

LE CONTENU CRÉATIF dans un marché unique européen numérique : Les défis du futur

Un document de réflexion de la DG INFSO et de la DG MARKT

Contribution au nom d'EUROKINEMA

I. Présentation

EUROKINEMA, Association de Producteurs de Cinéma et de Télévision a été créée en juillet 1991 à l'initiative de l'ensemble des organisations professionnelles représentatives des producteurs d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques en France. Face à l'intervention grandissante de l'Union européenne dans le secteur audiovisuel et culturel, et l'importance des décisions prises en la matière, il a paru urgent aux promoteurs d'EUROKINEMA de mettre en œuvre les moyens de défendre une véritable politique communautaire en faveur des programmes audiovisuels et du cinéma.

La mission d'**EUROKINEMA** est double:

- Constituer une instance de représentation des intérêts des producteurs de films et des producteurs audiovisuels près de l'Union européenne sur l'ensemble des dossiers ayant un impact direct ou indirect sur la production cinématographique (propriété intellectuelle, régulation audiovisuelle, réglementation des télécoms, négociations commerciales, programme Média...)
- Assurer une concertation continue avec les organisations représentatives des producteurs audiovisuels des autres Etats membres de l'Union européenne et dégager une plate-forme de principes et de positions communs permettant d'assurer la promotion efficace de la création audiovisuelle et cinématographique dans le cadre de l'Union européenne.

EUROKINEMA, Association de Producteurs de Cinéma et de Télévision, a donc une fonction essentielle destinée à faire valoir le rôle fondamental de l'industrie et de la création audiovisuelle dans une Europe intégrée politiquement et économiquement.

II.Introduction

1. EURO CINEMA remercie la Commission européenne (DG INFSO et DG MARKT) pour la présentation d'un document de réflexion permettant d'avoir une vision plus complète des questions posées par l'exercice des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du développement de l'économie numérique au niveau européen.
2. Les consommateurs doivent bénéficier pleinement de la transition de l'économie analogique vers l'économie numérique. A cet égard, EURO CINEMA a été soucieuse d'apporter une valeur ajoutée à la réflexion en fournissant une étude sur le développement de l'offre de vidéo à la demande en Europe¹. Depuis, cette étude est effectuée régulièrement par les pouvoirs publics (Observatoire européen de l'audiovisuel) et permet d'observer le développement progressif de l'offre VOD en Europe.
3. Le document de réflexion a le mérite de distinguer les différentes industries culturelles auxquelles les contenus créatifs en ligne se réfèrent et pour chacun d'eux d'identifier les moyens d'un *modus operandi* en ligne². Selon EURO CINEMA, cette méthode est à même d'identifier les aménagements pragmatiques devant éventuellement être envisagés en vue de dynamiser l'économie des contenus en ligne.

Les commentaires qui suivent concernent exclusivement les œuvres audiovisuelles et cinématographiques. Pour la clarté du commentaire, nous avons structuré nos réponses comme suit, en répondant aux questions suivantes :

1. Définitions
2. Commentaires sur l'actuel régime satellite. Extension du régime câble à certaines utilisations en ligne d'œuvres protégées.

¹ "The development of video on demand in Europe", NPA Conseil, May 2006

² Voir nos précédentes contributions aux travaux de la Commission: Contenus créatifs en ligne dans le marché unique, COM(2007) 836 final - Questions politiques et réglementaires soumises à consultation - Contribution d'EUROCINEMA (20/02/2008): *"A titre préliminaire, il convient d'observer que l'approche de la Commission Européenne reflétée tant dans sa communication que dans la présente consultation reste très – trop ?- globalisante : en effet, il n'existe pas une "industrie de contenu en ligne" en tant que telle. Cette dernière est, par essence, composite : droits musicaux en ligne, presse, œuvres audiovisuelles représentent des économies et des industries différentes qu'il n'est pas possible de confondre dans un seul paradigme "industrie du contenu en ligne". Les observations émises ici ne peuvent valoir que pour le secteur cinématographique et, dans une moindre mesure, pour le secteur de la production d'œuvres audiovisuelles."*

3. Transfert des droits d'une œuvre audiovisuelle ou cinématographique au producteur en vue de l'exploitation en ligne de l'œuvre.
4. Rôle de la gestion collective dans l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.
5. Principe de territorialité dans l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.
6. Exceptions.
7. Epuisement des droits.
8. Création d'un titre de droit d'auteur.

