

*La nouvelle licence légale issue de la loi
DADVSI : un système complexe confronté
au numérique*

Jacques MANDRILLON

Master 2 Professionnel Droit des Nouvelles Technologies de l'Information et de la
Communication, dirigé par V. – L. BENABOU

Université de Versailles – Saint-Quentin en Yvelines

Mémoire réalisé sous la direction de M. Lionel THOUMYRE

Septembre 2007

Contact : jacques.mandrillon@gmail.com

Plan

Introduction

Partie 1 – Le système de la licence légale mis en place par la loi du 3 juillet 1985

Chapitre 1 – Principes de fonctionnement de la licence légale et de la rémunération équitable

Section 1 – La licence légale, une limitation aux droits exclusifs des ayants droit

Section 2 – La rémunération équitable, la contrepartie de la licence légale

Chapitre 2 – Les domaines d’application de la licence légale

Section 1 – Les domaines d’application résultant directement des dispositions de l’article L.214-1

Section 2 – Les limites de la licence légale précisées par la jurisprudence

Partie 2 – La licence légale au lendemain de l’adoption de la loi DADVSI

Chapitre 1 – Les évolutions de la licence légale pendant les débats parlementaires et après l’adoption de la loi DADVSI

Section 1 – Le nouveau système de la l’article L. 214-1

Section 2 – La licence globale : ce qu’aurait pu devenir la licence légale

Chapitre 2 – La distribution numérique exclue du champ d’application de la licence légale

Section 1 – Les webradios encadrées par un régime juridique contractuel

Section 2 – Emergences de licences « conventionnelles » dans les domaines ignorés par la licence légale

Conclusion

Sommaire

Bibliographie

Introduction

Le regard aiguisé de Beaumarchais ne s'était pas trompé : « L'usage est souvent un abus ». Ainsi, si aujourd'hui on écoute de la musique il arrive aussi qu'on en abuse. Devenue aux yeux de certains un business plutôt qu'un mode de diffusion d'œuvres de l'esprit, la musique doit toutefois être protégée de telles dérives par le droit.

Une œuvre musicale se décompose en plusieurs objets. On peut distinguer, dans un premier temps, la composition musicale, qui constitue l'ossature de l'œuvre musicale, à laquelle on peut ajouter des paroles. Le compositeur et le parolier sont tous deux considérés comme des auteurs. A ce titre, leurs œuvres sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles sont originales.

Pour que l'œuvre musicale soit « accessible » au public, elle est jouée et chantée, mise en forme, ou plutôt en sons, par les artistes interprètes.

Enfin, afin de pouvoir être diffusée et communiquée au public, l'interprétation de l'œuvre est fixée sur un support par le producteur. Celui-ci possède de ce fait des droits sur la fixation de l'œuvre interprétée sur le support, qualifié de phonogramme.

L'évolution de la protection des titulaires de droits voisins

Pendant longtemps, les artistes interprètes ont été considérés par le droit comme de simples « instruments » permettant la mise en forme et la transmission de l'œuvre musicale. Leur interprétation n'était qu'une sorte « d'objet de consommation immédiate » destinée au seul public des artistes. L'évolution de la technique a modifié cet état de fait. C'est l'invention du gramophone qui, en permettant de fixer les interprétations des artistes lyriques posa pour la première fois le problème de leur protection¹. Leur interprétation de l'œuvre musicale devait-elle ou non être protégée par le droit d'auteur ?

Les tribunaux ont été saisis dès le début du 20^{ème} siècle par des artistes afin que leur soit reconnu un droit sur leur interprétation. La position de la jurisprudence a longtemps consisté à nier l'existence de ce type de droit pour les artistes interprètes. Ainsi, le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 23 juillet 1902, a refusé de trouver un apport artistique dans la prestation d'un chanteur, celui-ci s'étant « borné à exécuter des morceaux de musique devant des phonographes », ce qui le privait de la possibilité d'acquérir « un droit quelconque de propriété artistique » sur son interprétation².

Cependant d'autres décisions ont tranché dans le sens de la reconnaissance de ce droit. Ainsi, un jugement a considéré que « la reproduction sonore, qu'elle s'applique à des airs ou à des paroles n'appartient qu'à l'artiste exécutant dont elle emprunte la personnalité même, elle ne saurait se confondre avec l'édition de l'œuvre et échappe à l'auteur »³ mais il fut censuré au motif qu'il sacrifiait l'auteur au profit de l'interprète⁴. Les artistes interprètes n'étaient pas

¹ André BERTRAND, La musique et le droit de Bach à Internet, p 127, édition Litec 2001.

² T. civ. Seine, 23 juill. 1902 : Gaz. Pal. 1903, 1, p. 173.

³ T. civ. Seine, 6 mars 1903 : Gaz. Pal. 1903, 1, p. 468 ; S. 1907, 2, p. 114.

⁴ CA Paris, 1er févr. 1905 : S. 1907, 1, p. 113.

alors protégés par le droit d'auteur mais par le droit commun : ils devaient prouver l'existence d'un préjudice⁵.

La situation des artistes interprètes revint sur le devant de la scène juridique grâce à **l'affaire Furtwängler**. La radio de Berlin avait procédé à des enregistrements sur bandes magnétiques de plusieurs interprétations de l'Orchestre philharmonique de Berlin dirigé par le célèbre chef d'orchestre Wilhem Furtwängler. Durant la Seconde guerre mondiale, les troupes russes s'emparèrent de ces enregistrements qui furent ensuite vendus à des maisons de disques américaines. La commercialisation de disques réalisés à partir de ces enregistrements sans son autorisation conduisit le chef d'orchestre, puis ses ayants droit, après le décès de ce dernier, à porter l'affaire devant les tribunaux. Il y eut alors plusieurs décisions de justice. La formulation du jugement du Tribunal civil de la Seine du 4 janvier 1956 est restée célèbre puisqu'elle reconnaissait pour la première fois certains droits de façon explicite à l'artiste interprète : « l'artiste exécutant est fondé à interdire toute utilisation de son exécution autre que celle qu'il avait autorisée en contractant »⁶. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 février 1957 énonçait une solution allant dans le même sens⁷. Cependant, au grand dam des artistes interprètes, ces décisions de justice ne permirent pas d'influencer l'adoption de la loi du 11 mars 1957 qui ne reconnut pas de droits d'auteur aux artistes interprètes.

L'attendu rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Furtwängler est lui aussi resté célèbre : « l'artiste exécutant est fondé à interdire une utilisation de son exécution autre que celles qu'il avait autorisée ; ce motif (...) suffit à caractériser une atteinte au droit de l'artiste sur l'œuvre que constitue son interprétation »⁸. Alors que dans cette décision la Cour de cassation utilise le mot œuvre pour qualifier l'interprétation de l'artiste, les décisions de jurisprudence ultérieure vont plutôt tenter de trouver des solutions à la protection de l'interprétation de l'artiste sur le terrain du droit commun.

Quelques années plus tard, la société de gestion SPEDIDAME assignait l'Office de radiodiffusion télévision française (ORTF) aux fins de soumettre à son autorisation toute utilisation secondaire d'interprétations musicales, de bandes annonces de films et d'interprétation de musiciens dans le cadre de la réalisation de play-back. Alors que le jugement de première instance a accueilli favorablement la demande de la SPEDIDAME⁹, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 novembre 1974, a infirmé ce jugement, considérant que l'ORTF pouvait librement utiliser les phonogrammes du commerce sans avoir à « obtenir des interprètes une autorisation spéciale »¹⁰. La Cour de cassation a confirmé la solution rendue par les juges du fond¹¹. Henri Desbois a commenté cette affaire avec une remarque pertinente : « les auteurs et les interprètes sont placés dans des situations symétriques et inverses : pour les premiers, tout ce qui n'a pas été permis est interdit ; pour les seconds, tout ce qui n'a pas été interdit est permis »¹².

Sur le plan international, la Convention de Rome, conclue le 26 octobre 1961, a reconnu des droits de propriété intellectuelle au profit des artistes interprètes, des producteurs et des organismes de radiodiffusion. Cette Convention, qui ne fut ratifiée par la France que le 3

⁵ CE, 20 nov. 1931 : S. 1932, 2, p. 262, note A. Mestre ; Rev. jur. int. de la radioélectricité 1932, p. 53 ; Rec. CE, p. 1018 ; DP 1932, 3, p. 62.

⁶ T. civ. Seine, 4 janv. 1956 : Ann. trib. 1959, p. 71 ; RTD com. 1956, p. 275, obs. H. Desbois.

⁷ CA Paris, 13 févr. 1957 : JCP G 1957, II, 9838, concl. R. Lindon ; RTD com. 1957, p. 653, obs. H. Desbois.

⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1964 : Bull. civ. I, n° 7 ; D. 1964, p. 231, note Pluyette.

⁹ TGI Paris, 14 déc. 1972 : RIDA 1973, n° LXXXVI, p. 180.

¹⁰ CA Paris, 30 nov. 1974 : RIDA 1975, n° LXXXIV, p. 196, note H. Desbois.

¹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 1977 : Bull. civ. I, n° 135.

¹² H. DESBOIS, Les droits dits « voisins du droit d'auteur », p 502 et 503, Mélanges Savatier, Dalloz 1965.

juillet 1987, a certainement influencé la jurisprudence quant au régime de protection applicable à ces trois catégories de sujets de droit.

Un quart de siècle après la conclusion de la Convention de Rome, la France, alors qu'elle avait participé à rédaction de cette dernière, a enfin reconnu les droits des artistes interprètes avec la loi du 3 juillet 1985¹³. Cette loi a consacré « les droits voisins des droits d'auteur », entendus comme des droits, en principe exclusifs, reconnus aux artistes interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et aux entreprises de communication audiovisuelle. Depuis la codification entreprise par la loi du 1^{er} juillet 1992¹⁴, ils sont intégrés au livre II de la première partie du Code de la propriété intellectuelle, dans les articles L.211-1 à L. 216-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI).

Ce livre spécial est distinct de celui régissant les dispositions propres aux auteurs. L'article L.211-1 du CPI proclame que « les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits d'auteur » et que, ainsi, aucune disposition de ce livre II « ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires ».

Bien que l'on retrouve de nombreuses dispositions applicables au droit d'auteur dans ces « droits voisins », plusieurs auteurs ont considéré que le législateur avait mis en place une véritable hiérarchie entre ces différents types de droits, le droit d'auteur gardant toujours une prééminence et demeurant un régime plus favorable¹⁵. D'autres auteurs considèrent qu'il s'agit de droits distincts. Henri Desbois avait toujours estimé qu'il convenait « de prévoir, pour la protection des interprètes, un régime qui, tout en étant modelé à l'image du Droit d'auteur, en soit distinct »¹⁶.

L'étude des droits voisins est complexe et nous ne nous intéresserons qu'aux cas particuliers de l'exploitation des œuvres musicales fixées sur des phonogrammes. Celle-ci bouleverse le modèle de fonctionnement habituel du droit de la propriété intellectuelle. En principe, le consentement de l'auteur est requis avant toute représentation et reproduction de son œuvre puisqu'à défaut d'accord, il s'agit d'un acte de contrefaçon.

La théorie se trouve, cependant, confrontée à l'impossibilité matérielle de contrôler l'exploitation des phonogrammes. Dans la pratique, l'auteur adhère fréquemment à des sociétés de gestion collective chargées de la perception et de la répartition de ses droits patrimoniaux. Il cède son droit de représentation publique à la SACEM (Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique) et son droit de reproduction à la SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs compositeurs et éditeurs). La SACEM va collecter les droits des auteurs issus des représentations publiques de leurs œuvres et les leur redistribuer. Le droit de représentation publique géré par la SACEM au profit de l'auteur comprend la communication directe dans un lieu public de l'œuvre de l'auteur, ainsi que sa radiodiffusion.

En revanche, les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes se voient imposer une limitation à leur droit exclusif d'autoriser une reproduction de leur interprétation (L.212-3 CPI) et de leur phonogramme (L. 213-1 CPI).

¹³ L. n° 85-660, 3 juillet 1985, Journal officiel du 4 juillet 1985 ; JCP G 1985, III, 57400.

¹⁴ L. 92-597, 1er juillet 1992, Journal Officiel 3 Juillet 1992.

¹⁵ Voir notamment P.-Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, n° 94 p 143, 5e édition, PUF.

¹⁶ H. Desbois, Le droit d'auteur en France, Dalloz 1978, n° 180.

Il s'agit du système de la licence légale énoncé à l'article L. 214-1 du CPI, instauré par la loi du 3 juillet 1985 et modifié par la loi du 1^{er} août 2006.

Origine du système de la licence légale et de la rémunération équitable

Le système de la licence légale trouve son origine dans la Convention de Rome du 26 octobre 1961. Ce texte a été rédigé par un comité d'experts internationaux qui se sont réunis à La Hayes du 9 au 20 mai 1960. Adopté à l'unanimité des experts, ce texte cachait de nombreuses divergences. Le représentant français Marcel Boutet avait exprimé de nombreuses réserves, ce qui explique peut être pourquoi la France n'a accepté de le ratifier que le 3 juillet 1987. Texte d'une certaine longévité, la Convention de Rome, entrée en vigueur le 18 mai 1964, n'a, depuis, fait l'objet d'aucune modification.

L'article 12 de la Convention de Rome énonce que « lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public, une rémunération équitable et unique sera versée par l'utilisateur aux artistes-interprètes ou exécutants, ou aux producteurs de phonogramme ou aux deux ». Cet article met en place le système de la licence légale, bien qu'il n'en porte pas encore le nom.

La Convention de Rome a également défini la notion de phonogramme au sein de l'article 3 b) qui doit être entendue comme étant « toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons » et celle de producteur de phonogrammes dans son article 3 c) qui désigne « la personne physique ou morale qui, la première, fixe les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons ». La Convention de Genève de 1971 dite Convention Phonogrammes a repris ces définitions au sein de ses articles 1^{er} a) et 1^{er} b).

Le mécanisme de la licence légale a été conçu par les rédacteurs de la Convention de Rome comme un compromis entre les intérêts des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes et ceux des diffuseurs, qui s'opposaient naturellement à la reconnaissance de droits exclusifs risquant de les mettre en situation d'infériorité, sans parler des auteurs qui n'étaient pas enthousiastes à l'idée d'affronter la « concurrence » d'autres titulaires de droits¹⁷. Le système de la licence légale et du droit à rémunération sont apparus comme étant la solution idéale pour concilier les demandes de chacun de ces protagonistes.

Ce système, mis en place dans l'article 12 de la Convention de Rome, ainsi que le vocabulaire employé, ont été repris dans les accords internationaux et dans les lois ayant vocation à consacrer et harmoniser les droits voisins, ce qui illustre le caractère fédérateur de la licence légale.

Le système de la licence légale dans les normes communautaires et internationales

Le Parlement européen a pris l'initiative de l'harmonisation des droits des Etats membres en matière de droits voisins en demandant à la Commission d'intervenir dans ce domaine, ce qu'elle fit avec la publication d'un Livre vert en 1988¹⁸.

¹⁷ A. LUCAS et H-J. LUCAS, Traité de la Propriété littéraire et artistique, n°1057 p 743, 3^{ème} édition Litec, novembre 2006.

¹⁸ Commission européenne, Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique : COM [88] 172, 1988.

La directive n°92-100 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle du 19 novembre 1992¹⁹ énonce divers droits voisins et, notamment, un droit exclusif de radiodiffusion et communication au public au profit des artistes interprètes, des producteurs de phonogramme et des organismes de diffusion. Ainsi, l'article 8-2 de la directive énonce que « les Etats membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme est publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisée pour une radiodiffusion au public, et pour assurer que cette rémunération est partagée entre les artistes-interprètes ou exécutants et producteurs de phonogramme concernés. Ils peuvent, faute d'accord entre les artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, déterminer les conditions de répartition entre eux de cette rémunération ».

On retrouve enfin le système de la licence légale et de la rémunération équitable au sein du Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes dont l'article 15 énonce que « les artistes-interprètes ou les exécutants et les producteurs de phonogramme ont droit à une rémunération équitable et unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public ».

Deux visions de la licence légale s'opposent en doctrine. D'un côté, ce système est considéré comme une atteinte injustifiée aux prérogatives des ayants droit et, en conséquence, son champ d'application doit être le plus restreint possible. D'autres auteurs reconnaissent le bien fondé de la licence légale et estiment qu'elles constitue un bon moyen pour encadrer l'utilisation des œuvres dans le cadre des nouvelles technologies.

Au centre de nombreux débats lors de l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, il est intéressant de comprendre le fonctionnement et les domaines d'application de ce système qui se fonde sur l'idée que l'autorisation d'exploitation imposée par la loi doit permettre l'utilisation des phonogrammes tout en apportant une contrepartie financière équitable à chaque titulaire de droit (Partie 1).

La loi du 1er août 2006 a apporté certaines modifications à l'article L. 214-1 qu'il convient d'étudier car elle a modifié le champ d'application de ce système. C'est également l'occasion d'observer comment le législateur a adapté la licence légale à la société de l'information (Partie 2).

¹⁹ JOCE n° L 346, 27 nov. 1992, p 61 ; JCP 1992, III, 65809.

Partie 1 – Présentation du système de la licence légale mis en place par la loi du 3 juillet 1985

Le système mis en place par la loi du 3 juillet 1985 est complexe. Il implique le recours obligatoire à un système de gestion collective pour assurer la perception et la répartition de la rémunération équitable (Chapitre 1) et mérite une description détaillée. Les domaines d'applications énoncés en 1985 furent complétés par la jurisprudence afin de délimiter les contours de la licence légale (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Principes de fonctionnement de la licence légale et de la rémunération équitable

La licence légale mise en place par la loi du 3 juillet 1985 constitue incontestablement une limitation aux droits exclusifs des titulaires de droits voisins (Section 1). Cependant, cette atteinte à leur monopole est compensée par le versement d'une rémunération dite équitable dont les modalités sont fixées par la loi (Section 2).

Section 1 – La licence légale : une limitation aux droits exclusifs des ayants droit

La loi du 3 juillet 1985 a consacré l'existence des droits voisins au profit des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle. Les dispositions relatives à la licence légale et au système de la rémunération équitable, introduites par cette loi, figurent aux articles L. 214-1 à L. 214-5 du CPI.

L'article L. 214-1 du CPI tel qu'il fut rédigé dans le cadre de la loi du 3 juillet 1985, fixe le principe de la licence légale :

« Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

- 1° A sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;
- 2° A sa radiodiffusion non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion.

Ces utilisations de phonogramme publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs.

Cette rémunération est versée par les personnes qui utilisent les phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions mentionnées aux 1° et 2° du présent article.

Elle est assise sur les recettes d'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement dans les cas prévus à l'article L. 131-4.

Elle est répartie par moitié entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogramme ».

Sous-section 1 - La licence légale justifiée par une impossibilité pratique de contrôle des ayants droit

Alors que l'article L. 212-3 du CPI énonce que « *sont soumises à autorisation écrite de l'interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public* » et que l'article L 213-2 alinéa 1^{er} met en place le même principe d'autorisation préalable à toute exploitation du phonogramme au profit de son producteur, la licence légale constitue une exception à ces droits exclusifs. Les titulaires de droits voisins se voient imposer par la loi une autorisation d'exploitation qui déroge à leur monopole puisque la publication d'un phonogramme du commerce emporte aussitôt l'autorisation du droit de radiodiffusion et de communication dans un lieu public en contrepartie d'une rémunération équitable.

Le législateur de 1985 a voulu épargner aux radiodiffuseurs les « lourdes contraintes » du droit exclusif²⁰, en même temps qu'il a été sensible à l'argument selon lequel les utilisations secondaires à la radio constituaient une promotion dont ne pouvait que bénéficier l'industrie phonographique. Il a, en tout cas, considéré que les utilisations visées étaient secondaires, ce qui impliquait que les investissements des producteurs devaient normalement être rentabilisés par des exploitations « primaires » que constituaient les ventes de support²¹. Ainsi, au lieu d'avoir à demander de façon systématique et préalable leurs autorisations aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes, certains diffuseurs peuvent utiliser des phonogrammes de commerce librement à condition qu'ils paient, en contrepartie, une rémunération dite équitable.

Sous-section 2 - Les conditions générales d'application de la licence légale

Le régime de la licence légale ne va s'appliquer qu'aux phonogrammes publiés à des fins commerciales, ce qui sous-entend deux conditions générales d'application : il faut que le phonogramme ait été publié et que cette publication ait eu pour objectif une utilisation commerciale, c'est-à-dire sa vente sur le marché.

- *Publication du phonogramme* : l'article 3 d) de la Convention de Rome définit la publication qui doit s'entendre comme « la mise à disposition du public d'exemplaires d'un phonogramme en quantité suffisante ».

La référence à la notion d'exemplaire dans la définition de la publication du phonogramme énoncée dans la Convention de Rome pourrait faire douter de la possibilité d'étendre la licence légale aux hypothèses dans lesquelles le phonogramme est transmis sur demande à travers les réseaux numériques. En effet, la notion d'exemplaire renvoie à l'idée de support physique. Or, un fichier numérique correspond à un support immatériel.

Cependant, André et Henri-Jacques Lucas tempèrent cette analyse en rappelant que l'article 15.4 du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes dissipe toute incertitude sur ce point en précisant que « les phonogrammes mis à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce »²².

²⁰ Rapport RICHARD, n°2235 p 47 ; Rapport JOLIBOIS, n°212, tome II, p 108.

²¹ A. et H.-J. LUCAS, op. cit. n° 1057 p 744.

²² A. et H.-J. LUCAS, op. cit. n° 1058 p 744.

- Publication à des fins commerciales : cela implique que les phonogrammes à usage non commerciaux, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas mis en vente sur le marché, sortent du champ de la licence légale. Ainsi, les « bandes de sonorisation », enregistrements destinés à être diffusés dans des lieux ouverts au public comme musique d'ambiance, ne sont pas visées, dès lors que l'on en trouve pas d'exemplaires en vente sur le marché.

La limitation aux droits exclusifs des titulaires de droits voisins est compensée par le versement par les diffuseurs bénéficiant du système de la licence légale d'une rémunération dite équitable.

Section 2 – La rémunération équitable, la contrepartie de la licence légale

Le système mis en place par le législateur en 1985 impose que la perception et la redistribution des sommes au titre du paiement par les diffuseurs soient assurées par un organisme de gestion collective (Sous-section I). Cependant, avant de s'intéresser au fonctionnement de cet organisme, il convient de décrire les différents aspects de la rémunération équitable (Sous-section II).

Sous-section 1 - Les différents aspects de la rémunération équitable

A. Nature de la rémunération équitable

L'article L. 214-1 précise que la rémunération équitable « est versée par les personnes qui utilisent des phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions mentionnées aux 1° et 2° du présent article ». Le droit exclusif des titulaires de droits voisins se trouve transformé par la licence légale en un droit à rémunération, un droit de créance qui est incessible contractuellement, ce qui assure, en principe, une plus grande protection pour les bénéficiaires. C'est une illustration de la logique pécuniaire dans laquelle se place la licence légale : le droit exclusif devient un droit à rémunération dans le but de faciliter la diffusion des radiodiffusions. Les diffuseurs se trouvent ainsi dispensés de requérir l'autorisation de tous les ayants droit avant la diffusion des phonogrammes du commerce, ce qui aurait été une procédure trop lourde qui aurait pu mettre en danger l'exercice de leur profession.

Certains auteurs critiquent le système de la rémunération équitable que certains considèrent comme une « sorte de dégénérescence du droit de propriété »²³. Pour Pierre-Yves Gautier, la licence légale se justifie par « le caractère à la fois massif et disséminé de l'utilisation de la musique dans notre monde contemporain »²⁴. En effet, imposer aux radiodiffuseurs d'obtenir l'accord des producteurs pour pouvoir programmer leurs disques serait un système beaucoup trop lourd à appliquer qui mettrait en danger l'industrie de la radiodiffusion et, par ricochet, l'industrie de la production musicale. Mais, elle a pour conséquence que les artistes et les producteurs se retrouvent « moyennant indemnités, expulsés de leur droit privatif »²⁵.

