

IRIS

Spécial

Edité par
l'Observatoire européen
de l'audiovisuel



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

Les aspects juridiques de la vidéo à la demande



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

IRIS Spécial :
Les aspects juridiques de la vidéo à la demande

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2007
ISBN : 978-92-871-6390-5
EUR 89

Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel
E-mail : wolfgang.closs@coe.int

Editrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florence/Italie, Ann Arbor/MI)
Responsable du département Informations juridiques
E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

IRIS Spécial : Les aspects juridiques de la vidéo à la demande
Organisations partenaires ayant collaboré à l'ouvrage :



Institut du droit de l'information (IVIR)

Rokin 84
NL-1012 KX Amsterdam
Tél. : +31 (0) 20 525 34 06
Fax : +31 (0) 20 525 30 33
E-mail : website@ivir.nl
<http://www.ivir.nl>



Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6
D-66121 Saarbrücken
Tél. : +49 (0) 681 99 275 11
Fax : +49 (0) 681 99 275 12
E-mail : emr@emr-sb.de
<http://www.emr-sb.de>

Assistante éditoriale :

Michelle Ganter

Marketing :

Markus Booms
E-mail : markus.booms@coe.int

Traduction/Relecture :

Caroline Bletterer, Francisco Javier Cabrera Blázquez, Véronique Campillo, Daniela Gierke, Paul Green, Susanne Hägele, Isabelle Herold-Vieuxblé, Bernard Ludewig, Manuella Martins, Nadia Ohlig, Géraldine Pilard-Murray, Stefan Pooth, Britta Probol, Sonja Schmidt, Dörthe Seifert-Willer, Jeanne Talcone, Candelaria Van Strien-Reney, Anne-Lise Weidmann

Photocomposition/Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Editeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tél. : +33 (0)3 88 14 44 00
Fax : +33 (0)3 88 14 44 19
E-mail : obs@obs.coe.int
<http://www.obs.coe.int>

Veillez citer cette publication comme suit :

Susanne Nikoltchev Ed., IRIS Spécial : Les aspects juridiques de la vidéo à la demande
(Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2007)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2007.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

IRIS Spécial:

Les aspects juridiques de la vidéo à la demande

“Le terme de “vidéo à la demande” (que nous désignerons suivant son acronyme anglais VoD pour Video on Demand) regroupe un large ensemble de technologies dont le but commun est de permettre de choisir un contenu vidéo et de le louer, ou de l’acheter à distance sous forme dématérialisée, afin de le visionner immédiatement ou de manière différée sur plusieurs types de supports (ordinateur, téléviseur, téléphone, lecteur portable...) dans un délai limité ou illimité.

*Dans le cadre de l’essor du numérique en Europe, les offres de VoD se développent fortement. **

À chaque apparition d’un “nouveau” service audiovisuel, une question se pose inévitablement : à quelles normes obéit-il et ces normes tiennent-elles suffisamment compte de tous les besoins et intérêts légitimes ? En ce qui concerne la vidéo à la demande (ci-dessous “VoD”), une chose est évidente, la Directive Télévision sans frontières (89/552/CEE, telle que modifiée par la Directive 97/36/CE) ne s’applique en aucun cas. La logique de la régulation sectorielle, qui a toujours distingué clairement entre la télévision d’une part et les services des médias audiovisuels à la demande d’autre part, le veut ainsi. La Directive sur les services des médias audiovisuels sans frontières adoptée le 11 décembre 2007 (2007/65/CE) conduira à réduire la marge de liberté que la Directive Télévision sans frontières laisse encore aux services à la demande. Le nouveau cadre juridique, spécifique aux médias, propose une approche technologiquement neutre avec des dispositions homogènes pour les principaux éléments (dont, principalement, la publicité). Le législateur européen souhaite ainsi éviter la distorsion de la concurrence, améliorer la sécurité juridique, contribuer à l’achèvement du marché intérieur et faciliter l’émergence d’un espace unique de l’information (considérant 7 de la nouvelle directive).

Ces règles sont complétées par des dispositions *non* spécifiques qui concernent dès maintenant la VoD, aussi bien que d’autres services de médias audiovisuels. Il s’agit notamment des dispositions relatives aux médias énoncées dans le droit d’auteur, le droit de la protection des consommateurs, le droit de la concurrence, le droit pénal et, naturellement, le droit à la liberté de l’information – qui, quant à lui, est normalement inscrit dans la constitution des Etats.

Extraire de ces différentes sources les normes applicables aux services à la demande et aux services de vidéo à la demande n’est déjà pas chose facile. L’entreprise devient une véritable gageure lorsqu’il s’agit de les appliquer. Il peut alors s’avérer nécessaire d’adapter le cadre législatif. Les services VoD sont en effet techniquement complexes, ils sont proposés à l’échelle planétaire, et ils sont aux mains de nombreux

* *La vidéo à la demande en Europe*, un rapport édité par NPA Conseil pour l’Observatoire européen de l’audiovisuel et la Direction du développement des médias (DDM - France) 2007, p. 11.

acteurs - les uns établis, les autres novices. En outre, le nombre de services VoD de toutes natures augmente de jour en jour. Pour que ce marché en plein essor puisse continuer de se développer, il est donc nécessaire et même impératif d'analyser le "droit de la VoD", autrement dit toutes les normes applicables aux services de la vidéo à la demande.

Les fournisseurs de services VoD ont principalement besoin d'informations relatives au droit d'auteur, puisqu'en règle générale leur intention est de proposer des contenus protégés (au moins en partie). Quels sont les droits qu'ils doivent acquérir, par quels moyens et pour quels territoires ? Quel rôle les fenêtres d'exploitation jouent-elles pour les différents médias ? Qui sont les interlocuteurs ? Existe-t-il des contrats standards ? Autant de questions clés auxquelles doivent répondre les partenaires potentiels, producteurs de films, fournisseurs de VoD, etc.

Un autre cadre juridique doit être examiné : celui de la concurrence. Concurrence entre des services de natures différentes (linéaires et non linéaires) mais qui utilisent les mêmes contenus, concurrence territoriale des fournisseurs de VoD. On sait que l'industrie de la musique est pionnière dans le développement des services à la demande, comme dans la technologie de pair à pair, et qu'elle a d'ores et déjà expérimenté différents modèles économiques et contractuels dont certains ont fait l'objet d'une "dissection juridique". Dans ce contexte, le droit européen de la concurrence a joué un rôle prépondérant. D'autres thématiques, déjà évoquées au sujet du droit d'auteur, ont également été significatives. Certes, la musique à la demande et la vidéo à la demande présentent des différences d'ordres technique et juridique, mais elles ont aussi beaucoup en commun. Il importe donc de se demander si ce que l'on a appris en musique peut s'appliquer au film. Et même là où ce n'est pas le cas, les informations relevées peuvent être pertinentes et contribuer à mieux comprendre la problématique juridique à laquelle sont confrontés les services VoD, et qu'ils doivent apprendre à maîtriser.

Autre sujet d'étude incontournable : la relation entre l'industrie de la VoD et ses clients. À l'avenir, les destinataires des services VoD profiteront, en leur qualité de consommateurs, des dispositions publicitaires de la Directive sur les services des médias audiovisuels sans frontières. Dès aujourd'hui, ils sont protégés par certains aspects du droit communautaire comme les dispositions sur l'information de la Directive sur le commerce électronique (2000/31/CE). Mais un autre univers encore inexploré s'ouvre aux juristes, qui exigera d'eux beaucoup de savoir-faire et de doigté : le double rôle du consommateur-producteur. Les services VoD comme MySpace ou YouTube permettent en effet à l'internaute de se parer des deux casquettes, de devenir un "prosumer". Comment le droit répond-il à cette union personnelle d'un nouveau type ? Faut-il repenser certaines règles, comme celles qui enjoignent aux prestataires de service de protéger les destinataires ?

Toutes ces **questions** et bien d'autres ont été **l'objet d'un atelier** organisé en commun en juin 2007 par l'Observatoire européen de l'audiovisuel, l'Institut du droit européen des médias (EMR) et l'Institut du droit de l'information (IViR). Une manifestation qui a permis de recueillir de la "documentation" pour la publication qui vous est présentée ici sous le titre *IRIS Spécial : Les aspects juridiques de la vidéo à la demande* - publication qui, elle-même, complète les données et les analyses proposées début 2007 par l'Observatoire dans son rapport *La vidéo à la demande en Europe*, dont est tirée la citation mise en exergue.

L'étroitesse des liens qui unissent les aspects économiques et juridiques de la VoD a convaincu l'Observatoire d'éditer deux publications qui se complètent mutuellement. C'est aussi l'interaction de ces liens qui a présidé au choix et à la disposition des thématiques retenues pour le présent IRIS Spécial : ils se reflètent dans la première partie de la publication, le **compte rendu de l'atelier**, rédigé par l'EMR. Ce compte rendu expose les différents modèles économiques et la vision de la VoD qu'ils véhiculent : les modèles traditionnels qui conçoivent les services à la demande comme une vaste offre de films et de téléfilms séduisants qui peuvent être visionnés sans contrainte horaire - et les portails vidéo qui agissent plutôt comme des bourses d'échange de films et jouent aussi un rôle important. L'EMR aborde ensuite la question des conditions cadres posée par le droit communautaire. Puis, pendant l'atelier comme dans le présent IRIS Spécial, les différentes thématiques évoquées ci-dessus sont approfondies dans les exposés et les discussions, et sont observées à la lumière du droit d'auteur, du droit de la concurrence et du droit du consommateur (au sens le plus large).

Pour tenir compte des contraintes de la réalité, l'atelier a fait la part belle aux normes françaises, britanniques et allemandes. Un choix qui correspond à l'importance économique du secteur de la VoD dans ces pays et qui a permis d'exposer leurs diverses approches en les confrontant à la pratique. Les **exposés des orateurs**, qui suivent le compte rendu de l'atelier, se réfèrent donc largement à ces trois pays. Les articles sont pour la plupart les versions remaniées des exposés. La position des radiodiffuseurs publics fait l'objet d'une contribution à part et une autre, de l'Observatoire de l'audiovisuel, permet d'inclure dans cette brochure les principales décisions de justice et développements relatifs au droit d'auteur, en France.

Le présent IRIS Spécial doit beaucoup à l'engagement de nombreux spécialistes de la VoD qui sont intervenus comme participants, animateurs, organisateurs de l'atelier - et comme auteurs. Un grand merci à Caroline Cichon (Bird & Bird, Munich), Olivier Cottet-Puinel (SACD), Mark Cranwell (ATVOD Board Member/BT Retail Legal), Natali Helberger (IViR), Pascal Kamina (avocat, Paris), Philippe Kern (KEA European Affairs), Michael Kühn (ProSiebenSat.1 Media AG), Cornelia Kutterer (BEUC), Nicola Lamprecht-Weißborn (EMR), André Lange (Observatoire européen de l'audiovisuel), Tilman Makatsch (T-Mobile/T-Home), Gerald Miersch (Commission européenne, DG Concurrence), Bertrand Moullier (NARVAL Media), Jonathan Porter (Ofcom), Lorenzo Pupillo (Telecom Italia), Alexander Scheuer (EMR), Sebastian Schweda (EMR), Ted Shapiro (MPA), Erik Valgaeren (Law Firm Stibbe, Bruxelles), Nico van Eijk (IViR), Stefan Ventroni (cabinet d'avocats Poll Straßer Ventroni Feyock, Munich), Neil Watson (British Film Council), Gregor Wichert (ZDF), ainsi qu'à nos collègues Francisco Cabrera et Michelle Ganter qui, à plusieurs titres, ont contribué à la préparation de l'atelier et à l'élaboration de l'IRIS Spécial.

Nous tenons ici à exprimer notre gratitude au Sénat de Berlin et en particulier à MM. Dietrich Reupke et Andreas Kumpert. Alors que la République fédérale d'Allemagne présidait l'Union européenne, ils nous ont invités à tenir notre atelier dans les locaux de la Mairie de Berlin, un cadre à la fois agréable et stimulant dont ont profité le débat et le présent IRIS Spécial.

Strasbourg, décembre 2007

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du Département Informations juridiques

IRIS Spécial:

**Les aspects juridiques de la
vidéo à la demande**

SOMMAIRE

Liens juridiques entre partenaires, concurrents et utilisateurs <i>Compte rendu de l'atelier du 15 juin 2007</i> <i>coorganisé à Berlin par l'OEA, l'EMR et l'IViR</i>	1
<i>Sebastian Schweda, Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles</i>	
Paramètres pour des modèles d'entreprises	23
<i>André Lange, Observatoire européen de l'audiovisuel</i>	
YouTube et les plateformes de contenus créés par les utilisateurs – nouveaux acteurs ?	29
<i>Erik Valgaeren et Nicolas Roland, Cabinet d'avocats Stibbe, Bruxelles</i>	
La libération des droits d'auteur et le rôle des sociétés de gestion de droits d'auteur	45
<i>Stefan Ventroni, Cabinet d'avocats Poll Staßer Ventroni Feyock, Munich</i>	
Licence et chronologie des médias	53
<i>Caroline Cichon, Bird & Bird, Munich</i>	
L'expérience de l'industrie de la musique	67
<i>Philippe Kern, KEA European Affairs</i>	
Transposition au secteur cinématographique de l'expérience de l'industrie de la musique	75
<i>Bertrand Moullier, Narval Media</i>	
Le changement de rôle de l'utilisateur dans la Directive "Télévision sans frontières"	81
<i>Natali Helberger, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam</i>	
La position des radiodiffuseurs de service public	91
<i>Gregor Wichert, Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)</i>	
Questions juridiques actuelles en France	95
<i>Observatoire européen de l'audiovisuel</i>	

Liens juridiques entre partenaires, concurrents et utilisateurs

*Compte rendu de l'atelier du 15 juin 2007
coorganisé à Berlin par l'OEA, l'EMR et l'IViR*

Sebastian Schweda

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles

L'atelier "Video on Demand: The Legal Bonds between Business Partners, Competitors and Users" (La vidéo à la demande : liens juridiques entre partenaires, concurrents et utilisateurs), coorganisé par l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA), l'Institut du droit européen des médias (EMR) et l'Institut du droit de l'information (IViR) s'est tenu le 15 juin 2007 à Berlin. Il visait à explorer les principales questions de droit en relation avec les services de vidéo à la demande (VoD). Les thèmes essentiels se sont cristallisés autour du droit d'auteur, du droit de la concurrence et de la protection des utilisateurs, ainsi qu'autour des pratiques contractuelles dans divers pays comme la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne.

Pour obtenir une image aussi complète que possible du marché de la VoD, et en saisir tout le contexte juridique, l'atelier a été structuré de manière à mettre en évidence les relations entre les maillons de la chaîne de valeur. La première partie, introductive, avait pour objet de présenter la VoD en tant que phénomène de marché et modèle économique¹, et de replacer ce service dans le contexte communautaire. La deuxième partie a réuni les contributions décrivant les principaux liens entre les acteurs de ce marché : le droit d'auteur et les liens juridiques entre les partenaires potentiels². Les pratiques et les comportements des concurrents ont été observés, et l'on s'est demandé si l'expérience de l'industrie du disque³ pouvait servir à l'industrie du film⁴. Puis le rôle et la position juridique des utilisateurs de contenus ont été examinés à la loupe : le consommateur devenu producteur interpelle⁵ et l'exemple britannique vaut le détour. À la fin de chaque groupe thématique, un débat permettait d'approfondir les sujets abordés.

Le lecteur trouvera dans les pages suivantes le compte rendu des principaux résultats et un aperçu des informations et arguments échangés au cours des débats.

Exposé 1

L'orateur de cette première contribution présente les paramètres de différents modèles économiques de services fournisseurs de VoD.

Il est intéressant d'apprendre que dans 24 Etats européens sélectionnés, le nombre de ces services a doublé dans la seule année 2005, atteignant l'année suivante le chiffre de 142. L'offre la plus importante était celle du marché français qui proposait à lui seul 27 services à la demande. Les principaux avantages et inconvénients des différents vecteurs de transmission de la vidéo à la demande sont mis en évidence (Internet, TV sur IP, câble, satellite et numérique terrestre). Un coup d'œil sur les statistiques montre

1) Voir à ce propos la contribution d'André Lange, p. 23, et celle d'Eric Valgaeren, p. 29, sur le cas YouTube.

2) Exposé de Stefan Ventroni, p. 45, et Caroline Cichon, p. 53.

3) Exposé de Philippe Kern, p. 67.

4) Exposé de Bertrand Moullier, p. 75.

5) Exposé de Natali Helberger, p. 81.

qu'environ 90 % des services VoD sont diffusés en Europe sur la base du protocole Internet (IP) : deux tiers via l'Internet ouvert, un tiers sous forme de services TV sur IP. Les fournisseurs sont issus des branches les plus diverses ; ce sont le plus souvent, et de loin, des entreprises de télécommunications et des prestataires de services Internet, suivis de radiodiffuseurs et de grands agrégateurs⁶. Tous sont en concurrence avec les câblo-opérateurs, les entreprises de l'industrie cinématographique, les acteurs des médias et même les sociétés de gestion des droits d'auteur et/ou des droits voisins. Les stratégies mises en œuvre par les fournisseurs de contenus sont également présentées (industrie américaine du film, collectifs cinématographiques nationaux, producteurs indépendants et radiodiffuseurs).

L'opérateur expose les différents modèles économiques. En premier lieu la *location classique* : contre rémunération, le client consulte pendant un à deux jours un titre ou un ensemble de titres - un peu comme une vidéothèque traditionnelle. Le concept le plus fréquent est la *Subscription Video On Demand* (SVOD) : le client abonné peut visionner pendant la durée de son contrat autant d'œuvres qu'il le souhaite. En revanche, avec le *Download to own*, le client devient propriétaire de la copie qu'il a téléchargée : une propriété qui se limite au fichier qu'il enregistre sur son ordinateur à moins qu'il ne soit autorisé, contre un supplément, à graver l'œuvre sur DVD. Enfin, il existe des offres financées par la publicité, qui permettent l'utilisation "gratuite" du matériel : la *Free Video On Demand* (FVOD).

L'opérateur conclut en demandant instamment une plus grande transparence du secteur de la VoD. On ne dispose pas de statistiques sur les visiteurs uniques, les pages vues ou le chiffre d'affaires. Certes, il comprend que les fournisseurs répugnent à publier leurs résultats face à la concurrence effrénée qui règne sur un marché émergent. Mais à long terme, les utilisateurs ont besoin d'informations supplémentaires pour choisir librement les distributeurs et les modèles d'exploitation auxquels ils veulent adhérer.