1. Définitions.

1.1. Notre sentiment est que l'économie des réseaux numériques fait l'objet d'un examen insuffisant actuellement s'agissant de la distribution de contenus protégés par un droit d'auteur. Une première difficulté tient au recours dans la discussion sur la gestion des droits à la notion de "droits Internet" de manière générique, ce qui peut être source de confusion et d'imprécision.

1.2. Dans l'univers des réseaux numériques coexistent ou coexisteront différents modèles de distribution des œuvres audiovisuelles en ligne, lesquels relèveront probablement la plupart du temps de la maîtrise de droits exclusifs (dans cette hypothèse, l'exploitation en ligne ouvre - en terme de valorisation financière et culturelle - de nouvelles fenêtres permettant d'exploiter les œuvres au même titre que la fenêtre "salle" ou la fenêtre "DVD") mais aussi le cas échéant pourront être assujettis à de la gestion collective (cas par exemple de la retransmission en ligne de certaines chaînes TV en intégral et simultané, cf. *infra* point 2). Ces différents modes de distribution peuvent la plupart du temps correspondre (ou être assimilés) à des modèles préexistants. S'appliquent à l'Internet les principes généraux de droit d'auteur déjà en vigueur pour les modes d'exploitation traditionnels, dans le cadre fixé par la directive européenne dite « DADVSI » de mai 2001³.

1.3. Fort logiquement, à l'apparition d'une nouvelle typologie d'usage des œuvres audiovisuelles sur les réseaux en ligne correspond aussi une transformation des

³ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information
Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 - 0019

métiers de la chaîne audiovisuelle. Cette dernière tend à voir apparaître d'autres fonctions spécifiques qui s'intercalent entre les producteurs et les radiodiffuseurs (la définition de ces derniers mériterait d'ailleurs d'être clarifiée), telles que celles de distributeur de services audiovisuels ou d'éditeur de programmes, avec l'arrivée de nouveaux acteurs tels que les telcos (qui deviennent opérateurs de réseaux ADSL, distributeurs voire éditeurs de chaînes TV) ou certains agrégateurs de plateformes de VOD (vidéo à la demande). Cette tendance correspond à la complexification de la chaîne et au besoin de spécialisation et d'efficacité. Il nous paraît déterminant de bien identifier ces différents métiers dans la mesure où ils conditionnent les pratiques d'accès, de licitation et de régulation.

- 1.4. Enfin, une cartographie de la répartition de la chaîne de valeur entre les différents métiers – tels qu'identifiés et éventuellement définis (juridiquement?) – permettrait de clarifier l'exercice des droits de propriété intellectuelle et les interrelations entre les champs contenu audiovisuel (qui relèvent de la régulation audiovisuelle), droit d'auteur (qui relèvent de la régulation DPI) et économie de réseaux (qui continuent à relever de la régulation télécommunications) et d'assurer une meilleure coordination entre eux reflétant la convergence en cours.
- 1.5. Dès lors, nous serions désireux qu'un codex définissant les droits, les usages, les fonctions puisse être établi au niveau européen, de manière à ce qu'un parallélisme strict à même de faciliter les transactions commerciales sur les droits en ligne puisse exister à l'échelle européenne.

2. Commentaires sur l'actuel régime satellite & Extension du régime câble à certaines utilisations en ligne d'œuvres protégées.

2.1. Il existe une très forte analogie entre les débats actuels sur le droit d'auteur en matière d'exploitation en ligne de contenus protégés et ceux qui ont existé en matière audiovisuelle il y a une vingtaine d'année lors du développement de la radiodiffusion par satellite, selon le paradigme « à media global – hier le satellite, aujourd'hui l'Internet – doit correspondre une gestion globale – ou à tout le moins paneuropéenne – des droits d'auteur ».

C'est sur la base de ce paradigme qu'a ainsi été élaborée la Directive « Câble & Satellite » de 1993, qui permet en principe de liciter la diffusion de contenus audiovisuels par satellite pour l'ensemble des territoires couverts par l'empreinte

satellitaire à partir d'une autorisation obtenue dans le seul pays d'émission de ce signal satellite.