Cependant, dans la pratique, l'artiste interprète se retrouve souvent contraint de céder l'ensemble de ses droits exclusifs à son producteur. En l'absence du système de la licence légale, ce dernier se retrouverait être le seul bénéficiaire des droits exclusifs. Ainsi, la plupart

²³ Voir par exemple C. CARON, Commentaires n° 132, CCE Septembre 2005 p 27.

²⁴ P.-Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, n° 104, PUF, 5^{ème} édition, 2004.

²⁵ P.-Y. GAUTIER, op. cit. n°104.

des artistes interprètes ne seraient pas rémunérés à hauteur de ce qu'ils touchent aujourd'hui grâce au système de rémunération équitable, voir ne seraient pas rémunérés du tout pour l'exploitation radiophoniques de leurs interprétations, dans l'hypothèse où ils auraient cédé ces droits à leur producteur.

L'article L. 214-2 énonce que les bénéficiaires de la rémunération équitable sont les artistes-interprètes ainsi que les producteurs de phonogramme. Les sociétés de gestion collective représentant les artistes-interprètes et celles représentant les producteurs reçoivent chacune la moitié de la rémunération équitable.

B. L'incidence du lieu de fixation

L'article L. 214-1 alinéa 3 précise que la rémunération est due « quel que soit le lieu de fixation » du phonogramme du commerce. Ainsi, les phonogrammes fixés à l'étranger donnent lieu à la rémunération équitable dès lors qu'ils sont diffusés sur le territoire français.

La loi du 3 juillet 1985 prévoyait que les sommes récoltées au titre de la rémunération équitable ne devaient être réparties qu'entre les ayants droit dont les phonogrammes ont été fixés pour la première fois en France. La loi du 1^{er} août 2006 est venue modifier cette disposition. L'article L. 214-2 énonce, à présent, que « sous réserve des conventions internationales, les droits à rémunération reconnus par les dispositions de l'article L. 214-1 sont répartis entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes pour les phonogrammes fixés pour la première fois dans un Etat membre de la Communauté européenne ». Ainsi, alors que la rémunération équitable est perçue pour tous les phonogrammes diffusés en France, quel que soit leur lieu de fixation, la répartition de ces sommes ainsi récoltées se fait, sous réserve des accords internationaux, entre les ayants droit dont les phonogrammes ont été fixés pour la première fois en dans un Etat membre de la Communauté européenne.

Cependant, une partie importante des phonogrammes diffusés en France ont été fixés en dehors du territoire de la Communauté européenne, notamment aux Etats-Unis. Ainsi, les ayants droit américains, par exemple, risquent de se voir privés de sommes qui devraient leur revenir au titre de la rémunération équitable.

1. Le problème des sommes irrépartissables

Il existe deux types d'impossibilité de répartition des sommes récoltées au titre de la rémunération équitable :

- les sommes perçues mais qui ne peuvent être réparties parce qu'elles mettent en cause des supports fixés pour la première fois à l'étranger sans qu'une convention internationale permette aux titulaires de droits de bénéficier du traitement national. Ce serait, par exemple, le cas d'un producteur étranger dont le pays n'a pas adhéré à la Convention de Rome, comme la Jamaïque.
- les rémunérations dont les créanciers finaux n'ont pu être identifiés ou retrouvés. Dans ce cas, les sommes sont dues, mais non réparties.

L'article L. 321-9 prévoit qu'au-delà du délai de 10 ans fixé par l'article L. 321-1, ces sommes dites irrépartissables sont reversées « à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes ».

Ces sommes irrépartissables atteignent des montants très importants. Ce système arrange grandement l'Etat car ces sommes sont destinées au financement d'actions qui auraient du être effectuées grâce au budget du Ministère de la culture et de la communication.

Une certaine incohérence apparaît à la lecture des dispositions du CPI. L'article L. 321-1 prévoit que « les actions en paiement des droits perçus par ces sociétés civiles se prescrivent par dix ans à compter de la date de leur perception, ce délais étant suspendu jusqu'à la date de leur mise en répartition ». Cependant, l'article L. 321-9 permet expressément l'utilisation de ces sommes « à compter la cinquième année suivant la date de leur mise en répartition, sans préjudice des demandes de paiement des droits non prescrits ». En d'autres termes, les sociétés peuvent utiliser la totalité des sommes irrépartissables alors que les ayants droit ont toujours la possibilité d'en réclamer le paiement puisque l'action en paiement n'est pas éteinte.

2. La rémunération équitable et le droit international en cas de réémission satellitaire de phonogrammes du commerce

La Cour de Justice des Communautés Européennes a eu à se prononcer sur la question de la détermination de la loi applicable dans une hypothèse de réémission de programmes portant communication de phonogrammes après transmission par voie satellitaire. Des phonogrammes avaient été diffusés par satellite à partir du territoire français par Europe 1 à destination à la fois d'un réémetteur français situé en France et d'un réémetteur localisé en Allemagne. Europe 1 s'acquittait du paiement de la rémunération équitable en France ainsi qu'en Allemagne. Un accord, passé entre Europe 1 et la SPRE, le 7 septembre 1987, permettait au radiodiffuseur de déduire les montants versés en Allemagne des montants versés en France afin de lui éviter de payer deux fois les rémunérations équitables (en France et en Allemagne) pour une même diffusion. A la fin de la période de validité de l'accord, la CJCE a été saisie d'une question préjudicielle afin de déterminer si du fait d'une émission depuis le territoire d'un État membre suivie de réémission à partir du territoire d'un autre État membre, la loi du second État s'appliquait au titre de la réémission ?

La CJCE a considéré que la redevance pouvait être régie « par la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel est établie la société émettrice, mais également par la législation de l'Etat membre dans lequel se situe, pour des raisons techniques, l'émetteur terrestre diffusant ces émissions en direction du premier État ». Il appartient donc aux États de déterminer « les critères les plus pertinents pour assurer le respect de la notion communautaire de rémunération équitable »²⁶.

Sous-section 2 – Perception et répartition de la rémunération équitable

La loi du 3 juillet 1985 a institué un mécanisme de gestion collective obligatoire pour la perception et la répartition des sommes devant être récoltées au titre de la rémunération équitable. Alors que l'article L. 214-5 prévoit que « un ou plusieurs organismes » de gestion collective pourront être habilités à cet effet, une seule société de gestion collective est en réalité investie de cette mission. Il s'agit de la Société pour la perception de la rémunération

²⁶ CJCE, 14 juillet 2005 : Prop. Intell. 2005, n°17, p 440, obs. A. LUCAS.

équitable de la communication au public des phonogrammes du commerce (SPRE) qui a été constituée en 1985 par les artistes-interprètes et les producteurs et qui exerce son activité sous le contrôle du Ministère de la Culture.

A. Le fonctionnement de la SPRE

La SPRE est un organisme commun aux artistes-interprètes et aux producteurs. Ainsi, son capital social est partagé entre les sociétés de gestion collective représentative des ayants droit :

- d'un côté, l'ADAMI (Société pour l'administration des droits des artistes et des musiciens interprètes) et la SPEDIDAM (Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse) ;
- et de l'autre, la SCPA (Société civile des producteurs associés) qui est elle-même constituée par la SCPP (Société civile pour l'exercice des droits des producteurs phonographiques) et la SPPF (Société civile des producteurs de phonogrammes en France).

En cas d'inaction de la SPRE dans la perception et la rémunération des sommes dues au titre de la rémunération équitable, les sociétés gérant les droits des artistes-interprètes peuvent intervenir dans le cadre de l'action oblique.

B. La fixation des barèmes de rémunération

L'article L. 214-1 alinéa 4 dispose que la rémunération équitable est « assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement dans les cas prévus à l'article L.131-4 ». En principe, la rémunération équitable devrait être proportionnelle puisqu'elle est assise sur les recettes d'exploitation, mais le législateur a permis à ce qu'elle soit fixée dans le cadre d'un forfait dès lors que le diffuseur se trouve face à une des situations prévues à l'article L.131-4 (base indéterminable, défaut de moyens de contrôle, frais trop importants, impossibilité d'appliquer la règle...). André et Henri-Jacques LUCAS considèrent que « dans tous les cas, la rémunération équitable présente le caractère d'un forfait même si ce forfait varie avec le montant global des recettes encaissées par les utilisateurs, comme c'est le cas pour la rémunération due par les radiodiffuseurs ou par les exploitants de discothèques et activités similaires »²⁷.

Il est prévu à l'article L. 214-3 que le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération soient « établis par des accords spécifiques à chaque branche d'activité entre les organisations représentatives des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des personnes utilisant les phonogrammes dans les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article L 214-1 ».

Cependant, les différentes parties ne parvinrent pas à trouver un accord. L'article L. 214-4 prévoit que, en l'absence d'accord, une commission, dite « rémunération équitable », devait se réunir afin de fixer les modalités de la rémunération équitable.

Ainsi, par une décision du 9 septembre 1987, cette commission a fixé le barème de la rémunération équitable et ses modalités de versement. Le montant de la rémunération équitable, due par les radiodiffuseurs, était déterminé par l'application d'un taux de 6 % sur

²⁷ A. et H.-J. LUCAS, op. cit. n° 1066, p 750.

une assiette composée de l'ensemble des recettes des services de radiodiffusion, y compris les recettes publicitaires. Pour les télédiffuseurs, le taux de la rémunération équitable mis en place était de 2 % appliqué à l'ensemble des recettes, y compris les recettes publicitaires.

Selon la jurisprudence, la décision de la commission « a le caractère d'un acte réglementaire dont la licéité relève de la compétence du seul juge administratif »²⁸. Le juge judiciaire n'est donc pas compétent pour en apprécier la portée²⁹, mais on peut introduire un recours pour excès de pouvoir contre la décision de la commission³⁰.

Cette décision du 9 septembre 1987 a également eu pour objet de consacrer les accords passés entre la SPRE et certains radiodiffuseurs, grâce auxquels ces derniers ont pu bénéficier de régimes spéciaux³¹.

Ces accords avaient pour objectif de prendre en compte le régime particulier de certains radiodiffuseurs, notamment Radio France qui participe à l'aide à la création et qui est soumis à un régime spécial en matière de publicité.

Estimant que ces différences de traitement n'étaient pas fondées, plusieurs radiodiffuseurs ont attaqué cette décision. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 14 mai 1993³², a annulé la décision de la commission rémunération équitable, suite à un recours pour excès de pouvoir. Peu de temps après cette décision, le législateur est intervenu pour rétablir de façon rétroactive les dispositions annulées par le Conseil d'Etat³³.

Suite à cette loi, la commission rémunération équitable s'est à nouveau réunie pour définir, dans une décision du 22 décembre 1993, les modalités de la rémunération équitable pour les années à venir. Un nouveau barème fut mis en place : la rémunération due par les radiodiffuseurs privés était de 4,25 % de l'ensemble de leurs recettes, y compris publicitaires.

Une nouvelle décision de la commission est intervenue le 30 novembre 2001 afin de déterminer le barème et les modalités de versement de la rémunération équitable due par les discothèques et les établissements sonorisés.

La commission rémunération équitable a mis en place, dans le cadre d'une décision du 15 octobre 2007, un nouveau barème pour la rémunération équitable due par les radiodiffuseurs privés. Cette nouvelle décision s'inscrit dans une logique d'augmentation des niveaux de redevances perçus par la SPRE afin de compenser la baisse du niveau de rémunération équitable due par les télédiffuseurs, suite aux arrêts de la Cour de cassation du 16 novembre 2004.

Une réévaluation du barème de rémunération équitable du par les radiodiffuseurs privés avait été demandée, dès 2003 par les artistes et les producteurs, mais la commission n'avait commencé ses travaux qu'à compter du mois de mai 2006.

²⁸ CA Paris, 18 déc. 1990, NRJ, Chérie FM : RIDA avril 1991, p 124.

²⁹ CA Paris, 2 avril 1996, Sté JYD La Cabanne Bambou : RIDA janvier 1997, p 328.

³⁰ CE 14 mai 1993 : RTD Com. 1993, p 508, obs. A. FRANÇON, RIDA juillet 1993, p 313, note A. KEREVER.

³¹ Accord du 19 juin 1987 entre la SPRE et Radio France, Accord du 7 septembre 1987 entre la SPRE et Europe 1 et Accord du 9 septembre 1987 entre la SPRE et la Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion.

³² CE 14 mai 1993, RIDA juillet 1993, p 313 ; LPA 1994, n° 70, p 12, C. CARON.

³³ L. n°93-924 du 20 juillet 1993.

Le nouveau barème prend en compte les importantes différences de situation économique des différents opérateurs en prévoyant des taux progressifs de 4 à 7 % en fonction du chiffre d'affaires réalisé par les radios privées.

Taux de rémunération progressif par tranche d'assiette	
Assiette en euros	Taux
Jusqu'à 500.000	4 %
De 500.000 à 3.000.000	5 %
De 3.000.001 à 13.000.000	6 %
Au delà de 13.000.001	7 %

Le nouveau barème doit prendre effet à compter du 1er janvier 2008 et sera d'application pleine et entière au 1^{er} janvier 2011. Il correspond à une augmentation moyenne de la valeur du barème à cette date de près de 38%. Une montée en charge du barème est en effet prévue avec un abattement sur celui-ci de 18% pour 2008, de 12% pour 2009 et de 6% pour 2010.

Ce nouveau barème a été vivement critiqué par de nombreuses radios privées. Ainsi, le Syndicat des Radios Généralisées Privées (SRGP), le Syndicat des Réseaux Nationaux (SRN) et le Syndicat Interprofessionnel des Radios et Télévisions indépendantes (SIRTI) ont saisi, par un courrier en date du 13 novembre 2007, la Ministre de la Culture et de la Communication, Christine ALBANEL, d'un recours hiérarchique à l'encontre de la décision rendue le 15 octobre 2007. Considérant que cette décision était déséquilibrée car le nouveau barème de rémunération favoriserait trop les ayants droit au détriment des radiodiffuseurs, ils ont demandé à la Ministre de la Culture et de la Communication de prononcer l'annulation de cette décision et de convoquer à nouveau la Commission rémunération équitable afin de parvenir à un nouvel accord.

La Ministre de la Culture et de la Communication n'ayant pas fait droit à leurs demandes, les syndicats, auteurs du recours hiérarchique, se sont réservés la possibilité d'engager un contentieux auprès du Conseil d'Etat.

Dans un communiqué, en date du 15 octobre 2007, la SPPF s'est déclarée « globalement satisfaite du nouveau barème applicable à l'ensemble des radios privées »³⁴.

La SCPP estime que « le nouveau barème de rémunération pour les radios privées reste très faible »³⁵.

L'ADAMI, pour sa part, s'est félicité de la décision du 15 octobre 2007 qui devrait conduire, selon elle, à « une augmentation importante des perceptions dans ce secteur »³⁶.

³⁴ Communiqué de presse de la SPPF du 15 octobre 2007,

http://www.sppf.com/telecharger/Communique_bareme_radios_privées%20151007.pdf.

³⁵ Communiqué de presse de la SCPP du 13 novembre 2007, <http://www.scpp.fr/SCPP/tabid/339/default.aspx>.

³⁶ Communiqué de presse de l'ADAMI du 18 octobre 2007,

http://www.adami.fr/portail/affiche_article.php?rubr_id=1961&rubr_niv3=1962&rubr_niv4=3504&arti_id=7102

La SPEDIDAM n'a pas fait de commentaire officiel à propos de cette décision de la Commission rémunération équitable.

C. Modalités de la perception et de la répartition

Les radiodiffuseurs et les télédiffuseurs envoient directement à la SPRE les redevances dues au titre de la rémunération équitable.

En revanche, la collecte de la rémunération équitable auprès des discothèques et des lieux sonorisés est assuré par la SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) qui dispose d'un mandat à cet effet³⁷. La SPRE explique sur son portail Internet que « dans un souci d'économie et de souplesse, la SPRE utilise l'infrastructure de la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM), chargée de percevoir, en son nom, auprès des établissements et lieux sonorisés et des manifestations occasionnelles » la rémunération équitable³⁸.

Ainsi, au cours de l'année 2006, la SPRE a récolté au titre de la rémunération équitable 56,52 millions d'euros qui avaient été prélevés :

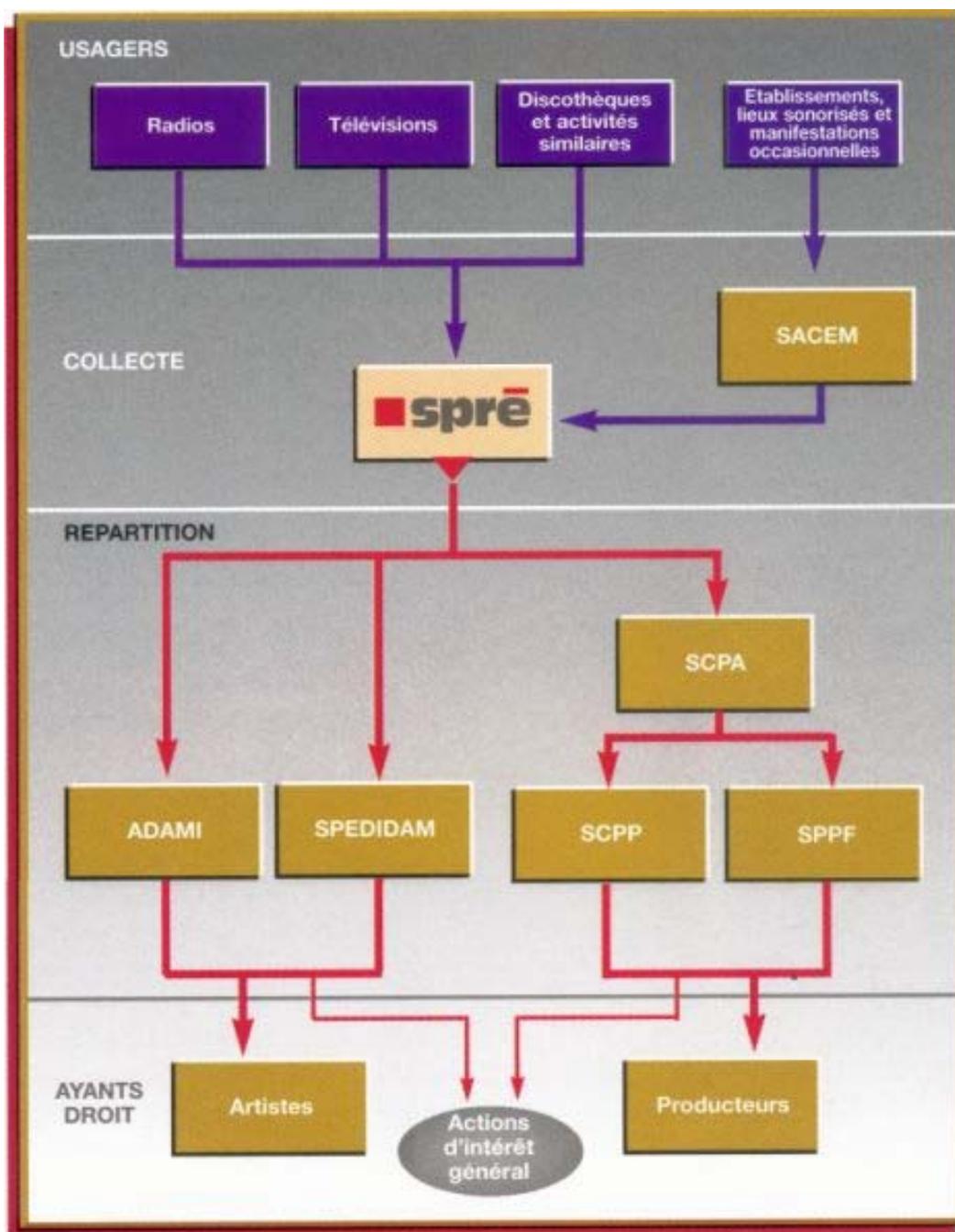
- auprès des discothèques : 11,34 millions d'euros
- auprès des lieux sonorisés : 18,54 millions d'euros
- auprès des radios locales privées : 18,32 millions d'euros
- auprès des radios publiques et générales : 7,88 millions d'euros
- auprès des télévisions : 0,44 millions d'euros. Il est intéressant de constater qu'en 2003, la SPRE avait récolté 5,25 millions d'euros auprès des télévisions. Cette incroyable diminution de la perception sera expliquée dans la partie consacrée à l'étude des arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 16 novembre 2004³⁹.

³⁷ A. BERTRAND, La musique et le droit De Bach à Internet, édition Litec, p 140.

³⁸ <http://www.spre.fr/presentation3.asp>.

³⁹ Partie 1 – Chapitre 2 – Section 2 – B.

La SPRE répartit les sommes récoltées, à l'exception d'environ 15 % de frais de gestion⁴⁰, par moitié entre les deux catégories d'ayants droit : les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes. La SPRE reproduit sur son site Internet un schéma illustrant la perception et la répartition de la rémunération équitable⁴¹ :



⁴⁰ A. BERTRAND, La musique et le droit De Bach à Internet, édition LexisNexis Litec, p 140.

⁴¹ <http://www.spre.fr/presentation4.asp>.

Chapitre 2 – Les domaines d’application de la licence légale

Les dispositions de l’article L. 214-1, telles que rédigées par le législateur de 1985, permettent une application immédiate du système de la licence légale aux domaines qu’elles désignent expressément (Section I). Cependant, au fil des ans, se sont posés des problèmes pour savoir s’il fallait ou non étendre la licence légale à certains domaines qui n’étaient pas expressément mentionnés dans l’article L. 214-1 (Section II).

Section 1 – Les domaines d’application résultant directement des dispositions de l’article L.214-1

Trois hypothèses sont énoncées de façons assez claires dans l’article L. 214-1 du CPI pour être d’applicabilité directe. Il s’agit de la communication directe dans un lieu public (Sous-section 1), de la radiodiffusion (Sous-section 2) et de la distribution par câble de façon simultanée et intégrale par rapport à la radiodiffusion (Sous-section 3).

Sous-section 1 - La communication directe dans un lieu public

A. La notion de communication directe dans un lieu public

Le premier domaine d’application de la licence légale énoncé à l’article L. 214-1 du CPI concerne la communication directe de phonogrammes du commerce dans un lieu public. Cette formulation a été jugée « *incohérente* » par certains⁴². En effet, « la notion de "communication directe" n’a plus cours dans le droit français de la propriété littéraire et artistique, depuis que la loi du 3 juillet 1985 a modifié la définition du droit de représentation contenu dans l’article 27 de la loi du 11 mars 1957 (CPI, art. L. 122-2), lequel vise désormais plus généralement la "communication de l’œuvre au public" »⁴³.

De plus, les phonogrammes sont forcément diffusés au public par l’intermédiaire de matériels. La communication directe désignerait plutôt l’interprétation d’un artiste envers un public alors que la diffusion d’un phonogramme de commerce dans un lieu public ressemble davantage à une communication indirecte effectuée par l’intermédiaire d’outils techniques.

Ainsi, nous sommes tous amenés à croiser régulièrement ce domaine d’application de la licence légale. Les lieux de « communication directe dans un lieu public » de phonogrammes nous sont familiers : nous allons y faire la fête le samedi soir, nous y prenons un verre ou encore nous y achetons des biens. Il s’agit, d’une part, des discothèques et des établissements similaires et, d’autre part, de tous les établissements et lieux sonorisés.

Les discothèques et établissements similaires sont soumis au système de la licence légale et doivent donc payer la rémunération équitable. La SPRE compte environ 3.800 discothèques en France soumises à la rémunération équitable⁴⁴.