Exposé 2

Les particularités du modèle YouTube⁷ sont au cœur de cette deuxième contribution.

L'opérateur commence par rappeler que ce service bénéficie d'un avantage de poids : il est gratuit. L'internaute qui ne souhaite pas mettre de contenus en ligne peut le consulter sans s'y inscrire, donc sans indiquer ses coordonnées personnelles. Contrairement à un avis erroné mais fréquent, ce site ne comporte pas que des clips personnels mais aussi des contenus produits par des professionnels. Un système de notation des offres permet aux internautes de sélectionner les contenus qui les intéressent en connaissance de cause. Selon certaines estimations, les coûts d'exploitation s'élèveraient à environ 1 million USD ; les recettes seraient un multiple de ce chiffre.

L'opérateur se concentre sur les infractions au droit d'auteur, critiquées par les titulaires : le site YouTube publie des contenus non autorisés, bien que la stratégie de YouTube exclue l'envoi sur son site de contenus protégés par le droit d'auteur américain. Ce qui n'empêche apparemment pas les utilisateurs d'envoyer des contenus en violation du copyright américain tels que des shows télévisés, de la publicité ou des clips musicaux. Les responsables de YouTube, si les titulaires des droits ne leur notifient pas eux-mêmes l'infraction, n'en ont connaissance que par le biais de leur système d'auto-réglementation, à savoir une déclaration en provenance de leur communauté. Les contenus illicites sont alors retirés⁸. Google, qui a acquis YouTube en octobre 2006, a toujours défendu cette pratique en se fondant sur la loi américaine *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)⁹ et le principe du *safe harbor*¹⁰ : une entreprise ne peut être tenue de rendre des comptes si elle retire, dès qu'elle en a connaissance, tout contenu envoyé sur son site par des tiers en violation des droits d'auteur.

6) Les "agrégateurs" sont des prestataires de service qui réunissent les contenus donnés en une offre qu'ils adressent à de nouveaux groupes cibles.

7) Créé en 2005, YouTube est un portail de vidéos en ligne, consulté par les utilisateurs et internautes souhaitant visionner des vidéos ou mettre en ligne leurs propres contenus. Voir <http://www.youtube.com/t/about> (état du 21 octobre 2007).

8) Même pour le retrait de contenus d'extrême droite, YouTube fait souvent confiance à son système de "nettoyage automatique". On se souvient du récent scandale qu'avait déclenché la présence massive de clips néonazis sur le portail. À noter cependant que les collaborateurs du site supprimeraient tous les comptes hébergeant des contenus illicites à plusieurs titres. L'affaire avait fait grand bruit en Allemagne. Cf. "Youtube: Nazis raus!" (Youtube : les nazis dehors !), publié le 29 août 2007 sur : <http://www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/unternehmen/596475.html?q=youtube> (état : 21 octobre 2007).

9) Cf. Sec. 512(c) DMCA. Le texte intégral du DMCA est disponible sur :

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c105:H.R.2281.ENR>. (état du 21 octobre 2007).

10) Pour qu'interviennent les règles du *safe harbor* il faut, en vertu de la Sec. 512 c) (1) DMCA que le prestataire (A) n'ait pas positivement connaissance des contenus ou agissements enfreignant la loi ni des circonstances permettant de conclure à une infraction, (B) ne retire pas de bénéfice financier immédiat des contenus illicites (d'après l'opérateur, YouTube ne publie d'annonces publicitaires que sur les pages des résultats de la recherche et sur les pages comportant des contenus licites) et (C) supprime promptement le contenu après notification de son caractère illicite, ou en bloque l'accès.

Cette interprétation du droit est attaquée dans le cadre de différentes procédures judiciaires contre YouTube. L'orateur cite Viacom¹¹, l'action collective de The Football Association Premier League Ltd. et Bourne Co. (producteur de musique indépendant)¹², la Ligue de Football Professionnel française (LFP), la Fédération Française de Tennis (FFT) ainsi que Cherry Lane Music Publishing Co. Inc.¹³. Tous ces plaignants postulent que YouTube ne propose pas seulement un site d'hébergement mais édite aussi les contenus qui lui sont envoyés : il fournit une fonction de recherche pour trouver les vidéos ; il élabore un code HTML pour les contenus, même si c'est à l'initiative de l'utilisateur. D'une manière générale, les défenseurs considèrent que YouTube détient un pouvoir de contrôle sur les contenus et qu'il est donc en état d'intervenir en cas d'infraction à la législation sur le droit d'auteur, même en absence de notification préalable par des tiers.

Dans ce contexte, l'orateur précise que la fonction de recherche à laquelle les plaignants se réfèrent se limitait à scruter les mots-clés des contenus postés par les internautes, et définis par ces derniers (!). Ce qui peut avoir pour conséquence non de faciliter mais au contraire de compliquer la recherche de contenus protégés par le droit d'auteur si les mots-clés ne renvoient ni au contenu ni à son auteur. De même, il est difficile de retrouver les vidéos "privées" et marquées comme telles à leur mise en ligne. L'orateur a présenté un outil permettant de repérer les vidéos en infraction avec le droit d'auteur : l'empreinte acoustique. Indépendamment de la fonction de recherche, ce système de reconnaissance compare les contenus du fournisseur d'accès avec l'empreinte audio d'une vidéo mise en ligne par un internaute. Ce filtre fonctionnerait même si les données binaires ne correspondaient pas à celles de l'original, même si la qualité du son était réduite. L'œuvre protégée est identifiée comme telle sans qu'il faille la visionner. YouTube a déclaré être prêt à filtrer les vidéos protégées pour détecter les matériels violant le droit d'auteur, après qu'il aura conclu des conventions avec les producteurs de contenus présentant une certaine valeur¹⁴.

L'orateur donne ensuite un aperçu des clauses de responsabilité applicables dans le cadre de l'Union européenne en vertu des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique¹⁵ : le prestataire n'est pas responsable au titre du stockage intermédiaire et temporaire (*caching*) de contenus enfreignant le droit d'auteur, ni au titre de l'hébergement de tels contenus puisqu'il n'est pas tenu à une obligation générale en matière de surveillance des activités et informations illicites. Il doit cependant retirer promptement les contenus incriminés et en rendre l'accès impossible dès qu'il en a effectivement pris connaissance ou qu'il en a été informé par des tiers¹⁶. L'orateur a toutefois regretté l'absence d'homogénéité dans l'application de la directive par les pays membres et le manque de cohérence de la jurisprudence¹⁷. Les moteurs de recherche sont-ils concernés par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique ? La question est extrêmement délicate. Certains pays membres ont répondu par l'affirmative en incluant explicitement ces outils dans les lois nationales qui transposent la directive, d'autres ne l'ont pas fait. Il reste à souhaiter que la prochaine révision de ladite directive sera l'occasion d'une clarification.

L'orateur commente ensuite l'intervention de certains Etats ayant temporairement bloqué l'accès au site de partage à cause de contenus diversement incriminés. Il craint que cette façon de procéder ne

11) Voir http://finanzen.sueddeutsche.de/aktien/news_news?page=2&secu=269125&show_list=0&dpa_news_id=538636 L'acte d'accusation est disponible sur : <http://online.wsj.com/public/resources/documents/ViacomYouTubeComplaint3-12-07.pdf> (état du 21 octobre 2007).

12) L'acte d'accusation est disponible sur : <http://www.youtubeaction.com/courtdox/2007-05-04YTComplaint.pdf> (état du 21 octobre 2007).

13) Le 6 juin 2007, les associations sportives françaises se sont jointes, avec l'un des plus grands éditeurs de musique indépendants, Cherry Lane Music Publishing Co., à l'action collective engagée par The Football Association Premier League Ltd. et Bourne Co. contre YouTube, Inc., YouTube, LLC et Google. Inc. ; voir <http://www.youtubeaction.com/2007.06.06CherryFFTLFPSupportPressRelease.pdf> (état du 21 octobre 2007) et <http://www.youtubeaction.com/2007.06.06FrenchPressRelease.pdf> (état du 21 octobre 2007).

14) Le 15 octobre 2007, Google Inc. présentait son nouvel outil de filtrage, une technologie développée en interne. Baptisé "Revendiquez votre contenu", le système doit identifier les contenus soumis à droit d'auteur et empêcher leur mise en ligne. La société collabore à cet effet avec neuf entreprises des médias parmi lesquelles Walt Disney Co. et Time Warner Inc., qui communiquent à YouTube les données de contenus protégés. Si ces contenus sont mis en ligne sans autorisation par un utilisateur, YouTube en informe l'entreprise concernée. Celle-ci peut alors décider le retrait de la vidéo ou choisir de la laisser en ligne. Dans ce dernier cas, YouTube et les propriétaires des contenus se partagent les recettes tirées de l'insertion de publicités sur la page d'accès aux clips. Voir http://www.youtube.com/t/video_id_about (état du 17 octobre 2007).

15) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (" Directive sur le commerce électronique "). Disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/l_178/l_17820000717fr0010016.pdf (état du 21 octobre 2007).

16) Cf. art. 14 alinéa 1 de la directive sur le commerce électronique.

17) Cf. les arrêts du Tribunal de Grande Instance de Paris sur les affaires *DailyMotion* et *MySpace*, commentés dans les exposés d'Eric Valgaeren (p. 29) et de l'Observatoire européen de l'audiovisuel (p. 95).

bride la liberté d'opinion et de parole. Il expose également que le site est utilisé par des hommes politiques qui publient leurs vidéos sur YouTube pour convaincre un plus large public : quelques-uns des candidats aux présidentielles américaines de 2008 ont mis en ligne des messages proposés à la discussion¹⁸. Face à ce nouveau type d'utilisation, il faut se demander comment réglementer l'accès tant des politiques que des citoyens au portail YouTube dans l'intérêt de la liberté de parole et d'opinion.

Le débat qui suit l'exposé porte principalement sur l'action récemment engagée contre YouTube. L'un des participants soulève le problème suivant : YouTube se présente d'une part comme un fournisseur d'accès au sens de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, et d'autre part indique dans ses conditions générales de vente vouloir contracter avec l'utilisateur souhaitant mettre une vidéo en ligne un contrat visant à faire de YouTube un ayant droit¹⁹. Ces contradictions sont également apparues à d'autres intervenants : des éclaircissements juridiques sont nécessaires. Certains participants à l'atelier considèrent que l'une des causes de cette situation réside dans la rigueur de l'approche américaine (*safe harbor rule*²⁰), à l'origine du modèle YouTube. Une autre question fait également l'objet de commentaires : comment les opérateurs de plateformes doivent-ils procéder avec les contenus mis en ligne par des internautes, et qui enfreignent les droits d'auteur de tiers ? Il est vrai que, selon l'un des participants, une convention d'exploitation des droits est régulièrement conclue entre l'opérateur et l'utilisateur qui envoie un contenu. Mais il est illicite que les contenus mis en ligne sur la plateforme et qui, de toute évidence, sont en infraction avec le droit d'auteur, puissent être récupérés et, par exemple s'il s'agit de vidéos, diffusés par un radiodiffuseur coopérant avec la plateforme.

L'orateur évoque le cas de fournisseurs de contenus ayant tenté d'identifier les utilisateurs de réseaux d'échange et de partage (*P2P*) (qu'ils téléchargent ou mettent des contenus en ligne) dans le contexte de la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres protégées. La nature de tels réseaux n'est pas exactement comparable à celle de YouTube mais il est intéressant de noter la réaction des tribunaux. Dans une série d'affaires sur la répartition des responsabilités entre Google et les utilisateurs d'un moteur de recherche, il a été arrêté que l'opérateur du moteur de recherche n'a fait que mettre la plateforme à disposition tandis que l'utilisateur a lui-même déclenché la lecture d'une vidéo en cliquant sur la vignette²¹ correspondante²². Comment les responsables de YouTube réfuteraient-ils l'argument sachant que leur entreprise s'identifie tellement à son modèle économique qu'elle ne peut se replier sur une position plus simple, qui consisterait à ne proposer qu'un simple portail²³ ?

L'orateur de ce deuxième exposé dénonce, en accord avec le premier, le manque de transparence des fournisseurs de services VoD. Un sujet qui fait débat. Certains des participants accusent la rudesse de la concurrence sur un marché émergent, qui incite les entreprises à publier le moins de données possibles. Si elles communiquaient ne serait-ce que le nombre de visiteurs, leurs concurrents pourraient deviner quel est leur modèle économique, et en déduire d'autres données confidentielles. Des réserves sont également émises quant à la protection des informations personnelles sur les clients. Un participant note que, dans le cadre de contenus générés par les utilisateurs, la transparence est essentielle : tous les partenaires doivent pouvoir se fier les uns aux autres. L'ayant droit notamment doit savoir lesquels de ses films sont proposés sur le Net. En cas de succès, il peut en effet exiger des aides publiques au financement. Il faut aussi se demander comment, en absence de chiffres, un fournisseur peut faire valoir sa position sur le marché.

18) Cf. <http://www.youtube.com/youchoose> (état du 21 octobre 2007).

19) L'article 8.2 des conditions d'utilisation de YouTube précise que le détenteur d'un compte conserve tous ses droits de propriété intellectuelle sur ses contributions, mais qu'il est tenu de concéder des droits limités à YouTube. Selon l'article 10.1 A, le détenteur du compte concède à YouTube un droit non exclusif, cessible (y compris le droit de sous-licencier), sans contrepartie financière et pour le monde entier d'utiliser, de reproduire, de distribuer, de représenter et d'exécuter les contributions et d'en créer des œuvres dérivées, y compris, sans limitation, pour la promotion et la redistribution de tout ou partie du site Internet (et des œuvres dérivées qui en résultent), dans tout format et sur tout support. Les conditions d'utilisation de YouTube sont disponibles sur : <http://fr.youtube.com/t/terms> (état du 21 octobre 2007).

20) Op. cit.

21) La vignette est la version réduite d'une image permettant d'avoir un aperçu de celle-ci. Le chargement s'en trouve accéléré. Une vignette est souvent reliée à l'image correspondante par un hyperlien.

22) Pour ce qui concerne les images voir l'affaire *Bilder Perfect 10 contre Google, Inc. et autres*, disponible sur [http://www.cacd.uscourts.gov/CACD/RecentPubOp.nsf/bb61c530eab0911c882567cf005ac6f9/3fdcaed8913a22018825711c005055a5/\\$FILE/CV04-9484AHM.pdf](http://www.cacd.uscourts.gov/CACD/RecentPubOp.nsf/bb61c530eab0911c882567cf005ac6f9/3fdcaed8913a22018825711c005055a5/$FILE/CV04-9484AHM.pdf) (état du 21 octobre 2007). Pour ce qui concerne les œuvres d'art sous forme de vignette voir jugement du tribunal régional d'Erfurt, rendu le 15 mars 2007, affaire 3 0 1108/05, ZUM 2007, 566 (classeur 7). Le défendeur d'une affaire jugée à Bielefeld n'a pas obtenu gain de cause au motif que la photo mise en vignette, et pour laquelle il réclamait des dommages et intérêts, a été retirée (jugement du tribunal régional de Bielefeld, rendu le 8 novembre 2005, affaire 20 S 49/05, ZUM 2006, 652).

23) Dans l'affaire *Premier League et autres contre YouTube et Google*, les requérants reprochaient aux défendeurs les nombreuses mesures délibérément prises par YouTube, qui favorisaient les infractions au droit d'auteur, de sorte que ce prestataire proposait beaucoup plus qu'un simple "stockage" de fichiers. YouTube aurait mis à la disposition de ses utilisateurs le code HTML, nécessaire à l'hébergement sur d'autres sites Web de vidéos publiées sur YouTube.

Exposé 3

Le thème de la troisième contribution est l'application des règles de la concurrence au secteur des médias. L'orateur présente une série de précédents relatifs au principe de territorialité des droits de la propriété intellectuelle, à la gestion collective des droits et à la cession collective des droits sur les événements sportifs.

L'affaire iTunes repose sur une inégalité des prix : Apple proposait sur le site britannique "iTunes" des fichiers musicaux à un prix plus élevé que dans la zone euro, grâce à des ententes avec les majors de l'industrie du disque. Les clients qui tentaient de s'approvisionner sur le marché continental d'iTunes en étaient empêchés : leur carte de crédit servait à établir leur domiciliation. La Commission européenne a fait savoir dans une "communication des griefs"²⁴ qu'une telle segmentation du marché restreint le choix de l'utilisateur qui ne peut acquérir ses musiques où il le souhaite, et représente une infraction à l'article 81 du Traité CE. Il est toutefois souligné que la communication n'est qu'une évaluation préliminaire. Il sera laissé aux sociétés concernées l'occasion de prendre position avant l'évaluation définitive²⁵.

L'affaire CISAC²⁶ soulève, elle aussi, le problème des limitations territoriales. La procédure anti-cartel visait la position de monopole de fait des sociétés de gestion collectives dans leurs territoires nationaux respectifs, avalisée par des contrats de représentation réciproques²⁷ conclus entre les membres de la CISAC. Les auteurs étaient tenus de ne céder leurs droits qu'à leur société de gestion nationale (clause d'affiliation). En outre, les utilisateurs commerciaux ne pouvaient obtenir de licence que de leur société locale et pour leur propre territoire (clause d'exclusivité). La Commission voit dans cette limitation territoriale une possible infraction à l'interdiction de pratiques commerciales susceptibles de fausser le jeu de la concurrence (article 81 du traité CE). La distribution, dès lors qu'elle n'est pas limitée à des situations géographiques comme le sont, par exemple, les discothèques mais qu'au contraire elle a lieu via Internet ou par satellite, est mondialisée ; il ne faut plus être physiquement présent pour utiliser des contenus protégés. Ce nouveau mode de distribution exige donc une approche différente : s'il n'est pas nécessaire d'être sur place, les limitations territoriales ne sont plus justifiées. Ce point de vue a conduit la Commission à publier une analyse de marché et à annoncer que le principe d'exclusivité serait examiné. Des commentaires pouvaient être envoyés jusqu'au 9 juillet 2007. La Commission prévoyait de donner aux sociétés de gestion collective la possibilité de concéder à certaines conditions des licences pour l'ensemble de l'Union européenne. Il pourrait s'agir soit de licence directe, pour une seule œuvre, soit de licences paneuropéennes couvrant tout le répertoire des autres sociétés de gestion (licence multi-répertoire). Aucun signe ne permet de conclure à la préférence de la Commission pour l'une ou l'autre option.

