de l'Union, mais de relever que la licence collective à effet étendu est instituée ici au titre de solution spéciale, à titre principal, pour faciliter certaines utilisations des œuvres indisponibles qui se trouvent à titre permanent dans les collections des institutions du patrimoine culturel. Cette solution est privilégiée, mais les États doivent également prévoir une exception ou limitation « pure et simple » (art. 8§2), qui ne s'appliquera que si aucun organisme de gestion collective n'est suffisamment représentatif des titulaires de droits par rapport au type d'œuvres concernées ou au type de droits objets de la licence nécessaire (art. 8§3), et si le titulaire de droits n'a pas exclu son application par l'exercice de son droit d'*opt-out* (art. 5§4).

Objet, limites et conditions du mécanisme.

La licence collective à effet étendu, au cœur du régime spécial applicable aux œuvres indisponibles des collections des institutions culturelles, permet donc à un OGC de conclure un contrat de licence non exclusive, à des fins non commerciales, avec une institution du patrimoine culturel, indépendamment du fait que tous les titulaires de droits couverts par la licence aient ou non mandaté l'organisme de gestion collective (art. 8.1). Pour tenir compte de la diversité des cultures juridiques, la liberté est laissée aux États de choisir le mécanisme d'extension de l'effet de la licence collective – licence collective étendue ou présomption de représentation, comme le précise le considérant 33.

²⁴ Considérants 30, s'agissant de la solution spéciale pour les œuvres indisponibles et 47 s'agissant de la solution générale.

²⁵ Le champ d'application du dispositif adopté est néanmoins plus large en ce que les « indisponibles » concernées ne sont pas seulement les œuvres publiées sous forme de livres : toutes les « œuvres indisponibles » sont concernées et la définition de l'indisponibilité est plus large que celle retenue par le dispositif français, souvent appelé par le nom du registre éponyme « ReLire ». Il est également à noter

qu'une œuvre peut être déclarée indisponible dans le commerce alors qu'elle n'a jamais été commercialisée (cons. 37).

²⁶ F. Macrez, « Les mesures en faveur de l'octroi de licences et de l'accès plus large aux contenus », *Lexbase hebdo, éd. affaires*, dossier spécial, 11 juil. 2019 et F. Piriou, « Nouvelle réglementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue, CCE 2019, n° 10, dossier spécial.

Le législateur soumet une telle licence au respect de quatre garanties - exigences de représentativité (art. 8§1, a), d'égalité de traitement (art. 8§1, b), de possibilité effective d'*opt-out* (art. 8§4) et d'information - qui, à l'aune de l'art. 12, apparaissent comme les conditions du mécanisme, général ou spécial, de la licence collective à effet étendu.

Néanmoins, la garantie d'information présente des spécificités dans le cadre de la solution spéciale pour les œuvres indisponibles. Le législateur prend soin de préciser que les mesures de publicité doivent être effectives sans qu'une information individuelle des auteurs concernés ne soit nécessaire²⁷, inscrivant le texte dans une logique d'accommodation divergente en quelque sorte de l'exigence de la Cour dans l'arrêt « Soulier et Doke » d'une « information effective et individualisée des auteurs »²⁸. Mais la spécificité tient tout particulièrement dans la précision des mesures de publicité requises, qui doivent permettre l'exercice de l'*opt-out* (art. 11). D'ailleurs cette disposition permet aux États de prévoir des mesures de publicité supplémentaires en cas de nécessité pour sensibiliser les titulaires de droits.

La directive organise ainsi une publicité générale via un portail d'information en ligne dont la gestion est confiée à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), qui gère déjà le registre des orphelines, concernant les informations relatives aux options à la disposition des titulaires de droits, les informations disponibles sur les parties au contrat, les utilisations concernées et les territoires couverts.

Cette question des territoires concernés est importante, cette licence collective à effet étendu relevant du régime spécial des œuvres indisponibles pouvant en effet permettre des utilisations dans tout État membre (art. 9), ce qui n'est pas le cas de la

licence collective à effet étendu qu'un État peut choisir de consacrer en se saisissant de cette nouvelle figure contractuelle conçue comme catégorie générale.

B. La licence collective à effet étendu hissée au rang de solution générale

Un nouvel outil de flexibilité.

La réception de cette modalité particulière d'exercice des droits - nouvelle gestion collective volontaire, mais implicite pour certains titulaires - que constitue la licence collective à effet étendu, marque sans aucun doute un recul de l'exclusivité. Justifiée, s'agissant de l'utilisation des œuvres indisponibles, par un objectif de diffusion de la culture, à des fins non-lucratives, par des institutions culturelles, la licence collective à effet étendu n'est pas seulement prévue pour cette hypothèse spécifique. Elle est à la disposition des États et des OGC, pour répondre à la problématique plus générale et sommairement identifiée par le législateur, de l'obtention de licences individuelles dans certaines hypothèses au regard de coûts de transaction prohibitifs²⁹.