La notion d’établissements et lieux sonorisés paraît plus difficile à appréhender que celle de discothèque. La SPRE dénombre environ 250.000 établissements et lieux sonorisés soumis au

⁴² C. CARON, Droit d’auteur et droits voisins, n°570, p 445, édition Litec.

⁴³ A. et H.-J. LUCAS, op. cit. n° 1059 p 744.

⁴⁴ <http://www.spre.fr/PRESENTATION2.ASP>.

système de la licence légale⁴⁵. Il s'agit des cafés, des restaurants, des hôtels, des salons de coiffure, des magasins, des cinémas... Les lieux sonorisés désignent également les manifestations occasionnelles dans lesquelles sont diffusés des phonogramme de commerce : bals, kermesses, banquets... La SPRE en dénombre environ 150.000 en 2006⁴⁶.

Quand bien même un établissement ou un lieu sonorisé ne diffuserait pas un phonogramme de commerce par le biais de disques mais diffuserait un programmes radio ou des compilations qu'il créé soi-même, il est quand même soumis au système de la licence légale et doit payer la rémunération équitable puisque le phonogramme de commerce est constitué par toute fixation d'une séquence sonore enregistrée, éditée et publiée sous forme de vinyles, CD, bande sonore, fichier informatique...

La rémunération équitable est due même si la communication ne s'effectue que auprès d'un public « potentiel ». C'est le cas pour les attentes téléphoniques : peu importe que personne ne déclenche la communication du phonogramme de commerce enregistré en tant que musique d'attente téléphonique, la rémunération équitable sera quand même due par le diffuseur de l'attente téléphonique. La notion de public « potentiel » s'applique également aux lieux où des personnes sont susceptibles d'écouter les phonogrammes diffusés, sans qu'il y ait forcément quelqu'un qui soit réellement présent. C'est le cas, par exemple, lorsque des phonogrammes de commerce sont diffusés dans un couloir d'hôtel.

B. Exclusion des spectacles vivants du domaine de la licence légale

L'aliéna 1^{er} 1° de l'article L.214-1 précise que la licence légale ne couvre pas l'utilisation du phonogramme « dans un spectacle ». Cela désigne par exemple les cas où un phonogramme de commerce serait utilisé afin de sonoriser une pièce de théâtre ou pour assurer le play-back d'un chanteur. L'exclusion des spectacles vivants du domaine de la licence légale a été justifiée par l'idée qu'une telle utilisation « serait en quelque sorte un élément du spectacle organisé par un tiers »⁴⁷. Il faut donc obtenir l'accord écrit des ayants droit, conformément aux dispositions des articles L. 212-3 et L. 213-1 du code de la propriété intellectuelle.

Afin d'encadrer l'utilisation des phonogrammes de commerce dans des spectacles, un accord collectif a été conclu le 16 mai 1995 entre, d'une part, le SNAM (Syndicat national des artistes interprètes) et la SPEDIDAM (Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse) et, d'autre part, le SYNDEAC (Syndicat des directeurs d'entreprises artistiques et culturelles) et le Syndicat des directeurs de théâtres privés.

Sous-section 2 – La radiodiffusion

Sont concernés, par la licence légale, tous les types de radiodiffusion de phonogrammes publiés à des fins de commerce par les radios publiques et générales mais aussi par les radios locales privées. L'hypothèse de la radiodiffusion simple constitue le domaine d'application le plus important de la licence légale. Les montants prélevés auprès de ces radios s'élèvent à 26,2 millions d'euros.

⁴⁵ <http://www.spre.fr/PRESENTATION2.ASP>.

⁴⁶ <http://www.spre.fr/PRESENTATION2.ASP>.

⁴⁷ Rapport RICHARD, au nom de la commission des lois pour l'adoption de la loi du 3 juillet 1985, n° 2235, p 47.

L'article L. 214-1 du CPI retient la notion de radiodiffusion alors que les articles L. 122-2 et L. 132-20 du CPI visent la télédiffusion et non la radiodiffusion. L'article L. 122-2 du CPI définit la télédiffusion comme « la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données, et de messages de toute nature ».

La définition de la télédiffusion renvoie à la notion de télécommunication qui correspond à « toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignement de toute nature par fil optique, radio électricité ou autres systèmes électromagnétiques » (article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

Bien que l'article L. 214-1 ne donne aucune définition de la radiodiffusion, même après qu'il ait été modifié par la loi du 1^{er} août 2006, cette notion est définie dans de nombreux textes internationaux (Convention de Rome, Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes) et communautaires (Directive 92/100 du 19 novembre 1992). Il ressort de l'ensemble de ces définitions que la radiodiffusion suppose la réunion de deux éléments : une diffusion à destination du public ainsi qu'une diffusion par le biais d'ondes radioélectriques.

Le domaine d'application de la télédiffusion est très large car il englobe toutes les retransmissions par voie hertzienne, par satellite, par câble (ce qu'on déduit des dispositions de l'article L. 132-20) et par distribution numérique. En revanche, la radiodiffusion de l'article L. 214-1 du CPI a un domaine d'application plus restreint : elle inclut la diffusion par satellite, la câblo-distribution à condition qu'elle soit simultanée et intégrale à la radiodiffusion mais pas la distribution numérique (ce qui explique l'exclusion des webradios du domaine de la licence légale sur laquelle nous reviendrons).

Enfin, la télédiffusion peut constituer une forme de radiodiffusion au sens de l'article L. 214-1⁴⁸. La radiodiffusion ne couvre pas l'activité des seules station de radio mais aussi celle de tous les diffuseurs qui utilisent les ondes hertziennes, télédiffuseurs inclus. La principale différence entre télédiffusion et radiodiffusion est que la première notion inclut la distribution numérique et la câblo-distribution de façon générale, alors que la radiodiffusion ne couvre pas la distribution numérique et ne comprend que la câblo-distribution simultanée et intégrale.

Sous-section 3 - La câblo-distribution simultanée et intégrale

La câblo-distribution est globalement exclue du domaine de la licence légale puisque l'article L. 214-1 indique que la licence légale ne s'applique qu'à la « câblo-distribution simultanée et intégrale » des phonogrammes publiés à des fins de commerce. Comme l'explique Tristan AZZI, « le fondement de cette disposition est de soumettre au même régime, celui de la licence, deux diffusions qui empruntent certes des vecteurs différents, l'une la radiodiffusion et l'autre la câblodistribution, mais dont le contenu est identique en termes de programmation »⁴⁹.

En revanche, toutes les autres diffusions de phonogrammes par les câblodiffuseurs ne sont pas incluses dans le périmètre de la licence légale et entrent dans le champ du droit exclusif du producteur.

⁴⁸ Voir notamment Christophe ALLEAUME, La reproduction d'un phonogramme dans une bande-annonce télévisée requiert l'autorisation du producteur, *Légipresse* n°190, avril 2002, p 48.

⁴⁹ T. AZZI, *Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes*, JCP édition générale n°4, 25 janv. 2006.

La condition de simultanéité de la câblo-distribution par rapport à la radiodiffusion aurait pu poser problème dans la mesure où il existe souvent un léger décalage entre ces deux diffusions en raison de problèmes techniques. Comme nous allons le voir dans le prochain paragraphe, la Cour de cassation a considéré qu'un léger décalage entre la radiodiffusion et la câblo-distribution n'était pas incompatible avec la condition de simultanéité dès lors qu'il était « *indépendant de la volonté* » du diffuseur⁵⁰.

Section 2 – Le champ d'application de la licence légale précisé par la jurisprudence

La jurisprudence a permis de mieux définir le véritable domaine d'application de la licence légale. Elle en a précisé les contours dans des cas où il était difficile de déterminer si la licence légale s'appliquait ou pas.

Sous-section 1 – Les nouvelles applications de la licence légale dégagées par les arrêts du 14 juin 2005

La Société Multiradio a pour activité principale la diffusion de phonogrammes de commerce par satellite. En raison de contraintes techniques, elle stocke les phonogrammes sur disque dur préalablement à leur diffusion. Parallèlement à cette diffusion par satellite, elle distribue ses programmes par câble avec un léger décalage temporel dû à des impératifs techniques. Or, ces trois types d'utilisation de phonogrammes (diffusion par satellite, reproduction préalable à la radiodiffusion et diffusion par câble avec un léger décalage) n'ont fait l'objet d'aucun accord avec les producteurs de phonogrammes car la société Multiradio considérait qu'ils relevaient du domaine de la licence légale.

La Cour de cassation a eu à déterminer si ces utilisations relevaient du domaine de la licence légale ou bien de celui du droit exclusif des ayants droit.

Grâce à ces deux arrêts du 14 juin 2005, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a repoussé les limites du domaine d'application de la licence légale dans ces trois domaines⁵¹.

A. La diffusion par satellite

L'assimilation entre radiodiffusion et diffusion par satellite résulte des dispositions de plusieurs textes internationaux.

Comme nous l'avons énoncé auparavant, l'article 3 f de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 décrit l'émission de radiodiffusion comme « la diffusion des sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public ». Une définition comparable figure dans l'article 8-2 de la Directive européenne 92/100/CEE du 19 octobre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle⁵².

⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradion et SNEP et Cass Civ. 1^{ère} 2 décembre 2005 SCPP c/ Spedidam et a. et Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-19.833, SNEP et SCPP c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications.

⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradion et SNEP et Cass Civ. 1^{ère} 2 décembre 2005 SCPP c/ Spedidam et a. et Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-19.833, SNEP et SCPP c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications.

⁵² JOCE n° L 346 du 27/11/1992 p. 0061 – 0066.

L'article 2 de la Directive 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 place le « droit de l'auteur d'autoriser la communication au public par satellite » de son œuvre sous la bannière du « droit de radiodiffusion ». L'article 4-2 de cette même Directive énonce que « l'expression "radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques" couvre également la communication au public par satellite ».

L'article 2 f du Traité OMPI du décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes précise que « la radiodiffusion (...) désigne aussi une transmission (...) effectuée par satellite »⁵³.

La Cour de cassation considère que la radiodiffusion des phonogrammes du commerce par le satellite est couverte par la licence légale dès lors que deux conditions sont réunies :

- Dans un premier temps, il faut que le diffuseur ait consenti à cette transmission par satellite. La Haute juridiction estime que « la radiodiffusion prévue à l'article L. 214-1 du CPI (...) désigne aussi la transmission par satellite de signaux » dès lors que le décryptage des signaux transmis par satellite est effectué avec le consentement du diffuseur ou à l'aide de moyens qu'il aura fournis au public. Cette condition permet d'exclure du champ de la licence légale la réception de phonogrammes procédant d'un piratage des signaux du satellite.
- La seconde condition concerne l'interactivité qui est définie par la Cour de cassation comme la possibilité offerte « à l'abonné de sélectionner au sein du programme choisi par lui tel phonogramme qu'il voudrait entendre ». La Cour de cassation pose comme condition d'application de la licence légale l'absence d'interactivité, c'est-à-dire la passivité de l'utilisateur par rapport au choix des phonogrammes diffusés.

B. La reproduction préalable à la radiodiffusion

La diffusion par satellite nécessite une reproduction préalable du phonogramme de commerce sur un disque dur et sa traduction en langage numérique. Cette opération accessoire de reproduction préalable à la diffusion est indispensable à la diffusion par satellite. Elle est également très souvent utilisée par les radios hertziennes classiques.

La reproduction, définie à l'article L. 122-3 du CPI, « consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Or, l'article L. 213-1 du CPI prévoit que « l'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction (...) de son phonogramme (...) ».

La Cour de cassation se trouve confrontée à une situation qui laisse penser que la licence légale devrait être appliquée. Cependant, cette application se trouve empêchée par des dispositions légales s'opposant aux impératifs techniques nécessaires à la diffusion.

⁵³ T. AZZI, Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes, JCP édition générale II 10009, n°4 p 153, 25 janv. 2006.

Une partie de la doctrine considérait que cette reproduction préalable à la radiodiffusion ne devait pas tomber dans le domaine d'application de la licence légale. Ainsi, Frédéric POLLAUD-DULLIAN estime que « seules les deux séries d'utilisation visées à l'article L. 214-1 sont couvertes par la licence légale » et que « dès lors, on ne peut pas invoquer celle-ci pour reproduire le phonogramme, même si c'est aux fins de l'une de ces utilisations, et spécialement de la radiodiffusion »⁵⁴.

La Cour de cassation, reprenant la solution retenue par la Cour d'appel de Paris⁵⁵, énonce cependant que « la reproduction sur disque dur constitue une opération techniquement nécessaire et accessoire pour assurer la programmation recherchée et permettre une radiodiffusion simultanée et intégrale de phonogrammes du commerce ». Ainsi, l'autorisation du producteur n'est pas requise car il ne s'agit pas d'un « acte de reproduction indépendant ».

La solution retenue par la Cour de cassation s'explique par le fait que « la reproduction est ici un préalable technique nécessaire à la radiodiffusion et n'a d'autre finalité que celle-ci. Puisqu'elle ne constitue pas un nouveau mode d'exploitation des phonogrammes, elle relève du même régime juridique que la radiodiffusion, c'est-à-dire la licence légale ». Pour Tristan AZZI, il s'agit de la « manifestation de la théorie de l'accessoire »⁵⁶.

Cette jurisprudence permet de mieux définir les limites de la licence légale et de distinguer deux types de reproductions :

- les reproductions techniquement nécessaires et accessoires à une radiodiffusion qui relèvent de la licence légale ;
- les reproductions réalisées à titre principal qui nécessitent l'autorisation du producteur de phonogrammes.

De plus, la Cour de cassation mentionne que la reproduction doit être « exempte d'altération » et ne pas être incorporée dans une œuvre nouvelle. Cette précision permet de compléter la jurisprudence établie en matière d'incorporation de phonogrammes dans un vidéogramme qui assimile cette incorporation à une nouvelle œuvre.

C. La câblo-distribution

Le dernier point sur lequel avait à se prononcer la Cour de cassation concerne la question de la condition de simultanéité et d'intégralité de la câblo-distribution par rapport à la radiodiffusion.

L'article L. 214-1 énonce que la câblo-distribution n'est couverte par la licence légale que si elle est réalisée de façon « simultanée et intégrale » par rapport à la radiodiffusion.

En l'espèce, la Société Multiradio avait diffusé jusqu'en 1999 des phonogrammes par câble de façon concomitante à la radiodiffusion mais avec un bref décalage de quelques minutes dus à des impératifs techniques.

⁵⁴ F. POLLAUD-DULLIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°1640 p 951.

⁵⁵ CA Paris, 27 septembre 2002, Prop. Intell. 2003, p 49, note A. Lucas.

⁵⁶ T. AZZI, *Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes*, JCP édition générale II 10009, n°4 p 153, 25 janv. 2006.

La Cour de cassation a appliqué à la câblo-distribution la même solution qu'elle avait retenue pour la diffusion par satellite et considère que dès lors que « le décalage de quelques minutes entre la diffusion satellitaire et la distribution par câble résultait d'une contrainte technique alors inéluctable », il faut « tenir pour acquise la simultanéité de la distribution et de la radiodiffusion prévue par l'article L. 214-1 ».

Sous-section 2 – La sonorisation des programmes télévisuels et l'incorporation d'un phonogramme dans un vidéogramme

Deux problèmes principaux se posent dans le cadre de la sonorisation de programmes audiovisuels avec des phonogrammes de commerce.

Il s'agit tout d'abord de la reproduction du phonogramme préalablement à sa radiodiffusion (A). L'article 12 de la Convention de Rome inclut dans le domaine d'application du système de la rémunération équitable la reproduction du phonogramme lorsque elle « est utilisée directement pour la radiodiffusion ». Mais le législateur de 1985 a précisé que la licence légale ne s'appliquait qu'en cas de radiodiffusion de phonogrammes. La reproduction aux fins de radiodiffusion est cependant une opération courante dans la préparation des programmes audiovisuels.

Un autre problème consiste à savoir si l'utilisation de phonogramme du commerce dans les émissions de télévision rentre dans le champ de la licence légale même si elle est assortie d'une reproduction (B).

A. L'incorporation d'un phonogramme dans un programme télévisuel : œuvre distincte du phonogramme

La solution au problème de l'incorporation d'un phonogramme dans un vidéogramme a été apportée par la Cour de cassation dans un arrêt de la Première Chambre civile du 29 janvier 2002⁵⁷.

En l'espèce, France 2 était poursuivi par la société de production EMI pour avoir diffusé en tant que générique d'un programme télévisuel un phonogramme du commerce dont les droits appartenaient à EMI sans lui avoir demandé son autorisation au titre du droit exclusif du producteur de l'article L. 213-1. France 2 se défendait en considérant que cette diffusion relevait du domaine de la licence légale.

La Cour de cassation a considéré que « l'enregistrement litigieux avait été effectué par incorporation, dans le vidéogramme, du phonogramme commercial qui le contenait » et en a déduit que « cette utilisation ne figurait pas au nombre des dérogations apportées par l'article L. 214-1 ».

La Première Chambre civile a donc décidé d'interpréter strictement l'exception que constitue la licence légale au droit exclusif d'autorisation des producteurs de phonogrammes. Selon Christophe Caron, « c'est le phonogramme lui-même, support matériel du bien immatériel, qui doit impérativement être radiodiffusé pour que puisse s'appliquer la licence légale. Dès lors, si la séquence de sons est fixée sur un autre support (piste sonore d'un phonogramme

⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2002, France 2 c/ Sté EMI Records Ltd UK, n° 2002-012763.

audiovisuel, vidéogramme...), ce n'est plus le phonogramme qui est diffusé, mais un autre support qui intègre ce qui était originellement fixé sur le disque »⁵⁸.

Henri-Jacques LUCAS considère, pour sa part, que la solution retenue par la Cour de cassation se fonde sur le fait que la reproduction préalable d'un phonogramme du commerce en vue de sa radiodiffusion ne relève pas de la licence légale mais doit être autorisée par le producteur (L. 213-1 CPI). Reprenant un des moyens soulevés dans le pourvoi, il estime qu'il était justifié d'étendre la licence légale à la reproduction préalable en raison de « l'unité de l'acte d'exploitation résultant de ces deux actes »⁵⁹.

Il peut en effet paraître incohérent « d'admettre qu'un producteur puisse autoriser (et donc interdire) la reproduction préalable à la radiodiffusion, alors que la loi lui interdit de s'opposer à cette radiodiffusion »⁶⁰.

B. La sonorisation de programmes télévisuels : les problèmes soulevés par les arrêts du 16 novembre 2004

Le 16 novembre 2004, la Cour de cassation a rendu trois arrêts qu'il convient d'étudier simultanément pour apprécier la conception générale de la licence légale dégagée par la Cour de cassation.

1. La licence légale, terrain d'opposition des différents intérêts entre ses titulaires et ses utilisateurs

Ces arrêts sont intéressants car ils illustrent la confrontation des différents intérêts en présence entre les parties à la licence légale et la façon dont chacun souhaiterait voir évoluer celle-ci dans un sens qui lui soit favorable.

Pierre SIRINELLI a exposé les volontés et intérêts des parties qui se sont opposés dans le cadre de ces affaires. Les sociétés de gestion collective représentant les producteurs (SCPP, SPPF), une des grandes sociétés de production (Universal) ainsi que certains diffuseurs (Canal + et M6) voulaient éviter l'application du régime de la licence légale à la radiodiffusion de phonogrammes du commerce reproduit dans un vidéogramme. Ils estimaient que ce type de diffusion doit relever du régime de droit exclusif du producteur de phonogrammes (L. 213-1 CPI).

En revanche, la SPEDIDAM et le SNAM (Union Nationale des Syndicats d'Artistes Musiciens de France), représentant les artistes-interprètes, estimaient que la radiodiffusion d'un phonogramme du commerce reproduit dans un vidéogramme devait relever du régime de la licence légale tandis que l'acte de reproduction préalable devait être soumis au droit exclusif du producteur de phonogrammes du commerce.

Enfin, TF1 soutenait que la reproduction du phonogramme ainsi que sa radiodiffusion relevaient du régime de la licence légale, en raison du caractère accessoire de l'acte de reproduction préalable à la radiodiffusion⁶¹.

⁵⁸ C.CARON, De l'interprétation stricte des licences légales, CCE 2002/03, p 21.

⁵⁹ H.-J. LUCAS, Chronique, JCP Entreprise et Affaires, n° 7-8, 13 février 2003, p 317.

⁶⁰ C. ALLEAUME, La reproduction d'un phonogramme dans une bande-annonce télévisée requiert l'autorisation du producteur, Légipresse n° 190, Avril 2002, p 49.

Les artistes interprètes sont favorables à une application la plus étendue possible de la licence légale puisqu'ils touchent 50 % des revenus tirés de la rémunération équitable. En revanche, les producteurs préfèrent que le domaine d'application de la licence légale soit le plus restreint possible pour laisser la place aux droits exclusifs. En effet, les producteurs se font, très souvent, céder par les artistes interprètes leurs droits d'exploitation pour des montants qui sont bien moins élevés que ce que les artistes pourraient toucher grâce au système de la rémunération équitable. Ils ont donc intérêt à ce que le domaine d'application de la licence légale soit restreint afin de pouvoir négocier avec les radiodiffuseurs le montant de leur rémunération et fixé par la voie contractuelle celui des artistes interprètes.

2. Exclusion de la licence légale en cas de télédiffusion de programmes incorporant des phonogrammes

Dans la première espèce qui opposait la SPEDIDAM et le SNAM aux diffuseurs Canal + et M6, la Cour de cassation énonce que « le vidéogramme réalisé par incorporation d'un phonogramme publié détermine une oeuvre distincte ». Or, puisque « le régime de licence légale de l'article L. 214-1, texte propre aux phonogrammes déjà publiés à des fins de commerce et faisant l'objet d'une communication directe au public ou d'une radiodiffusion ou télédiffusion, ne pouvait recevoir application en dehors des cas ainsi strictement définis », la Cour de cassation en déduit que la reproduction du phonogramme ainsi que la communication du phonogramme du commerce incorporé dans un vidéogramme étaient soumises à l'autorisation préalable du producteur de phonogramme tel que le prévoit l'article L. 213-1.

Dans le second arrêt, la Haute juridiction énonce que le système de la licence légale « ne pouvait régir les vidéomusiques, oeuvres distinctes du phonogramme lui-même par l'incorporation qu'elles impliquent et la valeur différente de l'exploitation à laquelle elles donnent lieu ». Le vidéoclip est à nouveau qualifié d'oeuvre nouvelle par rapport au phonogramme.

Enfin, dans le troisième arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par TF1, la SPEDIDAM et le SNEP contre la décision de la Cour d'appel de Versailles du 17 janvier 2002. Après avoir énoncé que l'article L. 214-1 est un « texte propre aux phonogrammes déjà publiés à des fins de commerce et faisant l'objet d'une communication directe au public ou d'une radiodiffusion ou d'une télédiffusion », la Haute juridiction considère que le système de la licence légale ne doit pas être appliqué aux utilisations de phonogrammes pour la sonorisation de bandes annonces de programmes télévisés. Cet arrêt vient confirmer la position qu'avait adoptée la Cour de cassation dans son arrêt du 19 novembre 2002. Ce type d'utilisation relève donc du droit exclusif d'autorisation du producteur de phonogrammes.

Cependant, dans le cadre de cette troisième affaire, les juges du fond de la Cour d'appel de Versailles avaient « distingué les simples radiodiffusions de celles utilisant les phonogrammes à des fins publicitaires, comme c'était le cas en l'espèce ; c'est sur second motif que la Cour d'appel a sanctionné une atteinte aux droits de l'interprète et du producteur »⁶². Il est intéressant de constater que la Cour de cassation a sanctionné l'arrêt d'appel sur le fait que les juges du fond avaient retenu une atteinte aux droits exclusifs car le phonogramme avait été

⁶¹ P.SIRINELLI, De la délimitation restrictive du champ de la licence légale par rapport à celui du droit exclusif, Prop. Intell. Avril 2005, n°15, p 176 – 180.