L'orateur achève son exposé en attirant l'attention de l'auditoire sur la thématique sportive et plus particulièrement sur trois décisions de la Commission relatives à la commercialisation collective des droits sur les événements sportifs. En Allemagne, depuis la saison 2005/2006, des lots de droits dissociés peuvent être proposés aux radiodiffuseurs, aux opérateurs de télévision mobile et aux fournisseurs de contenus Internet²⁸ pour les matches de première division du championnat de football (*Erste Fußball-Bundesliga*). En Grande-Bretagne au contraire, les licences sont concédées de manière technologiquement neutre pour la retransmission des matches de *Premier League*²⁹. En ce qui concerne la Ligue des champions de l'UEFA 2003, la Commission a accordé une dérogation en vertu de l'article

24) Voir le communiqué de presse de la Commission des Communautés européennes du 3 avril 2007 relatif au "Statement of Objections", MEMO/07/126, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/126> (état du 21 octobre 2007).

25) La presse a relaté que Apple et les quatre majors SonyBMG, EMI, Universal et Warner ont défendu leur position face à la Commission européenne le 19 septembre 2007 ; voir <http://www.reuters.com/article/marketsNews/idUKL1935665520070919?rpc=44> (état du 21 octobre 2007).

26) Voir le communiqué de presse de la Commission des Communautés européennes du 7 février 2006, MEMO/06/63, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/63> (état du 21 octobre 2007). CISAC est l'acronyme de Confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs.

27) La recommandation de la Commission des Communautés européennes du 18 mai 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne définit au chiffre 1 i) le droit de représentation réciproque comme étant "Tout accord bilatéral entre des gestionnaires collectifs de droits, aux termes desquels un gestionnaire collectif de droits accorde à un autre le droit de représenter son répertoire sur le territoire de l'autre". La recommandation est disponible en français sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2005/L_276/L_27620051021fr00540057.pdf (état du 21 octobre 2007).

28) Voir aussi à ce sujet le communiqué de presse de la Commission des Communautés européennes du 19 janvier 2005, IP/05/62, disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/62> (état : 21 octobre 2007).

29) Pourtant les droits ont été, ici aussi, cédés dans le cadre d'un processus d'appel d'offre ouvert. Voir le communiqué de presse de la Commission des Communautés européennes du 22 mars 2006, IP/06/356, disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/356> (état du 21 octobre 2007).

81 alinéa 3 du Traité CE³⁰. Certaines des mesures que les fédérations sportives peuvent prévoir pour adapter les conventions relatives à l'exploitation commune de droits à la réglementation européenne de la concurrence sont présentées.

Le débat qui suit l'exposé porte principalement sur la question suivante : est-il possible de transposer le cas iTunes au secteur de la vidéo ? La communication des griefs aurait-elle eu un contenu similaire si iTunes proposait non des fichiers de musique mais des vidéos ? Il existe des différences considérables entre le marché du film et celui de la musique, non seulement au niveau des modèles économiques mais encore en ce qui concerne le droit d'auteur applicable et les schémas de financement. C'est notamment le cas pour les productions cinématographiques nationales dans les pays membres de l'Union européenne. Les délais de diffusion, qui divergent d'un Etat à l'autre, en sont un exemple. L'un des participants note que, dans le secteur musical, ce besoin de contrôle sur les territoires nationaux n'est pas comparable à celui que l'on connaît dans l'industrie du film. Il cite à l'appui la décision Coditel de la Cour de justice³¹, spécifiquement formatée sur l'industrie du film et ne pouvant être directement transposée au secteur de la musique. La communication des griefs de la Commission concernant le cas iTunes n'est qu'une évaluation préliminaire. De ce fait, toute considération à propos de la possibilité ou non d'une extrapolation au secteur du film n'est à ce jour que pure spéculation. Une participante oppose qu'au départ de l'affaire iTunes, il existait bien des points communs : pour avoir accès aux services de vidéo à la demande comme ceux de BSkyB, il fallait être citoyen de l'Etat où l'offre était proposée, et en attester à l'aide d'un compte bancaire, d'une facture d'électricité ou d'un autre document similaire. Il existe donc encore des tentatives visant à garantir l'exclusivité territoriale d'une offre.

Un autre participant revient sur l'"incohérence" de la Commission en matière de politique de la concurrence. Dans la recommandation de 2005³², la Commission défend une position carrément critique à l'encontre des accords de représentation réciproques et favorise une mise en concurrence des sociétés de gestion collective face aux ayants droit, reposant sur la cession de licences paneuropéennes (principe du guichet unique) ; dans l'affaire CISAC en revanche, il semble que la coexistence des deux approches soit acceptée. Les intervenants soulignent au cours du débat qu'en matière de concurrence, la Commission ne joue pas de rôle régulateur : elle examine seulement la situation du marché pour savoir si les règles de concurrence sont respectées et, pour le reste (concernant les éventuels modèles économiques), son rôle est neutre. On peut donc supposer que la Commission ne touchera pas à l'existence des sociétés de gestion collective dès lors que les limitations territoriales seront supprimées.

Un intervenant constate, à l'occasion de l'affaire iTunes, l'existence d'indices qui le portent à croire que la Commission distingue deux marchés : d'une part celui de la musique internationale qui recouvre un répertoire principalement anglo-américain, qui est très fluide et pour lequel une licence paneuropéenne aurait un sens ; de l'autre celui des musiques nationales qui ne passe pas facilement les frontières. Un autre intervenant lui répond que cette approche ne se retrouve pas dans la définition du marché. Dans le cas d'iTunes précisément, il ne s'agissait absolument pas de "musique internationale" - disponible de toute manière sur n'importe quel site de la Toile. Ce n'est pas dans ce secteur que l'utilisateur est lésé. S'agissant du marché de la musique internationale, on n'observe de différence qu'au niveau des prix pratiqués au Royaume-Uni et dans le reste de l'Europe. En revanche, de vraies limitations en termes de contenus existent sur les marchés de musique régionaux. Il est, par exemple, impossible d'obtenir sur le site belge d'iTunes certains titres néerlandais accessibles uniquement à partir du site des Pays-Bas. Les marchés de musique régionaux ne sont pas limités par des frontières d'Etat ; ils dépendent de régions linguistiques. Cet intervenant ne trouve pas nécessaire, dans l'ensemble, d'introduire une distinction entre ces formes de musique qui appartiennent toutes au même genre. Un autre participant à l'atelier rappelle l'évaluation des incidences établie par la Commission suite à la recommandation relative aux services de musique en ligne³³. La Commission a reconnu que la troisième option³⁴ (celle qui a été ultérieurement choisie) pouvait conduire à une augmentation des

30) Voir le communiqué de presse de la Commission des Communautés européennes du 24 juillet 2003, MEMO/03/156, disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/03/156> (état : 21 octobre 2007).

31) Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 13 juillet 1980, Coditel S.A., et autres contre Ciné Vog Films SA et autres, affaire 62/79, recueil de jurisprudence 1980, p. 881, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0062:FR:HTML> (état du 21 octobre 2007).

32) Op. cit.

33) Op. cit.

34) Dans l'évaluation des incidences d'octobre 2005, la Commission avait proposé trois options : ne rien faire (option 1), lever toutes les barrières territoriales et abandonner toutes les conventions de répartition des marchés découlant des accords réciproques entre les sociétés de gestion collective (option 2) ou donner aux titulaires de droits le choix supplémentaire d'accorder à un gestionnaire collectif l'autorisation d'une utilisation en ligne de leurs œuvres musicales à travers toute l'UE (licence directe paneuropéenne). L'étude est disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/sec_2005_1254_en.pdf (état du 21 octobre 2007).

prix à la consommation s'il n'existait qu'un seul détenteur de licence (comme pour les gros succès de cinéma), et que celui-ci possédait ses propres droits sans avoir à les céder à des sociétés de gestion spécifiques. Cette situation risquait de créer un autre monopole. Un intervenant remarque que ce scénario ne correspond pas à la situation actuelle : la propriété est à considérer comme un droit exclusif. Si le marché devait évoluer dans le sens de la troisième option, il faudrait toutefois veiller à la puissance acquise par ses différents acteurs. Or, les sociétés de gestion collective, avec leurs vastes répertoires, ont par nature un impact considérable. Il est donc justifié de s'interroger : le cas échéant, pourrait-il y avoir une réelle concurrence au niveau des répertoires entre des gestionnaires détenteurs de licences directes ? Sur le principe, le choix des gestionnaires serait possible. En l'occurrence, la Commission se limite à observer le marché.

Exposé 4

Le quatrième exposé a pour sujet l'identification des ayants droit, le rôle des sociétés de gestion collective et le problème des œuvres dites orphelines.

L'orateur entre immédiatement dans le vif du sujet. Les accords contractés pour autoriser l'utilisation des œuvres sont de modèles fort variés mais ont tous un point commun : l'obligation de décrire très précisément les droits assignés. Dans le cas de la VoD, ce peut être problématique dans la mesure où la notion de vidéo à la demande est fluctuante. La Independent Film and Television Alliance (IFTA)³⁵ s'est efforcée d'en donner une définition homogène. A ce propos, l'orateur insiste sur l'importance de la distinction entre le *streaming* et le *download*. Il ajoute qu'il faut aussi distinguer les différents types d'exploitation des contenus captés : leur utilisation est-elle acquise de manière durable, limitée, pour une seule fois ou sous forme d'abonnement ? Tandis que les contenus téléchargés sont ouverts à toutes ces formes, le streaming exclut par nature l'utilisation du fichier dans la durée.

Le point suivant de l'exposé porte sur la libération des droits d'auteur des œuvres cinématographiques et sur les différences entre le système états-unien et le système allemand. Les productions allemandes font l'objet de licences séparées puisque les droits sur les productions reviennent aux différentes personnes qui ont contribué à sa réalisation ; aux Etats-Unis, les productions sont conçues d'emblée pour une gestion mondiale des droits. En Allemagne, les droits d'exploitation des musiques d'un film sont toujours traités à part : ils sont gérés par la Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)³⁶. Aux Etats-Unis, la gestion séparée des droits n'est que l'une des options possibles. Une convention relative à la distribution d'un film peut aussi bien couvrir tous les droits musicaux. Un participant fait remarquer que le degré de complexité augmente en cas d'œuvres coproduites par plusieurs pays.

L'orateur aborde ensuite le problème de l'acquisition, pour la VoD, des droits d'exploitation musicale paneuropéenne. Un tel système de cession de droits existe déjà pour l'ensemble des pays de l'Union européenne dans d'autres secteurs ; il cite à ce propos les licences des fabricants de supports, gérées par la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL)³⁷. Il comprend mal pourquoi il ne serait pas possible de procéder de même avec les droits d'auteur des œuvres musicales.

L'exposé s'achève sur la question des œuvres dites orphelines, qui s'est jusqu'à présent surtout posée outre-Atlantique. Sont à considérer orphelines les œuvres dont il est difficile d'identifier ou de contacter les ayants droit. Il s'agit principalement d'œuvres anciennes. En Europe, le débat a été récemment réactivé et un groupe d'experts de la Commission est en charge du dossier. En Allemagne, il n'existe à ce jour aucune réglementation et l'exploitation de ces œuvres se fait aux risques et périls de l'utilisateur. En revanche, le Canada a mis au point un système qui donne à la Commission canadienne du droit d'auteur le pouvoir de délivrer des licences lorsque le titulaire est introuvable : elle se substitue en quelque sorte à l'auteur³⁸.

L'un des participants émet l'hypothèse (très controversée au sein de l'atelier) qu'en France, il n'existe pas d'œuvres orphelines. Pour d'autres, cela arrive sur les marchés du film et de la télévision, mais très

35) <http://www.ifta-online.org>

36) Société de gestion des droits musicaux de représentation et de reproduction mécanique : <http://www.gema.de>

37) Société de gestion des droits voisins : <http://www.gvl.de>

38) Voir Francisco Javier Cabrera Blázquez, *À la recherche des ayants droit perdus : les œuvres audiovisuelles européennes et la liquidation des droits pour la vidéo à la demande*, IRIS plus 2002-8 ainsi que Stef van Gompel, *Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines*, IRIS plus 2007-4.

rarement. Il peut être difficile de retracer la chaîne des ayants droit au cours du temps³⁹. A la connaissance de l'intervenant, c'est avant tout le cas pour les films documentaires ou pour des productions de ce type.

À un autre intervenant qui s'étonne que la définition de la VoD par l'IFTA ne se réfère pas à la technologie de la TV sur IP, l'orateur oppose qu'il existe une clause sur le service TV à la séance (*pay per view*) qui comprend une définition de la vidéo à la demande. Il est vrai que cette clause n'est pas vraiment spécifique à un canal de distribution. De son point de vue, la définition de l'IFTA met trop l'accent sur l'Internet. Or, la VoD n'est limitée ni au réseau ni au câble, elle peut être proposée sur tous les canaux de distribution. La vision étroite du document de l'IFTA est une erreur assez répandue dans les textes décrivant les utilisations possibles des services à la demande.

Exposé 5

Quels droits doit couvrir une licence pour qu'un contenu puisse être licitement exploité en VoD ? Quelle est l'importance des délais de diffusion ?

Selon l'oratrice, le souci majeur des fournisseurs de nouveaux services est souvent de ne pas savoir avec certitude quels droits ils doivent acquérir pour utiliser licitement les contenus, voire quels usages sont couverts par un droit. Elle aussi, souligne l'actuelle absence d'une définition de la notion de vidéo à la demande qui soit contraignante et attestée par la législation ou la jurisprudence. À quelles catégories rattacher certains phénomènes comme le *streaming* (pas nécessairement "en direct") ou les services de *Near Video on Demand* (NVoD)⁴⁰ ? Face à cette insécurité, le législateur allemand réagit aux dépens du preneur de licence. En absence d'une description détaillée des modes d'utilisation, l'étendue du droit d'usage est définie en vertu du principe de finalité (§ 31 chiffre 5 UrhG)⁴¹ : dans le doute, la concession de la licence couvre le droit le plus restreint possible qui satisfasse encore au but poursuivi par la licence concédée. L'utilisation de cette notion "molle" qu'est la VoD dans les accords de licence n'est donc pas conseillée. Il vaudrait mieux spécifier contractuellement, avec autant de précision possible, les droits concédés.

Une disposition du droit d'auteur allemand pose également problème : aucune licence ne peut être concédée par anticipation pour des modes d'utilisation nouveaux, inconnus au moment de la concession⁴². Pour déterminer le moment à partir duquel un mode d'utilisation est présumé "connu", l'aspect technique n'est pas le seul à considérer : cette utilisation doit aussi pouvoir être distinguée des autres par ses aspects économiques.

L'oratrice passe ensuite en revue les droits d'utilisation que prévoit le droit d'auteur allemand en la matière. L'offre de téléchargement ne pose, de son point de vue, aucun problème : il constitue un droit de mettre à la disposition du public au sens du § 19a UrhG. En revanche, la classification du *streaming* est controversée. Il en existe différentes formes. Le *simulcasting* peut être considéré comme une transmission par fil (§ 20b UrhG) et le *live webcasting* comme une radiodiffusion (§ 20 UrhG). Mais comment classer cette autre variante qu'est le *streaming on demand* ? Selon qu'il s'agit d'une communication individuelle ou de masse, ce sera une mise à la disposition du public ou une radiodiffusion⁴³.

39) Selon le droit allemand, il ne peut y avoir de changement dans la personne de l'auteur que si l'auteur d'origine décède et que son droit est transmis à ses héritiers par voie de légation universelle (§ 1922 alinéa 1 du Code civil "BGB" en liaison avec le § 28 du droit d'auteur "UrhG") ; le droit d'auteur peut aussi être transmis en exécution d'une disposition testamentaire ou aux cohéritiers par voie de liquidation d'héritage. Toute cession ou transmission du vivant de l'auteur est exclue (§ 29 alinéa 1 UrhG). L'auteur peut cependant concéder à un tiers un droit d'usage simple ou exclusif (§ 31 UrhG) qui peut être étendu contractuellement à certains modes d'utilisation ou à tous les modes d'utilisation.

40) La quasi vidéo à la demande est une technologie proche de la vidéo à la demande mais la diffusion des contenus est différée dans le temps. Le consommateur n'a pas accès immédiatement au film, mais quasiment au moment souhaité.

41) Le texte intégral de la *Urhebergesetz* (loi sur le droit d'auteur - UrhG) est disponible en allemand sur : <http://bundesrecht.juris.de/urhg/index.html> (état du 21 octobre 2007).

42) Le *Bundesrat* (Conseil fédéral) a approuvé le 31 août 2007 le projet d'une deuxième loi relative à la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information, permettant ainsi la prochaine entrée en vigueur d'une réforme de la réglementation des modes d'utilisation encore inconnus dont il autorise le principe. L'auteur dispose cependant d'un délai de révocation de trois mois à compter de la date à laquelle l'autre partie "a envoyé à l'auteur, à sa dernière adresse connue, communication de la date à laquelle sera lancé le nouveau mode d'utilisation de l'œuvre". Le texte de promulgation de la loi est disponible sur : http://www.bundesrat.de/cln_050/SharedDocs/Drucksachen/2007/0501-600/582-07,templateId=raw,property=publication,File.pdf/582-07.pdf (état du 21 octobre 2007).

43) Dans sa décision du 21 février 2007, affaire 308 O 791/06, le tribunal régional de Hambourg est naturellement parti du principe que l'offre proposée constituait une mise à la disposition du public au sens du § 19a UrhG. Le défendeur avait mis en ligne la musique d'un groupe qui pouvait être écoutée à la demande de ses abonnés (*streaming on demand*) sans avoir obtenu du titulaire les droits qui auraient dû être contractuellement stipulés. Cf. *Kommunikation und Recht* 2007, p. 484 et suiv.

Le point suivant traite des délais de diffusion (en allemand *Sperrfrist*) et de leur importance pour l'exploitation de contenus sous différentes formes (salles de cinéma, DVD, services multimédia interactifs, etc.). La question de la classification de la VoD se pose, dans ce contexte aussi ; cela vaut à la fois pour les dispositions relatives à l'exploitation des droits selon la loi allemande sur les aides aux œuvres cinématographiques, et pour les accords contractuels spécifiques aux différents usages. Le groupe allemand ProSiebenSat1, par exemple, publie des films sur la plateforme VoD Maxdome⁴⁴ avant même qu'ils ne soient radiodiffusés.