Le législateur a choisi d'harmoniser une figure contractuelle (de la gestion collective) qui se pratiquait principalement dans les pays nordiques, avec les licences collectives étendues³⁰ et ce, comme il l'explique, afin que puissent exister et se développer des mécanismes effectifs d'octroi de licences collectives, des dispositifs d'octroi de licences flexibles³¹. C'est un véritable outil de flexibilité qui est offert aux États, aux OGC et aux exploitants. En effet, les États membres pourront, pour une utilisation sur le territoire du pays³², dans des domaines d'utilisation bien définis, lorsque l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle « s'avère habituellement » si onéreuse et difficile qu'elle rend improbable la transaction

²⁷ Considérant 41, *in fine*.

²⁸ Affirmant la nécessité de l'effectivité de l'information des auteurs à plusieurs reprises (pts 39-40 spéc.) la Cour « sanctionne » le dispositif français faute de « mécanisme garantissant l'information effective et individualisée des auteurs » (pt. 43).

²⁹ Considérant 45.

³⁰ Et dont on connaît également des formes en droit français, v. en ce sens, F. Siirainen, « Les licences collectives à effet étendu : entre gestion collective consentie, facilitation des autorisations et sécurité juridique », CCE 2019, 10, dossier, 5.

³¹ V. spéc. les considérants 45-46.

³² Art. 12§1et cons. 46.

nécessaire à l'octroi d'une licence³³, prévoir un effet étendu de la licence générale d'exploitation que conclut un OGC pour l'utilisation d'œuvres, aux droits des titulaires non-membres concernés (art. 12§1).

Garanties.

Outre l'attention portée à la délimitation du champ d'application de ce mécanisme³⁴, le législateur oblige les États à prévoir quatre garanties³⁵.

La première est une condition de représentativité suffisante de l'organisme de gestion collective en ce qui concerne le type d'œuvres et le type de droits objets de la licence³⁶. La seconde condition consiste dans la garantie d'une « égalité de traitement » de tous les titulaires de droits concernés³⁷ : il s'agit de préserver au mieux les intérêts des titulaires de droits, dont les droits pourront être exercés par l'OGC sans leur accord préalable, sous réserve qu'ils ne s'y opposent pas. Le recours au nouveau mécanisme d'octroi de licence est en effet subordonné à une troisième condition : la mise en place d'un système d'*opt-out*. Les titulaires de droits doivent pouvoir « à tout moment, facilement et de manière effective, exclure leurs œuvres du mécanisme d'octroi de licence que constitue la licence collective à effet étendu³⁸. La mise en œuvre de cette possibilité de s'exclure ou de demander à « sortir » de cette licence collective à effet étendu, suppose bien entendu une information des titulaires de droit. Aussi le législateur impose-t-il aux États de prévoir des mesures de publicité appropriées, dans un délai raisonnable précédant l'utilisation sous une telle licence, pour informer les titulaires de droits quant à la capacité de gestion de l'OGC, quant à l'octroi de telles

licences et quant aux modalités de l'*opt-out*, tout en indiquant que pour que les mesures de publicités soient effectives, il n'est nullement nécessaire d'informer chaque titulaire de droit individuellement³⁹. La directive laisse ainsi une large marge de manœuvre aux États s'agissant du mécanisme général de l'art. 12⁴⁰.

Mécanismes d'extension de l'effet de la licence collective.

Plusieurs techniques d'extension de l'effet de la licence collective sont envisagées et laissées au libre choix des États, notamment pour tenir compte de la diversité des cultures et traditions juridiques. Sont en effet visés la licence collective étendue, le mandat légal et la présomption de représentation⁴¹. En Europe, les licences collectives étendues existent dans les pays nordiques et l'Allemagne notamment connaît la présomption de représentation. Le choix du mécanisme peut emporter des conséquences importantes, en termes de pouvoir de négociation ou de possibilité d'action en justice notamment, mais également sans doute aussi quant à la mise en œuvre du système d'*opt-out*. La liberté laissée aux États est appréciable. Sans constituer pour autant un blanc-seing, puisque le législateur organise la transparence et le dialogue quant au fonctionnement concret de ces mécanismes, et prévoit d'en mesurer et l'utilité et le respect des intérêts légitimes des auteurs⁴².

Nouveau modèle de gestion collective : outil de flexibilité et de sécurité, en construction.

En érigeant cette licence collective à effet étendu au rang de catégorie générale, le législateur consacre un outil formidable de flexibilité au profit des OGC, dont il renforce

est laissée aux États (cons. 48 et pour les indisponibles v. cons. 33).

³⁷ Art. 12§3, b).

³⁸ Art. 12§3, c).

³⁹ Art 12§3, d).