⁶² X. DAVERAT, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, fascicule 1450, Licence légale et rémunération équitable (CPI, art. L. 214-1 à L. 214-5), n° 9.

utilisé à des fins publicitaires. Cette solution réaffirme la solution dégagée dans l'arrêt du 19 novembre 2002 : toute incorporation d'un phonogramme dans un vidéogramme est soumise au droit exclusif du producteur.

En définitive, la Cour de cassation n'exclut pas que le principe de l'application de l'article L. 214-1 à certaines télédiffusions. La licence légale est limitée aux seules radiodiffusions de phonogrammes du commerce en direct, comme par exemple la présentation d'oeuvres musicales dans les émissions où les artistes ont l'habitude de faire leur promotion. Par contre, l'incorporation de phonogrammes du commerce dans le générique d'une émission et les vidéomusiques sont soumises au droit exclusif d'autorisation des producteurs.

3. Les questions soulevées par ces arrêts

Une partie de la doctrine a considéré que ces arrêts étaient en contradiction avec trois normes internationales et européennes : l'article 12 de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 qui vise explicitement l'hypothèse d'une reproduction du phonogramme, ce qui est le « cas lorsqu'il est incorporé dans un phonogramme »⁶³, l'article 8-2 2° de la Directive du 19 novembre 1992 qui énonce également l'application du système de rémunération équitable en cas de « reproduction du phonogramme » et l'article 15 alinéa 1er du Traité OMPI du 20 décembre 1996 qui dispose qu'une rémunération équitable et unique est due aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes « lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion »⁶⁴.

Les arrêts de la Cour de cassation du 19 novembre 2002 et du 16 novembre 2004 ont eu de lourdes répercussions. Avant ces arrêts, chaque télédiffusion d'un phonogramme de commerce donnait lieu au paiement de la rémunération équitable par le télédiffuseur, que ce phonogramme soit incorporé dans un film, dans une émission ou diffusé en direct. Ces arrêts, ayant réduit le domaine du champ de la licence légale, ont eu pour conséquence de faire baisser de façon importante le nombre de diffusions de phonogrammes de commerce soumises à la licence légale. Les redevances récoltées par la SPRE en matière de télévision ont considérablement baissé. Elles étaient d'un montant de 3,10 millions d'euros en 2002 et de 5,26 millions d'euros en 2003. Elles sont passées à un montant de 0,26 millions d'euros en 2005 et 0,44 millions d'euros en 2006⁶⁵.

Cette diminution du niveau de redevances perçues par la SPRE a eu pour effet de faire baisser les sommes touchées par les artistes interprètes et les producteurs au titre de la rémunération équitable.

C'est dans le but de compenser cette baisse de la rémunération équitable que la Commission rémunération équitable a établi un nouveau barème de rémunération équitable pour les radios privées qui devraient générer plus de revenus à la SPRE. De plus, comme nous l'avons dit précédemment, la Commission rémunération équitable devrait se réunir prochainement pour établir un nouveau barème de rémunération équitable pour les radios publiques et pour les télédiffuseurs. Il y a de fortes chances pour que ces nouveaux barèmes aient également pour objectif d'augmenter les montants de redevances versés par les radios publiques et par les télédiffuseurs au titre de la rémunération équitable.

⁶³ P. BOIRON et N. MOREAU, La loi DADVSI a-t-elle encore un avenir ?, Legipresse n° 241 - Mai 2007, Chronique, p 61.

⁶⁴ Voir aussi I. WEKSTEIN, Droits voisins, licence légale et loi du 1er août 2006, D. 2006, Chron. p 2190.

⁶⁵ http://www.spre.fr/CHIFFRES_PERCEPTIONS.ASP#encaissements_televisions.

A l'occasion des débats parlementaires menant à l'adoption de la loi sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, plusieurs amendements ont été présentés dans le but de modifier le régime de la licence légale, notamment sur la question de la sonorisation des programmes télévisuels, « sans toutefois que ces propositions ne fassent l'objet d'une discussion avec les sociétés représentant les artistes-interprètes ou la SPRE »⁶⁶.

⁶⁶ I. WEKSTEIN, Droits voisins, licence légale et loi du 1er août 2006, D. 2006, Chron. p 2190.

Partie 2 – La licence légale au lendemain de l’adoption de la loi DADVSI

La loi DADVSI du 1^{er} août 2006 fut accueillie de façon assez critique par la doctrine qui a dénoncé, notamment, des inadaptations face aux nouvelles technologies, ainsi qu’un certain parti pris favorisant les investisseurs au détriment des artistes, en particulier à propos des mesures techniques de protection.

Les modifications de l’article L.214-1 sont à l’image de cette loi. Alors qu’elles avaient pour objectif de clarifier le système de la licence légale, elles l’ont au final complexifié. La formulation retenue donne lieu à diverses interprétations qui divisent la doctrine (Chapitre 1). De plus, toutes les diffusions de phonogrammes par voie numérique sont exclues du domaine de la licence légale, ce qui a permis l’émergence de licences « conventionnelles », par opposition à la licence légale (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les évolutions de la licence légale pendant les débats parlementaires et après l’adoption de la loi DADVSI

Les débats parlementaires préalables à l’adoption de la loi DADVSI furent l’occasion de prises de position passionnées, d’oppositions fermes, de dialogues et d’échanges sur des sujets d’actualité et d’avenir. Des millions d’internautes ont suivi avec attention l’élaboration de cette loi. Bien qu’ils ne fussent pas forcément satisfaits par le dénouement, l’élaboration de cette loi fut pleine de rebondissements.

Un des évènements majeurs des débats précédant l’adoption de la loi DADVSI fut l’adoption éphémère de la licence globale par l’Assemblée Nationale. Avant de décrire le système de la licence globale, (Section2) il faut analyser la nouvelle rédaction de l’article L. 214-1 du CPI mise en place après l’adoption de la DADVSI (Section 1).

Section 1 – Le nouveau système de la licence légale

A la lecture de la nouvelle rédaction de l’article L.214-1, on se rend compte que le domaine d’application de la licence légale a été doublement étendu par la loi DADVSI (Sous-section 1). On remarque également que le législateur a utilisé l’expression « programme propre » aux entreprises audiovisuelles dans le cadre de cette extension, ce qui amène à s’interroger sur la signification de cette nouvelle rédaction de l’article L. 214-1 (Sous-section 2).

Sous-section 1 - Une double extension du champ de la licence légale

La modification de l’article L. 214-1 a permis d’encadrer la sonorisation des programmes audiovisuels et d’inclure, dans le domaine de la licence légale, la reproduction préalable des phonogrammes à leur radiodiffusion.

A. Présentation des amendements ayant conduit à la modification du champ d'application de la licence légale

1. Deux amendements avec la même ambition de clarifier la situation des programmes télévisuels

Deux amendements n° 171 et 173, à la rédaction similaire, furent déposés à l'Assemblée Nationale, à l'initiative des parlementaires Dominique RICHARD (Groupe UMP) et Jean DIONIS DU SEJOUR et Pierre-Christophe BAGUET (Groupe UDF), avec pour objectif de modifier la rédaction de l'article L. 214-1 du CPI. Les auteurs de ces amendements souhaitaient étendre le domaine d'application de la licence légale à l'utilisation des phonogrammes du commerce dans le cadre de la sonorisation des programmes télévisuels.

L'exposé sommaire de l'amendement n° 173 explique que, dans le domaine télévisuel, il existe deux façons d'utiliser les phonogrammes du commerce :

- « Utilisation dans un support audiovisuel pour son usage associé à l'image : bandes-annonces, génériques et illustrations sonores d'émissions sportives, de variétés, d'information, de jeux, de « télé-réalité », etc. ;
- Usage « en direct » des phonogrammes du commerce : diffusion intégrale ou par extraits ou fonds musicaux dans des émissions de plateaux »⁶⁷.

La Cour de cassation a retenu que seul l'usage en direct du phonogramme, sans reproduction préalable, pouvait être assimilé à la radiodiffusion décrite dans l'article L. 214-1 et être couvert par la licence légale. Il s'agit des hypothèses où on passe un phonogramme du commerce en direct, sans l'avoir préalablement reproduit. Dès lors, que le phonogramme du commerce est reproduit, il faut appliquer le droit exclusif des ayants droit.

2. Critique des arrêts du 16 novembre 2004

Considérant que la quasi totalité des utilisations de phonogrammes du commerce à la télévision étaient faites dans le cadre de la première modalité énoncée, les auteurs des amendements critiquaient les arrêts rendus par la Cour de cassation le 16 novembre 2004 pour deux raisons principales.

Tout d'abord, reprenant l'argumentation soulevée par les demandeurs aux pourvois, il considéraient que la position des juges français était en contradiction avec « pas moins de trois normes internationales et européennes » : l'article 12 de la Convention de Rome du 26 octobre 1961, l'article 8 de la Directive européenne du 19 novembre 1992 relative notamment aux droits voisins et l'article 15 du Traité OMPI du 20 décembre 1996. De plus, la Cour de cassation aurait mis sur le même plan « en se servant d'une motivation identique, deux situations entièrement différentes ».

Il aurait été plus approprié, selon eux, de procéder à une autre distinction fondée sur des motifs différents. Considérer, d'une part, que, dans l'hypothèse où le télédiffuseur utilise des phonogrammes afin de sonoriser des programmes destinés à être diffusés sur son antenne, la reproduction du phonogramme est effectuée par le diffuseur lui-même. La licence légale

⁶⁷ J. DIONIS DU SEJOUR ET BAGUET, Exposé sommaire amendement n° 173 après l'article 4 Loi DADVSI n°1206, p 2.

devrait s'appliquer à cette reproduction préalable à la diffusion dès lors qu'elle est opérée par le diffuseur lui-même ou pour son compte dans le cadre de programmes qui lui sont propres.

En revanche, lorsque le diffuseur ne fait que « transmettre à son public des programmes à l'origine desquels il ne se trouve pas à titre principal et déjà sonorisés par des phonogrammes », le droit exclusif des producteurs doit s'appliquer.

Ainsi, la licence légale devrait couvrir les utilisations des phonogrammes du commerce pour sonoriser une émission produite par la chaîne ou par toute personne opérant pour elle, tandis que le droit exclusif de l'article L. 213-1 du CPI devrait s'appliquer en cas de diffusion de phonogrammes reproduits dans des programmes télévisuels réalisés par des tiers et non spécifiquement pour le compte de l'entreprise de communication audiovisuelle qui les diffusent.

3. Adoption contre l'opposition du rapporteur de la commission des lois et du ministre de la Culture à l'Assemblée Nationale

Lors des débats parlementaires, le rapporteur de la commission des lois pour l'Assemblée Nationale, Christian VANNESTE, a exprimé son désaccord avec ces amendements, considérant qu'il était « préférable d'en rester à la voie contractuelle » car « la gestion collective volontaire conduira à un traitement strictement égalitaire de tous les producteurs, qu'ils soient majors ou indépendants »⁶⁸. Le ministre de la Culture s'est également opposé à l'adoption de ces amendements, préférant lui aussi la voie contractuelle. Il craignait que ces amendements ne permettent « aux radiodiffuseurs d'utiliser librement leurs archives constituées sous forme de base de données pour des exploitations commerciales ultérieures sans que les producteurs soient réellement en mesure d'identifier les enregistrements utilisés, donc de maîtriser la diffusion des phonogrammes »⁶⁹.

Les amendements n° 171 et 173 furent adoptés, cependant, par l'Assemblée Nationale le 22 décembre 2005.

B. Les nouveaux domaines d'application de la licence légale

Au lendemain, de l'adoption de la loi DADVSI, l'article L. 214-1 du CPI est ainsi rédigé :

Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

1° A sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;

2° (L. n° 2006-961 du 1er août 2006, art. 5) « **A sa radiodiffusion et à sa câblodistribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable.**

Dans tous les autres cas, il incombe aux producteurs desdits programmes de se

⁶⁸ C. VANNESTE, Compte-rendu intégral des séances du 22 décembre 2005, JOAN p 8695.

⁶⁹ R. DE DONNEDIEU DE VABRES, Compte-rendu intégral des séances du 22 décembre 2005, JOAN p 8695.

conformer au droit exclusif des titulaires de droits voisins prévu aux articles L. 212-3 et L. 213-1 ».

Ces utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs.

Cette rémunération est versée par les personnes qui utilisent les phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions mentionnées aux 1° et 2° du présent article.

Elle est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement dans les cas prévus à l'article L. 131-4.

Elle est répartie par moitié entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes.

Cette nouvelle rédaction de l'article L. 214-1 a pour conséquence de faire entrer dans le champ de la licence légale de nouveaux domaines d'application.

- La reproduction préalable à la radiodiffusion

La nouvelle rédaction de la licence légale permet d'étendre son champ d'application à la reproduction d'un phonogramme préalablement à sa radiodiffusion et à sa câblo-distribution simultanée et intégrale. Cette extension du domaine de la licence légale avait déjà été consacrée par les arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2005 dès lors qu'elle constituait une « opération techniquement nécessaire et accessoire »⁷⁰.

Bien que cela paraisse peu probable, on peut se demander si cette reproduction pourrait être bloquée, par le biais de mesures techniques de protection, dont l'utilisation a été validée par la loi DADVSI. Le producteur du phonogramme pourrait ainsi empêcher l'extension de la licence légale à la reproduction préalable à la diffusion.

- La reproduction de phonogrammes du commerce effectuée afin de permettre la télédiffusion de programmes propres à une entreprise de communication audiovisuelle sonorisés par ces phonogrammes et réalisée par cette entreprise ou pour son compte

Deux conditions sont nécessaires à l'extension de la licence légale à cette hypothèse.

Tout d'abord, il faut que la reproduction des phonogrammes du commerce ait pour but de permettre la radiodiffusion d'un programme télévisuel qui ait été sonorisé par ces phonogrammes. Cette reproduction peut être effectuée par l'entreprise de communication audiovisuelle elle-même ou par toute société l'effectuant pour son compte.

Ensuite, il est impératif que le programme télévisuel soit un programme propre à l'entreprise de communication audiovisuelle et qu'il soit diffusé sur l'antenne de l'entreprise de communication audiovisuelle ou sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui verse la rémunération équitable.

⁷⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradio et SNEP et Cass Civ. 1^{ère} 2 décembre 2005 SSCP c/ Spedidam et a. et Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-19.833, SNEP et SSCP c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications.

On distingue donc deux situations. En présence de la radiodiffusion d'un programme sonorisé par un phonogramme dont la reproduction aura été réalisée par ou pour le compte d'une entreprise de communication audiovisuelle, il faudra appliquer le système de la licence légale à cette radiodiffusion ainsi qu'à la reproduction du phonogramme dans le programme télévisuel.

En revanche, le droit exclusif du producteur de phonogrammes s'applique à toutes les autres hypothèses, notamment la radiodiffusion d'un programme incorporant un phonogramme qui n'est pas produit par ou pour le compte d'une entreprise de communication audiovisuelle.

- La situation des vidéomusiques

La situation des vidéomusiques n'a pas été abordée dans l'exposé sommaire des amendements n° 171 et 173, pas plus que lors des débats parlementaires. Il faut en déduire que la télédiffusion des vidéomusiques reste soumise au droit exclusif, comme l'avait énoncé la Cour de cassation dans ses décisions de 2002 et de 2004. Selon David LEFRANC, la nouvelle rédaction de la licence légale est « inapplicable aux "vidéomusiques", puisque la loi ne vise que l'illustration sonore de programmes audiovisuels »⁷¹.

Les vidéomusiques ne sont pas des programmes propres aux entreprises de communication audiovisuelles mais des programmes réalisés par des tiers non spécifiquement pour une entreprise de communication audiovisuelle.

Sous-section 2 - La notion de « programme propre » aux entreprises de communication audiovisuelle

La licence légale s'applique donc à la radiodiffusion de phonogrammes utilisés pour sonoriser des programmes propres à l'entreprise de communication audiovisuelle ainsi qu'à la reproduction de ces phonogrammes dans le programme télévisuel. Ces programmes peuvent être diffusés par toutes les entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable sans être soumis au droit exclusif. La licence légale s'appliquera quand même à ces diffusions, son bénéficiaire n'est pas limité à la seule entreprise de communication qui est à l'origine de la sonorisation du programme. La reproduction des phonogrammes du commerce pour les intégrer dans un programme propre télévisuel peut être faite par l'entreprise de communication elle-même mais aussi pour son compte, c'est-à-dire par un tiers.

Comme l'analyse Frédéric POLLAUD-DULLIAN, « le champ de la licence légale est considérablement étendu, couvrant même les actes de tiers qui effectuent la reproduction ou qui télédiffusent les programmes sur leurs propre antenne »⁷².

⁷¹ D. LEFRANC, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique* > Fasc. 1460 : Droit voisin des producteurs de vidéogrammes (CPI, art. L. 215-1) > III. - Exercice du droit, n° 19.

⁷² F. POLLAUD DULLIAN, *RTDCom.* Octobre/Décembre 2006, *Chron.* P 808.

A. La notion de « programme propre » dans des textes juridiques

1. La définition de la notion de « programme propre » donnée dans le décret n°86-445 du 14 mars 1986

Une définition légale de la notion de « programme propre » a été énoncée à l'annexe de l'article 2 du décret n° 86-445 du 14 mars 1986 fixant le cahier des charges applicable aux titulaires d'une autorisation en matière de services locaux de télévision par voie hertzienne⁷³ :

« Le programme propre est un programme original conçu par le titulaire de l'autorisation et entièrement composé par lui ou sous son contrôle.

Ce programme ne peut être constitué ni par la diffusion répétée du même programme, ni par la retransmission simultanée ou différée de programmes diffusés par un autre service, ni par la diffusion de programmes conçus par des prestataires de service ou composés sous leur contrôle ».

A la lecture de cette définition, la constitution d'un programme propre devrait impliquer plusieurs conditions :

- Originalité : seules les télédiffusions de phonogrammes de commerce incorporés dans des programmes télévisuels originaux ne pourraient être soumises au régime de la licence légale. Cette condition semble toutefois excessive et difficilement envisageable car cela impliquerait un cumul de régime : la licence légale pour la première diffusion et le droit exclusif pour les rediffusions.
- Contrôle de l'entreprise de communication audiovisuelle : l'entreprise de communication doit avoir exercé un contrôle sur la composition du programme télévisuel soit parce qu'elle l'a composé elle-même (par l'intermédiaire de sa société de production par exemple), soit parce qu'elle a contrôlé sa composition. Dans quelle mesure pourrait-on considérer qu'une entreprise de communication a exercé un contrôle sur la création d'un programme ? Est-ce qu'un programme télévisuel commandé à une maison de production rempli la condition de contrôle et peut être qualifié de programme propre ? Faut-il en déduire que lorsqu'une société de communication audiovisuelle acquiert les droits de diffusion d'un programme déjà créé par une autre maison de production, ce dernier ne puisse pas être qualifié de programme propre ?

2. La notion de « programmes propres » dégagée par le Secrétariat de l'OMPI

Lors de la huitième session du comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes du 8 novembre 2002, le Secrétariat de l'OMPI a publié un document de travail intitulé « Protection des droits des organismes de radiodiffusion : termes et concepts ».

La notion de « programmes propres » est mentionnée plusieurs fois au sein de ce document. Dans la partie relative à la définition des termes désignant l'objet de la protection, la « transmission par câble de signaux porteurs de programmes propres » est définie comme suit :

⁷³ <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PCHDT.htm>.

« 10. Les câblo-opérateurs transmettent par des réseaux câblés (par fil) des programmes ou des contenus qu'ils ont eux-mêmes sélectionnés ou produits (c'est la transmission par câble de **programmes propres**), ou bien ils transmettent simultanément par le câble des programmes que d'autres organismes radiodiffusent simultanément par voie hertzienne (c'est la retransmission par câble...). Ils peuvent également retransmettre en différé des programmes qui ont déjà fait l'objet d'une radiodiffusion par voie hertzienne ».

Il ressort de cette définition que le programme propre est un programme ou un contenu produit par l'opérateur lui-même ou à sa demande par un tiers. De plus, ce programme doit être diffusé pour la première fois par l'opérateur lui-même puisqu'il est fait distinction dans cette définition de la transmission par rapport à la retransmission.

Le document de l'OMPI fait également référence, dans son article 15, à la « diffusion en continu sur l'Internet de programmes propres » en précisant que « dans le cas de la diffusion en flux continu sur l'Internet de **programmes propres**, le contenu est seulement transmis sur Internet. A la différence de la diffusion simultanée en continu d'une émission radiodiffusée, la diffusion en continu sur l'Internet de **programmes propres** n'est pas le relais d'une émission de radiodiffusion qui a lieu simultanément, mais un contenu qui est diffusé, en flux, spécifiquement sur l'Internet ».

L'article 16 énonce que « une autre caractéristique de la diffusion de programmes propres en flux sur l'Internet est que le contenu peut être perçu seulement au moment où il est transmis, étant donné que la nature du contenu peut être à la discrétion de l'opérateur. L'utilisateur reçoit le contenu au moment où il est transmis, mais normalement sans pouvoir en faire une copie numérique ».

B. La notion de « programme propre » selon les télédiffuseurs

Il existe deux interprétations de cette chez les télédiffuseurs. Une partie des télédiffuseurs, dont France Télévision, assimile le programme propre à une émission réalisée en interne, alors qu'une autre partie des télédiffuseurs, comme Canal +, considère que la notion de programme propre correspond aux produits de flux.

1. L'interprétation de France Télévision

Pour certains télédiffuseurs, dont France Télévision, la notion de programme propre doit s'analyser par rapport à l'objectif premier de la licence légale, qui est de permettre aux radiodiffuseurs et aux télédiffuseurs d'utiliser des phonogrammes de commerce sans avoir à demander l'autorisation aux ayants droit. Comme nous l'avons déjà énoncé, cette exception au droit exclusif trouve sa justification dans l'impossibilité matérielle de demander, avant chaque radiodiffusion, l'autorisation des ayants droit.

De plus, France Télévision considère que la licence légale ne peut bénéficier qu'aux télédiffuseurs et non aux sociétés de production audiovisuelle.

Pour France Télévision, l'application de la notion de programme propre se fait au regard de la distinction entre les émissions réalisées en interne et les émissions avec achat de droit :

- Émission réalisée en interne : il s'agit de programmes réalisés par les équipes de la chaîne qui sont sonorisés au dernier moment. Dans une émission réalisée en interne, les phonogrammes incorporés au programme peuvent être modifiés à tout moment. On peut citer à titre d'exemple : les journaux télévisés, les reportages d'actualité, les émissions couvrant l'actualité sportive... ;
- Émission avec achat de droit : il s'agit d'un programme finalisé. Le télédiffuseur ne peut plus modifier cette émission au risque de porter atteinte à son intégrité et aux droits de ses auteurs.

Pour ces télédiffuseurs, la notion de programme propre correspond aux émissions réalisées en interne.

Selon ce raisonnement, une émission réalisée en interne peut être modifiée librement par le télédiffuseur, à la différence des émissions avec achat de droits. De plus, dans le cadre des émissions réalisées en interne, la sonorisation est souvent effectuée au dernier moment, juste avant le passage à l'antenne.

L'assimilation de la notion de programme propre aux émissions réalisées en interne se justifierait par le fait que :

- la sonorisation au dernier moment des émissions ne permet pas au télédiffuseur de négocier avec les ayants droit l'autorisation de radiodiffusion et de reproduction ;
- les émissions avec achat de droit ne peuvent pas bénéficier de la licence légale puisqu'elles sont réalisées par des sociétés de production qui avaient la possibilité de négocier avec les ayants droit les autorisations de radiodiffusion et de reproduction.

L'interprétation retenue par France Télévision est à prendre en considération car le directeur du service juridique de ce groupe a participé activement à la rédaction des amendements ayant conduit à la modification de l'article L. 214-1.

Cependant, au regard de cette interprétation, une interrogation demeure.