Le débat qui suit l'exposé porte, lui aussi, sur la classification de la vidéo à la demande, de son articulation dans le droit d'auteur allemand. L'un des intervenants s'oppose clairement au point de vue de l'oratrice. A son avis, les services de VoD ne peuvent être considérés comme de la radiodiffusion puisque celle-ci est un service linéaire. Au contraire, les dispositions applicables aux services VoD sont celles du § 19a UrhG qui requièrent que l'utilisateur puisse avoir un accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. La question qu'il convient de se poser est : en quoi la radiodiffusion se distingue-t-elle des autres services médiatiques ? À quelles obligations de service public sont soumis les uns et les autres ? L'oratrice convient que la mise à disposition classique d'œuvres particulières à la demande des consommateurs répond tout à fait aux critères du § 19a UrhG. Ce n'est pas le cas du phénomène relativement récent qui consiste à fournir des spectacles de télévision entiers, non pas sous forme de productions unitaires, mais de matériel préprogrammé, organisé en chapitres de longue durée avec des contenus différents. Ces émissions, poursuit-elle, n'ont pas été prises en compte dans les définitions. Elle compare ce type d'émission avec des programmes de radio composés de nombreux morceaux de musique diffusés dans un ordre que l'auditeur ignore. Pour sa part, elle ne voit pas de différence entre un utilisateur qui écoute le programme en tournant le bouton de sa radio ou en cliquant sur "*Streaming on demand*". Toutefois, elle accepte que l'on ne partage pas son point de vue.

Un intervenant note qu'il s'agit en fait de la mise à disposition du public au sens de l'article 3 alinéa 2 de la directive sur le droit d'auteur⁴⁵. Il soutient l'approche de l'oratrice, qui approuve la mise à disposition du public, à condition que le service soit utilisé dans un "esprit interactif". Ranger la VoD dans le cadre de l'article 3 alinéa 2 de la directive sur le droit d'auteur a des répercussions importantes sur toute une série d'autres dispositions. La directive prévoit ainsi que pour les services en ligne, les droits ne sont pas épuisés⁴⁶. Il se réfère à l'article 6 alinéa 4 paragraphe 4 de la directive, qui entre en jeu pour faire valoir des exceptions au droit de reproduction⁴⁷. L'oratrice abonde en son sens et souligne qu'avant tout, c'est l'influence de l'utilisateur sur les contenus proposés qui est déterminante. Cette influence se mesure d'une part au choix des contenus auxquels il a accès et, d'autre part, à la connaissance qu'il a du contenu qu'il reçoit au moment où il lance la transmission. Cette question n'a pas grand-chose à voir avec la technologie utilisée pour la transmission.

Un intervenant se dit préoccupé par un autre problème : la recherche d'une solution pragmatique pour sécuriser le droit d'auteur dans une société nouvelle où se développent des schémas de commercialisation planétaires. La situation des sociétés de gestion collective paraît très confuse. Pas seulement dans le domaine musical mais aussi pour toute une série d'autres types de contenus tels que ceux qui interfèrent avec les activités des journalistes. Il s'interroge sur ce qui est entrepris, concrètement, pour donner à ces institutions une position plus crédible. Il considère que l'actuel déroulement du processus d'harmonisation pose un problème généralisé. Il évoque à ce propos les différences parfois considérables entre les transpositions en droit national des directives européennes alors que celles-ci devraient permettre de définir des normes homogènes. Même de petits écarts peuvent prendre de l'importance sur la faisabilité de modèles planétaires comme YouTube ou Google. Un autre intervenant acquiesce sur le principe à cette demande d'une solution mieux adaptée. Au lieu d'une directive sur le droit d'auteur transposée de 27 façons différentes, il favoriserait, pour sa part, la forme du règlement. Toutefois, il doute que ce soit réalisable dans un prochain avenir, vu le déficit consensuel entre les Etats membres.

44) <http://www.maxdome.de/>

45) Le texte intégral de la directive est disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2001/L_167/L_16720010622fr00100019.pdf (état du 21 octobre 2007).

46) Cf. Article 3 chiffre 3 de la directive sur le droit d'auteur.

47) L'article 6 chiffre 4 alinéa 4 de la directive sur le droit d'auteur dispose que les Etats membres ne prévoient pas de protéger le recours à certaines exceptions ou limitations au droit de reproduction pour les services à la demande. Le droit de reproduction est le droit de l'auteur et des titulaires des droits voisins d'autoriser ou d'interdire la reproduction des objets protégés (l'œuvre pour son auteur, les fixations de leurs exécutions pour les artistes interprètes ou exécutants, les fixations des films pour les producteurs). Voir article 2 de la directive sur le droit d'auteur.

Un nouveau participant prend la parole. Il note qu'avec l'adoption de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels sans frontières (SMAV)⁴⁸, la Commission privilégie le principe du pays d'origine pour les délais de diffusion. Il insiste sur l'importance de cette règle dans le cadre de l'organisation d'un marché international. Il commente ensuite la concession de licences collectives, qu'il ne trouve pas problématique en soi ; en tous cas, les difficultés éventuelles peuvent être évitées. À son avis, elle est un soulagement pour l'utilisateur. Si ce besoin existe, pourquoi s'en priver ? En fait, il ne s'agit que d'organiser le système d'une manière plus efficace dans un marché qui est nouveau. Une adaptation qui ne sera pas facile, 97 % des licences collectives étant encore concédées selon le schéma traditionnel : les utilisateurs, pour la plupart, cherchent à acquérir des licences nationales. Il n'existe que depuis très récemment des acteurs du marché global qui s'intéressent aux licences internationales. Il faudra un certain temps pour s'adapter à ces nouveaux acteurs. Cela nécessite avant tout de trouver le mécanisme le plus efficace. Le système des accords de représentation réciproque et l'idée d'un guichet unique au niveau paneuropéen présentent tous deux des avantages et des inconvénients. Mais il est certain, quant à lui, que la Commission est capable de résoudre ce problème.

Exposé 6

L'après-midi débute par une réflexion sur les facteurs déterminants des liens entre les concurrents sur le marché des droits musicaux.

L'orateur retrace l'évolution des modèles économiques dans le secteur de l'exploitation musicale sur Internet. Au début du commerce en ligne, les majors de l'industrie de la musique voulaient prioritairement contrôler la distribution sur ce nouveau vecteur. Ces tentatives – l'orateur cite PressPlay et MusicNet – ont toutefois échouées. Un marché de partage illégal s'est alors mis en place : en absence d'offres licites, il était vraiment plus simple pour les utilisateurs de "voler" les titres que de les acquérir légalement. Apple, une entreprise de matériel, en a profité : elle a conquis, grâce à son système iTunes, une position dominante sur le marché du téléchargement légal, causant à l'industrie du disque une baisse de presque 25 % de ses revenus et la perte du contrôle de la distribution. L'orateur appelle l'industrie cinématographique à en tirer les leçons.

Aujourd'hui, les majors du disque, en particulier, sont en train de se transformer en sociétés de gestion de leurs propres droits, commerce qui promet à l'avenir de rapporter plus gros que la simple production de supports. Ce qui a pour conséquence de modifier de fond en comble leurs relations avec les artistes et interprètes et remet du même coup en question le rôle des sociétés de gestion collective. La solution pour ces dernières serait de mettre le catalogue des droits qui leur restent, exclusivement et en entier, à la disposition des grands utilisateurs comme Apple, MTV ou Google. Avec une part de marché globale de 20 à 25 %, elles auraient autant de poids dans les négociations que les grandes compagnies de disques. De manière similaire, il faudrait que les producteurs européens de films se regroupent et pénètrent collectivement le marché de la VoD.

Il est aussi de la responsabilité du monde européen des affaires, et des titulaires de droits, de simplifier le processus de concession des licences. De l'avis de l'orateur, c'est le seul moyen pour que leurs contenus accèdent aux plateformes de la VoD. Il importe aussi de percevoir une part appropriée des recettes. Une répartition égale à 50/50 entre les producteurs et les compagnies des télécommunications, telle qu'elle a souvent été proposée aux titulaires de droits en Europe, pourrait, certes, sembler judicieuse aujourd'hui mais, dans cinq ou dix ans, elle pourrait s'avérer totalement inacceptable. C'est une raison de plus pour opérer de manière collective.

Trois initiatives européennes pour une approche collective de l'économie en ligne sont présentées. La première est située au Danemark et s'appelle la "VOD-Company" ; elle réunit 15 producteurs qui joignent leurs forces pour négocier collectivement avec des opérateurs des télécommunications et des radiodiffuseurs. La deuxième, Universciné France⁴⁹, est une plateforme VoD française offerte aux producteurs de films indépendants, qui a été fondée par 32 producteurs. La troisième est l'EGEDA⁵⁰ (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales) ; cette société espagnole de gestion collective représente les droits des producteurs de films et des producteurs de télévision, et a développé sa propre plateforme VoD.

48) La Directive 2007/65/CE (SVAM) a été adoptée le 11 décembre 2007, texte disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2007/l_332/l_33220071218fr00270045.pdf

49) <http://www.universcine.com/>

50) <http://www.egeda.es/>

L'orateur aborde la recherche d'une approche européenne adéquate pour la mise en œuvre d'une exploitation collective des droits sur le marché de la VoD. La pratique actuelle, qui consiste à financer la production d'un film par le préachat des droits, pourrait conduire les sociétés de distribution à exercer une pression considérable pour acquérir les droits en ligne. Il se pourrait même qu'elles refusent d'investir dans une production si elles ne les obtiennent pas. Les cinéastes européens doivent se garder d'imiter le modèle hollywoodien parce que celui-ci sert d'autres intérêts. Pour l'industrie cinématographique européenne, l'accès à Internet est la clé de la distribution planétaire. Il est essentiel d'aborder cette question dans la bonne optique. Pour terminer, l'orateur évoque l'importance des aides d'Etat dont l'industrie du film dépend largement : une réorientation est nécessaire pour ne pas élever de barrières inutiles au développement du marché des droits en ligne.

À l'issue de l'exposé, un participant prend la parole et fournit des informations de fond sur les événements qui se sont produits dans l'industrie musicale au moment de l'effondrement de PressPlay et MusicNet. Il rapporte qu'un grand label craignait, en proposant une offre sur Internet, de faire du tort à ses propres produits hors ligne (vente de CD), et de heurter les détaillants et les chaînes de distribution classiques. Le même argument est aujourd'hui opposé par les studios de production cinématographiques qui ne veulent pas froisser les propriétaires des salles. Une situation que l'on pourrait qualifier de "classique", et qui est décrite dans un ouvrage états-unien, *The Innovator's Dilemma* : les leaders d'un secteur tentent de sécuriser leurs revenus en bloquant une technologie jugée dérangeante ; la plupart du temps, cela ne sert à rien car la nouvelle technologie, pour peu qu'elle représente une plus-value pour le consommateur, parvient à se frayer un chemin. Il est même fréquent que l'ensemble du marché tombe dans l'escarcelle d'un acteur externe qu'on n'attendait pas. C'est ce qui s'est produit avec Apple iTunes dans le monde de la musique. À noter que les entreprises du disque se plaignent souvent que les recettes de leurs ventes sur iTunes ne compensent pas les pertes sur les ventes traditionnelles. C'est vrai. Mais il ressort de diverses études qu'iTunes ne peut pas encore être considéré comme le magasin en ligne idéal. Il est impossible aujourd'hui d'anticiper avec certitude ce que sera la situation du marché quand le commerce en ligne sera plus convivial. Ce qui vient d'être dit vaut aussi pour les films.

L'orateur reconnaît que l'on est un peu dur envers l'industrie des contenus quand on se plaint que la mise en œuvre d'une nouvelle technologie ne progresse pas assez vite. Pour les entreprises concernées, il s'agit d'une véritable révolution : elles ont été conçues sur un modèle totalement différent et doivent réorienter leur stratégie. Or, elles ne sont pas aidées par une réglementation adéquate. Seuls, les secteurs des technologies de l'information et de la communication sont réglementés. Le régulateur a choisi son camp en décidant qu'il était possible de distribuer gratuitement des contenus (de la musique principalement mais de plus en plus aussi des films) et les réseaux P2P ont favorisé l'avènement du marché du haut débit. En définitive, la facture sera réglée par les propriétaires de contenus. La question de la responsabilité ressortira quand la directive sur le commerce électronique et le paquet télécoms seront rediscutés, et la solution sera sans doute un compromis.

Un intervenant cite le contre-exemple du projet de recommandation pour la réforme des prélèvements du droit d'auteur⁵¹ : les titulaires de droits ont formé le groupe de pression le plus fort dans le débat sur l'abandon de la redevance pour copie privée. S'ils n'avaient pas constitué un lobby, cette recommandation existerait aujourd'hui. L'orateur répond que cette discussion sur la redevance pour copie privée illustre la dureté de la lutte que les titulaires de droits doivent mener. Dans le cas en question, la Commission proposait de supprimer une rémunération qui rapportait 570 millions EUR à la musique et au cinéma. Elle promettait en contrepartie de soutenir pendant un certain temps les secteurs de la musique et du cinéma dans la discussion sur les propositions que pourrait soumettre l'industrie des matériels pour limiter les copies pirates sur Internet. Sans toutefois spécifier comment.

Pour un autre participant, la répartition 50/50 des recettes de ce "marché commun" ne vaut pas pour tous les contenus à la demande. La stratégie qui consiste à se regrouper en conglomerats de petites entreprises de productions pour obtenir ensemble une part de 50 % est intéressante et peut-être qu'elle est réaliste dans l'industrie musicale. La situation du cinéma est différente. Un film se distingue d'un clip musical éphémère par deux spécificités : d'une part son coût de production est très supérieur et sa durée de vie plus longue ; d'autre part l'adhésion du public est extrêmement variable. Un film tourné avec un budget de 200 millions USD et qui est un succès en salle rapportera sans doute plus qu'une production à un million USD. Dans le secteur cinématographique, un partage égal des recettes ne lui paraît pas juste. Mais il n'existe pas de clé de répartition qui soit toujours appropriée.

51) Site de la consultation: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_fr.htm (état du 21 octobre 2007).

L'orateur ne trouve pas non plus le 50/50 judicieux. En musique, la répartition la plus courante est de 70/30 ou plus en faveur des titulaires de droits.

L'industrie cinématographique devrait elle-même se préoccuper de trouver un schéma d'exploitation en ligne – ce conseil de l'orateur ne se laisse pas si facilement réaliser, oppose un autre intervenant. D'une part, l'ancien modèle de répartition des recettes du film indépendant européen (et surtout anglophone), dont le financement était assuré par la monétisation des droits avant leur utilisation, n'existe plus. Et la VoD ne se prête pas à un préfinancement. D'autre part, il existe une différence de prix inquiétante entre le DVD que l'utilisateur achète et la vidéo "à la demande". Des études réalisées sur le marché américain ont montré que le modèle payant de location de vidéos en ligne "download to rent" ne rapportait que 20 à 25 % du prix d'achat d'un DVD (entre 15 et 20 USD) pour la même œuvre⁵².

Cela mérite réflexion, l'orateur en convient. Mais pour lui, le problème majeur dans le secteur de la VoD est le préachat des droits. L'émergence du secteur de la VoD conduit à l'avènement d'un nouveau marché qui ne connaît plus la vente des droits de distribution. Pour combler cette lacune, il sera peut-être nécessaire de modifier les mécanismes de l'aide publique et des contrôles. Et si l'on accepte le principe que la vidéo à la demande se substitue au DVD, il faudra trouver une autre voie pour tirer financièrement profit de ce nouveau mode de distribution. La répartition par moitié des recettes entre l'auteur et le distributeur n'est peut-être pas la bonne solution, bien que cela corresponde à ce que proposent actuellement les sociétés de gestion collective à leurs auteurs. Les distributeurs espéraient 70/30 en leur faveur, considérant qu'ils ont été grugés lors des négociations sur la distribution des DVD. Le marché de la musique est en pleine effervescence ; c'est sans doute pour cela que les dirigeants, leaders en tête, se montrent prudents. Pour en revenir au cinéma, il faut que le développement du secteur cinématographique soit suivi et que ses acteurs soient soutenus. L'industrie du disque n'a pas été soutenue, elle a dû obéir aux lois du marché. Les institutions compétentes en matière de contrôle et d'aide publique au cinéma ont un rôle essentiel à jouer. Un participant à l'atelier met en garde contre le signal trompeur que les institutions d'aide et de contrôle pourraient émettre en direction du marché si un film indépendant était élu avant que les parties représentant les différents intérêts n'aient été consultées.

Un autre sujet détermine la suite de la discussion. BSkyB est pris pour exemple d'un acteur dominant du marché britannique. Le problème n'est pas, en l'occurrence, que de telles entreprises tentent de freiner certains développements mais qu'elles ouvrent de nouvelles brèches. Le principal obstacle à une croissance durable de l'industrie britannique du film indépendant dans les années 1990 est, selon ce participant, l'absence d'un marché compétitif de la télévision payante. Les producteurs indépendants ne pouvaient pas vendre de films à Sky parce que Sky avait décidé de ne pas en acheter. Du coup, les producteurs n'ont pas pu couvrir le risque par une "garantie" que la télévision payante aurait pu fournir. Qu'il s'agisse d'un problème de marché ou d'un problème de concurrence, une chose est sûre : l'existence d'un marché compétitif de la télévision payante est d'une importance primordiale pour la prospérité de l'industrie européenne du film indépendant. Dans ce contexte, il est fait référence à l'étude engagée par l'Ofcom sur le marché britannique de la télévision payante⁵³. Il est certain qu'elle aura des conséquences sur le secteur de la VoD.

Une participante voudrait savoir, à propos de la neutralité du réseau, s'il est suffisamment tenu compte, en matière de distribution en ligne, de la hiérarchisation des contenus qui risque à nouveau de nuire aux cinéastes européens indépendants, tout au moins aux plus petits d'entre eux. L'orateur pense que c'est au marché qu'il revient de jouer son rôle de régulateur. Toutes les entreprises, quelle que soit leur importance, doivent se confronter au marché.

Exposé 7

Les licences collectives de l'industrie musicale sont-elles transposables à l'industrie cinématographique ?

L'orateur présente les caractéristiques essentielles de l'industrie du film, et celles qui la distinguent de l'industrie du disque. Il en ressort que les coûts de production d'un film sont sans commune mesure avec ceux mis en œuvre pour la fabrication d'une chanson. Les producteurs de films, indépendants

52) Toutefois, le client qui a choisit l'option de la VoD n'acquiert qu'un droit d'utilisation limité dans le temps, comme s'il louait un DVD.