⁴⁰ Sur la publicité des informations concernant les licences, v. également l'art. 12§5 et cons. 50 et l'art. 12§6, qui prévoient un rapport complet avant le 10 avr. 2021.

⁴¹ Art. 12§ 1, a) et b) et cons. 44.

⁴² Art. 12§5 et 6 et cons. 50.

³³ Art. 12§2 et cons. 47 et 49.

³⁴ Le considérant 49 insistant sur la nécessité pour les États de veiller à ce que l'objet et le champ d'application de ces licences « soient toujours soigneusement et clairement définis dans la législation ».

³⁵ Art. 12.3 pour l'octroi de licences collectives ayant un effet étendu comme catégorie générale et art. 8§1, 8§4 et 10 s'agissant la licence collective à effet étendu pour l'utilisation des œuvres indisponibles.

³⁶ Cette représentativité s'appréciera notamment au regard des mandats de l'OGC et une certaine latitude

la position. En effet, ils ne sont en principe chargés que de la gestion des droits des titulaires, qui leur confient le soin de les représenter. Or il est souvent impossible d'obtenir le pouvoir de représenter tous les titulaires de droits concernés et/ou d'être en charge de la gestion de tous ceux impliqués par telle ou telle exploitation, spécialement dans l'environnement numérique. Outre le fait qu'il est parfois difficile de (re)trouver les titulaires ou de vérifier le mandat ou de pouvoir, pour toutes les œuvres figurant au répertoire d'un OGC - autre illustration de la relative consolidation du répertoire qui pourrait en résulter. Avec ce nouvel outil, les OGC se trouveront en position de mieux répondre à la demande des utilisateurs⁴³. Pour les utilisateurs exploitants, le modèle institué est un outil de sécurité juridique, une solution à leur souci de réaliser une utilisation légitime des œuvres⁴⁴.

La licence collective à effet étendu représente par ailleurs un outil de flexibilité pour les États membres. En effet, au-delà de la liberté offerte aux États dans la détermination de la technique d'extension de l'effet d'une licence collective, le législateur leur accorde celle de décider de recourir à cette nouvelle figure et de déterminer les domaines d'utilisation concernés. Les États pourraient ainsi y trouver la liberté nécessaire pour préserver les solutions nationales qui auraient pu être remises en cause au titre de leur non-conformité au droit de l'Union en l'absence d'exceptions ou de limitations correspondantes prévues par les directives ou pour mettre en œuvre des solutions sur mesure et, adaptées aux nécessités qu'ils identifient de faciliter l'exploitation des œuvres dans tel ou tel domaine en l'absence

d'exceptions ou de limitations au niveau du droit de l'Union. Pourraient ... La licence collective à effet étendu, conçue comme catégorie générale connaît en effet pour l'heure encore une importante limite. Elle ne saurait permettre que des utilisations « locales », sur le territoire d'un État. S'il s'agit de répondre aux difficultés liées à l'utilisation massive d'œuvres sur internet... le compte n'y est pas. Mais une proposition législative pour un effet transfrontière de ces mécanismes nationaux est déjà envisagée par le législateur de l'Union à l'article 12§6. Il s'agit sans doute d'abord d'expérimenter, de construire des modèles, pour aller plus loin. Il n'en reste pas moins que son institution au titre de solution générale marque un recul de l'exclusivité reconnue aux auteurs, par principe, mais il est vrai, moins qu'avec une exception ou une gestion collective obligatoire : la licence collective à effet étendu est conçue comme une gestion collective volontaire, car librement et implicitement consentie⁴⁵. Elle impose « seulement » le fardeau à celui qui n'entend pas relever d'une telle licence, de s'y opposer en exerçant son « droit de sortir » du mécanisme.

L'harmonisation de la licence collective à effet étendu au titre de catégorie générale témoigne sans aucun doute d'un mouvement vers un droit d'auteur, instrument du marché unique numérique, conçu comme un droit de s'opposer. Avec cette directive, le législateur semble clairement privilégier la fonction du droit d'auteur visant à garantir une juste rémunération des créateurs et dans cette perspective, nul doute que la gestion collective est appelée à rayonner.

S. C.

⁴³ Reste que l'exercice de l'*opt-out* constitue une réelle limite à cette consolidation.

⁴⁴ Cette finalité est soulignée par le législateur, qui n'hésite pas à viser une « sécurité juridique totale » (cons. 45). Il laisse néanmoins aux États la liberté de décider de la responsabilité des utilisations autorisées par l'accord de licence (cons. 48). Le renforcement de la sécurité juridique des utilisateurs

par rapport à un contrat général non-étendu apparaît très relatif d'un point de vue pratique (en ce sens. F. Siirainen, *préc.*).

⁴⁵ Le législateur prenant soin de préciser qu'il ne s'agit pas de substituer ce mécanisme à d'autres licences collectives préexistantes prévues par le droit de l'Union (art. 12.4) et ni de l'appliquer à la gestion collective obligatoire.