L'article L. 214-1 énonce que la reproduction, réalisée aux fins de radiodiffusion et de câblodistribution simultanée et intégrale, peut être « effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communications audiovisuelles en vue de sonoriser leurs programmes propres ».

Le fait que la reproduction puisse être « effectuée par ou pour le compte » du télédiffuseur semble aller à l'encontre de l'assimilation de la notion de programme propre à celle de l'émission réalisée en interne uniquement.

On peut penser que le fait que la reproduction puisse être réalisée « pour le compte » du télédiffuseur implique que les programmes propres peuvent également correspondre à certaines émissions avec achat de droit.

2. L'interprétation de Canal +

L'interprétation retenue par d'autres télédiffuseurs, dont Canal +, pour définir la notion de programme propre s'appuie sur la distinction entre produits de flux et programmes de stock.

Le produit de flux correspond à une émission « éphémère », dans le sens où elle ne fera l'objet que d'une seule télédiffusion. Il s'agit essentiellement, des émissions de divertissement et de plateau (jeux télévisés, talk-show) et des magazines.

Le programme de stock a, au contraire, une valeur patrimoniale. Les investissements effectués pour sa réalisation ont eu pour objectif de créer une oeuvre qui puisse être télédiffusée plusieurs fois sans qu'elle perde de sa valeur. Les programmes de stock correspondent à des fictions, des documentaires, des films d'animation ou des captations de spectacles vivants.

La notion de programme propre correspondrait aux produits de flux car ces derniers sont souvent des programmes à forte valeur identitaire pour la chaîne de télévision qui les diffuse. On peut citer à titre d'exemple les émissions *Nulle part ailleurs* et *Le Grand Journal* pour la chaîne Canal +, *Loft Story* pour la chaîne M6 ou encore *Stade 2* pour France 2.

Un autre argument vient appuyer cette interprétation. Les programmes de stock ont vocation à connaître d'autres modes d'exploitation qu'une unique télédiffusion. Or, si on veut exploiter ces programmes dans lesquels sont reproduits des phonogrammes de commerce sur d'autres supports que la télédiffusion, il faudra demander l'autorisation des ayants droit puisque la licence légale ne couvre que la radiodiffusion et la câblo-distribution simultanée et intégrale.

Il apparaît logique que les programmes de stock soient exclus du domaine de la licence légale et soumis dès l'origine au droit exclusif des ayants droit afin d'éviter une situation où il y aurait le paiement de la rémunération équitable et en plus celui du droit exclusif en cas de nouvelle exploitation.

C. Les conséquences envisageables de l'utilisation de la notion de programme propre

Selon David LEFRANC, la notion de programmes propres aux entreprises de communication audiovisuelle « devrait conduire à exclure du champ de la licence légale les phonogrammes incorporés dans des films cinématographiques, qui ne sont pas spécifiques à la chaîne qui les diffuse. En revanche, un téléfilm incorporant des phonogrammes devrait logiquement tomber sous le coup de l'extension opérée par la réforme de 2006, parce qu'il peut être spécifique à la chaîne qui le diffuse »⁷⁴. Cette position se rapproche de celle de Canal +.

L'application de la notion de programmes propres pose aussi des difficultés dans le cas où une série télévisée est initialement produite par et pour une première chaîne puis diffusée à travers le monde sur d'innombrables chaînes. Selon David LEFRANC, on sera alors contraint de se reporter « à l'article L. 214-1, 2°, in fine du Code de la propriété intellectuelle qui soumet à la licence légale l'incorporation d'un phonogramme dans le programme propre d'une entreprise

⁷⁴ D. LEFRANC, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1460 Droit voisin des producteurs de vidéogrammes (CPI, art. L. 215-1) > III. - Exercice du droit, n° 19.

de communication audiovisuelle, mais radiodiffusée par une société tierce acquittant la rémunération équitable ». Cette disposition risque de créer une véritable insécurité juridique chez les diffuseurs, alors qu'elle avait pour objectif de la dissiper.

D. Discussions autour de la nouvelle rédaction de l'article L. 214-1

Les nouvelles dispositions de l'article L. 214-1 ont été accueillies de façons mitigées par les auteurs de doctrine et par les professionnels.

1. *Un texte jugé cohérent et conforme aux normes internationales*

Pierre-Yves GAUTIER estime ce texte conforme aux articles 12 de la Convention de Rome, 8-2 de la directive européenne du 19 novembre 1992 et 15 du Traité OMPI du 20 décembre 1996. Il considère que l'utilisation de l'adverbe **strictement**, dans le deuxième alinéa du premier alinéa de l'article L. 214-1⁷⁵, « garde de tout débordement »⁷⁶.

Selon lui, l'adverbe strictement implique de limiter les reproductions autorisées dans le cadre de la licence légale aux seules reproductions nécessaires à la radiodiffusion et à la câblo-distribution, c'est à dire les reproductions techniques préalables et non détachables de la radiodiffusion de la séquence de son. Comme nous allons le voir, cette analyse n'est pas partagée par tous les auteurs de doctrine.

Il estime également que « l'expression "pour le compte" tient compte de l'externalisation croissante des programmes en production » et que « l'antenne de diffusion peut aussi être une filiale du groupe, rediffusant ses programmes, dès lors que la rémunération équitable est acquittée par elle ».

Cette extension du champ de la licence légale se trouverait justifiée par le fait que le paiement par les télédiffuseurs de la rémunération équitable était sans cause puisqu'ils ne diffusaient quasiment jamais de phonogrammes du commerce en direct. Au lendemain des arrêts du 16 novembre 2004, les hypothèses de radiodiffusion de phonogrammes du commerce à la télévision sont très restreintes.

Le fait de maintenir la position de la Cour de cassation et de laisser les télédiffuseurs soumis au droit exclusif des producteurs serait revenu à vider le système de la licence légale de son fondement pratique puisqu'ils ne pouvaient pas bénéficier en pratique du système de dérogation aux droits exclusifs alors qu'ils versaient la rémunération équitable.

L'optimisme de Pierre-Yves GAUTIER n'est pas partagé par Frédéric POLLAUD-DULLIAN, qui considère que les nouvelles dispositions de l'article L. 214-1 ne sont pas conformes à la Directive communautaire du 22 mai 2001.

⁷⁵ L. n° 2006-961 du 1er août 2006, art. 5 : « À sa radiodiffusion et à sa câblo-distribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle... ».

⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », CCE 2006 Nov., étude 26.

2. Critiques d'un texte obscur et non conforme à plusieurs points de la Directive du 22 mai 2001

Frédéric POLLAUD-DULLIAN explique que l'article 5-2 d de la directive européenne du 22 mai 2001 autorise les États membres à restreindre le droit de reproduction « lorsqu'il s'agit d'enregistrements éphémères d'oeuvres effectuées par des organismes de radiodiffusion par les propres moyens et pour leurs propres émissions ». Selon lui, ces reproductions éphémères autorisées par la directive doivent être comprises comme étant des reproductions permettant aux organismes de radiodiffusion de réaliser des enregistrements afin de pouvoir diffuser des émissions en différé, par exemple. Ces reproductions éphémères sont soumises aux conditions d'être de courte durée et d'être effacées après avoir été utilisées. La Cour de cassation avait autorisé la reproduction de phonogrammes préalablement à leur radiodiffusion s'il s'agissait d'opérations « techniquement nécessaires et accessoires »⁷⁷, ce qui semble en accord avec les dispositions de cette directive.

Or dans la nouvelle rédaction de l'article L. 214-1, rien ne précise que cette reproduction doit être éphémère. Frédéric POLLAUD-DULLIAN considère, au contraire, que le texte français étend « trop la notion de "programme propre" puisque la reproduction non éphémère dans le programme produit par un organisme de radiodiffusion peut être diffusée par d'autres entreprises de communication sans limite – ce qui ne semble pas avoir été le but de l'article 5-2 d) de la directive ». De plus, l'article 5-2 d) de la directive prévoit que la reproduction doit être effectuée « par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens ». On comprend mieux cette disposition à la lumière du considérant 41 de la directive qui énonce que « les propres moyens d'un organisme de radiodiffusion comprennent les moyens d'une personne qui agit au nom et sous la responsabilité de celui-ci ». Or dans le cadre de l'article L. 214-1, cette reproduction peut être effectuée « par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle ». Selon Frédéric POLLAUD-DULLIAN, cette formulation « va probablement plus loin que la directive »⁷⁸.

Isabelle WEKSTEIN estime que le nouvel article L. 214-1 aurait gagné en clarté si l'amendement proposé par les artistes-interprètes avait été repris car il poursuivait les mêmes fins que celles énoncées dans les exposés sommaires des amendements n° 171 et 173, puisqu'il mentionnait, notamment, que les « utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce, qu'ils soient reproduits ou non dans un vidéogramme, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes »⁷⁹.

3. Une interprétation des nouvelles dispositions fondée sur la théorie de l'accessoire

Selon Tristan AZZI, la rédaction ambiguë de l'article L. 214-1 permettrait d'en faire plusieurs lectures qui laisseraient une place plus ou moins importante au domaine d'application de la licence légale dans le cadre de la sonorisation de programmes télévisuels.

Il considère que « le traitement plus favorable accordé par la loi nouvelle aux chaînes de télévision (...) s'explique difficilement ». Selon lui, « la ligne de partage » entre le domaine

⁷⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradio et SNEP et Cass Civ. 1^{ère} 2 décembre 2005 SCPP c/ Spedidam et a. et Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-19.833, SNEP et SCPP c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications.

⁷⁸ F. POLLAUD DULLIAN, RTDCom. Octobre/Décembre 2006, Chron. p 808.

⁷⁹ I. WEKSTEIN, Droits voisins, licence légale et loi du 1er août 2006, D. 2006, Chron. P 2190.

d'application de la licence légale et celui du droit exclusif d'autorisation dans le domaine de la télédiffusion de programme incorporant des phonogrammes devrait reposer sur la théorie de l'accessoire. Le système de la licence légale ne serait adapté qu'à « la condition que la communication au public du phonogramme soit l'objectif principal du diffuseur ». Ainsi, « si le son est le principal et l'image l'accessoire, la licence légale devrait s'appliquer ; en revanche, dans l'hypothèse inverse, lorsque l'on assiste à une "désécialisation" ou un "changement de destination" du phonogramme, le droit exclusif devrait retrouver son empire »⁸⁰. Contrairement à Frédéric POLLAUD-DULLIAN, Tristan AZZI estime que la diffusion d'une vidéomusique devrait entrer dans le cadre de la licence légale, alors que l'utilisation d'un phonogramme pour sonoriser un programme télévisuel (bande-annonce, générique, séquence...) resterait soumis à l'autorisation du producteur, comme c'est le cas pour les oeuvres cinématographiques. Cette interprétation de la licence légale semble être en désaccord avec le texte de l'article L.214-1.

Au regard de la nouvelle rédaction de l'article L. 214-1, Tristan AZZI considère que « la licence légale n'a pas été conçue à cette fin, et qu'il aurait été plus judicieux d'inciter les diffuseurs et les sociétés de gestion collective à conclure des contrats généraux à ce sujet ».

Le nouveau système de licence légale adopté par la loi du 1er août 2006 divise les auteurs de doctrine et laisse certaines questions d'interprétation en suspens alors qu'il avait pour objectif de clarifier la situation préexistante. Durant les débats parlementaires, l'adoption d'une autre forme de licence avait été évoquée. Elle avait rencontré une véritable levée de boucliers chez les auteurs de doctrine, face à l'adhésion des internautes.

Section 2 – La licence globale : ce qu'aurait pu devenir la licence légale

Il convient de présenter le fonctionnement du régime de la licence globale, puis ses similitudes et ses différences avec la licence légale (Sous-section 1), avant d'évoquer son adoption à l'Assemblée Nationale (Sous-section 2) et l'opposition qu'il a rencontré en doctrine (Sous-section 3).

Sous-section 1 - Présentation du système de la licence globale optionnelle

Deux types de licence globale ont été défendus lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la DADVSI : celle mise en place par l'Alliance Public-Artistes, optionnelle, et celle défendue par le groupe UDF, obligatoire. Dans le cadre de la présente étude, nous ne nous intéresserons qu'à la licence globale optionnelle.

Après avoir exposé la genèse de la licence globale, nous nous intéresserons à son mode de fonctionnement puis aux différences qu'elle présente par rapport à la licence légale.

A. L'Alliance Public-Artistes à l'origine de la licence globale

Le système de la licence globale a été présenté, le 3 juin 2005, par l'Alliance Public-Artistes, qui réunit plus de 15 organismes représentant les intérêts des musiciens et des comédiens

⁸⁰ T. AZZI, La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé, CCE Juillet 2007, Etude n° 16.

(SPEDIDAM, ADAMI, FNS, SNM-FO, SAMUP, SNEA-UNSA, UMJ), des photographes, dessinateurs, plasticiens (SAIF, UPC, SNAP-CGT), de producteurs indépendants (Quartz Electronic Music Awards), des éducateurs (La Ligue de l'enseignement), des familles (UNAF), des internautes amateurs de musique (Les Audionautes) et des consommateurs (CLCV et UFC Que-Choisir)⁸¹.

Intervenant avant le débat sur le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information devant transposer la Directive 2001-29 du 22 mai 2001, cette proposition de licence globale avait pour but de permettre « *aux internautes de procéder librement et en toute sécurité juridique au téléchargement de fichiers ainsi qu'à leur mise à disposition sur Internet* »⁸² en échange d'une rémunération prélevée au niveau des fournisseurs d'accès et reversée aux ayants droit. Le but de la licence globale était d'encadrer juridiquement les actes de téléchargement et d'échange effectué par des particuliers à des fins non commerciales dans le cadre d'une mise en partage de fichiers et d'œuvres protégés par le droit d'auteur via des réseaux peer-to-peer.

Par « mise en partage des fichiers », on entend l'acte par lequel un usager du réseau peer-to-peer met son fichier dans un répertoire de son disque dur ouvert aux autres usagers et à partir duquel ces derniers y ont accès. Nous parlons donc de « uploading » (en français : « téléchargement ascendant ou en émission ou sortant ») pour désigner l'acte de celui qui fournit le fichier source et de « downloading » (en français : « téléchargement descendant ou en réception ou entrant ») pour désigner l'acte de celui qui réceptionne le fichier sur son disque dur⁸³. La licence globale s'analyse en deux temps, car la mise en partage de fichiers sur des plateformes de téléchargements s'opère selon deux opérations différentes : l'acte de téléchargement de fichiers, le downloading, et l'acte de mise à disposition de fichiers, le uploading.

B. Les fondements juridiques de la licence globale

La licence globale doit être analysée comme une « autorisation accordée aux utilisateurs qui porterait sur des utilisations limitées d'une œuvre de l'esprit divulguée »⁸⁴ : droit de reproduction, qui encadrerait l'acte de downloading, et droit de mise à disposition du public, qui permettrait l'acte de uploading.

1. Le downloading : exercice de l'exception pour copie privée

Au moment de la présentation de la licence globale, les décisions de jurisprudence considéraient, en grande majorité, que l'acte de reproduction des œuvres issues du téléchargement des œuvres issu du téléchargement sur les réseaux peer-to-peer devaient bénéficier de l'exception pour copie privée, peu important que la source soit ou non licite, et peu important que l'internaute possède ou non « l'original » de l'œuvre téléchargée. On peut citer en ce sens le jugement du Tribunal de Rodez du 13 octobre 2004 qui devait statuer sur la situation d'un internaute ayant téléchargé sur Internet et copié, à partir de Cd-rom prêtés par des amis, 488 Cd-rom reproduisant autant de films. Les juges du Tribunal de Rodez ont

⁸¹ http://alliance.bugweb.com/pages/10_1.html.

⁸² Iva GANEV, Conférence de presse de l'Alliance Public-Artistes du 3 juin 2005, RLDI n°6 juin 2006 p. 69.

⁸³ Asim SINGH, Réseaux peer-to-peer : Essai de qualification juridique de l'acte de téléchargement en émission (uploading), RLDI nov. 2005, n°10 p 41.

⁸⁴ L. THOUMYRE, La licence globale optionnelle : un pare-feu contre les bugs de la répression, RLDI 2006/4, n°15 p 80 à 83.

considéré qu'il fallait appliquer au prévenu l'exception pour copie privée car « la preuve d'un usage autre que strictement privé tel que prévu par l'exception de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle par le prévenu des copies qu'il a réalisées n'apparaissait pas rapportée en l'espèce »⁸⁵. Ce jugement avait été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 10 mars 2005 qui a considéré qu'il ne s'agissait pas d'actes de contrefaçon⁸⁶. D'autres jugements et arrêts avaient également soutenu cette position.

L'acte de reproduction par téléchargement pouvait donc être considéré comme autorisé par la loi dans le cadre de « l'exception pour copie privée » de L122-5 du CPI. Les défenseurs de la licence globale considéraient, toutefois, qu'il était nécessaire d'entériner cette position adoptée par la jurisprudence par une loi afin de créer une véritable sécurité juridique pour le public. Cette loi permettrait également de mettre en place un véritable système de rémunération pour les ayants droit.

2. Le uploading soumis à une autorisation générale préalable de mise à disposition

L'acte de mise à disposition ou de mise en partage du fichier devrait être soumis à une autorisation qui serait donnée par les représentants des ayants droit, c'est-à-dire, les sociétés de gestion collective.

Le système de la licence globale s'inspirait donc du modèle de la licence légale : l'autorisation préalable conférant un droit d'usage sur les œuvres et le système de rémunération mis en place par la licence globale étant à la charge des destinataires de celle-ci, c'est-à-dire, les internautes utilisateurs des réseaux peer-to-peer et autres.

3. Une rémunération forfaitaire en contrepartie du bénéfice de la licence globale

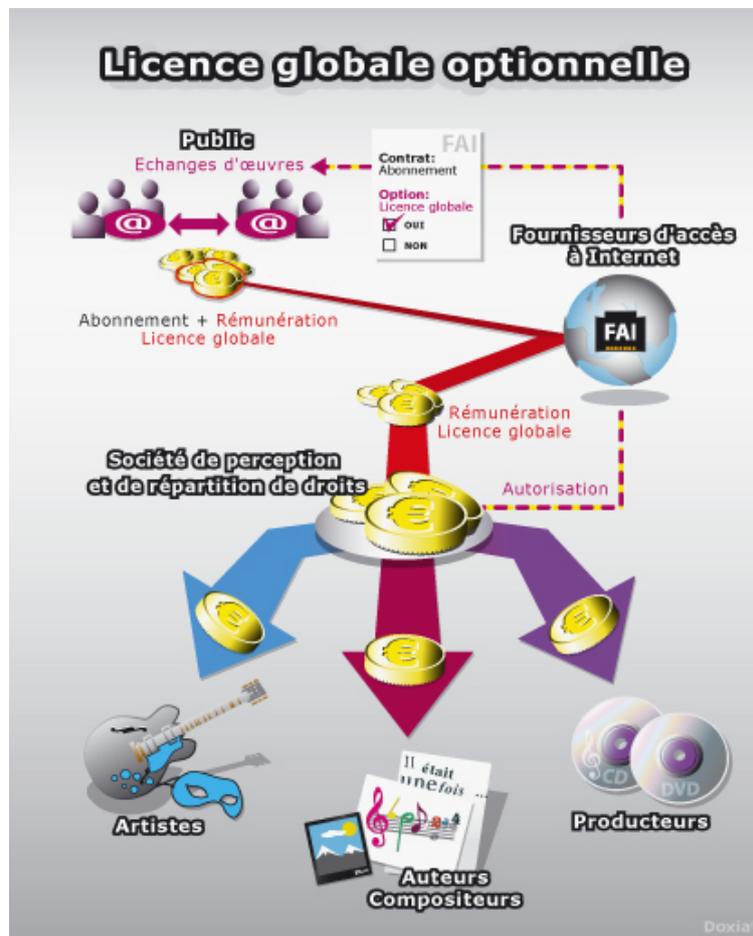
L'internaute désirant souscrire au modèle de la licence globale aurait eu à payer à son fournisseur d'accès à Internet une rémunération complémentaire à son abonnement mensuel d'un montant compris entre quatre et sept euros. Les sommes récoltées auraient été redistribuées aux ayants droit par le biais des sociétés de gestion collective sur la base de mesure de l'audience des téléchargements grâce à des outils techniques et des sondages effectués auprès d'internautes volontaires.

L'Alliance Public-Artistes prônait une licence globale de type optionnelle sur la base du volontariat des internautes afin qu'elle ne soit pas imposée à ceux qui ne souhaitent pas télécharger et à ceux qui préfèrent se tourner vers les plateformes de téléchargements payantes.

⁸⁵ TGI Rodez 13 octobre 2004, Numéro Jurisdata 2004-253276.

⁸⁶ CA Montpellier 10 mars 2005, Numéro Jurisdata 2005-268080.

Afin de mieux comprendre le mécanisme de la licence globale, le site de l'Alliance Public-Artistes propose un schéma détaillant son fonctionnement⁸⁷ :



C. Les similitudes et les différences entre la licence globale et la licence légale

1. Les similitudes

- La volonté d'encadrer juridiquement des pratiques sociales de masse

L'objectif de ces deux licences est de pouvoir encadrer juridiquement des pratiques devenues des phénomènes de société afin de pouvoir reverser aux ayants droit une rémunération en contrepartie des atteintes exercées à l'encontre de leurs droits.

Le fondement de ces deux licences part du constat que les ayants droit subissent des atteintes dans leurs droits en raison de pratiques qui ne peuvent pas être techniquement contrôlées ou empêchées. Au lieu de tenter de sanctionner ces pratiques contrefaisantes, ce qui impliquerait de poursuivre des millions de personnes, dans le cas de la licence globale, ou de demander avant chaque radiodiffusion des autorisations aux ayants droit pour la licence légale, l'idée de ces licences est qu'il est préférable d'encadrer juridiquement ces pratiques et de prévoir une rémunération compensatoire pour les ayants droit.

⁸⁷ <http://alliance.bugiweb.com/usr/Documents/repartition.jpg>.

- Le caractère optionnel de ces licences

L'adhésion au système de la licence globale devait se faire sur la base du volontariat des internautes. Ce système de licence optionnelle permettait d'assurer une rémunération aux ayants droit par le biais d'une redevance versée par les internautes téléchargeant, via les réseaux peer-to-peer, des oeuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle. Le fait que la licence globale soit optionnelle permettait de ne pas contraindre les internautes qui ne procédaient pas à ces téléchargements à payer une redevance au titre d'une faculté qu'ils n'utiliseraient pas.

De même, la licence légale n'est due que par les radiodiffuseurs qui diffusent des phonogrammes de commerce. Ceux qui choisissent de ne pas bénéficier de ces licences n'ont pas à en assurer la rémunération.

2. Les différences

- Le champ d'application de la licence globale

La licence légale ne concerne que les droits voisins du droit d'auteur. En revanche, la licence globale concernait l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle : les droits voisins mais aussi les droits d'auteur.

- Rémunération due au titre de la licence globale versée directement par les utilisateurs

Dans le système de la licence légale, les destinataires des radiodiffusions de phonogrammes de commerce, les auditeurs, ne doivent pas verser de rémunération équitable en contrepartie de l'écoute du phonogramme.

En revanche, dans le système de la licence globale, la rémunération est due par les destinataires de ce service, les internautes et récolter par les fournisseurs d'accès à Internet.

Sous-section 2 - L'éphémère adoption de la licence globale par l'Assemblée Nationale

La Directive 2001-29 du 22 mai 2001, destinée à harmoniser les législations des Etats membres en matière de droit d'auteur et de droits voisins tout en les adaptant à l'ère du numérique, prévoyait comme date limite de transposition par les Etats membres le 22 décembre 2002. La France a été condamnée pour manquement le 27 janvier 2005 par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Alors qu'un premier projet de loi avait été déposé à l'Assemblée Nationale le 12 novembre 2003 et que le rapport de la commission des lois avait été publié en juin 2005, les discussions parlementaires n'ont débuté que le 20 décembre 2005 après que le gouvernement ait déclaré la procédure d'urgence. Le projet de loi discuté entre le 20 et le 21 décembre ne faisait pas référence à la licence globale. Cependant, celle-ci fut adoptée par l'Assemblée Nationale, dans la fin de soirée du 21 décembre, après une rocambolesque session parlementaire.