53) Voir http://www.ofcom.org.uk/media/news/2007/03/nr_20070320 (état du 21 octobre 2007). L'Ofcom est l'office de la régulation et de la concurrence de l'industrie de la communication du Royaume-Uni.

notamment, ont souvent recours à des modèles de financement en patchwork et se fournissent en capitaux à différentes sources - à la différence du marché planétaire des droits musicaux. La localisation géographique des droits dans les différents pays, notamment, multiplie les voies de financement. Même Hollywood concède certains droits géographiquement localisés à des sociétés de distribution et répartit la production d'une œuvre sur plusieurs studios pour couvrir des coûts inflationnistes. En Europe, on connaît le phénomène de la coproduction : les droits d'auteur et les droits d'exploitation ne sont pas détenus par un seul mais par plusieurs "co-producteurs".

L'orateur tient à souligner que les coûts de publication d'un film peuvent largement différer d'un pays à un autre, ou d'une région linguistique à une autre car les coûts des versions linguistiques varient énormément. C'est ce qui explique l'inégalité des prix dont il avait déjà été question dans l'industrie de la musique à propos de l'affaire iTunes. Le marché est en outre fragmenté par l'échelonnement des dates de sortie des films. L'orateur aborde à ce propos un phénomène relativement récent : le "Day and Date". Il s'agit d'une approche visant à mieux coordonner le lancement d'un film dans le temps. Deux possibilités sont offertes. Soit le film est distribué simultanément sur toutes les plateformes d'exploitation (salles, câble, DVD, etc.) sans considération de la chronologie des médias ; c'est le cas de *Bubble*, de Steven Soderbergh⁵⁴; soit le film sort le même jour dans tous les pays. Cette deuxième variante du "Day and Date" exige toutefois que le film en question soit assez fort pour s'imposer dans le monde entier face aux autres sorties de la semaine. Seules, les grosses productions hollywoodiennes peuvent se le permettre.

L'orateur soutient en principe le concept de son prédécesseur : un regroupement des producteurs de films indépendants les placerait en position de force pour négocier sur le marché de la VoD. Il est d'accord aussi pour éviter autant que possible les licences exclusives en raison de l'immaturité du marché et des coûts d'opportunité élevés de l'exclusivité par rapport à la non exclusivité. Pourtant, dans la pratique, il faut tenir compte de l'impact des chaînes de télévision analogiques gratuites et des chaînes payantes qui financent une grande partie des films de cinéma et des téléfilms. Les radiodiffuseurs disposent en conséquence d'un pouvoir de négociation considérable qui leur permet, grâce à des licences exclusives, d'interdire à leurs concurrents d'exploiter les droits VoD d'un film. Les sociétés de production pourraient effectivement se regrouper pour la distribution de leurs œuvres mais au plan des négociations sur le financement de leurs coûts de production, elles sont seules. Or, dès ce stade, les grands groupes des médias peuvent exercer une pression efficace.

L'orateur présente deux exemples de modèles économiques dont chacun illustre une forme différente d'exploitation collective des droits VoD. Le modèle français fonctionne à la manière d'une coopérative agricole : Universciné réunit les films de tous les producteurs qui lui sont associés, il en concède les droits d'exploitation à des fournisseurs de services à la demande et il gère sa propre plateforme de VoD pour les films des archives ainsi constituées. L'autre modèle, britannique, permet de tester une plateforme VoD de la chaîne Channel 4, baptisée 4oD. Le prestataire de services à la demande obtient une licence exclusive limitée à un mois. À expiration de ce délai, les deux parties décident de proroger ou non l'exploitation exclusive de l'œuvre par le prestataire pour cinq autres mois. En cas de décision négative, le film ne peut être exploité pendant ce délai par aucune autre plateforme VoD. À l'expiration de cette période totale de six mois, tous les droits VoD reviennent au producteur.

Pour finir, l'orateur souligne une fois encore que l'importance à elle seule de l'industrie du film indépendant, argument mis en avant par son prédécesseur, pourrait ne pas suffire aux producteurs indépendants pour s'imposer, même si cela peut leur permettre de peser sur les marchés en nombre. Il ajoute que, sur un marché encore immature, les producteurs n'ont pas intérêt, pour des raisons économiques, à concéder des droits exclusifs ; mais ils pourraient menacer de concéder une licence exclusive à un concurrent pour mieux négocier la répartition des recettes.

Le débat s'ouvre sur la question de la limitation des droits. L'orateur explique une nouvelle fois qu'en France, les acteurs bien établis sur le marché, à savoir les grands agrégateurs, ne peuvent revendiquer, en vertu de l'actuelle régulation du marché, que les droits d'exploitation initiaux. Ensuite, les droits reviennent au fournisseur de contenus qui les cède à nouveau au même radiodiffuseur ou à d'autres plateformes. Il est précisé que cette réglementation ne vaut que pour les films à considérer comme des productions indépendantes. L'acquisition d'autres droits est, certes, possible, mais alors il ne s'agit plus de productions indépendantes. Un participant fait remarquer la réglementation très dense du système

54) Selon la presse, le studio hollywoodien Warner Bros a l'intention de tester ce modèle sur toute une série de grosses productions aux Pays-Bas, en Belgique et dans les pays scandinaves. Sur un marché national donné, les films ainsi proposés (parmi lesquels *Harry Potter et les reliques de la mort*) sortent au même moment en DVD et sous forme de vidéos à la demande (modèle "Day-and-Date VoD"), voir <http://www.broadbandtvnews.com/today/?p=1905> (état du 21 octobre 2007).

français de la chronologie des médias. Une densité qui n'est pas toujours due à la législation mais aussi, en partie, à des accords interprofessionnels qui doivent ensuite recevoir l'agrément du gouvernement. Le but de cette réglementation est, aux dires de l'orateur, de promouvoir des plateformes de commercialisation alternatives ; on espère ainsi éviter l'apparition de monopoles, voire démanteler les oligopoles.

L'observation de la situation au Royaume-Uni fait apparaître que les acteurs britanniques investissent plus volontiers dans les réseaux que dans les contenus. Or, on a besoin d'accéder aux contenus. Les radiodiffuseurs qui, eux, investissent dans leurs propres contenus, réclament leur protection, et veulent donc des droits d'exploitation exclusifs. Ils craignent qu'une libre exploitation de leurs contenus à la demande ne mine leur modèle économique. L'office compétent de régulation des médias et des télécommunications soutient leur position en leur accordant le contrôle sur l'exploitation initiale pendant la première diffusion. Pour le reste, c'est la devise "use it or lose it" qui prévaut : si une chaîne le souhaite, elle peut aussi exploiter ses contenus en VoD. Si elle ne le fait pas dans un délai relativement court à la suite de la première diffusion, les droits sont restitués au producteur. À ce jour, une exploitation en VoD ne s'est pas produite parce que les parties, à force de se quereller sur la détention des droits, se sont mutuellement paralysées. Or, il ne faut pas oublier que l'objectif final est de mettre les productions sur le marché – dans l'intérêt des consommateurs. Aucune solution digne de ce nom n'a encore été trouvée, en tous cas au Royaume-Uni. Différents modèles sont testés. Les producteurs ont commencé à comprendre qu'il fallait répartir le risque, et qu'il fallait le faire collectivement. Quelqu'un rappelle que l'obligation de restitution des droits au producteur existe depuis longtemps, et pas seulement sous forme d'une toute récente directive. Le *Communications Act*⁵⁵ appelle les radiodiffuseurs publics à fixer dans un "Code of Practice" les principes applicables aux accords avec les producteurs⁵⁶. Les détails des conventions de rémunération sont réglementés ensuite et à part, dans les conditions commerciales (*Terms of Trade*). Dans la pratique, les détails sont réglés d'abord, pour y voir clair dans ce qui incombe à chacune des parties. Le retour aux principes est tout récent. L'office de régulation ne fournit pas de prescriptions aussi précises que dans des "Terms of Trade" mais seulement les conditions structurelles délimitant le cadre des négociations.

Le débat s'oriente à nouveau sur le cas iTunes : est-il transposable ou non au secteur de la vidéo ? L'orateur explique que dès la phase précédant l'exploitation, les coûts sont considérablement plus élevés pour un film que pour un disque. Il faut compter entre 3,5 et 5 millions EUR pour produire un film. À moins de disposer d'un tel capital ou de l'emprunter, et de l'investir dans la production, ce qui n'est pas à conseiller, on finance normalement le projet en vendant les droits à l'avance. C'est le meilleur moyen de rester aux affaires.

Une autre différence entre le cinéma et la musique réside dans le fait qu'il est très rare, dans l'industrie du film, que tous les droits d'auteur et droits voisins planétaires d'une production soient réunis au même endroit. Dès le départ, il faut donc s'interroger sur la disponibilité des droits. Une intervenante fait ressortir que les inégalités de prix, relevées à l'occasion de l'affaire iTunes, étaient dues au fait que les sociétés de gestion collective des différents Etats membres de l'Union européenne ne concédaient aux utilisateurs les droits sur un seul et même produit que pour leur propre territoire, et à des conditions négociées de manière autonome. Une situation qui n'a plus cours aujourd'hui puisque les droits planétaires en musique sont presque toujours aux mains d'un groupe d'entreprises en état de négocier des conditions homogènes. Pourtant, cela ne se passe pas ainsi parce que les producteurs de disques continuent d'argumenter qu'ils ne peuvent pas concéder de licences paneuropéennes, et tentent d'exploiter les droits par le biais de sociétés nationales, selon des modalités qui diffèrent d'un territoire à l'autre. Dans le secteur cinématographique, c'est différent. Les gestionnaires des droits opèrent dans des pays différents et sont juridiquement indépendants des producteurs.

En règle générale, seule la vente de ces droits permet de financer la production d'un film, à moins que ne se développe un modèle nouveau, européen – ainsi qu'un participant le fait remarquer. À l'heure actuelle, il n'existe sur le marché aucune alternative de ce type.

De l'avis d'un autre intervenant, cette situation pourrait être un avantage. Les producteurs se plaignent de plus en plus souvent de ne plus avoir accès au marché audiovisuel parce que les radiodiffuseurs n'achètent plus de films. Ce pourrait être une incitation à capitaliser les droits VoD. L'Europe dépense annuellement 2 milliards EUR pour soutenir l'industrie européenne du film ; ces

55) Voir Art. 285(1) CA. Le texte intégral du *Communications Act 2003* est disponible sur : http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/pdf/ukpga_20030021_en.pdf (état du 21 octobre 2007).

56) Voir <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?sessionid=CCD440A71A7C4F6DA61A460A13285007&docid=98982&highlight=EMR+Code+of+Practice> (état du 21 octobre 2007).

moyens pourraient servir à se réorienter vers un autre modèle de financement. L'orateur se montre sceptique : la gestion collective des droits ne se prête pas au préfinancement d'un film. Si ce type de négociations devait vraiment avoir lieu avec des acteurs confirmés du marché, le producteur se retrouverait sans doute bien seul, en tous cas à ce stade précoce.

Le débat se focalise ensuite sur la monétisation des droits d'auteur, considérée comme le problème principal. Il faut absolument élaborer un modèle économique. On a récemment entendu dire qu'Apple négociait avec Hollywood. Qui, en Europe, pourrait tenir le rôle d'Hollywood ? Il faudrait faire en sorte qu'Apple accède facilement aux films européens : ce n'est pas Apple qui fera le premier pas. Un autre participant interjette qu'en matière de droits d'auteur, les négociations avec Apple seraient très simples : les droits pour les films français, par exemple, sont tous libérés pour les services de vidéo à la demande, et il en ira de même pour les négociations avec des prestataires européens. Ce ne sont pas les auteurs, avec lesquels des accords doivent être conclus, qui posent problème, mais les producteurs⁵⁷ et le financement. Naturellement, la situation n'est pas la même selon qu'on négocie avec de gros producteurs ou avec des producteurs indépendants.

La concession de droits exclusifs est à nouveau évoquée. Pourquoi les droits VoD sont-ils le plus souvent concédés sans exclusivité ? La réponse n'est pas simple. Il est tout d'abord noté que les droits exclusifs sont d'une éminente importance, notamment pour les retransmissions en direct d'événements sportifs. Un intervenant suppose qu'il n'y a pas de droits de retransmission sportifs en direct pour la VoD. Est-ce que cela expliquerait en partie la rareté des droits exclusifs sur les contenus en ligne ? Ou bien les caractéristiques spécifiques des services à la demande rendent-ils l'exclusivité superflue ? La question n'a pu être élucidée. Un autre intervenant fait remarquer qu'une exploitation non exclusive sert mieux les intérêts des producteurs de films indépendants parce que cela leur permet de concéder des licences au plus grand nombre de plateformes possible. En revanche, les gros fournisseurs de VoD comme Canal+ ou BSkyB exigeront probablement une exploitation exclusive.

Un participant évoque la similitude des marchés des services de vidéo à la demande et de la télévision payante (en particulier les offres de films en paiement à la séance des câblo-opérateurs américains). Ces derniers obtiennent les contenus des studios, le plus souvent sur une base de non exclusivité, et les mettent à disposition par le biais de leur propre service. Quelqu'un souligne qu'actuellement, le marché de la VoD est encore immature et qu'il ne serait pas judicieux, sur le plan économique, de s'enfermer dans des contrats d'exclusivité. Les donneurs de licence ont grand intérêt à ne pas travailler sur le marché avec le mauvais compétiteur.

En règle générale, informe un intervenant, même les gros fournisseurs de contenus vendent leurs droits VoD à des plateformes de distribution européennes sans clause d'exclusivité⁵⁸. Il peut arriver pourtant que des droits d'exploitation soient cédés en exclusivité pour une durée limitée. Sans doute le producteur d'un film coté au box-office obtient-il une rémunération plus élevée en concédant une licence exclusive. D'autres participants à l'atelier sont d'avis que l'exclusivité prendra de l'importance au fur et à mesure que le marché évoluera : les concurrents ont intérêt à proposer un avantage à leurs clients.

Un intervenant, pensant à la neutralité qui devrait être celle des réseaux, attire l'attention sur la "double" clientèle du fournisseur d'accès : les fournisseurs de contenus d'un côté et les consommateurs de l'autre, avec lesquels il a pareillement affaire. Qui paiera les investissements pour l'équipement des réseaux de nouvelle génération (NGN) par lesquels passeront les contenus ? L'intervenant est d'avis que la transmission des données est utile aux deux types de "clientèle" et que, de ce fait, les uns et les autres devraient contribuer au financement. Dans les NGN, les flux peuvent être pilotés indépendamment des contenus : avec un tel outil, il sera possible de demander également aux fournisseurs de contenus de participer aux investissements engagés dans le réseau d'accès. Par ailleurs, le réseau doit être ouvert sans discrimination à tous ceux qui versent cette contribution financière⁵⁹. Ce concept est-il compatible avec l'exigence de neutralité du réseau (*Net Neutrality*) ? La question n'a pu être élucidée.

57) L'auteur est entendu ici comme le créateur d'une œuvre de l'esprit et le producteur comme celui qui produit physiquement le film.

58) On a appris en août 2007 que Disney International Television et Canal+ ont signé un accord sur la diffusion non exclusive en vidéo à la demande de plus de 170 films du catalogue Walt Disney Pictures et Touchstone Pictures.

59) Au plan technique, l'opérateur d'un NGN pourrait aussi installer un accès exclusivement réservé à un fournisseur, excluant ainsi les concurrents de celui-ci.

Exposé 8

Quel est le rôle du consommateur dans l'univers de la vidéo à la demande ? Un sujet complexe traité par le troisième exposé de l'après-midi.

Par rapport à l'audiovisuel classique, l'utilisateur de services VoD est beaucoup plus impliqué dans la chaîne de production des contenus, surtout quand ces services autorisent la mise en ligne de contenus générés par les utilisateurs comme Shoobidoo⁶⁰, YouTube, Google ou Tribler, communauté P2P néerlandaise⁶¹. L'utilisateur devient lui-même producteur. L'oratrice parle de "*prosommateur*", contraction de "*producteur*" et "*consommateur*".

Quel droit s'applique à ces nouveaux acteurs ? La réponse de l'oratrice est différenciée. Tant qu'il agit comme un simple utilisateur de service VoD, autrement dit qu'il ne fait rien d'autre que télécharger des contenus produits par d'autres, l'internaute est protégé sans aucun doute par le droit général de la protection des consommateurs et, indirectement, par la directive sectorielle sur les services des médias audiovisuels. Cette dernière ne régleme, il est vrai, que la partie du marché traitant de l'offre, parce que le législateur espère atteindre un haut niveau de protection grâce à des contenus produits conformément à la directive. Quant au droit général de la protection des consommateurs, il fait actuellement l'objet d'un livre vert portant notamment sur le rôle particulier du consommateur de médias qui va chercher ses contenus sur l'Internet. Les textes communautaires sur la protection des consommateurs visent avant tout à garantir au consommateur la meilleure information possible (directive sur les pratiques déloyales), et à élaborer des dispositions contre les clauses abusives dans les contrats de consommateurs. L'oratrice cite à l'appui une clause des conditions d'utilisation de la plateforme iTunes, qui n'autorise pas l'internaute à utiliser les contenus téléchargés avec d'autres équipements que les siens. La clause est-elle abusive ? Comment un service de vidéo à la demande répondrait-il à cette question⁶² ?

Si, au contraire, le consommateur publie sur une plateforme un contenu qu'il a lui-même généré, agissant ainsi comme "*prosommateur*", à quelles dispositions ces contenus sont-ils soumis ? L'oratrice constate que la réglementation sectorielle de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels ("*SMAV*")⁶³ ne s'applique pas aux contenus non économiques⁶⁴. Les services de VoD comportant des contenus générés par les utilisateurs profitent en l'occurrence d'une "vacance de réglementation". Ce qui se justifie si l'on considère que les services non analogues à la télévision sont moins protégés. En outre, l'importance accordée à ces services au titre de la formation d'une opinion publique est moindre que celle qui est consentie à la radiodiffusion. L'oratrice est d'avis qu'il conviendrait peut-être de relativiser ce diagnostic face aux quelque 4,2 millions de visiteurs de YouTube.

Le droit général de protection des consommateurs s'applique-t-il aux contenus générés par les utilisateurs ? L'oratrice soulève le problème des clauses abusives dans les accords conclus entre les consommateurs et les fournisseurs de services VoD. Pour un tribunal ayant à en juger, l'abandon sans juste contrepartie de ses propres droits sur le contenu généré pourrait constituer une clause abusive, notamment si le contenu est utilisé de manière commerciale. Au regard des problèmes que connaissent même les titulaires professionnels pour imposer leurs droits, l'oratrice s'interroge sur la façon dont les consommateurs peuvent agir, pratiquement, contre une clause non équitable. Elle pense à une pression médiatique qui contraindrait les fournisseurs de plateformes à rectifier leurs conditions abusives. Elle cite à l'appui le cas du système de gestion des droits numériques (*Digital Rights Management*, - DRM) appliqué par SonyBMG sur certains de ses CD, contre lequel les consommateurs se sont massivement élevés et ont obtenu gain de cause⁶⁵. Un seul cas comme celui-ci pourrait mettre toute l'industrie VoD aux abois. YouTube, par exemple, envisage la possibilité d'un modèle de rémunération des contenus générés par les utilisateurs, à condition qu'ils présentent un intérêt économique.