Or, force est de constater que les dispositions de la Directive de 1993 relatives à l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques par satellite n'ont pas connu une mise en œuvre significative à cet égard. En effet, l'épuisement *de facto* des droits engendré par le fait qu'un service satellite autorisé dans le pays de l'émission acquiert automatiquement l'autorisation d'être exploité dans tous les pays de l'empreinte satellitaire a donné lieu (i) soit à des mesures visant à réinstaurer un contrôle territorial de l'exploitation des œuvres comme le cryptage des émissions ou encore (plus marginalement) à l'occultation de certains programmes, (ii) soit à des grilles de programmes modifiées restreintes à des contenus *in house* (autoproduction) des radiodiffuseurs.

Une étude récente de l'Observatoire Européen de l'Audiovisuel sur la transmission internationale par satellite des chaînes de télévision dans l'U.E.⁴ indique ainsi que sur près de 5.500 chaînes reçues par satellite en Europe, près de 4.000 (72%) correspondent à des « packages » (bouquets satellites) que l'étude qualifie d'« essentiellement nationaux ». Pour les 1.500 chaînes restantes, l'étude s'attache à analyser les 710 d'entre elles qui sont d'origine européenne, pour finalement conclure que 420 (60%) sont à vocation plutôt nationale, et 290 seulement à vocation internationale (dont un très large nombre de chaînes d'information, de chaînes érotiques, et de chaînes de niche ciblant des diasporas ou des minorités). Par ailleurs, même pour ce dernier type de chaînes, la distribution reste maîtrisée pays par pays à travers le cryptage du signal et sa retransmission via les opérateurs locaux du câble, IPTV, satellites, mobiles, etc.

Echec de la mise en œuvre d'une gestion paneuropéenne généralisée des droits satellites donc, sans que l'on puisse pour autant conclure à de sérieuses difficultés d'accès aux contenus cinématographiques et audiovisuels, compte de tenu de l'extrême profusion de chaînes satellitaires reçues dans chaque Etat Membre de l'U.E. (en particulier à travers les 4.400 chaînes des différents « packages satellites » à vocation nationale).

2.2. Il paraît évident qu'une extension aux services en lignes des dispositions de la Directive de 1993 relatives à l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques par satellite – comme semble le proposer le document de réflexion lorsqu'il évoque notamment la position des « *radiodiffuseurs de service*

⁴ "Convergence, Copyrights and Transfrontier Television", issue 2009-8 of the series IRIS *plus*, pp. 31 s.

public [qui] apparaissent favorables à un élargissement du champ d'application de la directive satellite et câble de 1993 à la fourniture en ligne de contenu audiovisuel »⁵ – provoquerait des effets semblables, et doit donc être écartée.

Il apparaît en effet que, finalement, seule une gestion chronologique (media par media) et territoriale (pays par pays) des droits est en mesure d'assurer une offre en ligne riche et diversifiée de contenus cinématographique et audiovisuel qui puisse s'insérer harmonieusement dans la chronologie des médias existante, au bénéfice de l'ensemble des parties (producteurs et ayants droit, distributeurs et opérateurs de plateformes en ligne, consommateurs).

C'est donc à travers des services de VOD à vocation prioritairement nationale ou régionale qu'est assurée l'offre en ligne de contenu audiovisuel « premium », à l'instar de ce qui s'est produit pour la diffusion satellitaire à travers les « packages [bouquets satellites] essentiellement nationaux » précités. Le développement de ces services VOD s'avère particulièrement dynamique en Europe, comme le montrent les études réalisées depuis 2006 en la matière (notamment à l'initiative d'EUROKINEMA – cf. note 1 *supra*).

2.3. En réalité, l'optimisation des services en ligne composés d'œuvres audiovisuelles ou cinématographiques ne dépend pas de la couverture nationale ou transnationale de ces services, mais de la notoriété acquise par les œuvres dans un marché donné, permise par l'exclusivité territoriale concédée aux opérateurs économiques qui l'exploitent sur ce territoire. Cette notoriété s'acquiert essentiellement par la sortie en salles et, pour les œuvres audiovisuelles, par la communication effectuée par les radiodiffuseurs et/ou les plateformes numériques selon les fenêtres d'exploitation négociées contractuellement avec les producteurs/distributeurs.

Il y a donc lieu de considérer que l'exploitation des films européens doit continuer de reposer sur cette gestion territoriale, media par média, et notamment sur les efforts consentis par les producteurs et distributeurs lors de la sortie en salles des films et ensuite lors de l'exploitation de ces mêmes films sur les différentes fenêtres suivantes⁶. Un service VOD paneuropéen – sauf à positionner son offre dans un

⁵ « ... qui s'inscrirait en parallèle avec le champ d'application de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels. La transposition à Internet de la logique de cette directive pourrait impliquer qu'une fois qu'un service en ligne a fait l'objet d'une licence dans un territoire de l'UE – par exemple le territoire avec lequel le prestataire de service possède les liens les plus étroits – cette licence couvrirait alors la totalité du territoire communautaire » (*ibidem*).