A. Une session parlementaire particulière

Toutes les conditions étaient pourtant réunies afin que le projet de loi présenté par le gouvernement soit adopté sans difficulté : sur 577 députés élus, seuls 60 étaient présents ou

avaient délégué leur droit de vote. Il y avait 49 parlementaires membres du Groupe l'UMP, le parti du gouvernement et seulement 8 parlementaires affiliés à des partis d'opposition (6 parlementaires pour le Groupe Socialiste et 2 pour le Groupe communistes et républicains). Malgré un effectif de parlementaires très réduit, que l'on aurait pu, de plus, croire tout acquis à la cause du Ministre de la culture, Renaud DONNEDIEU DE VABRES, puisqu'ils appartenaient en très grande majorité au même groupe politique, les débats furent passionnés et s'envenimèrent lorsque la discussion aborda la question de la licence globale.

Les amendements à l'article 1^{er} du projet de loi n°153 et 154 présentés respectivement par M. Alain SUGUENOT (Groupe UMP) et M. Didier MATHUS / Christian PAUL / Patrick BLOCHE (Groupe Socialiste) ont été débattus et votés en même temps, en raison de leur similarité de rédaction. Ces amendements avaient pour objectif de compléter le 2° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, relatif à la copie privée, en y ajoutant une nouvelle disposition : « De même, l'auteur ne peut interdire les reproductions effectuées sur tout support à partir d'un service de communication en ligne par une personne physique pour son usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à l'exception des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde, à condition que ces reproductions fassent l'objet d'une rémunération telle que prévue à l'article L. 311-4 ».

L'exposé sommaire de l'amendement n°154 présente son objectif. Il s'agit de conférer « sans équivoque possible, le bénéfice de l'exception pour copie privée aux copies réalisées par téléchargement sur les services de communication en ligne aux personnes physiques qui se sont acquittées de la rémunération due aux ayants droit ». Le but de cet amendement consiste ainsi à créer « un espace de sécurité juridique pour les utilisateurs des réseaux numériques qui sont amenés à effectuer, volontairement ou involontairement, toutes sortes de reproductions d'œuvres protégées : consultation de sites web ou de blogs, réception d'œuvres par courrier électronique, téléchargements dans les news group, à partir de serveurs FTP, de réseaux peer-to-peer, ou de radios en ligne (avec le logiciel Station Ripper) »⁸⁸.

M. Alain SUGUENOT, venu présenter l'amendement n°153 lors des débats de la 2^{ème} de l'Assemblée Nationale du 21 décembre 2005, a confirmé que son but était bien de mettre en place le système de la licence globale optionnelle.

B. L'opposition du ministre de la Culture et du rapporteur du projet de loi à la licence globale

Lors de cette session parlementaire, le ministre de la Culture et de la communication, Renaud DONNEDIEU DE VABRES, a reproché au système de la licence globale de ne pas respecter la règle du test des 3 étapes mis en place par la Convention de Berne et repris par la Directive 2001-29 du 22 mai 2001⁸⁹. Le député Christian PAUL (Groupe Socialiste) s'est opposé à cette affirmation en prenant la peine de « citer le professeur André LUCAS, qui fait autorité en la matière : “ Si la gestion collective est imposée dans un cas précis, bien défini et de portée étroite, on peut sans doute y voir un cas spécial “ - première étape – “ ; ensuite, on peut admettre que cette solution ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des droits, dès lors qu'il est pratiquement impossible à l'auteur titulaire du droit d'auteur de recourir à des dispositions d'octroi d'une licence privée “ - deuxième étape – “ ; enfin, dans la mesure où le

⁸⁸ Exposé sommaire de l'amendement n°154 à l'article 1er du projet de loi DADVSI (n°1206), <http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/1206/120600154.asp>.

⁸⁹ JOAN, Compte-rendu intégral 2^{ème} séance du 21 décembre 2005, p 8630.

système envisagé assure une rémunération équitable des ayants droit, il ne cause pas de préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes “ »⁹⁰.

C. Adoption surprise de la licence globale rapidement annulée

L'amendement ouvrant la voie à la mise en place de la licence globale fut, finalement, adopté à une courte majorité de deux voix. Cette adoption de la licence globale en droit français ne fut pourtant que de courte durée. Le ministre de la Culture a supprimé de son projet de loi les articles permettant la mise en place de la licence globale et fait revoter, après une période de suspension des débats, ces articles qui furent alors rejetés par les députés. De nombreuses voix se sont élevées contre cette « manœuvre parlementaire » mais elles n'eurent pas gain de cause, la licence globale fut rejetée du droit français.

Sous-section 3 – Une forte opposition doctrinale à la licence globale

Face au système de la licence globale revendiquée par les utilisateurs, les ayants droit voulurent peut être leur répondre en paraphrasant une citation de Beaumarchais tirée du Mariage de Figaro : « Qu'avez-vous fait pour mériter tant de bien ? Vous vous êtes donné la peine de *télécharger*, rien de plus. »

De nombreux auteurs et professeurs spécialistes du droit de la propriété intellectuelle se sont opposés à la licence globale. Lors d'un colloque organisé le 23 février 2006 autour du thème de la réforme du droit d'auteur, plusieurs spécialistes de la propriété intellectuelle purent énoncer leur position par rapport à la licence globale⁹¹. Jérôme HUET estimait qu'il fallait « laisser les acteurs libres de choisir leur parcours ». Pierre-Yves GAUTIER ne se déclarait pas favorable à la licence globale considérant, notamment, que le système de redevance ne serait pas suffisant pour amortir ou rentabiliser les investissements de la création et que sa répartition serait trop délicate.

Christophe CARON a considéré la licence globale comme « un ersatz de droit d'auteur » contraire au droit d'auteur.

Pour Xavier DAVERAT, les partisans de la licence globale « ont plus fait preuve de souci d'une liberté irréfléchie que de capacité à proposer une solution avisée »⁹².

Thierry DESURMONT, vice-président du directoire de la SACEM, a rappelé que la SACEM était opposé à la licence globale, tout comme la SACD et le SNEP.

Sous-section 4 – Retour de la licence globale sur le devant de la scène communautaire ?

Depuis l'an 2000, l'ADAMI réunit, chaque année, l'ensemble des acteurs européens du monde de la musique, artistes, interprètes, producteurs, juristes, spécialistes des nouvelles technologies, au cours des Rencontres européennes des artistes de Cabourg. Ces Rencontres européennes, qui se sont tenues les 29 et 30 novembre 2007, avaient pour thème : « Internet : un monde incertain, les artistes relèvent les défis ».

⁹⁰ JOAN, Compte-rendu intégral 2^{ème} séance du 21 décembre 2005, p 8630.

⁹¹ E. BADETS, O. HAYAS, D. JARRIGE, La réforme du droit d'auteur, dits et non-dits, Compte-rendu de la journée d'étude du CEJEM du 23 février 2006, Légipresse n° 231, Mai 2006, p 57-62.

⁹² X. DAVERAT, Un an de droit de la musique, CCE avril 2007 n°4.

Lors des débats sur la copie privée, Tilman LUEDER, membre du cabinet de Charlie McCREEVY, commissaire européen en charge du Marché Intérieur des Services a relancé l'idée d'une licence globale pour régler le problème des téléchargements sur Internet.

Sa proposition est différente de celle présentée par l'Alliance Public-Artistes et n'a pas rencontré l'adhésion de l'ADAMI ou de la SPEDIDAM, pas plus que celle des associations de consommateur. Tilman LUEDER oppose les rémunérations pour copie privée, actuellement prélevées sur les supports numériques, aux revenus dont les artistes pourraient bénéficier grâce à une licence légale pour Internet. Lors des Rencontres européennes, il a déclaré trouver « triste qu'une des principales sources de revenus des artistes soit basée sur le dédommagement d'un préjudice subi (via la copie privée). Ils auraient beaucoup plus à gagner en visant directement les actes de consommation (des internautes), et en faisant en sorte que les téléchargements soient rémunérés. A court terme, le mécanisme actuel de copie privée reste en place, mais à plus long terme, il faut trouver quelque chose de plus rémunérateur. Une redevance sur Internet me semble d'ailleurs plus adaptée (aux problématiques) du marché intérieur ».

Une étude sur le sujet de la licence globale serait en cours au niveau de la Commission européenne et pourrait aboutir, selon Tilman LUEDER, à une proposition de loi. Cependant, il rappelle que « à partir de mi-2008, il sera difficile de faire passer de nouvelles propositions, avec la perspective des élections européennes et du renouvellement de la Commission en 2009 »⁹³.

La licence globale aurait permis d'encadrer juridiquement les téléchargements illicites, ainsi que la distribution numérique, qui se trouvent, aujourd'hui, exclus du domaine d'application de la licence légale. Le fait que les nouvelles formes de distribution des oeuvres par Internet ne soit pas encadrées par la loi et, en particulier par la licence légale, a conduit à la conclusion d'accords conventionnels permettant d'encadrer des pratiques très populaires auprès des utilisateurs.

Chapitre 2 – La distribution numérique exclue du champ d'application de la licence légale

Le fonctionnement des webradios est similaire à celui des radios hertziennes. Cela laissait à penser que les webradios allaient être incorporées dans le champ d'application de la licence légale.

Pourtant, à l'image de la quasi-totalité des domaines de la distribution numérique de phonogramme, elles en furent exclues (Section 1). L'absence de solution légale a conduit à l'émergence de régime juridique encadré par des licences « conventionnelles » (Section 2).

Section 1 – Les webradios encadrées par un régime juridique contractuel

Le fait qu'elles n'aient pas été incorporées au domaine d'application de la licence légale plaçaient les webradios dans un vide juridique dangereux (Sous-section 1) qui a été comblé par la mise en place de régimes conventionnels (Sous-section 2).

⁹³ Estelle DUMOUT, ZDNet.fr, <http://www.zdnet.fr/blogs/2007/11/30/licence-legale/>.

Sous-section 1 - Exclusion des webradios du domaine de la licence légale

A. Présentation de l'amendement n° 83

Lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi DADVSI, le Groupe Socialiste avait déposé un amendement n° 83 qui se proposait de modifier les dispositions de l'article L.214-1 afin d'incorporer les webradios dans le champ de la licence légale.

L'article L. 214-1 aurait été ainsi modifié :

I. – Le troisième alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« 2° A sa communication au public par fil ou sans fil, sauf en cas de mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ;

« 3° A sa reproduction accessoire et constituant la partie intégrante et essentielle du procédé technique en vue d'une utilisation licite mentionnée au 1° et 2° du présent article et n'ayant pas de signification économique indépendante. »

II. – Le dernier alinéa est remplacé par un alinéa ainsi rédigé : « Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités d'application des dispositions du présent article. ».

Considérant les webradios comme l'avenir de la radio et le meilleur moyen de garantir une diversité musicale que l'on ne trouvait pas chez les radios classiques, les auteurs de l'amendement souhaitaient mettre un terme au vide juridique les entourant.

1. Deux types de radios en ligne : simulcasting et webcasting

La notion de webradio renvoie à deux modes de diffusions qui diffèrent par la technique utilisée :

- le **simulcasting** consiste à reproduire en ligne, de façon intégrale et simultanée, les programmes radiodiffusés par les radios hertziennes classiques.

Aujourd'hui, la plupart des radios classiques retransmettent leurs programmes sur leurs sites Internet grâce à la technique du simulcasting.

La situation semble encadrée juridiquement en ce qui concerne les droits d'auteur. Les sociétés d'auteurs proposent aux radios un avenant à leur contrat qui a pour objet d'étendre leur autorisation de diffusion hertzienne à la "diffusion simultanée, intégrale et sans changement" des programmes de la radio sur son site Internet. Il est indiqué, sur le site de la SESAM⁹⁴ (.) que « les programmes analogiques et numériques étant identiques, leur

⁹⁴ La SESAM regroupe cinq sociétés de gestion collective de droits d'auteur, la SACEM, la SCAD, SCAM, SDRM, AGAGD. C'est la société des sociétés d'auteurs, dont les oeuvres sont utilisées dans le multimédia. La SESAM n'a pas de répertoire propre, pas d'adhérents directs, mais reçoit un mandat pour gérer le répertoire des sociétés membres, et ce mandat est exclusif

économie se confond et le versement des droits pour l'analogique comprend les droits pour la diffusion numérique »⁹⁵.

En revanche, concernant les droits voisins et la licence légale, on ne trouve aucune documentation à ce sujet. Il semblerait qu'il existe un accord tacite entre les radiodiffuseurs, la SPRE et les ayants droit pour intégrer le simulcasting dans le champs de la licence légale, ce qu'approuve la majorité de la doctrine⁹⁶. []

On remarque que, dans le cadre du simulcasting, les recettes publicitaires tirées de ce mode de diffusion ne sont pas isolables par rapport à la radiodiffusion. Dans le calcul de la redevance due au titre de la rémunération équitable, la SPRE prend en compte l'ensemble des recettes liées à la radiodiffusion, y compris les recettes publicitaires. Or, le simulcasting peut conduire à de nouvelles recettes publicitaires différentes de celles générées par la radiodiffusion.

On pourrait penser que la condition de simultanéité impliquerait une simultanéité autant auditive que visuelle. Or, pour qu'il y ait une véritable simultanéité entre ce qui est radiodiffusé et ce qui est diffusé par simulcasting, il faudrait que le message publicitaire diffusé sur les ondes apparaisse en même temps en tant que bandeau publicitaire sur la page du site de la radio. Inversement, la simultanéité de diffusion impliquerait qu'il ne faudrait pas trouver sur la page du site de la radio de messages publicitaires qui ne seraient pas en même temps radiodiffusés.

Cette difficulté posée par le caractère non isolable des recettes publicitaires liées au simulcasting explique peut être l'absence de position officielle sur la question du régime applicable au simulcasting.

- Le **webcasting** désigne la diffusion de programmes propres sur Internet de façon continue. Les programmes diffusés grâce au webcasting sur Internet se voient souvent appliqués le terme de webradios.

2. *Le contenu de l'amendement n° 83*

Les auteurs de l'amendement considéraient qu'il était nécessaire de mettre en place un cadre juridique permettant l'essor des webradios car « l'écoute de la radio en ligne progresse avec l'essor du haut débit », mais « cet essor ne profite ni aux sociétés françaises ni aux artistes français car cette audience se répartit autour de 300 radios essentiellement étrangères »⁹⁷.

Ainsi, il était proposé de « redéfinir le champs de la licence légale en fonction du mode d'accès aux oeuvres (en flux continu ou à la demande) dans le respect du droit communautaire et des traités internationaux ». Le critère de distinction proposé, permettant ou non d'appliquer la licence légale aux webradios, était celui de l'interactivité. Rappelons que c'est le critère que la Cour de cassation a retenu dans ses arrêts du 14 juin 2005 concernant la diffusion de phonogramme par satellite⁹⁸.

⁹⁵ http://www.sesam.org/actualite.php?id_news=24.

⁹⁶ Voir par exemple A. et H.-J. LUCAS, op.cit., n° 1061 et P.-Y. GAUTIER, op. cit., n° 163.

⁹⁷ Exposé sommaire de l'amendement n°83 Article additionnel après l'article 4 Loi DADVSI (n° 1206), p 2.

⁹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradion et SNEP et Cass Civ. 1^{ère} 2 décembre 2005 SPPF c/ Spedidam et a. et Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 02-19.833, SNEP et SPPF c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications.

L'exposé sommaire de l'amendement énonce que le mode de diffusion des webradios n'est pas interactif puisque l'oeuvre diffusée en continu n'est pas accessible au moment choisi individuellement par l'utilisateur puisqu'elle est « incorporée dans une programmation en flux continu, identique pour tous et sans possibilité d'individualiser ou d'influencer cette programmation »⁹⁹. En application du critère d'interactivité, les webradios diffusant leurs programmes propres en continu sur Internet doivent donc faire partie du domaine d'application de la licence légale.

Les auteurs de l'amendement considéraient que le système de la licence légale, tel que défini dans l'article L. 214-1 et appliqué par la Cour de cassation, n'était pas conforme aux dispositions des traités internationaux, notamment aux articles 10 et 14 du Traité OMPI du 20 décembre 1996, qui reconnaissent aux artistes-interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes le « droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil » de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes ou de leurs phonogrammes « de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment où il choisit individuellement ». Le critère de l'interactivité permettrait de distinguer les domaines d'application de la licence légale puisque le droit exclusif des titulaires de droit serait limité aux seules hypothèses de transmission à la demande.

De plus, l'article 25 de la Directive du 22 mai 2001 énonce que les titulaires de droits voisins « ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des oeuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmission **interactives à la demande** ». Le critère permettant de distinguer l'application du droit exclusif et celle de la licence légale est à nouveau celui de l'interactivité.

L'amendement prévoyait, enfin, qu'un décret devait intervenir en Conseil d'Etat afin d'assurer la protection des ayants droit sur l'oeuvre diffusées par webradio contre toute exploitation illicite manifeste, notamment contre le téléchargement illicite par l'intermédiaire de logiciel, comme Station Ripper, qui permet d'enregistrer sur son disque dur des fichiers MP3 diffusés en flux continu ou à la demande.

B. Les webradios exclues du domaine d'application de la licence légale dans la loi DADVSI

1. Opposition de la commission parlementaire et du ministre de la culture à l'intégration des webradios dans le champ de la licence légale

Lors des débats parlementaires, le rapporteur de la commission des lois sur le projet de loi DADVSI (n°1206), Christian VANNESTE, a exprimé son opposition à l'extension du domaine d'application de la licence légale aux webradios pour deux raisons. Premièrement, les risques de téléchargement illicites se trouveraient accrus car les internautes pourraient récupérer les phonogrammes diffusés sur les webradios et les reproduire sur leurs disques durs, à l'aide de logiciels conçus à cet effet, comme Station Ripper.

Cependant, les phonogrammes diffusés en flux continu par les radios hertziennes classiques en simulcasting pourraient tout autant être téléchargés sans autorisation par ce type de logiciel, ce qui n'empêche pas le simulcasting d'être couvert par la licence légale.

⁹⁹ Exposé sommaire de l'amendement n°83 Article additionnel après l'article 4 Loi DADVSI (n° 1206), p 2.

La seconde raison justifiant l'opposition de la commission est la possibilité offerte par certaines webradios de choisir le programme qu'on souhaite écouter selon un mécanisme interactif. L'exposé sommaire de l'amendement n° 83 énonçait pourtant, clairement, la nécessité de distinguer l'application de la licence légale selon le critère de l'interactivité.

Le ministre de la Culture, Renaud DONNEDIEU DE VABRES, a, également, exprimé son opposition à cet amendement. Il considère que « la justification originelle de l'absence de droits exclusifs réside dans la conception de la radiodiffusion comme un marché secondaire d'exploitation des phonogrammes. Or, les techniques numériques de radiodiffusion bouleversent la hiérarchie entre marché primaire et secondaire ». Il estime que « le maintien d'un droit exclusif paraît nécessaire pour réguler ce nouveau marché »¹⁰⁰.

L'amendement n° 83 a finalement été repoussé : sur 40 parlementaires votant, 26 se sont exprimés à l'encontre de celui-ci.

2. Une distinction entre radio hertzienne classique et webradio discutée en doctrine

André et Henri-Jacques LUCAS ont qualifié l'exclusion du domaine de la licence légale des webradios de « discrimination peu logique »¹⁰¹.

La similarité de fonctionnement entre les radios hertziennes classiques et les webradios ne permettant pas à l'internaute d'effectuer des choix interactifs sur les phonogrammes qui vont être diffusés aurait pu laisser croire que le législateur allait étendre le domaine de la licence légale à ce nouveau mode de diffusion des phonogrammes de commerce. La seule possibilité de développement licite des webradios reste la voie contractuelle.

3. Moyens de défense des webradios contre leur exclusion du domaine de la licence légale

Une webradio pourrait engager une action en responsabilité contre l'Etat du fait du préjudice subi par leur exclusion du champ d'application de la licence légale. Ne pouvant pas bénéficier du régime spécial de la rémunération équitable, les webradios sont contraintes de contracter avec les ayants droit dans des conditions qui sont beaucoup moins favorables que le système de la licence légale. Ainsi, le niveau de redevances, du au titre de ces contrats, est beaucoup plus élevé que ce que les webradios devraient payer au titre de la rémunération équitable.

Comme le démontrait l'exposé sommaire de l'amendement n° 83, deux normes internationales énoncent le fait que les webradios doivent être incluses dans le champ d'application de la licence légale : les articles 10 et 14 du Traité OMPI du 20 décembre 1996 et l'article 25 de la Directive du 22 mai 2001.

Il s'agit de normes internationales qui ont une position plus élevées que la loi dans la pyramide des normes. En raison de leur préjudice, les webradios devraient pouvoir agir en responsabilité contre l'Etat.

¹⁰⁰ JOAN, Compte-rendu intégral 2^e session du 21 décembre 2005.

¹⁰¹ A. et H.-J. LUCAS, op. cit. n° 1060 p 745.

Sous-section 2 - Encadrement des webradios par des accords fonctionnant sur le principe de la licence légale

A. Le principe de ces licences légales devenues « conventionnelles »

A défaut de solution légale, l'encadrement juridique des webradios ne peut se faire que par la voie d'accords conclus entre les ayants droit et les webradios.

Ces nouveaux accords mis en place entre les représentants des ayants droit et les webradios, diffuseurs de contenus en continu font penser à des licences légales « privées », dans le sens où elles s'inspirent du système de la licence légale mais elles sont encadrées par des contrats. Ce système contractuel ressemble dans son fonctionnement à celui mis en place par l'article L. 214-1 : le droit exclusif d'autorisation ou d'interdire des ayants droit se trouve limité par une autorisation générale de radiodiffusion qui a pour contrepartie le paiement de redevances.

Cependant, le régime contractuel est beaucoup plus contraignant pour les diffuseurs que celui de la licence légale. Ces licences « privées » ou « conventionnelles » sont critiquées par les webradios diffusant en flux continu, en raison des rémunérations trop élevées qu'elles imposent, mais aussi en raison de la complexité des offres de contrats proposées par les représentants des ayants droit.

Une webradio qui souhaite diffuser en flux continu des phonogrammes en conformité avec les dispositions légales doit acquitter le paiement de trois redevances à trois sociétés de gestion collective différentes : la SPPF, la SPPF et la SACEM.

De plus, de nombreux artistes n'ayant pas cédé leurs droits d'exploitation secondaire à leurs producteurs, ceux-ci sont gérés par la SPEDIDAM. Dès lors que les droits d'exploitation secondaire de l'artiste n'auront pas été cédés au producteur, les webradios devront également solliciter l'autorisation de cette société de gestion qui n'a pas encore présenté ses tarifs.

B. Les modes de rémunération mis en place

1. Les rémunérations à verser auprès des sociétés de gestion représentant les producteurs

Les sociétés de gestion collective représentant les producteurs, la SPPF (Société civile des producteurs phonographiques) et la SPPF (Société civile des producteurs de phonogramme), avaient entamé depuis plusieurs années des négociations avec les associations représentant les webradios françaises, notamment avec l'Association Nationale des Webradios « France Webradios », afin d'autoriser celles-ci à diffuser des phonogrammes du commerce et de fixer les conditions financières de ces diffusions.