60) <http://www.shoobidoo.nl/>

61) <http://www.tribler.org/>

62) Voir <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?sessionId=CCD440A71A7C4F6DA61A460A13285007&docid=218054&highlight=EMR+itunes> et <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?sessionId=CCD440A71A7C4F6DA61A460A13285007&docid=213386&highlight=EMR+itunes> (état du 21 octobre 2007).

63) Op. cit.

64) Voir le considérant 13 de la Directive sur les services de médias audiovisuels (version finale).

65) Le système de gestion des droits numérique XCP (Extended Copy Protection), dont SonyBMG dotait ses CD, consistait à installer furtivement sur l'ordinateur de l'acquéreur un cheval de Troie. Ce "Rootkit" était destiné à empêcher la reproduction non autorisée du CD. La réaction des consommateurs a été telle que l'entreprise a dû mettre à leur disposition un outil permettant de désinstaller l'espion. Le programme est disponible sur <http://cp.sonybmg.com/xcp/english/home.html> (état du 21 octobre 2007).

L'exposé est suivi d'un débat passionné sur la compensation à accorder à un internaute qui met ses propres contenus en ligne sur une plateforme comme YouTube. Une voix s'élève pour dire que la valeur commerciale de ces vidéos est souvent mineure, que la rémunération ne saurait donc être financière, et que la mise en ligne sur la plateforme constitue déjà une récompense. Cette prestation des fournisseurs de plateformes est une contrepartie précieuse pour l'internaute qui, de toute manière, est surtout en quête de gloire et d'attention.

Un point de vue que certains contestent violemment. S'il est vrai que certaines vidéos de scènes champêtres – un chat étendu dans l'herbe – ont une valeur informative et économique réduite, d'autres au contraire, elles aussi générées par des utilisateurs, présentent des contenus de valeur, susceptibles d'être commercialisés. Le cas du récent *Red Hot Chili Peppers Contest*⁶⁶ est cité : le groupe RHCP avait appelé les internautes à concourir en proposant des clips pour la bande-annonce de son nouveau titre *Charlie*. Les internautes savent en l'occurrence ce qu'ils mettent en ligne et sont bien conscients de l'usage qui est fait de leurs contenus, c'est écrit dans les conditions générales. Un argument que réfute un intervenant en se référant au droit général de protection des consommateurs. En effet, cela reviendrait à affirmer que toutes les conditions générales de vente sont licites puisque l'utilisateur saurait, après les avoir lues, à quoi il s'expose.

Un intervenant voit précisément dans ce point le risque majeur auquel YouTube s'expose. Si les conditions d'utilisation de cette plateforme devaient s'avérer non valides, cela signifierait pour l'entreprise qu'elle enfreint les droits d'auteur de tous les utilisateurs, et elle en porterait l'entière responsabilité. Il vaudrait mieux détailler les conditions avec une grande précision. Ce point de vue est approuvé par un autre participant qui renvoie à la directive sur les clauses abusives : presque toutes les conditions générales standardisées se trouvant sur l'Internet sont potentiellement non valides car l'utilisateur lambda peut difficilement les comprendre.

Il est opposé à ce point de vue que des conditions non valides n'impliquent pas que YouTube n'acquière aucune licence. La licence globale prévue dans les conditions d'utilisation serait remplacée, en cas de nullité, par une autre, qui couvrirait en tous cas l'utilisation des contenus par YouTube. Certes, le consommateur peut exiger à tout moment le retrait de ses contenus mais il ne peut pas obtenir de dédommagement. S'il envoie une vidéo sur la plateforme, sachant que quiconque peut la regarder, il accepte du même coup sa publication. Ce qui ne permet toutefois pas d'en conclure à un droit de rémunération. C'est ce qui, en vertu du droit allemand, par exemple, pourrait être déduit de l'interprétation extensive, à laquelle on recourt en présence de conditions générales frappées de nullité si le droit législatif ne propose pas de disposition adaptée pour combler la lacune⁶⁷. Dans le droit d'auteur, l'objectif poursuivi par une cession de droit en est aussi la finalité⁶⁸. Toutefois, la licence ainsi concédée implicitement est limitée à une exploitation non commerciale.

Cette argumentation pourrait à première vue être opposée aussi aux prestataires commerciaux (l'industrie du disque par exemple), comme le fait remarquer un participant, puisque eux aussi mettent des contenus en ligne ; ils savent pertinemment que n'importe qui peut les copier ou les transmettre. La différence est la suivante : en mettant ses vidéos en ligne sur YouTube, l'utilisateur "viole" ses propres droits d'auteur. Un autre intervenant le contredit. Il n'est pas non plus courant que des artistes professionnels mettent gratuitement leurs œuvres à disposition, par exemple des peintures, pour qu'elles puissent être diffusées – pourquoi pas sur la radio. Ils auraient ce faisant autorisé l'exposition du tableau – mais ils pourraient toujours exiger des droits voisins.

Pour clore le débat sur cette thématique, un participant conclut de l'affaire YouTube que les avocats spécialistes du droit d'auteur ont totalement sous-évalué les obstacles juridiques qui peuvent s'élever, en vertu des lois sur la protection des consommateurs, contre la cession de droits d'exploitation sur la base de clauses contractuelles. Le tout nouveau défi qu'il s'agit de relever maintenant est donc d'adapter les conditions générales de vente à ces dispositions. Il n'existe pas de cas comparables susceptibles d'indiquer la direction à suivre.

Un autre intervenant revient sur cette problématique mais dans une autre optique. Quel est, dans le cadre de la future directive sur les services des médias audiovisuels ("SMAV"), l'impact d'une

66) Voir <http://www.youtube.com/group/RHCPcontest> (état du 21 octobre 2007).

67) Dans un cas de ce type (et seulement dans un tel cas ; si une disposition législative existe, elle s'applique conformément aux dispositions du § 306 alinéa 2 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* / Code civil allemand), il est de jurisprudence constante que la clause entachée de nullité soit remplacée par la disposition que les parties auraient choisie après mûre réflexion dans leur intérêt mutuel si elles avaient eu connaissance de l'invalidité de ladite clause ; cf. *Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* (Recueil des arrêts de la Cour fédérale en matière civile), volume 90, p. 69 et suiv.

68) Voir § 31 alinéa 5 UrhG (Code allemand du droit d'auteur).

rémunération des contenus générés par les utilisateurs sur la classification de la VoD ? Si une rémunération est versée à la personne qui, par le biais d'une plateforme comme YouTube, met une vidéo générée par ses soins à la disposition d'autres membres de la communauté, cela pourrait déjà constituer une prestation de service commerciale au sens des articles 49 et 50 du Traité CE. Quelles seraient alors la responsabilité et les obligations de cet internaute ? Responsable, il le serait en tous cas selon la directive SMAV. Si les mises en ligne sont fréquentes et concernent des contenus différents, l'internaute pourrait même être considéré comme un fournisseur de services. Autre question à élucider : qui est responsable des contenus ? Celui qui les met en ligne, voire le fournisseur de services, ou l'opérateur de la plateforme ? C'est un peu comme dans un talk-show. Les droits de la personne sont bafoués, des propos haineux sont tenus, des discours violent les dispositions sur la protection des mineurs. Dans de tels cas, il existe une jurisprudence : les tribunaux se penchent sur la responsabilité du radiodiffuseur, en particulier quand la diffusion d'émissions contestables se répète⁶⁹. Il faudrait aussi trouver une réglementation différenciée pour les plateformes de vidéos sur l'Internet. Pourquoi ne pas envisager, par exemple, que lorsqu'un homme politique tient un discours haineux sur une plateforme VoD, la responsabilité du prestataire soit moindre que pour le dérapage d'un quelconque citoyen ? Dans ce dernier cas en effet, l'article 14 de la directive sur le commerce électronique s'applique.

Un autre avis se fait entendre : YouTube n'est pas un modèle à caractère commercial. Les plateformes comme YouTube ou MySpace ont réussi à trouver une solution pour produire des contenus à moindres frais. Leur affaire est solidaire de la bonne volonté des consommateurs mettant des contenus à leur disposition. Il s'agit d'une activité non économique au sens du considérant 16 de la directive sur les activités de radiodiffusion télévisuelle (dans la version la plus récente, anciennement considérant 13).

Des voix s'élèvent dans l'assistance pour demander que la responsabilité soit conditionnée par le niveau de contrôle rédactionnel de l'opérateur de plateforme. Quelqu'un donne alors l'exemple du fournisseur de services en ligne AOL. Un tribunal allemand a déclaré AOL responsable des fichiers de musique MIDI mis en ligne par ses abonnés sur le serveur AOL en violation des droits d'auteur – bien que l'entreprise n'eut ni contrôlé ni pu contrôler ces fichiers⁷⁰. À noter que l'affaire date d'une époque où la directive sur le commerce électronique, applicable en l'occurrence, n'avait pas encore été transposée dans le droit allemand.

La personne qui met des contenus à la disposition d'une plateforme de vidéos doit-elle être protégée par le droit de protection des consommateurs, par le droit d'auteur ou par les deux ? L'oratrice répond que tout producteur de contenus qu'il a générés est aussi un consommateur. Même s'il n'opère pas comme consommateur au moment où il agit comme producteur, il n'en reste pas moins consommateur. Cette double fonction n'est prévue ni dans le droit d'auteur ni dans le droit de protection des consommateurs. Le droit en vigueur ne donne donc pas de réponse avisée à cette question.

Exposé 9

Le thème du dernier exposé de l'atelier est le marché de la vidéo à la demande au Royaume-Uni, illustré par l'offre de BT Vision⁷¹ de la British Telecom. L'opérateur présente BT Vision comme un paquet de services de médias. La réception de 40 chaînes gratuites en numérique terrestre et d'une chaîne sportive, Setanta Sports, est assurée par le biais d'une "V-Box" reliant le téléviseur à l'antenne. Le routeur "BT Home Hub" donne accès au service VoD de BT Vision et, simultanément, à l'Internet via une connexion sans fil à un ordinateur.

La liste des fournisseurs de contenus qui coopèrent avec BT Vision dans le cadre de son offre VoD réunit, selon l'opérateur, entre 40 et 50 entreprises parmi lesquelles de grands studios comme Disney, Universal, Warner Brothers et MGM, quelques producteurs indépendants ainsi que des radiodiffuseurs (HBO, MTV, BBC,

69) Voir l'affaire *Lionarakis contre la Grèce* ; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 5 juillet 2007, requête 1131/05, disponible sur le site de la CEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/>), ainsi que le commentaire de l'arrêt par Dirk Voorhof in *IRIS* 2007-9, p. 2. Nikitas Lionarakis, présentateur et coordonnateur d'une émission radiophonique retransmise en direct par le radiodiffuseur grec ERT, a été condamné par les tribunaux helléniques à verser des dommages et intérêts pour des propos injurieux et diffamatoires tenus par un invité sur le plateau. Dans l'arrêt qu'elle a rendu, la CEDH juge que la condamnation porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle rappelle que, sur ce point, la responsabilité du présentateur ne coïncide pas avec celle de la personne ayant exprimé ces propos, d'autant moins que l'émission, ayant été retransmise en direct, était conçue pour susciter un libre échange de points de vue. Un journaliste n'est pas tenu de se distancer systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers car ce n'est pas conciliable avec le rôle de la presse, qui est d'informer.

70) Voir décision du Tribunal régional de Munich I de 30 mars 2000, affaire 7 O 3625/98, disponible sur <http://www.jurpc.de/rechtspr/20000073.htm> (état du 21 octobre 2007).

71) <http://www.btvision.bt.com/>

etc.). Ce qui permet à BR Vision de proposer entre 1500 et 2000 heures de contenus VoD. BT Vision ne conclut normalement que des contrats de courte durée pour éviter d'être liée par des accords qui ne correspondraient plus aux réalités d'un marché en pleine évolution technologique. L'entreprise est en concurrence avec d'autres services VoD au Royaume-Uni comme BSkyB, Tiscali TV, Virgin Media, 4oD et BBC Worldwide. Des services Internet tels que YouTube et Joost sont également considérés comme des concurrents.

Le marché britannique de la VoD est principalement réglementé par l'ATVOD⁷², un organe d'auto-régulation. En 2003, les services interactifs avaient été explicitement détachés du domaine d'application du *Communication Act* : une régulation par l'Etat du marché émergent ne paraissait pas primordiale. Au niveau du droit secondaire s'appliquent les dispositions légales de la directive sur la vente à distance, du *Copyright Act*, de la législation sur les jeux de hasard et du Code de l'audiovisuel ; en termes de régulation, il est fait appel à l'Ofcom ainsi qu'à l'Advertising Standards Authority (ASA). L'objectif de l'ATVOD est de réunir sous un même toit tous les fournisseurs britanniques de VoD. Dans les faits, les avis divergent sur la classification adéquate des fournisseurs de VoD.

L'ATVOD a notamment pour mission de veiller à ce que les contenus proposés ne nuisent pas aux enfants et aux adolescents, et à ce que les intérêts des utilisateurs soient protégés. À cet effet, l'ATVOD a élaboré un code de conduite (*Code of Practice*)⁷³ où sont définis les grands principes de son action, eux-mêmes clarifiés par des *Practice Statements*⁷⁴. Ces textes s'inspirent des dispositions établies et opérationnelles du Code de l'audiovisuel (*Broadcast Code*) auxquelles s'ajoutent des clauses spécifiques aux services à la demande. L'orateur cite pour exemple la clause sur la disponibilité permanente des contenus à la demande. Une spécificité qui empêche de protéger les mineurs en ne diffusant les contenus susceptibles de leur nuire que tard dans la nuit. Un double système de protection a été mis au point, au moins aussi efficace : à l'achat de son équipement, le consommateur doit entrer un identifiant. Au moment de visionner le programme, il entre un deuxième identifiant pour les contenus qui, s'ils étaient soumis au *Broadcast Code*, devraient être diffusés très tard.

Le code de conduite précise notamment les démarches à suivre par le consommateur qui constate une infraction aux dispositions de l'ATVOD de la part d'un fournisseur de services VoD, par exemple au titre de la protection des mineurs ou de la protection d'autres groupes de personnes. Dans un premier temps, il peut se plaindre directement auprès du fournisseur concerné. Chez BT Vision, les plaignants sont ensuite dirigés généralement vers les fournisseurs de contenus, BBC, Channel 4, etc. puisque les contenus incriminés sont, en règle générale, déjà passés au cinéma ou à la télévision. Si le client n'a pas eu gain de cause, la BT Vision traite elle-même le dossier et, si elle n'aboutit pas non plus, le consommateur peut s'adresser finalement à l'ATVOD. L'organe d'autorégulation résout l'affaire et la décision de son directoire est contraignante pour ses membres.

L'orateur déclare que la réforme de la régulation des services de médias audiovisuels par la nouvelle directive SMAV le déçoit. Il considère que le système d'autorégulation du secteur est une bonne solution et pense qu'une intervention régulatrice de l'extérieur n'est pas nécessaire. Il estime toutefois qu'à moyen terme, il faudra passer d'un régime d'autorégulation à un système de corégulation. Il suffirait de transformer l'ATVOD en un organe contrôlé par l'Ofcom, avec des compétences législatives.

Il est curieux de ce qu'il ressortira de la prochaine étude de l'Ofcom sur le marché britannique de la télévision payante. Il espère qu'elle élucidera toute une série de questions essentielles pour le marché de la VoD, concernant notamment le "stockage" de droits (*warehousing*) : une opération qui permet d'asseoir le pouvoir d'un fournisseur sur le marché, ou de garantir l'exclusivité de droits lucratifs, sportifs ou autres. De tels accords gênent considérablement les fournisseurs de VoD car ils font obstacle à leur utilisation des contenus.

Un participant communique pour supplément d'information qu'à sa connaissance, la Commission s'est montrée encline à accepter ATVOD comme système de corégulation, à l'issue de longs entretiens avec les représentants du Royaume-Uni. Quoi qu'il en soit, la formulation plus ouverte de l'article 3 alinéa 7 de la directive SMAV, où sont également mentionnés les systèmes d'autorégulation, peut être appréciée comme une réaction à l'hétérogénéité des systèmes de régulation non étatiques dans les Etats membres.

72) <http://www.atvod.org.uk/> ATVOD est l'acronyme de *Association for Television on Demand*.

73) Le *Code of Practice* du 9 juin 2004 est disponible sur : http://www.atvod.org.uk/docs/atvod_code_of_practice.pdf (état du 21 octobre 2007).

74) Les *Practice Statements*, actuellement au nombre de sept, sont disponibles sur : http://www.atvod.org.uk/docs/atvod_practice_statement.pdf (état du 21 octobre 2007).

À la demande d'un intervenant, l'orateur revient sur le système de protection des utilisateurs (*user protection system*). Il n'est pas nécessaire que l'ATVOD reclassifie chaque émission. Les programmes qui sont déjà passés à la télévision ont été soumis à une évaluation qui semble être généralement reprise. Il en va de même pour les films de cinéma. Cette classification et le niveau de protection individuellement choisis permettent de décider si une émission exige ou non l'entrée de l'identifiant pour pouvoir être visionnée. Le choix du niveau de protection peut avoir lieu lors de l'installation du décodeur numérique. Il est également possible de désactiver la protection.

En réponse à une autre question, l'orateur ne croit pas que l'ATVOD puisse définir et établir une norme de transparence commune s'appliquant à la publication de données économiques telles que le nombre de fournisseurs, d'utilisateurs et le chiffre d'affaires. Le ministre de tutelle a, certes, exigé que tout fournisseur de services VoD au Royaume-Uni devienne membre de l'organe d'autorégulation mais, à ce jour, il n'en est pas ainsi. Ni Sky et son service à la demande Sky Movies, ni Channel 5, ne sont membres de l'ATVOD. Reste la directive SMAV, c'est la croisée des chemins. Actuellement, l'ATVOD n'est pas en mesure de jouer un rôle normatif prépondérant.