⁶ La gestion des fenêtres d'exploitations et des hold backs est une pratique courante intrinsèque aux métiers de producteurs et distributeurs audiovisuels. Actuellement, les droits VOD sont le plus souvent transférés à titre

« second marché » de « programmes de catalogue » – ne pourra pas gérer les différentes fenêtres d'exploitation mises en place par les producteurs et les distributeurs œuvrant dans les marchés nationaux.

2.4. La suggestion émise par le document de réflexion concernant un éventuel élargissement du champ d'application de la directive satellite et câble de 1993 pourrait cependant s'entendre pour ce qui concerne le volet de ladite directive relatif à la retransmission par câble, afin d'appliquer explicitement celui-ci à tout type de retransmission intégrale et simultanée de programmes TV par un organisme tiers, en s'inspirant notamment de la terminologie beaucoup plus neutre (car non limitée au câble) figurant à l'article 11 bis de la Convention de Berne sur le droit d'auteur, qui stipule que:

« les auteurs d'œuvres littéraires et artistique jouissent du droit exclusif d'autoriser ...

*2. toute communication publique, **soit par fil, soit sans fil** de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par **un autre organisme que celui d'origine...** »,*

Ce faisant pourrait notamment être facilitée la retransmission intégrale et simultanée de programmes de chaînes TV par Internet (IPTV sur TV et/ou sur PC).

2.5. Les dispositions de la Directive de 1993 relative à la retransmission par câble visent en effet à faciliter la retransmission par câble, simultanée et inchangée, de programmes de radiodiffusion préexistants (considérant 33 de la directive 93/83/CE)⁷ à travers une gestion collective obligatoire (organisée en pratique

non exclusif à différents opérateurs d'un même marché. L'optimisation des revenus d'une œuvre audiovisuelle dans l'univers numérique requiert cependant le respect des différentes fenêtres d'exploitation. Ainsi les droits VOD non exclusifs ne pourront être exploités, du moins pour les œuvres récentes, qu'à des périodes définies et limitées afin de ne pas préjudicier les droits d'exploitation de la même œuvre en pay TV, pay per view ou même Free TV. Les opérateurs de plateformes numérique ont bien compris ce mécanisme. La visite du site de Bskyb est à ce sujet éclairante, Bskybe consacrant plusieurs entrées de son site aux films en salles et à leur promotion.

⁷ « Considérant qu'il convient d'établir les règles minimales nécessaires pour mettre en œuvre et garantir une diffusion internationale libre et non perturbée des programmes par satellite ainsi que la retransmission par câble simultanée et inchangée de programmes de radiodiffusion provenant d'autres États membres, sur une base essentiellement contractuelle »

territoire par territoire) du droit d'autoriser ou d'interdire une telle retransmission (article 9 de la directive)⁸.

Or, la retransmission intégrale et simultanée de programmes de TV, initialement limitée au câble, s'est progressivement étendue à d'autres types de réseaux (satellite, ADSL, téléphonie mobile, etc.), ce qui justifierait en soi une réflexion sur une éventuelle extension du champ de ces dispositions dans une logique de neutralité technologique (à noter d'ailleurs que cette extension est déjà largement en cours dans certains Etats Membres, dont la France, à travers des accords de gestion collective volontaire).

Par ailleurs, certaines prestations de services en ligne s'apparentent elles aussi à des actes de retransmission simultanée et inchangée de programmes TV.

Dès lors, il serait approprié d'étendre les dispositions de l'article 9 de la Directive de 1993 à tout type de retransmission simultanée et inchangée destinée au public, quel que soit le réseau, dès lors qu'elle est assurée par un opérateur (distributeur de services audiovisuels) distinct du radiodiffuseur – ou de la chaîne de télévision – d'origine : câblo-opérateur, opérateur de bouquet satellite, opérateur de plateforme de programmes TV sur téléphone mobile, opérateur de services d'IPTV, etc.