La rémunération versée aux sociétés de gestion collective des producteurs ressemble au fonctionnement de la rémunération équitable de l'article L. 214-1. Les tarifs mis en place par les sociétés de gestion représentant les droits des producteurs sont différents selon les moyens financiers des webradios.

a) Les contrats proposés par la SPPF

Ainsi, la SPPF propose deux types de rémunérations à la charge des webradios selon qu'elles fonctionnent avec ou sans formule d'abonnements auprès des internautes :

- *en cas de webradio avec abonnement*, la rémunération est égale à « 15 % du CA net réalisé (au prorata numeris des phonogrammes relevant du répertoire de la SCPP) sur lequel aura été préalablement appliqué un abattement de 10 % au titre des frais techniques » qui devra être payée tous les trimestres¹⁰². La SCPP précise que la rémunération due pour une année d'exploitation ne pourra être inférieure à des minimas fixés en fonction du nombre de programmes diffusés ;
- *en cas de webradio sans abonnement*, une nouvelle distinction est faite selon la taille de la webradio. Les **webradios de petite taille** se voit appliquer des tarifs préférentiels en fonction de leurs revenus annuels nets et de leur moyenne journalière d'audience instantanée. La SCPP définit la petite radio comme ayant un revenu annuel inférieur ou égal à 15.000 € et une moyenne d'auditeurs simultanés par jour inférieure ou égale à 5000. La rémunération forfaitaire annuelle que cette petite webradio doit verser à la SCPP est d'un montant de **480 €HT**.

Une **webradio moyenne** dispose d'un revenu annuel compris entre 5.000 et 15.000 € et compte entre 5.000 et 20.000 auditeurs simultanés par jour. Elle doit payer à la SCPP une rémunération forfaitaire annuelle correspondant à **960 €HT**.

Les « **grosses** » **webradios** (revenus annuels nets supérieurs à 15.000 € et moyenne d'auditeurs simultanées journalières supérieurs à 20.000) fonctionnant sans abonnement se voient appliquer les mêmes tarifs que les webradios avec abonnement avec comme tarif cadre de rémunération 6097,96 €HT par an minimum.

b) Les contrats proposés par la SPPF

La SPPF explique sur son site Internet s'être « vue confier par la plupart de ses Associés, un mandat facultatif de gestion lui permettant d'autoriser collectivement la communication au public, par voie de *streaming* (sans possibilité de téléchargement), de phonogrammes par un service thématique exclusivement musical, sur Internet »¹⁰³.

Les webradios qui souhaitent diffuser des programmes déclarés au répertoire de la SPPF doivent conclure un **Contrat Général d'Intérêt Commun** avec cette société de gestion afin de définir les conditions et limites d'utilisation des phonogrammes de son répertoire et le montant des rémunérations dues en contrepartie de ces diffusions.

La SPPF présente des contrats ressemblant à ceux de la SCPP, dans le sens où les moyens financiers de la webradio ainsi que son audience sont prises en compte dans le calcul de la rémunération qui doit lui être versée.

Plusieurs formules sont proposées par la SPPF, dont les tarifs non précisés directement sur le site de la SPPF, sont communiqués par l'Association Nationale des Webradios « France Webradios »¹⁰⁴ :

¹⁰²

<http://www.scpp.fr/SCPP/Accueil/UTILISATEURSPHONOGRAMMES/Utilisateurstarifswebradioavecabonnement/tabid/265/Enter%20Title/Default.aspx>.

¹⁰³ <http://www.sppf.com/utilisateurMusique.php>.

¹⁰⁴ <http://www.france-webradios.org/blog/index.php/2007/04/01/18-contrat-sppf-explications>.

1. un contrat pour les « **très petites webradios** » (5.000 auditeurs par jour maximum et 15.000 €HT de frais de structures par an) qui prévoit un forfait de **120 €HT** par an.
2. un contrat pour les « **petites webradios** » (20.000 auditeurs par jour maximum et moins de 40.000 €HT de frais de structures par an) avec un forfait de **240 €HT** par an.
3. pour les **grosses webradios** (plus de 20.000 auditeurs par jour et plus de 40.000 €HT de frais de structures par an), il semblerait qu'il s'agisse d'un forfait d'un montant d'environ 1.500 €HT par an.

2. La rémunération à verser auprès de la SACEM

Comme nous l'avons déjà mentionné, pour être autorisée à diffuser la webradio doit passer des accords avec la SPPF, la SACEM et verser une rémunération à chacune de ces organisations qui la redistribuera aux ayants droit.

Les webradios doivent conclure avec la SACEM des **Contrats d'autorisation flux continu**, qui autorise la diffusion de programmes destinés exclusivement à l'écoute en streaming à l'exclusion de toute faculté d'écoute œuvre par œuvre à la demande et de téléchargement. A l'heure où nous écrivons, les conditions tarifaires de la SACEM sont en cours de révisions. Elles sont consultables sur le site de la SACEM¹⁰⁵.

Avant ces révisions, les conditions financières prévues par la SACEM étaient les suivantes¹⁰⁶ :

- pour les **webradios associatives** : forfait de 72,50 €HT par mois avec une majoration égale à 2,7 euros HT par tranche de 100 000 pages vues par mois (PAVM) ;
- pour les **webradios commerciales** : deux types de contrat étaient prévus :
 - option 1 (qui est le principe) : 6% des recettes avec un minimum garanti de 145 euros HT par mois et une majoration égale à 5,35 euros HT par tranche de 100.000 pages vues par mois avec œuvres (PAVMO) ;
 - option 2 (l'exception) : 12% × (recettes × PAVMO) assorti d'un minimum garanti égal à 200 euros HT par mois par tranche de 500.000 PAVMO, avec une majoration égale à 20 euros HT par tranche de 250.000 PAVMO.

Après avoir énoncé les conditions mises en œuvre dans les accords concernant la diffusion de phonogrammes du commerce entre webradios et sociétés de gestion collective représentant les ayants droit, il est intéressant de rappeler que dans le cadre de la licence légale de l'article L. 214-1, « en ce qui concerne les services locaux de radiodiffusion sonore par voie hertzienne (...), les rémunérations dues sont de 6 % des recettes, y compris les recettes publicitaires »¹⁰⁷.

¹⁰⁵ <http://www.sacem.fr/portailSacem/jsp/ep/channelView.do?channelId=-536880494&channelPage=ACTION%3BBVCONTENT%3B0%3B%2Fep%2FprogramView.do&pageTypeId=8585>.

¹⁰⁶ A. BAILLEUX, Les Webradios à l'épreuve de la Propriété littéraire et artistique, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 Droit des créations numériques de l'Université Paris XI Jean Monnet et Paris I Panthéon La Sorbonne sous la direction de Maître Judith ANDRES, <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=802>.

¹⁰⁷ X. DAVERAT, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fascicule 1450 : Licence légale et rémunération équitable (CPI, art. L. 214-1 à L. 214-5), n° 51.

Les prix pratiqués par les sociétés de gestion collective représentant les producteurs pour autoriser les webradios à diffuser leurs phonogrammes sont beaucoup plus élevés que ce que leur rapporterait la rémunération équitable si on leur avait appliqué nu régime identique à celui des radios hertziennes classiques. Cela pourrait expliquer pourquoi ces dernières se sont opposées à l'intégration des webradios dans le champ de la licence légale.

Section 2 – Émergences de licences « conventionnelles » dans les domaines ignorés par la licence légale

Deux domaines de diffusion de phonogrammes par la distribution numérique sont exclus du champ d'application de la licence légale alors qu'ils font l'objet d'une utilisation massive par les internautes. Il s'agit des sites d'écoutes à la demande (Sous-section 1) et du téléchargement de fichier MP3 (Sous-section 2). Afin de combler le vide juridique qui les entoure et les empêcher de tomber sous le coup de la qualification d'actes de contrefaçon, des licences « conventionnelles » se sont développées.

Sous-section 1 - La licéité des sites d'écoutes à la demande rendue possible grâce à une forme de licence légale « conventionnelle »

A. Distinction entre sites d'écoutes à la demande et webradios

La SACEM qualifie les sites qui diffusent des phonogrammes du commerce à la demande des utilisateurs de « sites d'écoutes à la demande » et non de webradios. L'utilisation d'une qualification différente permet de distinguer les webradios dont la diffusion d'oeuvres se fait en flux continu et les sites d'écoutes à la demande dont la diffusion des phonogrammes repose sur le choix interactif de l'utilisateur.

Les sites d'écoute à la demande n'étaient pas visés dans l'amendement n° 83 présenté lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi DADVSI, en raison de leur caractère interactif qui, selon les auteurs de l'amendement, devaient conduire à les distinguer des webradios diffusant en flux continu leurs programmes.

Le principe de fonctionnement des sites de musique à la demande consiste en la possibilité offerte à l'internaute de choisir de façon individuelle et au moment de son choix la diffusion d'un phonogramme de commerce. Le phonogramme est diffusé en streaming, il n'est pas téléchargé sur le disque dur de l'utilisateur (si ce n'est sur sa mémoire cache le temps de l'écoute). Il est, en principe, impossible de télécharger les phonogrammes sur le disque dur de son ordinateur ou de les transférer sur son lecteur MP3 (on a pourtant déjà décrit les fonctionnalités de logiciels comme Station Ripper).

Ces sites proposent donc une diffusion interactive des contenus. La Cour de cassation s'est toujours opposée à l'application de la licence légale lorsque le diffuseur proposait aux utilisateurs une interactivité dans le choix des phonogrammes du commerce radiodiffusés. Le critère de l'interactivité avait également été soulevé lors des débats parlementaires par le rapporteur de la commission des lois devant l'Assemblée Nationale, Christian VANNESTE, pour s'opposer à l'incorporation des webradios dans le domaine d'application de la licence légale.

B. La licence « conventionnelle » proposée par la SACEM pour rendre licite les sites d'écoutes à la demande

Les sites d'écoutes à la demande ont longtemps été illicites. Cependant, face au succès rencontré par ces sites auprès du public, il était nécessaire de mettre en place un régime juridique permettant de les faire sortir de l'illicéité et d'assurer une rémunération aux ayants droit.

La loi DADVSI du 1^{er} août 2006 n'a pas apporté de solution légale à la situation des sites d'écoutes à la demande. Afin d'encadrer juridiquement leur fonctionnement, les sociétés de gestion collective représentant les ayants droit ont décidé d'utiliser la voie contractuelle, comme ils l'avaient déjà fait avec les webradios.

Ainsi, la SACEM a entamé des négociations avec plusieurs sites, notamment radioblog.club et Blogmusik, à partir du mois d'octobre 2006. Ces sites avaient été fermés en mars 2007 à la suite de la rupture de leurs négociations avec la SACEM et ré-ouverts quelques jours après chez un autre fournisseur d'hébergement. Ils sont finalement parvenus à trouver un terrain d'entente avec la SACEM.

Le 22 août 2007, la start-up française qui gérait le site Blogmusik a annoncé avoir conclu un accord avec la SACEM. Le site Blogmusik est devenu Deezer.com.

Deezer propose un service gratuit d'écoutes à la demande et se rémunère grâce à ses recettes publicitaires. Dans l'accord conclu avec la SACEM, Deezer obtient l'autorisation de diffuser en streaming les oeuvres du catalogue de la société de gestion collective des droits d'auteur, en contrepartie du versement d'une rémunération.

Les modalités financières de cet accord sont restées secrètes et la SACEM a précisé, par la voix de son vice-président Thierry DESURMONT, qu'il s'agissait « d'un accord expérimental, valable jusqu'au 31 décembre 2007 »¹⁰⁸. On ne connaît pas le montant de la rémunération versée par Deezer à la SACEM, mais on sait que celle-ci est indexée sur les recettes publicitaires du site et qu'elle comprend également un minimum garanti, lié au nombre d'écoutes. Thierry DESURMONT a indiqué que « Deezer fournira (à la SACEM) le détail des titres écoutés pour que l'on puisse ensuite répartir correctement les recettes par artiste ».

La SACEM a créé, sur son site Internet, une page dédiée aux utilisateurs de musiques à la demande dans laquelle elle décrit les conditions financières que les sites d'écoutes à la demande d'œuvres musicales doivent respecter :

- Une redevance proportionnelle aux recettes réalisées, avec un taux de 12% ramené, à titre provisoire, à 8 % du prix HT payé par le consommateur. Elle est assortie d'un minimum garanti de :
 - 0,07 € par téléchargement et/ou écoute à la demande à l'unité
 - 0,70 € par téléchargement et/ou écoute à la demande d'un album dans la limite de 15 titres.

¹⁰⁸ K. SOLOVIEFF, La musique de Deezer devient légale, <http://www.01net.com/editorial/356842/la-musique-gratuite-de-deezer-devient-legale/>.

- Lorsque le service permet aussi un accès aux oeuvres sous forme de pré écoute d'extraits, la rémunération mensuelle est de 100 €HT¹⁰⁹.

Le fonctionnement du système mis en place par l'accord conclu entre la SACEM et Deezer rappelle celui de la licence légale et celui mis en place pour encadrer les webradios : une limitation au droit exclusif des ayants droit est accordée en contrepartie d'une rémunération déterminée contractuellement. Les ayants droit ne peuvent pas s'opposer à la diffusion par Deezer d'oeuvres sur lesquels ils détiennent des droits mais ils obtiennent une rémunération compensatrice.

Le PDG de Deezer a expliqué que l'accord avec la SACEM était nécessaire afin de pouvoir ensuite « signer avec les producteurs, c'est à dire les maisons de disques »¹¹⁰.

En effet, cette autorisation générale de diffusion d'oeuvres musicales en écoute à la demande conclue avec la SACEM ne concerne que les droits d'auteur, pas les droits voisins.

Ainsi, pour pouvoir diffuser légalement des phonogrammes sur son site d'écoute à la demande, Deezer doit, en principe, avoir passé un contrat avec chaque titulaire de droits voisins.

Dans la pratique, les artistes interprètes cèdent, très souvent, leurs droits d'exploitation secondaire à leurs producteurs. Or, la diffusion en écoute à la demande de phonogrammes de commerce correspond à une exploitation secondaire. Dans la plupart des cas, le producteur est donc le seul compétent pour autoriser ou non la diffusion sur un site d'écoute à la demande de phonogrammes de commerce.

Le mandat accordé par les producteurs à leurs organismes représentatifs, la SSCP et la SPPF, ne permet pas à ces derniers d'engager les droits des producteurs qu'elle représente par le biais d'un accord collectif. Ces sociétés peuvent uniquement mettre en place des modèles de contrat élaboré avec Deezer à la disposition des producteurs pour autoriser, contre rémunération, la diffusion de leurs phonogrammes de commerce sur ce site en écoute à la demande. Ainsi, seuls les producteurs peuvent autoriser ou non la diffusion par Deezer de leurs phonogrammes de commerce en écoute à la demande.

De plus, dans le cas où les artistes interprètes n'ont pas cédé leurs droits d'exploitation secondaire à leurs producteurs. Le site d'écoute à la demande devra obtenir l'autorisation des artistes interprètes, en plus de celles des producteurs.

Deezer a annoncé, dans un communiqué de presse du 10 octobre 2007¹¹¹, avoir conclu un accord avec la maison de disque Sony BMG. Grâce à cet accord, Deezer obtient l'autorisation de diffuser gratuitement et légalement 165 000 titres produits par Sony BMG.

¹⁰⁹ <http://www.sacem.fr/portailSacem/jsp/ep/channelView.do?channelId=-536880157&channelPage=ACTION%3BBVCONTENT%3B0%3B%2Fep%2FprogramView.do&pageTypeId=8585>.

¹¹⁰ K. SOLOVIEFF, La musique de Deezer devient légale, <http://www.01net.com/editorial/356842/la-musique-gratuite-de-deezer-devient-legale/>.

¹¹¹ Communiqué de presse de Deezer du 10 octobre 2007, http://www.deezer.com/press/CP_deezer-sony_101007_fr.pdf.

Dans un communiqué de presse du 15 octobre 2007, la SPPF a annoncé avoir conclu un accord avec Deezer sur la diffusion de sa SmartPlaylist intelligente. « A mi-chemin entre la webradio et la musique à la demande, la SmartPlaylist permet aux internautes d'établir leur programmation musicale, à partir d'une sélection de titres et d'artistes suggérés par un outil de recommandation développé par Deezer. Les titres choisis peuvent être écoutés en stream sans possibilité de téléchargement. Ce service sera accessible gratuitement et sera financé par la publicité »¹¹².

Dans ce communiqué de presse, Jérôme ROGER, directeur général de la SPPF, énonce que « ce service rentre dans le cadre du mandat confié par ses membres à la SPPF, qui va ainsi en assurer la gestion collective, comme elle le fait déjà pour le webcasting ».

Au regard de ce nouveau système, on ne peut s'empêcher de penser que la licence légale a été contrefaite, copiée, sans l'autorisation de son auteur, le législateur. A moins que l'on ne considère que ces licences conventionnelles soient une oeuvre dérivée de la licence légale consentie tacitement par son créateur, le législateur qui ne voulait plus créer du droit pour le monde numérique. Cependant, la licence légale est un concept, une idée et comme l'a écrit Henri DESBOIS, « les idées sont de libres parcours ».

L'oeuvre originale, la licence légale de l'article L. 214-1, n'a semble-t-il pas réussi à s'adapter au monde numérique...

Sous-section 2 - Les systèmes de licence mis en place par les fournisseurs d'accès

A. Emergence de licences « quasi-globales »

Le système proposé par certains fournisseur d'accès à Internet, dont Neuf Cegetel et Alice, ressemble de près à celui de la licence globale qui avait été proposé par l'Alliance Public-Artistes et repoussé par lors des débats parlementaires précédant la loi DADVSI.

1. Similitudes entre les offres de téléchargement commerciales et la licence globale

a) L'offre de Neuf Cegetel

Le 20 août 2007, Neuf Cegetel a lancé un service de téléchargement d'oeuvres musicales présenté comme légal et illimité de tout ou partie du catalogue de Universal Music dans le cadre de son abonnement haut débit.

Neuf Cegetel présente deux formules pour ce service de téléchargement¹¹³ :

- ***Neuf Music Initial*** : cette offre est incluse dans l'abonnement Haut débit tout compris « 100 % Neuf Box » et permet de télécharger, sans frais supplémentaires et en illimité, tous les titres de l'un des neuf genres musicaux (au choix) proposé au catalogue (variété française, Pop, Rock, Disco / Funk, World, Electro / dance, Rap / Rn'B, Jazz / Blues ou Classique)

¹¹² Communiqué de presse SPPF du 15 octobre 2007, http://www.sppf.com/telecharger/CP_Deezer_Sppf%20151007.pdf.

¹¹³ Neuf Cegetel, Communiqué de presse, http://www.groupe neufcegetel.fr/dyn/File/presse_2007/070820CP_NeufMusic.pdf.

- *Neuf Musique Optimal* : il s'agit d'une formule sans engagement de durée proposée à tous les clients haut débit de Neuf Cegetel qui permet de télécharger de façon illimitée tous les titres des catalogues musicaux mis à disposition par Universal en contrepartie du paiement d'une somme de 4,99 par mois qui s'ajoute au prix de l'abonnement mensuel. Le catalogue d'oeuvre pouvant être téléchargées compte plus de 150.000 titres et près de 3.000 vidéoclips.

Le téléchargement s'effectue à partir d'un site créé par le fournisseur d'accès à cet effet : www.neufmusic.fr.

Le principe de cette offre ressemble à celui de la licence globale : une autorisation de téléchargement illimitée (suivant la formule à laquelle souscrit l'utilisateur) mise en place par un fournisseur d'accès à Internet en contrepartie du prélèvement d'une somme devant être reversée aux ayants droit. L'offre de téléchargement véritablement illimitée est optionnelle et implique le paiement par l'utilisateur d'une redevance de 4,99 € intégrée à sa facture d'abonnement mensuelle.

Les conditions financières de l'accord passé entre Neuf Cegetel et Universal Musique sont restées secrètes. « On sait juste que l'opérateur reversera une quote-part à la maison de disques pour chaque titre téléchargé. Le contrat comprend une exclusivité de six mois. Passé ce délai, les deux partenaires sont libres de signer avec d'autres acteurs »¹¹⁴.

b) L'offre d'Alice

Alice a lancé, le 5 décembre 2007, un service de téléchargement de musique illimité gratuit « AliceMusic », dont le principe de fonctionnement ressemble à celui de Neuf Cegetel.

Développé à partir du catalogue de la maison de disque EMI, AliceMusic permet à ses nouveaux clients ayant adhéré à son offre haut débit de télécharger gratuitement 315.000 titres. Les 882.000 abonnés déjà clients d'Alice devront se réengager pour une période de 12 mois s'ils souhaitent profiter du service.

Contrairement à celle de Neuf Cegetel, l'offre d'accès illimité d'Alice concerne l'ensemble de son catalogue, et non un genre musical en particulier. Alice et EMI ont conclu un contrat d'exclusivité, tout comme Universal et Neuf Cegetel, qui interdit à la maison de disque de proposer un service équivalent à un concurrent d'Alice.

De plus, Alice se prépare à lancer une autre offre à partir du mois de janvier 2008. En contrepartie du paiement d'une redevance de 10 euros par mois, s'ajoutant au prix de l'abonnement, l'internaute pourra télécharger un nombre illimité de titre à partir du catalogue d'EMI et d'autres grandes maisons de disques. Il sera alors en pleine propriété de ces téléchargements.

¹¹⁴ K. SOLOVIEFF, La musique illimitée de Neuf soumise à restrictions, 01net, 20/08/07, <http://www.01net.com/editorial/356416/la-musique-illimitee-de-neuf-soumise-a-restrictions/>.

2. Des conditions d'utilisation plus restrictives que la licence globale

Pour l'instant, les offres de Neuf Cegetel et d'Alice ne correspondent pas à du téléchargement comme dans le cadre de réseau peer-to-peer où l'utilisateur dispose d'une totale liberté d'utilisation sur le fichier téléchargé. L'utilisateur est soumis à des conditions d'utilisation restrictives qui risquent de ne pas satisfaire l'ensemble des internautes.

- Un téléchargement « locatif » et non en pleine propriété du fichier téléchargé

Les formules de Neuf Cegetel et d'Alice s'apparentent à du téléchargement locatif. En effet, les abonnés pourront télécharger et écouter de la musique tant qu'ils seront abonnés à leur fournisseur d'accès. Il leur faut également se connecter chaque mois au site de leur fournisseur d'accès afin de faire renouveler leur « licence ». Enfin, la résiliation du contrat souscrit avec leur fournisseur d'accès entraîne automatiquement l'impossibilité pour l'internaute d'accéder aux oeuvres qu'il aura téléchargées.

- Des conditions d'utilisation limitées

Les utilisateurs ne sont pas en pleine possession des oeuvres musicales qu'ils téléchargent car les conditions d'utilisation de ces oeuvres sont limitées.

Ainsi, dans le cadre de l'offre de Neuf Cegetel, le nombre de transferts de l'oeuvre téléchargée est limité à 3 ordinateurs et à 3 baladeurs numériques et il est impossible de graver les fichiers téléchargés sur un CD.

	Neuf Musical Initial inclus	Neuf Musique Optimal
Clients concernés	Clients de l'offre 100 % Neuf Box	Tout client Internet Haut Débit
Téléchargements illimités	Oui	Oui
Transfert sur 3 ordinateurs	Oui	Oui
Transfert sur 3 baladeurs MP3	Oui	Oui
Vidéoclips	Non	Oui
Catalogue	1 genre musical à choisir parmi 9 lors de la première connexion	Tout le catalogue

Dans le cadre de l'offre d'Alice, les fichiers téléchargés ne peuvent pas être gravés sur des CD et ils ne peuvent être transférés vers des baladeurs que 5 fois par mois.

3. L'utilisation de DRM sur les oeuvres téléchargées, obstacle à l'interopérabilité

La mise en place de DRM (Digital Right Management) ou de mesures techniques de protection a été autorisée par la loi du 1er août 2006. Ces mesures techniques de protection sont utilisées par Neuf Cegetel et Alice afin de contrôler l'utilisation des oeuvres téléchargées

: empêcher la copie des oeuvres, limiter le nombre de transferts et rendre impossible l'accès aux oeuvres téléchargées après la résiliation de l'abonnement.