De l'avis de l'orateur, une répartition 70/30 des recettes comme dans le modèle Apple est une anomalie. Elle tient au fait que les activités principales d'Apple sur ce marché sont la vente, par millions, de ses matériels iPod et non celle des titres musicaux. La situation se présente tout autrement pour les entreprises traditionnelles de télécommunication, et pour les autres fournisseurs de VoD, qui offrent gratuitement leurs set-top box d'une valeur de 200 GBP. Le rapport 70/30 ne peut donc servir d'étalon. En revanche, l'orateur se dit prêt à soutenir l'idée d'un regroupement des producteurs de films, qui représentent ensemble quelque 25 % du marché, pour renforcer leur position dans les négociations. Il exprime dans la foulée son désaccord à propos des reproches faits aux entreprises de télécommunication de financer le haut débit sur le dos des titulaires de droits – notamment en favorisant les réseaux P2P, en constante infraction avec le droit d'auteur. Il rappelle que la British Telecom, quant à elle, investit 16 milliards GBP pour mettre son réseau aux normes du vingt-et-unième siècle.

Interrogé sur les ententes conclues entre la British Telecom et les propriétaires de contenus au sujet de la répartition des recettes, l'orateur explique qu'il est souvent convenu une répartition sous forme de pourcentages, assortie d'une garantie minimale pour les fournisseurs de contenus. Dans certains cas, les parties fixent une rémunération forfaitaire de la licence, sans participation aux recettes. En définitive, c'est toujours une affaire de négociation. De quel contenu veut-on vraiment disposer, qu'est-on prêt à payer ? Quant à l'évaluation du montant minimum garanti, qu'il faut déjà réaliser, elle fait l'objet de marchés au cas par cas. Dans certains accords, il est concédé aux fournisseurs de contenus, pour chaque téléchargement, un pourcentage défini du prix de vente du film au consommateur. Quoi qu'il en soit, le fournisseur doit veiller à couvrir les coûts de transmission qui sont très élevés, en particulier aux heures de pointe. Il existe aussi des modèles mixtes, et les pourcentages varient également. À noter toutefois qu'il n'a jamais été accordé à un propriétaire de contenus un droit sur le pourcentage des recettes provenant d'un abonnement haut débit car BT Vision est considérée comme une entreprise autonome, entièrement dégroupée de l'offre haut débit. Cela a permis de se positionner sur un créneau assez confortable, entre l'offre imposante de BSkyB pour les abonnés du câble avec un contrat d'une durée minimale de 12 mois et des coûts mensuels de 30 à 50 GBP d'une part et, d'autre part la télévision analogique et la TNT gratuite.

Le débat s'oriente vers un autre aspect. Que propose l'ATVOD en matière de protection des utilisateurs de VoD ? Selon l'orateur, le *Code of Practice*⁷⁵, qui est très succinct et se limite à l'énoncé de grands principes, est clarifié par les *Practice Statements*⁷⁶ qui s'appuient sur l'expérience des services de VoD. La différence la plus évidente entre un service de VoD et une émission de télévision linéaire est le concept de la protection des mineurs et plus généralement de la protection contre les contenus susceptibles de nuire aux personnes, basé sur l'entrée d'un identifiant. L'organe d'autorégulation considère qu'il est tenu de se préoccuper de tout ce qui, de près ou de loin, a trait à la VoD. Pourtant, après de mûres réflexions, il a été décidé que les plaintes portant sur un service clients défectueux des fournisseurs n'étaient pas de son ressort et devaient être prises en charge par d'autres secteurs de la législation sur la protection des consommateurs.

À ce jour, l'ATVOD n'a pas eu connaissance de plaintes. On a pensé au début que c'était parce qu'il n'y avait pas de problème. En fait, d'autres explications sont possibles : peut-être les consommateurs ne savent-ils rien de l'existence de l'ATVOD ? Par ailleurs, le marché à la demande n'est pas encore très

75) Op. cit.

76) Op. cit.

développé : BT Vision n'a que 13 000 abonnés, Tiscali TV (anciennement HomeChoice) 4000. Et puis l'on sait que les contenus sont, pour la plupart, diffusés auparavant à la télévision ; si un film présentait des problèmes, il en aurait été question à ce moment là.

L'ATVOD n'a pas eu non plus à traiter de plaintes concernant le système mis en place pour la gestion des droits numériques. Le code de conduite ne comporte pas de dispositions limitant la publicité puisque ce domaine est couvert par le droit secondaire. S'il s'agit d'un programme diffusé en TNT, l'ASA intervient. Dans le secteur VoD de BT Vision, aucun spot publicitaire n'est actuellement diffusé. En ce qui concerne la BBC International, des dispositions en la matière sont prévues dans les accords de licence.

L'orateur termine en insistant sur le fait que le code de conduite, de façon similaire au Code de l'audiovisuel, n'énonce que les grands principes de la protection contre les contenus susceptibles de nuire aux personnes.

Conclusion

L'atelier du 15 juin 2007 a éclairé de très nombreux aspects de la vidéo à la demande. Il est apparu tout au long de son déroulement que beaucoup de questions restaient encore sans réponses. À commencer par la définition de la notion de "vidéo à la demande" : malgré tous les efforts de l'IFTA, il n'a pas été possible, à ce jour, de la délimiter clairement, et de manière universellement valable, d'autres services de vidéos. Le visionnage de contenus en "streaming" est-il du domaine de la vidéo à la demande ou du domaine de la télévision ? Il importe d'élucider ce point pour préciser l'étendue des licences concédées pour l'utilisation des contenus. Le droit d'auteur est d'ailleurs l'un des sujets sensibles nécessitant des éclaircissements. On attend impatientement les décisions des tribunaux saisis par les titulaires de droits reprochant aux grandes plateformes de VoD comme YouTube d'avoir mis en ligne des contenus en violation avec le droit d'auteur.

Les décisions de la Commission européenne concernant l'industrie de la musique (l'affaire CISAC et les communiqués iTunes de la Commission) et leur extrapolation à l'industrie de la vidéo seront encore longtemps des sujets de discussion palpitants. D'une manière générale, il est apparu nécessaire de tirer les leçons des expériences faites avec l'exploitation en ligne des contenus musicaux. D'une part, il importe de bien choisir les modèles économiques qui permettront d'éviter une dérive du marché vers l'illégalité. D'autre part, il convient de réfléchir à la manière de gérer les droits dans un marché de la VoD qui est encore émergent. Plusieurs intervenants ont déconseillé, dans l'état actuel de ce jeune marché, de conclure des contrats de trop longue durée et de concéder des licences exclusives. Une commercialisation des droits exclusifs sera-t-elle un jour une option réaliste ? Cette question est restée sans réponse satisfaisante. Comment les producteurs de films indépendants peuvent-ils être sûrs de ne pas être grugés lors des négociations avec les opérateurs de plateformes ? Là non plus, pas de réponse unanime. Des participants ont proposé qu'ils se regroupent pour accroître leur impact lors des transactions. D'autres ont douté que ce soit une solution suffisante.

La position juridique des "*prosommateurs*", ces consommateurs qui publient leurs propres contenus, est encore imprécise. Les points à éclaircir sont multiples. Pour quel usage les opérateurs de plateforme peuvent-ils acquérir des licences des internautes ? Quelle contrepartie doivent-ils leur accorder ? Qui sera responsable des contenus publiés ? Qui devra répondre des contenus que la directive SMAV ou d'autres dispositions qualifie d'illicites ? Après l'adoption de la directive, il restera encore suffisamment de matière, même en dehors de son domaine d'application, pour mener des débats éclairés sur le meilleur moyen de réguler les services des médias audiovisuels.

Paramètres pour des modèles d'entreprises¹

André Lange

Observatoire européen de l'audiovisuel

1. Plus de 150 services opérationnels en Europe

En mai 2007, l'Observatoire européen de l'audiovisuel et la Direction du développement des médias française ont publié un rapport sur le développement de la VoD en Europe. Ce rapport se limite aux services fournissant un contenu choisi par les prestataires de services et exclut les services fournissant un contenu généré par l'utilisateur². Fin 2006, 142 services payants (hors services exclusivement consacrés à la musique et services composés uniquement de programmes pour adultes) étaient opérationnels dans 24 pays étudiés. Si l'on ajoute les services gratuits, ceux apparus début 2007 et ceux existant dans les pays non recensés par l'étude, on peut estimer à plus de 150 le nombre de services actuellement opérationnels en Europe. La France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni apparaissent comme les pays leaders en nombre de services. En Europe, la majorité des services proposés (94) sont accessibles via Internet et donc visionnables sur un écran d'ordinateur. La transmission par le réseau ADSL, le plus souvent dans le cadre d'une offre de distribution de chaînes de télévision en mode IPTV, constitue le deuxième mode de distribution le plus utilisé (47 services). Dans ce cas, les programmes peuvent être regardés sur un écran de télévision. La diffusion numérique par satellite et par réseau terrestre ne permettant pas de voie de retour, des offres de vidéo à la demande restent possibles en enregistrant les programmes sur le magnétoscope numérique de l'utilisateur (PVR). Le nombre de services de ce type est encore limité en Europe, mais deux des principaux agrégateurs de contenu de télévision numérique (Sky Anytime de BSkyB au Royaume-Uni et en Irlande et Direkt Premiere + de Premiere en Allemagne et en Autriche) les proposent.

1) Ce document est basé sur le rapport *La vidéo à la demande en Europe*, édité par NPA Conseil pour l'Observatoire européen de l'audiovisuel et la Direction du développement des médias (France). Cette étude a été publiée par l'Observatoire en mai 2007. Elle analyse les diverses méthodes techniques utilisées pour la vidéo à la demande, les différents modèles économiques appliqués, le débat sur la réglementation et la place que tient la vidéo à la demande dans l'industrie cinématographique et audiovisuelle. Une analyse détaillée de quelque 150 services opérationnels dans 24 pays est fournie. Pour plus d'informations : http://www.obs.coe.int/oea_publications/market/vod.html

2) Le concept de "contenu généré par l'utilisateur" mériterait un débat plus large. Il semble d'une part absurde d'exclure de tels services de la sphère commerciale uniquement parce que le contenu est fourni par les utilisateurs. On peut considérer que les opérateurs de ces services se trouvent sur le même marché que les éditeurs de médias financés par la publicité : leur véritable produit est l'audience ; un produit qu'ils peuvent vendre aux annonceurs ou aux spécialistes en marketing. L'originalité du contenu généré par l'utilisateur réside dans le (faible) coût occasionné pour générer de l'audience : les coûts sont principalement couverts par les utilisateurs et non pas par les prestataires de services. Or, comme l'a démontré l'action intentée par Viacom à l'encontre de YouTube, le concept du contenu généré par l'utilisateur peut d'autre part être trompeur. En effet, dans bon nombre de cas, les utilisateurs publient uniquement du contenu dont ils ne sont ni les auteurs ni les détenteurs des droits.

Tableau : Nombre de services par pays et répartition par réseau de diffusion (fin 2006)
 Services gratuits, services de vidéoclips et services pour adultes non inclus.

		Nombre total de services ³	Internet	IPTV	Câble	Satellite	TNT
+10 services	France	20	15	8			
	Pays-Bas	19	17	2			
	Royaume-Uni	13	6	3	3	1	1
	Allemagne	12	9	3		2	
5-10 services	Belgique	10	3	5	5		
	Suède	8	6	5			
	Italie	8	5	3			
	Norvège	7	6	2			
	Espagne	6	2	3	1		
	Irlande	5	5			1	
	Danemark	7	4	2	1		
1-4 services	Autriche	5	3	1		1	
	Finlande	4	6	1			
	Suisse	3	2	1			
	Pologne	3	1	1		1	
	Hongrie	4	2	2			
	Portugal	2		1	1		
	Estonie	2	1	1			
	Chypre	2		2			
	Slovaquie	1	1				
Islande	1	0	1				
Aucun service	Turquie	0					
	Slovénie	0					
	Luxembourg	0					
Total ⁴		142	94	47	11	6	1

Source : NPA Conseil / Observatoire européen de l'audiovisuel

3) Un même service peut être disponible sur différents réseaux, mais n'est comptabilisé qu'une seule fois dans le total.

4) Un même service peut être disponible dans différents pays et, dans ce cas, est comptabilisé plusieurs fois dans le total.

2. Les avantages et inconvénients respectifs des plateformes

Chacune des plateformes comprend des avantages et des inconvénients dans le lancement de services de VoD. La distribution via Internet revêt l'avantage clair de permettre les modèles B2C. Cela signifie que de petits acteurs ont la possibilité d'offrir leurs programmes au grand public à un faible coût en évitant toute dépendance vis-à-vis des distributeurs. Internet permet également au prestataire de services d'enrichir le service de VoD avec des compléments éditoriaux et les possibilités du marketing personnalisé suivant le modèle des sites web de détaillants de programmes culturels (tel le classique "si vous avez aimé ce film, vous aimerez également..."). Si le prestataire détient des droits internationaux, la distribution via Internet permet également de proposer des services dans le monde entier ou, tout au moins, des services accessibles dans bon nombre de pays.

Néanmoins, la grande faiblesse de la VoD via Internet réside dans le fait qu'il est toujours plus pratique et convivial de regarder des films ou des programmes audiovisuels sur un écran TV que sur un écran PC. Bien évidemment, une minorité du public (les jeunes en particulier) utilisent déjà très couramment le PC en tant qu'écran TV. Bien qu'elle soit certainement capable de transférer des images animées d'un PC vers un poste de télévision, une majeure partie du public continuera pendant longtemps à préférer l'écran TV. Une distribution par IPTV, câble, satellite ou télévision numérique revêt, à cet égard, un avantage certain. Toutefois, la télévision par satellite et la TNT ne permettent pas de fournir de larges catalogues, car l'absence d'une voie de retour nécessite que les programmes soient enregistrés sur un magnétoscope numérique.

Par conséquent, l'IPTV et le câble semblent être les vainqueurs probables dans la course à la mise en œuvre de la VoD, mais ils présentent un inconvénient qui leur est propre en matière de capacité : risque de saturation de la capacité du réseau pour l'IPTV et coûts de la numérisation relativement élevés pour les réseaux de câble existants. Les services de VoD par l'IPTV et le câble offriront un avantage à d'importants distributeurs ou ensembliers de chaînes thématiques, au détriment des fournisseurs de catalogues moins riches.

Tableau : Aperçu des avantages et des inconvénients

	PLUS	MOINS
Internet	<ul style="list-style-type: none"> - Modèle B2C - Possibilités éditoriales, fonctions de recherche - Marketing personnalisé - Possibilités de stratégies de niche - Possibilités de stratégies internationales - Possibilités de catalogues plus riches 	<ul style="list-style-type: none"> - Visionnage sur écran PC - Altère la qualité du service - Téléchargement lent - Risques de piratage - Services non accessibles sur MAC
IPTV	<ul style="list-style-type: none"> - Visionnage sur écran TV - Base d'abonnés existante (différent selon le pays) 	<ul style="list-style-type: none"> - Capacité limitée des réseaux téléphoniques (nécessite à long terme la création de réseaux fibre optique jusqu'à l'abonné (ou FTTH pour "fibre-to-the-home")) - GEP plutôt lent et non convivial - Accès plus difficile pour les producteurs indépendants et concernant les programmes de niche - Catalogues moins riches que pour les services basés sur l'Internet
Câble	<ul style="list-style-type: none"> - Visionnage sur écran TV - Base d'abonnés existante (différent selon le pays) 	<ul style="list-style-type: none"> - Coût de numérisation des réseaux - Accès plus difficile pour les producteurs indépendants et concernant les programmes de niche - Catalogues réduits
Satellite et TNT	<ul style="list-style-type: none"> - Visionnage sur écran TV - Base d'abonnés existante (différent selon le pays) 	<ul style="list-style-type: none"> - Pas de voie de retour - Nécessite l'enregistrement sur magnétoscope numérique de l'abonné - Accès plus difficile pour les producteurs indépendants et concernant les programmes de niche - Catalogues réduits

3. Les acteurs

Il existe trois types d'acteurs particulièrement actifs sur le marché de la vidéo à la demande :

- *Les éditeurs de chaînes de télévision* fournissent généralement des services de catch-up TV, permettant de regarder un programme après sa diffusion télévisée. Néanmoins, de nombreux diffuseurs profitent de leur bon positionnement sur le marché des droits et proposent également des films.
- *Les agrégateurs de contenu* sont des entreprises qui ont la capacité de constituer des catalogues de droits pour des œuvres susceptibles d'être distribuées en VoD. On peut ranger dans cette catégorie les éditeurs de vidéo, les sociétés de gestion collective de droits d'auteur (comme la SGAE et l'EGEDA en Espagne), les organismes ou des entreprises de gestion d'archives (Institut national de l'audiovisuel en France, Norwegian Film Institute, British Pathe, etc.) ou encore les entreprises de commerce de détail (chaînes telles que FNAC et Virgin, des entreprises spécialisées dans la location de DVD telles que Lovefilm, Glowria, etc.). Certaines entreprises ont été créées dans le but précis de devenir des agrégateurs de contenu. Aux Pays-Bas, pas moins de 9 services sont organisés à partir du catalogue élaboré par l'agrégateur OD Media.
- *Les opérateurs de télécommunication* (opérateurs historiques, fournisseurs d'accès à Internet, câblo-opérateurs) sont de nouveaux entrants sur le marché de la distribution de contenus. Ce sont les acteurs les plus actifs et novateurs en matière de diversité de l'offre (notamment par le biais de partenariats transverses).

De manière plus marginale, quelques entreprises de production ou associations de producteurs éditent également des services. Contrairement à la situation régnant aux États-Unis, où les majors d'Hollywood sont à l'origine du service Movielink, les grands groupes cinématographiques européens n'ont pas encore annoncé de service propre. On notera cependant l'implication du groupe Svensk Filmindustri dans le service SF-Anytime, accessible dans les divers pays scandinaves. En Europe, les majors d'Hollywood collaborent avec les principaux services nationaux de VoD, le plus souvent dans le cadre d'accords non exclusifs. On notera toutefois que Warner s'est associé avec Arveto (Groupe Bertelsmann) pour lancer le service Film2Home dans les pays germanophones.