Ces dispositions couvriraient alors toute retransmission simultanée et inchangée de programmes de télévision préexistants sur le réseau Internet par un opérateur tiers qui en assure la distribution à ses abonnés, ce dernier se voyant alors appliquer un principe de gestion collective obligatoire du droit d'autoriser ou d'interdire cette retransmission. Ceci ne préjugerait pas de la possibilité pour les ayants droit (producteurs) d'autoriser individuellement la diffusion de leurs œuvres (dans le cadre des contrats conclus avec la chaîne de télévision elle-même), ni de refuser une telle retransmission à un opérateur tiers pour certaines chaînes (cette fois à travers leur société de gestion collective) dans les cas où cette retransmission serait en

⁸ Article 9 :

« 1. Les États membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblodistributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective.

2. Lorsque le titulaire n'a pas confié la gestion de ses droits à une société de gestion collective, la société de gestion collective qui gère des droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer ses droits. Lorsque plusieurs sociétés de gestion collectives gèrent des droits de cette catégorie, le titulaire peut désigner lui-même la société de gestion collective qui sera réputée être chargée de gérer ses droits. Le titulaire visé au présent paragraphe a les mêmes droits et obligations, dans le cadre du contrat conclu entre le câblodistributeur et la société de gestion collective qui est réputée être chargée de gérer ses droits, que les titulaires qui ont chargé cette société de gestion collective de défendre leurs droits et il peut revendiquer ces droits dans un délai, à fixer par l'État membre concerné, dont la durée n'est pas inférieure à trois ans à compter de la date de la retransmission par câble portant sur son œuvre ou un autre élément protégé.

3. Un État membre peut prévoir que, lorsque le titulaire autorise la transmission initiale sur son territoire d'une œuvre ou d'un autre élément protégé, il est réputé accepter de ne pas exercer ses droits pour la retransmission par câble sur une base individuelle et les exercer conformément aux dispositions de la présente directive. »

contradiction avec leur politique de gestion individuelle des droits et des fenêtres d'exploitation des programmes retransmis.

- 2.6. La Commission dispose du droit d'initiative concernant le choix de l'acte juridique nécessaire à une assimilation de ces applications à une retransmission par câble (si une telle hypothèse s'avère nécessaire).

EUROCINEMA se demande si une **communication interprétative** de la directive câble et satellite, portant exclusivement sur le chapitre II de la directive ne suffirait pas à moderniser le cadre actuel, permettant ainsi une adaptation rapide de cette extension/clarification.

Conclusion: L'extension du mécanisme câble à certains services radiodiffusés dûment définis pour leur retransmission en ligne paraît envisageable. L'extension du mécanisme satellite à la gestion transfrontalière des services en ligne incorporant les œuvres audiovisuelles et cinématographiques paraît en revanche sans objet dès lors que la pratique actuelle a plutôt traduit l'inadaptation de cette directive aux besoins réels des radiodiffuseurs (voir à ce propos l'analyse précitée de l'Observatoire Européen de l'Audiovisuel sur la Directive câble et satellite⁹).

3. Transfert des droits d'une œuvre audiovisuelle ou cinématographique au producteur en vue de l'exploitation en ligne de l'œuvre.

- 3.1. Le producteur d'une œuvre audiovisuelle et cinématographique est le partenaire nécessaire de la création et de la réalisation de cette œuvre. En effet, dans le partage des rôles entre le réalisateur et le producteur, ce dernier est chargé du financement de l'œuvre. Compte tenu des budgets conséquents que ceci représente, cela implique une recherche de financement associant des partenaires publics (soutien et aides) et des partenaires privés sur la base de préfinancements en contrepartie d'exclusivités d'exploitation par territoire et par fenêtre (télédiffuseurs, distributeurs en salles, éditeurs vidéo, ...).

- 3.2. En contrepartie de cet engagement financier en dehors duquel l'œuvre ne pourrait pas exister, le producteur est bénéficiaire exclusif du transfert des droits en vue de l'exploitation économique de l'œuvre (ceci devant permettre une exploitation

⁹ "Convergence, Copyrights and Transfrontier Television", issue 2009-8 of the series IRIS *plus*

optimale en vue d'un amortissement de l'œuvre). La cession des droits (transfert) a fait l'objet d'une reconnaissance en droit européen aux articles 3.4 et 3.6 et considérant 15 de la directive Prêt et location.