Cependant ces mesures techniques de protection créent un véritable obstacle à l'interopérabilité entre les différents systèmes d'exploitation et logiciels de lecture des fichiers. Neuf Cegetel et Alice ont choisi de mettre en place les mesures techniques de protection développées par Microsoft ce qui a pour conséquence d'exclure du bénéfice de ces offres tous les utilisateurs d'un autre système d'exploitation que Windows, Mac OS ou Linux, mais aussi tous les propriétaires de baladeurs numériques non compatibles.

Julien DOURGNON, directeur des études à l'UFC-Que Choisir, explique qu'à cause de ces mesures techniques de protection, l'utilisateur n'a pas « le libre choix » de son mode d'écoute¹¹⁵.

Ainsi, alors que l'iPod est le baladeur numérique le plus vendu dans le monde, il sera impossible d'y transférer les musiques téléchargées sur Neuf Cegetel et sur Alice car les baladeurs ne sont pas compatibles avec la DRM Windows Media 10 utilisée par les sites de téléchargement.

D'autres fournisseurs d'accès à Internet se préparent à mettre en place des offres similaires à celles de Neuf Cegetel et d'Alice, notamment Orange/Wanadoo dont « l'offre devrait être disponible au cours du premier semestre 2008 » et devrait « s'adresser aux abonnés de la téléphonie mobile et fixe »¹¹⁶.

B. Un système inspiré de la licence globale beaucoup moins favorable aux utilisateurs

La proposition de licence globale avait pour objectif de mettre un terme aux téléchargements illicites mais avait reçu l'opposition des producteurs et de certains artistes. Aujourd'hui, des accords entre de grandes maisons de production et des fournisseurs d'accès à Internet ont mis en place un système construit sur le modèle de la licence globale. Comme nous l'avons vu, ce système est beaucoup moins favorable aux utilisateurs que ne l'était la licence globale : absence de possession d'un exemplaire du fichier MP3 sur lequel est fixé le phonogramme du commerce, impossibilité de réaliser des copies de ce fichier MP3, nombre de transferts limités du fichier téléchargé. Ces conditions pourraient paraître trop rédhibitoires aux personnes qui téléchargent de façon illicite et ne pas les inciter à utiliser ces systèmes plutôt que les réseaux peer-to-peer illicites et autres.

¹¹⁵ K. SOLOVIEFF, La musique illimitée de Neuf soumise à restrictions, 01net, 20/08/07, <http://www.01net.com/editorial/356416/la-musique-illimitee-de-neuf-soumise-a-restrictions/>.

¹¹⁶ Article de la rédaction de ZDNet France, Musique : Orange prépare sa riposte sur le téléchargement illimité, <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0.39020774.39372269.00.htm?xtor=RSS-1>.

Conclusion

La licence légale est un système fonctionnant avec efficacité depuis plus de vingt ans dont le champ d'application, étendu par la loi du 1er août 2006, lui permet, en principe, d'assurer la redistribution de sommes revenant aux titulaires de droits voisins et la diversité culturelle des phonogrammes diffusés.

L'objectif de la loi DADSVI était de permettre d'adapter le droit d'auteur et les droits voisins aux nouvelles technologies. Or, les modifications apportées par la loi DADSVI ont eu pour effet de complexifier davantage le système de l'article L. 214-1 sans permettre son adaptation aux modes de diffusion assurés par les nouvelles technologies.

Les modifications à l'article L. 214-1 ont profondément divisé la doctrine tant sur leurs interprétations que sur leurs justifications. Des précisions devront nécessairement être apportées soit par la jurisprudence, soit par le législateur.

En 1985, une des raisons de la création de la licence légale avait été la volonté de réguler le secteur des radiodiffusions puisqu'il n'était pas réaliste de soumettre à l'autorisation de l'artiste et du producteur chaque radiodiffusion ou utilisation en discothèque. Une autorisation générale d'exploitation en contrepartie du versement d'une redevance permettait d'encadrer ce qui était devenu des formes habituelles de mise à disposition mais aussi d'assurer une rémunération « équitable » aux ayants droit face à une pratique sociale importante.

Aujourd'hui, les différents modes de diffusion par voie numérique constituent, une pratique sociale de masse et leur encadrement par la licence légale, ou par un autre système législatif, aurait permis une intégration sociale des œuvres auprès du public dans le respect des droits de l'ensemble des ayants droit.

Les licences « conventionnelles » encadrant les webradios et les sites d'écoutes à la demande et la nouvelle forme de licence « quasi-globale » ne permettent pas d'assurer une rémunération à l'ensemble des titulaires de droit. Avec le système de la licence légale, les artistes-interprètes touchent la moitié des sommes perçues au titre de la rémunération équitable. Or, ces derniers sont le plus souvent exclus des accords passés pour encadrer les diffusions de phonogrammes de commerce par voie numérique. En effet, dès lors que les artistes ont cédé leurs droits d'exploitation secondaire à leurs producteurs, ces derniers récupèrent l'intégralité des redevances prévues contractuellement pour la diffusion numérique des phonogrammes de commerce alors que dans le système de la licence légale, la moitié des sommes perçues au titre des radiodiffusions revient aux artistes. La licence légale s'inscrivait dans une logique financière que certains considéraient comme une insulte à l'esprit de la propriété intellectuelle française.

Que peut-on penser alors de la régulation de la diffusion des œuvres musicales par le domaine contractuel ? La négociation contractuelle aboutit presque toujours à des accords favorisant les parties disposant du poids économique le plus important. Il semble utopique de compter sur la volonté des producteurs et des diffuseurs pour assurer la diversité culturelle en matière de diffusion de phonogrammes par voie numérique. Quels seraient leurs intérêts financiers à permettre au public d'accéder à l'écoute d'œuvres peu connues et donc peu rentables.

La confrontation de la licence légale avec les modes de diffusion par voie numérique est une bonne illustration de la difficulté du droit d'auteur et des droits voisins à s'adapter aux nouvelles technologies.

Les sites assurant la diffusion de phonogrammes qui ont passé des accords avec les sociétés de gestion collective représentant les auteurs et les producteurs sont pour la plupart financés par la publicité. Or, l'annonceur a pour objectif que son produit soit vu par un public aussi large que possible. Le nombre de visites est d'autant plus important lorsqu'il diffuse des œuvres musicales connues et commerciales, c'est pourquoi le financement du droit d'auteur par la publicité risque de mettre à mal la diversité culturelle.

L'encadrement par la licence légale des webradios et des sites d'écoutes à la demande aurait permis d'assurer une répartition des redevances versées par ces sites à l'ensemble des titulaires de droit et pas seulement à ceux qui sont les plus connus. Une des raisons à la crise qui frappe l'industrie du disque se trouve dans l'absence d'un véritable renouvellement de l'offre culturelle proposée. Alors que les webradios permettent aux internautes d'écouter des œuvres auxquelles ils ne seraient pas forcément intéressés et participent ainsi à la diversité culturelle, les accords conclus entre les représentants des webradios et les sociétés de gestion collective représentant les producteurs et les auteurs ont condamné de nombreuses webradios à la fermeture en raison de coûts financiers trop élevés par rapport à ce qu'aurait coûté la rémunération équitable de la licence légale.

Après l'adoption de la loi DADVSI, le téléchargement sans autorisation des ayants droit est considéré comme un acte de contrefaçon. Selon Xavier DAVERAT, « seule l'intégration très forte d'une pratique sociale peut en effet justifier l'existence d'une licence légale »¹¹⁷. Aujourd'hui, le problème des pratiques de téléchargements illicites a peut être trouvé une solution avec les licences « quasi-globales » proposées par certains fournisseurs d'accès à Internet. Cependant, comme nous l'avons expliqué, ce système est moins avantageux pour les utilisateurs mais aussi pour les artistes-interprètes que ne l'aurait été celui de la licence globale.

Il faut également rappeler que la rémunération équitable s'inscrit dans une logique sociale et citoyenne puisque les sommes irrépartissables sont redistribuées à des actions d'aide à la création. En refusant d'étendre la licence légale à ces modes de diffusion, on sanctionne, indirectement, la création artistique et la diversité culturelle puisque les montants perçus au titre de la rémunération équitable sont moins importants qu'ils n'auraient pu l'être si ces nouveaux diffuseurs y avaient été soumis.

Cette exclusion du numérique du champ de la licence légale est considérée comme parfaitement légitime et justifiée aux yeux de nombreuses personnes. Il est intéressant de s'interroger sur cette exclusion au regard des évolutions technologiques futures.

Il y a peu, le groupe Google a déclaré sa volonté de proposer de nouveaux types d'offre dans le domaine de la téléphonie mobile. Selon Danny Sullivan, rédacteur en chef du site Search Engine Land, Google pourrait proposer ce qui ressemblerait davantage à un mini-ordinateur

¹¹⁷ X. DAVERAT, *JurisClasseur Propriété intellectuelle et artistique*, Fascicule 1450, op. cit. n° 20

qu'à un simple téléphone et « utiliser son service Google Talk pour les appels téléphoniques »¹¹⁸.

Google pourrait s'appuyer sur les réseaux Wi-Fi et non sur les réseaux GSM et « proposer des services complément gratuits, y compris la voix, le tout subventionné par la publicité » estime Stéphane Dubreuil, directeur du pôle Médias et Télécoms au sein du cabinet SIA Conseil¹¹⁹.

Dans cette optique, un téléphone utilisant les réseaux Internet pour passer des appels mais aussi pour profiter des fonctionnalités d'Internet pourra se connecter aux sites d'écoutes à la demande et aux webradios, par exemple. La convergence entre les appareils de téléphone et les baladeurs MP3, comme le montre le succès de l'iPhone, pourrait conduire à une nouvelle forme de « consommation » des œuvres musicales. Il ne sera plus nécessaire d'acquérir un support de l'œuvre musicale sous forme physique ou sous forme de fichier MP3 pour l'écouter puisqu'il suffira de se connecter depuis l'endroit que l'on désire à une webradio ou à un site d'écoute à la demande. Au lieu d'acheter un CD, on pourrait programmer sa propre playlist, comme sur le site Deezer.com. Cette nouvelle façon d'accéder aux œuvres musicales est hypothétique mais semble techniquement réalisable. La diffusion des phonogrammes de commerce par voie numérique ayant été exclue du domaine du système de l'article L. 214-1, cette nouvelle façon d'écouter de la musique devra être encadrée de façon contractuelle et ne pourra pas l'être par la licence légale.

Enfin, la diffusion des programmes audiovisuels et des phonogrammes de commerce se fait de plus en plus par la voie numérique. Les modes de diffusion classiques, c'est-à-dire par voie hertzienne, par câble ou par satellite, sont aujourd'hui fortement concurrencés et dans l'avenir seront certainement remplacés par le mode de diffusion numérique. Or, l'exclusion du champ d'application de la licence légale des diffusions par voie numérique amène à se demander si ce système ne sera pas à terme dépassé et remplacé par des systèmes de « licences conventionnelles ».

¹¹⁸ E. DUMOUT, Google en piste pour de nouveaux revenus avec un Google Phone ?, ZDNet, 03/08/07, <http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0.39040748.39371935-1,00.htm>.

¹¹⁹ E. DUMOUT, Google en piste pour de nouveaux revenus avec un Google Phone ?, ZDNet, 03/08/07, <http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0.39040748.39371935-1,00.htm>.

Sommaire

Introduction.....3

Partie 1 – Présentation du système de la licence légale mis en place par la loi du 3 juillet 1985

Chapitre 1 – Principes de fonctionnement de la licence légale et de la rémunération équitable8

Section 1 – La licence légale : une limitation aux droits exclusifs des ayants droit.....8

Sous-section 1 - La licence légale justifiée par une impossibilité pratique de contrôle des ayants droit.....9

Sous-section 2 - Les conditions générales d'application de la licence légale.....9

Section 2 – La rémunération équitable, la contrepartie de la licence légale.....10

Sous-section 1 - Les différents aspects de la rémunération équitable.....10

A. Nature de la rémunération équitable.....10

B. L'incidence du lieu de fixation.....11

1. *Le problème des sommes irrépartissables.....11*

2. *La rémunération équitable et le droit international en cas de réémission satellitaire de phonogrammes du commerce.....12*

Sous-section 2 – Perception et répartition de la rémunération équitable.....12

A. Le fonctionnement de la SPRE.....13

B. La fixation des barèmes de rémunération.....13

C. Modalités de la perception et de la répartition.....16

Chapitre 2 – Les domaines d'application de la licence légale18

Section 1 – Les domaines d'application résultant directement des dispositions de l'article L.214-1.....18

Sous-section 1 - La communication directe dans un lieu public.....18

A. La notion de communication directe dans un lieu public.....18

B. Exclusion des spectacles vivants du domaine de la licence légale19

Sous-section 2 – La radiodiffusion.....19

Sous-section 3 - La câblo-distribution simultanée et intégrale.....20

Section 2 – Le champ d’application de la licence légale précisé par la jurisprudence.....21

Sous-section 1 – Les nouvelles applications de la licence légale dégagées par les arrêts du 14 juin 200521

- C. La diffusion par satellite.....21
- D. La reproduction préalable à la radiodiffusion.....22
- E. La câblo-distribution.....23

Sous-section 2 – La sonorisation des programmes télévisuels et l’incorporation d’un phonogramme dans un vidéogramme.....24

- A. L’incorporation d’un phonogramme dans un programme télévisuel : œuvre distincte du phonogramme.....24
- B. La sonorisation de programmes télévisuels : les problèmes soulevés par les arrêts du 16 novembre 2004.....25
 - 1. *La licence légale, terrain d’opposition des différents intérêts entre ses titulaires et ses utilisateurs*.....25
 - 2. *Exclusion de la licence légale en cas de télédiffusion de programmes incorporant des phonogrammes*.....26
 - 3. *Les questions soulevées par ces arrêts*.....27

Partie 2 – La licence légale au lendemain de l’adoption de la loi DADVSI.....29

Chapitre 1 – Les évolutions de la licence légale pendant les débats parlementaires et après l’adoption de la loi DADVSI.....29

Section 1 – Le nouveau système de la licence légale.....29

Sous-section 1 - Une double extension du champ de la licence légale.....29

- A. Présentation des amendements ayant conduit à la modification du champ d’application de la licence légale.....30
 - 1. *Deux amendements avec la même ambition de clarifier la situation des programmes télévisuels*.....30
 - 2. *Critique des arrêts du 16 novembre 2004*.....30
 - 3. *Adoption contre l’opposition du rapporteur de la commission des lois et du ministre de la Culture à l’Assemblée Nationale*.....31

- B. Les nouveaux domaines d’application de la licence légale.....31

Sous-section 2 - La notion de « programme propre » aux entreprises de communication audiovisuelle.....33

- A. La notion de « programme propre » dans des textes juridiques.....34
 - 1. *La définition de la notion de « programme propre » donnée dans le décret n°86-445 du 14 mars 1986*.....34
 - 2. *La notion de « programmes propres » dégagée par le Secrétariat de l’OMPI*.....34
- B. La notion de « programme propre » selon les télédiffuseurs.....35
 - 1. *L’interprétation de France Télévision*.....35
 - 2. *L’interprétation de Canal +*.....37

C. Les conséquences envisageables de l'utilisation de la notion de programme propre.....	37
D. Discussions autour de la nouvelle rédaction de l'article L. 214-1.....	38
1. <i>Un texte jugé cohérent et conforme aux normes internationales</i>	38
2. <i>Critiques d'un texte obscur et non conforme à plusieurs points de la Directive du 22 mai 2001</i>	38
3. <i>Une interprétation des nouvelles dispositions fondée sur la théorie de l'accessoire</i>	39
 Section 2 – La licence globale : ce qu'aurait pu devenir la licence légale.....	40
 <i>Sous-section 1 - Présentation du système de la licence globale optionnelle</i>	40
A. L'Alliance Public-Artistes à l'origine de la licence globale.....	40
B. Les fondements juridiques de la licence globale.....	41
1. <i>Le downloading : exercice de l'exception pour copie privée</i>	41
2. <i>Le uploading soumis à une autorisation générale préalable de mise à disposition</i>	42
3. <i>Une rémunération forfaitaire en contrepartie du bénéfice de la licence globale</i>	42
C. Les similitudes et les différences entre la licence globale et la licence légale.....	43
1. <i>Les similitudes</i>	43
2. <i>Les différences</i>	44
 <i>Sous-section 2 - L'éphémère adoption de la licence globale par l'Assemblée Nationale</i>	44
A. Une session parlementaire particulière.....	44
B. L'opposition du ministre de la Culture et du rapporteur du projet de loi à la licence globale.....	45
C. Adoption surprise de la licence globale rapidement annulée.....	46
 <i>Sous-section 3 – Une forte opposition doctrinale à la licence globale</i>	46
 <i>Sous-section 4 – Retour de la licence globale sur le devant de la scène communautaire ?</i>	46
 Chapitre 2 – La distribution numérique exclue du champ d'application de la licence légale	47
 Section 1 – Les webradios encadrées par un régime juridique contractuel.....	47
 <i>Sous-section 1 - Exclusion des webradios du domaine de la licence légale</i>	48
A. Présentation de l'amendement n° 83.....	48
1. <i>Deux types de radios en ligne : simulcasting et webcasting</i>	48
2. <i>Le contenu de l'amendement n° 83</i>	49
B. Les webradios exclues du domaine d'application de la licence légale dans la loi DADVSI.....	50
1. <i>Opposition de la commission parlementaire et du ministre de la culture à l'intégration des webradios dans le champ de la licence légale</i>	50
2. <i>Une distinction entre radio hertzienne classique et webradio discutée en doctrine</i>	51

3. Moyens de défense des webradios contre leur exclusion du domaine de la licence légale.....	51
<i>Sous-section 2 - Encadrement des webradios par des accords fonctionnant sur le principe de la licence légale.....</i>	<i>52</i>
A. Le principe de ces licences légales devenues « conventionnelles ».....	52
B. Les modes de rémunération mis en place.....	52
1. Les rémunérations à verser auprès des sociétés de gestion représentant les producteurs.....	52
2. La rémunération à verser auprès de la SACEM.....	54
Section 2 – Émergences de licences « conventionnelles » dans les domaines ignorés par la licence légale.....	55
<i>Sous-section 1 - La licéité des sites d'écoutes à la demande rendue possible grâce à une forme de licence légale « conventionnelle ».....</i>	<i>55</i>
A. Distinction entre sites d'écoutes à la demande et webradios.....	55
B. La licence « conventionnelle » proposée par la SACEM pour rendre licite les sites d'écoutes à la demande.....	56
<i>Sous-section 2 - Les systèmes de licence mis en place par les fournisseurs d'accès.....</i>	<i>58</i>
A. Emergence de licences « quasi-globales ».....	58
1. Similitudes entre les offres de téléchargement commerciales et la licence globale.....	58
2. Des conditions d'utilisation plus restrictives que la licence globale.....	59
3. L'utilisation de DRM sur les oeuvres téléchargées, obstacle à l'interopérabilité.....	60
B. Un système inspiré de la licence globale beaucoup moins favorable aux utilisateurs..	61
<u>Conclusion</u>	62
<u>Sommaire</u>	65
<u>Bibliographie</u>	69

Bibliographie

Manuels et Traités

- A. LUCAS et H.-J. LUCAS, Traité de la Propriété littéraire et artistique, 3^{ème} édition Litec, novembre 2006
- C. CARON, Droit d'auteur et droits voisins, n°570, p 445, édition Litec
- F. POLLAUD-DULLIAN, Le droit d'auteur, Economica, 2005
- P.-Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, 5e édition, PUF
- André Bertrand, La musique et le droit de Bach à Internet, édition Litec 2001
- X. DAVERAT, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, fascicule 1450, Licence légale et rémunération équitable (CPI, art. L. 214-1 à L. 214-5), Mai 2006
- D. LEFRANC, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique > Fasc. 1460 : Droit voisin des producteurs de vidéogrammes (CPI, art. L. 215-1) > III. - Exercice du droit, n° 19
- H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Dalloz 1978, n° 180

Doctrine et Articles

- H. DESBOIS, Les droits dits « voisins du droit d'auteur », p 502 et 503, Mélanges Savatier, Dalloz 1965
- C. CARON, Commentaires n° 132, CCE Septembre 2005 p 27
- C. ALLEAUME, La reproduction d'un phonogramme dans une bande-annonce télévisée requiert l'autorisation du producteur, Légipresse n°190, avril 2002, p 48
- T. AZZI, Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes, JCP édition générale n°4, 25 janv. 2006
- C. CARON, De l'interprétation stricte des licences légales, CCE 2002/03, p 21
- H.-J. LUCAS, Chronique, JCP Entreprise et Affaires, n° 7-8, 13 février 2003, p 317
- P. SIRINELLI, De la délimitation restrictive du champ de la licence légale par rapport à celui du droit exclusif, Prop. Intell. Avril 2005, n°15, p 176 – 180
- P. BOIRON et N. MOREAU, La loi DADVSI a-t-elle encore un avenir ?, Legipresse n° 241 - Mai 2007, Chronique, p 61
- I. WEKSTEIN, Droits voisins, licence légale et loi du 1er août 2006, D. 2006, Chron. p 2190
- F. POLLAUD DULLIAN, RTDCom. Octobre/Décembre 2006, Chron. P 808
- P.-Y. GAUTIER, L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », CCE 2006 Nov., étude 26
- T. AZZI, La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé, CCE Juillet 2007, Etude n° 16
- Iva GANEV, Conférence de presse de l'Alliance Public-Artistes du 3 juin 2005, RLDI n°6 juin 2006 p 69
- A. SINGH, Réseaux peer-to-peer : Essai de qualification juridique de l'acte de téléchargement en émission (uploading), RLDI nov. 2005, n°10 p 41
- L. THOUMYRE, La licence globale optionnelle : un pare-feu contre les bugs de la repression, RLDI 2006/4, n°15 p 80 à 83
- E. BADETS, O. HAYAS, D. JARRIGE, La réforme du droit d'auteur, dits et non-dits, Compte-rendu de la journée d'étude du CEJEM du 23 février 2006, Légipresse n° 231, Mai 2006, p 57-62

- A. BAILLEUX, Les Webradios à l'épreuve de la Propriété littéraire et artistique, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 Droit des créations numériques de l'Université Paris XI Jean Monnet et Paris I Panthéon La Sorbonne sous la direction de Maître Judith ANDRES, <http://www.juriscom.net/documents/webrad20060313.pdf>
- K. SOLOVIEFF, La musique illimitée de Neuf soumise à restrictions, 01net, 20/08/07, <http://www.01net.com/editorial/356416/la-musique-illimitee-de-neuf-soumise-a-restrictions/>
- Article de la rédaction de ZDNet France, <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39372269,00.htm?xtor=RSS-1>
- E. DUMOUT, Google en piste pour de nouveaux revenus avec un Google Phone ?, ZDNet, 03/08/07, <http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0,39040748,39371935-1,00.htm>

Textes officiels

- JOCE n° L 346, 27 nov. 1992, p 61 ; JCP 1992, III, 65809
- Rapport RICHARD et Rapport JOLIBOIS préalables à l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 n° 85-660
- L. n°93-924 du 20 juillet 1993
- J. DIONIS DU SEJOUR ET BAGUET, Exposé sommaire amendement n° 173 après l'article 4 Loi DADVSI n°1206, p 2
- JOAN, Compte-rendu intégral des séances du 22 décembre 2005
- JOAN, Compte-rendu intégral 2^{ème} séance du 21 décembre 2005
- Exposé sommaire de l'amendement n°154 à l'article 1er du projet de loi DADVSI (n°1206)
- Exposé sommaire de l'amendement n°83 Article additionnel après l'article 4 Loi DADVSI (n° 1206)
- Directive européenne 92/100/CEE du 19 octobre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, JOCE n° L 346 du 27/11/1992 p. 0061 - 0066
- Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes
- Directive n°2001-29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information
- L. n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO n° 178 du 3 août 2006