- 3.3. Cependant, le transfert des droits demeure loin d'être suffisamment harmonisé et cette harmonisation mériterait d'être améliorée, notamment en vue de l'exploitation en ligne. Les transferts de droits des contributeurs (notamment les cessions de droits relatives aux prestations des artistes interprètes) de l'œuvre audiovisuelle au bénéfice du producteur devraient être améliorés dans un certain nombre de pays membres et sans doute systématisés afin de faciliter le négoce des droits en Europe dans la distribution en ligne. La contrepartie de ce transfert obligatoire et automatique est constituée pour le producteur par l'obligation d'exploiter l'œuvre et de rendre régulièrement des comptes, et pour les éditeurs de services en ligne de produire des bordereaux de recettes certifiés rapportant pour chaque œuvre toutes les exploitations réalisées. Dans cette hypothèse, l'objectif recherché n'est pas de déposséder les autres titulaires de droits des rémunérations auxquels ils ont droit du fait de l'exploitation en ligne, mais de permettre qu'il n'y ait pas de rupture dans l'exploitation en ligne du fait de pratiques divergentes dans les Etats membres en matière de transferts des droits.
- 3.4. Les droits en ligne recouvrent une série importante d'actes d'exploitation divers. La tendance actuelle est de permettre une consommation à la demande généralisée des services audiovisuels. Outre les formes connues de la VOD (payant à l'acte, sur abonnement ou gratuitement via un financement publicitaire, en streaming ou en « download to own »), les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles sont aussi disponibles en ligne dans le cadre de services non linéaires (à la demande) via des offres de catch up TV / « start from the beginning » et autres types d'offres semblables.
- 3.5. Les transferts des droits visant à faciliter l'utilisation en ligne des œuvres constituent donc un préalable¹⁰ permettant aux producteurs d'optimiser la gestion des droits, mais également d'apporter la fluidité nécessaire à une exploitation en ligne.

¹⁰ Le document de réflexion mentionne d'ailleurs de manière elliptique cette question en rappelant que "il y a bien davantage de titulaires de droits impliqués dans la création d'un film – metteur en scène, producteur, acteurs, scénariste, compositeurs, pour n'en citer que quelques-uns ». Cette remarque pertinente ne produit cependant pas ses pleins effets: jusqu'à présent, dans l'univers analogique, le producteur a pu – par transfert des droits – en contrepartie d'une rémunération – rassembler les droits indispensables à l'exploitation

4. Rôle de la gestion collective dans l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

- 4.1. Le recours quasi généralisé à la cession contractuelle des droits à titre exclusif (laquelle est conditionnée par des clauses correspondantes de transferts des droits sur l'œuvre au producteur (voir *supra*) constitue le mode opératoire dans le secteur audiovisuel. La gestion collective des droits des producteurs reste quant à elle limitée à quelques domaines bien spécifiques et limités (principalement la copie privée & la retransmission intégrale et simultanée de certaines chaînes TV par des organismes tiers), pour des raisons pratiques et/ou en vertu de prescriptions légales impératives. L'achat des droits dans le cadre de la gestion individuelle de gré à gré peut se faire en vue de constituer un catalogue de films, qui sera ensuite référencé auprès des différents ISPs de même qu'il est rendu disponible auprès des autres distributeurs de contenus (services de pay TV par exemple).
- 4.2. L'exploitation des droits en ligne ne paraît pas à cet égard constituer un problème majeur qui nécessiterait en soi une extension du champ de la gestion collective pour ce qui concerne les œuvres audiovisuelles (sous réserve des observations faites au point 2 *supra* relatives à une éventuelle assimilation de certains services retransmis en intégral et simultanément par des organismes tiers et faisant l'objet d'une distribution en ligne à une retransmission par câble).
- 4.3. Concernant les licences collectives étendues, dont l'objet est de permettre une gestion paisible des droits d'auteur en évitant certaines restrictions à des formes d'exploitation (telle que par exemple la retransmission inchangée et simultanée par câble), EUROKINEMA estime que cette pratique peut être éventuellement étendue au niveau européen à la retransmission en ligne, de façon intégrale et simultanée, de services radiodiffusés (le système de gestion collective retenu actuellement par la directive câble constitue en effet déjà plus ou moins une licence collective étendue). Ce point a été commenté *supra* (voir point 2).

économique des œuvres visant à garantir la distribution en salle, DVD, pay TV, Free TV. Il est nécessaire d'instaurer semblable transparence dans l'univers numérique.

5. Principe de territorialité dans l'exploitation des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

5.1. Le champ de l'économie numérique n'est pas un champ unique. Il n'y a pas de corrélation "logique" entre le marché unique européen et le marché digital. En revanche, il est bien vrai que la "logique" des réseaux crée une pression sur l'organisation des services selon une dimension nationale¹¹. Le marché digital, compte tenu de sa fluidité (la métaphore la plus adaptée est celle d'une paramécie, la forme d'un réseau dépend avant tout des usagers/contributeurs) peut revêtir une dimension locale (ex. un site ou un blog fournissant des infos exclusivement locales) ou une dimension globale (un site qui traite d'une pop star à dimension universelle).

5.2. S'agissant du négoce du film sur Internet, tel que la vidéo à la demande, la forme du négoce ne dépend pas, comme dans le cas d'un blog ou d'un site non commercial, du volontarisme des intéressés. Elle dépend très largement de la politique commerciale initiée par les opérateurs de service de VOD en commun accord avec les producteurs et distributeurs. Les études précitées menées par l'Observatoire de l'audiovisuel européen sur la VOD montrent plutôt la structuration (par différents opérateurs telcos, radiodiffuseurs, ISP..) d'une offre s'inscrivant dans une dimension nationale (qui accompagne la migration des œuvres sur les autres réseaux physiques (salles) ou analogiques (TV)). Dès lors, la territorialisation ne paraît pas affectée par le développement de l'offre en ligne. Elle semble plutôt accompagner les autres fenêtres de distribution (voir également nos commentaires *supra* au point 2). En revanche, ceci n'est pas vrai (et ceci est d'ailleurs logique) pour les offres pirates qui tendent à court-circuiter les conditions de temps et d'espace (fenêtre, territoire) dans lesquelles s'inscrit la commercialisation des œuvres en vue de la plus grande optimalisation des recettes¹².

5.3. Il est vrai que toutes les œuvres ne sont pas traitées de manière égale. Il reste qu'il y a des œuvres qui connaissent un accès difficile au marché. L'expérience de ces

¹¹ Cas de Google qui preste à partir du Luxembourg et bénéficiant ainsi d'un taux réduit de TVA = perte de recettes pour les pays destinataires et à terme problème de concurrence entre opérateurs de même calibre.

¹² L'accent est mis sur la perte de recettes massive issues du piratage, mais il est rarement observé que le piratage conduit à une désorganisation du marché violant les chronologies et fenêtres qui garantissent une exploitation paisible des œuvres au bénéfice, non seulement des titulaires de droits, mais également du public.

dernières années a montré que l'effet « long tail » reste très limité et que le public en ligne ne recherche que ce qu'il connaît (l'étude des offres pirates fournit à cet égard des éléments de comportement très intéressants, confirmant que la demande se concentre très fortement sur les titres bénéficiant déjà de la plus forte notoriété). Cependant, l'exploitation en ligne engendre des coûts d'exploitation faibles si on les compare par exemple au coût d'une sortie en salle de cinéma. L'exploitation en ligne offre donc en principe des solutions pour régler l'accès au marché de certains films, à la condition de leur offrir les moyens d'une notoriété auprès du public, afin d'éviter de créer des ghettos où seraient regroupés les films rejetés par les grands opérateurs.

- 5.4. S'agissant de la VOD, notons qu'elle relève des prestations de services (et non de la circulation des marchandises), la jurisprudence communautaire ayant toujours accepté une application différenciée de l'épuisement des droits dans ce cas.

6. Exceptions.

- 6.1. L'acquis communautaire en matière de droit d'auteur a parfaitement réussi à établir un cadre juridique solide offrant suffisamment de flexibilité pour assurer un équilibre entre les titulaires de droits et les intérêts des utilisateurs.

Les défis posés par le changement technologique affectent l'application de la loi plutôt que la loi elle-même.

Sous-tendu par les principes fondamentaux établis dans le « test en trois étapes », le régime communautaire constitué par un éventail de droits exclusifs harmonisés et une liste exhaustive d'exceptions au regard du droit d'auteur offre la base voulue pour parvenir à des solutions dans l'environnement numérique.

- 6.2. Toutefois, avec l'augmentation largement répandue de la diffusion d'œuvres sous format numérique, le piratage et notamment le piratage en ligne de ces œuvres a connu un développement exponentiel.

Il convient dès lors que toutes les exceptions et dérogations tiennent compte du risque accru de diffusion numérique non autorisée, en particulier en l'absence de collaboration adéquate de la part de nos intermédiaires qui s'abritent souvent derrière les limitations existantes en matière de responsabilité ou les règles de protection des données.

Nous estimons qu'au lieu d'envisager de nouvelles exceptions et limitations du droit d'auteur, l'attention doit être focalisée sur la meilleure manière d'opérer dans le

cadre actuel, avec des solutions pratiques comme l'octroi de licences et les procédures automatisées d'octroi d'autorisations *machine-to-machine*¹³. Le test des trois étapes garantit déjà que les exceptions au droit d'auteur n'entrent pas en conflit avec ces solutions.

6.3. Les institutions européennes pourraient aussi envisager de faciliter le dialogue entre les acteurs concernés sur une base « au cas par cas », avant toute révision de la législation en vigueur. Un exemple réussi d'une telle approche de collaboration est fourni par l'Accord sur les œuvres orphelines (*Memorandum of Understanding on Orphan Works*) établi sous les auspices de la Commission européenne entre tous les acteurs concernés, y compris les bibliothèques.

7. Epuisement des droits.

7.1. Le secteur audiovisuel connaît un épuisement européen des droits de distribution. Ainsi, un DVD mis en circulation dans un territoire de l'Union avec le consentement des ayants droit peut circuler librement dans l'ensemble de l'Union. Cet épuisement a conduit à des accords de partage de marché entre plusieurs éditeurs de DVDs et facilité des importations illégales de DVDs US notamment au Grand Duché de Luxembourg.

7.2. Compte tenu de la spécificité des modes d'exploitation des œuvres audiovisuelles, l'épuisement des droits de distribution des DVDs ne peut en aucun cas être étendu hors des frontières de l'Union européenne au monde entier. Il ne peut non plus être étendu à d'autres droits exclusifs et particulièrement au droit de mise à disposition du public qui régit l'exploitation VOD et les achats dématérialisés de films.

8. Création d'un titre de droit d'auteur.

8.1. Le document de réflexion envisage la création d'un titre de droit d'auteur européen destiné à faciliter l'exploitation en ligne des œuvres sur un marché européen. Par ailleurs, il propose que ce titre européen, au lieu de se substituer complètement au droit d'auteur exercé nationalement, puisse exister en parallèle avec les lois

¹³ Voir www.the-acap.org pour une solution intersectorielle en matière d'information automatisée relative aux autorisations d'accès et à l'utilisation des contenus.

nationales. Il existe déjà en droit communautaire des précédents (par exemple, Règlement (CE) N° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges) ou un instrument communautaire spécifique s'impose dans les transactions transfrontalières tout en laissant indemne les dispositions nationales qui restent d'application dès lors que la dimension nationale d'une activité ou d'un service demeure pertinente.

8.2. Outre sa contradiction avec les dispositions de la Convention de Berne, qui interdisent de conditionner la protection du droit d'auteur à un formalisme préalable, on peut cependant se poser la question de la pertinence d'un tel instrument au regard du droit d'auteur, en l'espèce le droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, dès lors que prévaut le droit exclusif conjugué au transfert (cession) des droits au producteur, ce dernier reste maître de choisir d'attribuer l'exploitation des droits en ligne (y compris pour une distribution en ligne paneuropéenne)¹⁴ aux concessionnaires de son choix. La technique du contrat (laquelle implique nécessairement un accord entre les deux parties) permet de concilier dans la pratique l'exercice des droits d'auteur et des droits voisins. Sans que nous ne soyons opposés à une réflexion sur la création d'un titre européen du droit d'auteur, il nous paraît que ce titre devrait "absorber" des pans tellement larges du droit de propriété littéraire et artistique que cet exercice s'avérerait sans doute plus long, plus fastidieux et plus coûteux en proportion des efficacités qu'il chercherait à atteindre. En revanche, EUROKINEMA est soucieux d'améliorer le cadre actuel dans lequel s'inscrivent par exemple les relations contractuelles. A ce titre, nous proposons au point 1 *supra* (Définitions) de réfléchir à des solutions visant à clarifier les définitions permettant d'identifier les intervenants dans la chaîne numérique.

¹⁴ Il est patent que si des opérateurs de taille continentale existaient (ce qui n'est pas le cas) dans le secteur de la distribution en ligne, participant de manière conséquente à la fois au préfinancement de la production et à une remontée significative des recettes générées par une exploitation en ligne, il est certain que le producteur adopterait ce modèle paneuropéen favorisant une masse critique générant une ressource éventuellement plus favorable que celle obtenue par l'addition des fenêtres et des territoires. Voir les remarques émises également *supra* à propos du mécanisme satellite qui n'a pas fonctionné.