Tableau : Comparaison des avantages / inconvénients des diverses positions sur le marché

	PLUS	MOINS
Telcos, FAI, Câble	<ul style="list-style-type: none"> - Capacités financières - Savoir-faire technologique - Offres de service triple - Gestion des abonnements et repérage de la demande 	<ul style="list-style-type: none"> - Peu d'expérience en matière de droits - Nécessité d'accéder aux catalogues leaders - Nécessité de travailler avec des agrégateurs
Diffuseurs	<ul style="list-style-type: none"> - Capacités financières - Bon positionnement sur le marché des droits - Expérience dans la mesure d'audience, la télé payante, le marché du DVD - Marque - Formules catch-up, archives 	<ul style="list-style-type: none"> - Capacités financières moins importantes qu'avec Telcos - Dépendants des distributeurs (livraison) - Négociations avec les producteurs - Règles de concurrence
Détaillants	<ul style="list-style-type: none"> - Connaissance des habitudes du consommateur - Marque 	<ul style="list-style-type: none"> - Capacités financières moins importantes qu'avec Telcos - Distribution par IPTV difficile d'accès - Concurrence avec leurs propres services "brick and mortar"⁵
Agrégateurs	<ul style="list-style-type: none"> - Expérience en gestion des droits - Possibilité de stratégies paneuropéennes - Catalogues de niche 	<ul style="list-style-type: none"> - Capacités financières moins importantes qu'avec Telcos - Distribution par IPTV difficile d'accès

5) On entend par "brick and mortar" une entreprise "street-side" traditionnelle qui traite avec ses clients en personne de vive voix dans un bureau ou un magasin qu'elle possède ou qu'elle loue. Les entreprises basées sur le web ont généralement des charges moins élevées et jouissent d'une plus grande flexibilité que les activités "brick and mortar".
Voir : <http://www.investopedia.com/terms/b/brickandmortar.asp>

4. Trois types de modèles économiques émergent

4.1. La location :

Il existe plusieurs formules de location :

- le paiement à l'acte (la location est payée à l'unité pour un prix allant, en général, de 1,5 à 6 EUR). Dans la plupart des cas, le programme loué peut être visionné sur une période de temps comprise entre 24 et 48 heures.
- le paiement d'un pack de programmes (par exemple plusieurs épisodes d'une série télévisée)
- le paiement d'un forfait permettant le visionnage illimité de programmes compris dans l'offre (une formule particulièrement adaptée pour les émissions pour enfants)
- l'abonnement permettant à l'utilisateur de visionner un certain nombre de programmes durant la période d'abonnement (ou SVoD pour "Subscription VoD"). Dans ce cas, le paiement couvre un ensemble de programmes pouvant être visionné de manière illimitée durant une période de temps donnée.

4.2. L'achat.

Le paiement se fait également à l'acte pour un prix compris généralement entre 5 et 15 EUR. Le programme peut être visionné et enregistré sur un PC ; rarement transférable sur un lecteur DVD relié à un téléviseur (en raison de certains types de codage utilisés). Une option "acheter avec gravure" permettant de graver le programme téléchargé sur un DVD (parfois en un nombre limité de copies) peut également être disponible. Les prix s'échelonnent alors de 15 à 20 EUR.

4.3. VoD gratuite (ou FoD pour "Free on Demand")

La VoD gratuite est le plus souvent destinée au visionnage de programmes audiovisuels en catch-up TV (c'est-à-dire des programmes proposés par des services de VoD pendant un temps limité après leur diffusion par la chaîne de télévision).

Il existe deux modèles de VoD gratuite : les programmes gratuits financés par la publicité (principalement des séries télévisées et des fictions) et les programmes en libre partage. Ce dernier modèle est utilisé soit à des fins promotionnelles, soit en vue de tester le potentiel d'un modèle gratuit, afin de bâtir, par la suite, de meilleures bases de négociations avec les annonceurs.

Si le paiement à l'unité a été par le passé le principal mode de mise à disposition de contenus à la demande, les schémas de commercialisation se multiplient au profit des développements en cours : constitution de packs, offres d'abonnement (SVoD pour "Subscription VoD"), forfaits ouvrant droit à un visionnage illimité de tout ou partie d'un catalogue disponible et financement par des tiers (qu'il s'agisse de subventions croisées entre différents produits proposés par un opérateur ou de contributions publicitaires).

YouTube et les plateformes de contenus créés par les utilisateurs – nouveaux acteurs ?

*Erik Valgaeren et Nicolas Roland**
Cabinet d'avocats Stibbe, Bruxelles

La présente étude se penche sur certaines questions soulevées par YouTube, site de partage de vidéos mondialement connu, et par les sites de même nature proposant des contenus créés par les utilisateurs. La première partie expose succinctement le service fourni par YouTube et le replace dans son contexte. La deuxième étudie son modèle économique. La troisième aborde certains aspects liés au copyright, notamment à la lumière d'une action en justice engagée par Viacom. La quatrième partie soulève d'autres problèmes relatifs à YouTube, concernant les libertés de parole et d'expression, ainsi que la protection de la vie privée.

1. Descriptif général de YouTube

1.1. Le service

(1) YouTube, Inc. ("YouTube") est un service très populaire de partage de vidéos en ligne. Les utilisateurs peuvent y visionner, y mettre en ligne (dans différents formats de fichiers courants) et y partager des séquences vidéo (c'est ce que l'on appelle la "communauté YouTube"). Le site est entièrement gratuit et son utilisation est aisée.

Les vidéos peuvent faire l'objet d'une évaluation. La note moyenne obtenue et le nombre de visionnages enregistrés pour une vidéo donnée sont rendus publics. Des vidéos connexes, identifiées par un titre et des étiquettes (ou "tags" – une étiquette est un mot-clé auquel est associée une information, à des fins de classification par thème et de recherche d'informations), apparaissent à l'écran, à droite de la séquence visionnée.

Les utilisateurs peuvent également s'impliquer activement en créant des groupes ou de courtes listes de vidéos pour un visionnage ultérieur, en signalant les vidéos jugées douteuses², etc. Les utilisateurs enregistrés peuvent consentir à être "suivis" (uniquement sous leur nom d'utilisateur) lorsqu'ils regardent une séquence donnée, afin que les autres utilisateurs puissent savoir en temps réel quels membres ont visionné la même vidéo.

(2) Si les utilisateurs non enregistrés peuvent visionner la plupart des vidéos présentes sur le site, les utilisateurs enregistrés peuvent en outre télécharger vers le serveur ("uploader") un nombre illimité de séquences. Tous sont tenus de respecter les conditions générales d'utilisation des services de YouTube³.

* Erik Valgaeren est inscrit aux barreaux de Bruxelles et de New York et est associé au sein du groupe Technologie, médias et télécoms (TMT) de Stibbe. Nicolas Roland est inscrit au barreau de Bruxelles et est un collaborateur du groupe TMT de Stibbe. Tous deux exercent principalement à Bruxelles.

1) D. O'Brien et B. Fitzgerald, "Digital copyright law in a YouTube world" ("Le droit du copyright numérique dans le monde de YouTube"), *Internet Law Bulletin* 9, 2006 (pp. 71-74), disponible sur <http://eprints.qut.edu.au/>

2) YouTube, *Broadcast Yourself*, <http://www.youtube.com/>

3) Les conditions d'utilisation sont disponibles sur <http://www.youtube.com/t/terms>

Selon les principes de fonctionnement de YouTube, les utilisateurs ne peuvent mettre des vidéos en ligne que s'ils disposent à cet égard d'une autorisation du détenteur du copyright et des personnes apparaissant à l'image. En outre, les utilisateurs ne sont pas autorisés à "uploader" des séquences qui comprendraient des contenus illicites ou des liens vers de tels contenus, ou qui constitueraient une infraction pénale (pornographie ou discours de haine, par exemple). De plus, certaines vidéos ne sont accessibles qu'aux utilisateurs de plus de 18 ans.

Tout utilisateur mettant des vidéos en ligne concède à YouTube une licence l'autorisant à diffuser et modifier ces séquences, du moins tant qu'il ne retire pas les vidéos du site.

Quelque 100 millions de séquences sont visionnées quotidiennement sur YouTube et environ 65 000 nouvelles vidéos sont mises en ligne toutes les 24 heures, ce qui en fait l'un des sites les plus visités au monde.

(3) Les sites du Web 2.0 dont le contenu est "créé par les utilisateurs", tels que YouTube, Wikipedia, MySpace⁴ ou Dailymotion⁵, diffèrent essentiellement à deux égards des fournisseurs de services en ligne traditionnels (ce qu'on appelle le "Web 1.0"). Tout d'abord, l'immense popularité des sites du Web 2.0 dont le contenu est créé par les utilisateurs est principalement due à la grande variété de contenus proposés sur ces sites et au partage de contenus. Les fournisseurs de services en ligne traditionnels, eux, s'attachent plutôt à assurer une connexion Internet, ou sont des sites de commerce électronique. Par ailleurs, les sites dont le contenu est créé par les utilisateurs ne se contentent pas de "transporter" l'information de façon passive. Ils sont nettement plus proactifs, encourageant leurs utilisateurs à partager des contenus créatifs, qu'il s'agisse de créations originales (comme les milliers de blogs de vidéos amateur créés par les adolescents au moyen de leurs webcams) ou de contenus protégés⁶.

1.2. La société

(4) La société a été créée au début de l'année 2005 par Chad Hurley et Steve Chen, deux anciens employés de Paypal (entreprise de commerce électronique permettant d'effectuer des paiements et des transferts d'argent par Internet). Son succès fulgurant, YouTube le doit pour beaucoup à la mise en ligne, par un utilisateur, d'une vidéo protégée reprenant un sketch diffusé à l'origine dans l'émission *Saturday Night Live*, "Lazy Sunday". Lorsque NBC demanda à YouTube de supprimer cette séquence, 5 millions de personnes l'avaient déjà visionnée et YouTube était devenu un phénomène dit viral⁷.

(5) En octobre-novembre 2006, Google annonçait la conclusion d'un accord en vue d'acquiescer la société pour la somme de 1,65 milliard USD en actions Google. Notons que Google a provisionné quelque 200 millions USD en actions pour faire face aux poursuites pour violation de copyright⁹.

2. Modèle économique

(6) Avant ce rachat par Google, le modèle économique de YouTube était déjà fondé sur la publicité : exposition aux bandeaux publicitaires (ou "display ads") et ratio de consultation par clic (ou "click-

4) <http://www.myspace.com/>

5) <http://www.dailymotion.fr/>

6) L. Holson, "Hollywood Asks You Tube: friend or foe?" ("Hollywood questionne YouTube : ami ou ennemi ?"), <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D0DEEDE1030F936A25752C0A9619C8B63>, 15 janvier 2007: "Nul ne sait précisément combien de vidéos provenant d'Hollywood ont été mises en ligne sur ce site sans l'accord des studios, mais les chercheurs et les dirigeants de médias estiment que ce pourcentage se situe entre 30 et 70%." Voir également les versions dérivées qui transforment la vidéo - comme le *mashup*, "un remix visuel, généralement une vidéo ou un site Web qui re-mixe et associe des contenus provenant de différentes sources pour produire une séquence nouvelle et créative", dans D. O'Brien et B. Fitzgerald, "Mashups, remixes and copyright law" ("Mashups, remix et droit du copyright"), *Internet Law Bulletin* 9, 2006, disponible sur <http://eprints.qut.edu.au/>

7) T. Krazit, "Google makes video play with You Tube buy" ("Google envisage le rachat de YouTube") 9 octobre 2006, http://www.news.com/Google+makes+video+play+with+You+Tube+buy/2100-1030_3-6124094.html ; A. Lomax, "NBC Changes YouTube's Channel" ("NBC demande à YouTube de changer de chaîne"), 21 février 2006, www.fool.com/investing/high-growth/2006/02/21/nbc-changes-youtubes-channel.aspx et I. Hardy, "The viral video online revolution" ("L'irrésistible révolution de la vidéo en ligne"), 26 mai 2006, http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/click_online/5020364.stm

8) D. Henninger, "It's Time to learn About YouTube" ("Il est temps d'en savoir plus sur YouTube"), 13 octobre 2006, *Wall Street Journal*, disponible sur : www.realclearpolitics.com/articles/2006/10/its_time_to_learn_about_youtub.html

9) D. Mac Cullagh et A. Broache, "YouTube may add to Google's copyright worries" ("YouTube pourrait accroître les ennuis de Google en matière de copyright"), 9 octobre 2006, http://www.news.com/YouTube+may+add+to+Googles+copyright+worries/2100-1030_3-6124149.html et G. Sandoval, "Universal sues MySpace for copyright violations" ("Universal poursuit MySpace pour violation de copyright"), 17 novembre 2006, http://news.com.com/Universal+sues+MySpace+for+copyright+violations/2100-1030_3-6136829.html

throughs”). Par conséquent, plus le nombre de visiteurs sur YouTube est grand, plus les recettes versées par les annonceurs sont importantes¹⁰.

Cependant, les frais de fonctionnement de YouTube sont élevés, notamment en raison de la largeur de bande requise. De ce fait, les commentateurs semblent dubitatifs quant à la viabilité du modèle économique de la société, à l’instar d’autres start-ups Internet¹¹.

(7) En août 2007, Google a lancé un nouveau format publicitaire sous forme de vidéo. Il s’agit d’une bande animée placée au bas de la fenêtre vidéo sur 20 % de sa hauteur, qui apparaît 15 secondes après le début de la vidéo¹².

3. Violation de copyright¹³

3.1. Introduction : le point de vue américain¹⁴

(8) Le paragraphe 106 de la loi américaine sur le copyright accorde aux détenteurs de copyright certains droits exclusifs, notamment celui de : (1) reproduire des œuvres protégées, (2) les distribuer, (3) réaliser des œuvres dérivées, (4) les diffuser en public et (5) les montrer en public¹⁵.

Comme on l’a signalé précédemment, YouTube a pour principe de supprimer les vidéos protégées par copyright après signalement par les ayants droit du contenu concerné¹⁶.

“Si vous détenez un copyright ou représentez un détenteur de copyright, et si vous jugez qu’une contribution d’utilisateur ou tout autre contenu porte atteinte à vos droits de copyright, vous pouvez nous adresser une déclaration nous le signalant, conformément au Digital Millennium Copyright Act (DMCA), en fournissant à notre responsable copyright les informations suivantes, par écrit (voir 17 U.S.C 512(c)(3) pour de plus amples informations”.

YouTube a toutefois été (vivement) critiqué pour son manque de vigilance dans le suivi de telles alertes.

(9) A l’instar d’autres sites Web proposant des vidéos, YouTube héberge quantité de séquences protégées. Celles-ci ont été mises en ligne par des utilisateurs de YouTube qui les ont copiées à partir de supports tels que des DVD ou d’autres sites Internet. Naturellement, les titulaires des droits de ces séquences entendent conserver le contrôle de leurs produits et les recettes que ces derniers sont susceptibles de générer. Les conditions d’utilisation de YouTube (6.D) affirment pourtant que “concernant les contributions d’utilisateurs, vous (c’est-à-dire tout utilisateur du service proposé par YouTube) vous engagez à ne mettre en ligne aucune vidéo soumise au secret commercial, protégée par copyright ou par les droits d’un tiers, notamment le droit à la protection de la vie privée et le droit à l’image, sauf si vous êtes le titulaire desdits droits ou si les ayants droit vous ont donné la permission

10) S. Gustin, “YouTube’s Got a Fat Idea of Itself” (“YouTube ne veut pas se vendre à n’importe quel prix”), *www.nypost.com*, 21 septembre 2006 et W. Davis, “Downloading a File of Copyright Woes: Google’s buyout of YouTube shows federal law still lags behind technology” (“Google hérite de nombreux problèmes de copyright : le rachat de YouTube montre que le droit fédéral a encore une longueur de retard sur la technologie”), *ABA Journal*, Mar. 2007, www.abajournal.com/magazine/downloading_a_file_of_copyright_woes/

11) G. Sandoval, “Analysts don’t like You Tube chances” (“Les analystes sont pessimistes quant aux perspectives de YouTube”), 2 octobre 2006, http://www.news.com/Analysts+dont+like+YouTubes+chances/2100-1030_3-6121902.html, G. Sandoval, “Is You Tube a flash in the pan?” (“YouTube, simple feu de paille ?”), 29 juin 2006, http://www.news.com/Is+YouTube+a+flash+in+the+pan/2100-1025_3-6089886.html et H. Green, “YouTube: waiting for the payoff: the Video-Sharing Web site is a runaway success- everywhere but on the bottom line” (“YouTube : en attendant la rentabilité ; le site de partage de vidéo est un succès fulgurant – sauf au niveau des bénéficiaires”), 18 septembre 2006, *Business Week*, disponible sur http://www.businessweek.com/magazine/content/06_38/b4001074.htm?chan=tc&chan=technology_technology+index+page_more+of+today’s+top+stories

12) M. Helft, “Google Aims to Make YouTube Profitable With Ads” (“Google entend rendre YouTube rentable grâce à la publicité”), <http://www.nytimes.com>, 22 août 2007 ; G. Sandoval, “YouTube tests 10-second ad format” (“YouTube teste un format publicitaire de 10 secondes”), <http://www.news.com/21+août+2007+et+G.+Sterling,+YouTube+Initiates+Monetization+Strategy+with+Transparent+Videos+Overlays> (“YouTube se lance dans une stratégie de monétisation avec des bandeaux vidéo transparents”), 21 août 2007, <http://searchengineland.com/070821-203841.php>

13) “Web 2.0: a challenging landscape for copyright” (“Le Web 2.0 : un environnement difficile pour le copyright”), http://www.foot-ansteys.co.uk/index.cfm/solicitors/News.Details/sectionzone_id/29/news_id/141

14) D. O’Brien, A. Fitzgerald et B. Fitzgerald, “Search engine liability for copyright infringement” (“Un moteur de recherche mis en cause pour violation de copyright”), mai 2007, <http://eprints.qut.edu.au/archive/00007883/01/7883.pdf>

15) <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

16) Conditions d’utilisation, disponibles sur <http://www.youtube.com/t/terms>

de mettre en ligne la contribution et d'accorder à YouTube l'ensemble des droits sous licence que vous déclarez concéder par les présentes."

(10) Il existe de réelles inquiétudes concernant l'avenir de YouTube : à moins de signer des accords avec les groupes de médias, ce qui permettrait à YouTube de diffuser des vidéos sans commettre de violations de copyright, le site risque de s'effondrer et de connaître ainsi un destin comparable au site de partage de musique Napster, en 2001¹⁷. YouTube a pour l'heure conclu quelques accords de distribution sous licence avec des géants des médias tels que les groupes Universal Music et Warner Music, ou la BBC¹⁸, en échange, semble-t-il, d'une partie des recettes issues de la publicité¹⁹.

Dans le même temps, les auteurs soulignent les différences fondamentales qui distinguent YouTube des modèles d'échange de fichiers musicaux en *peer-to-peer* : "Le mode opératoire de YouTube est différent des exemples d'innovations Internet sans lendemain tels que Napster ou Grokster, car il utilise un modèle de diffusion différent et est moins vulnérable aux violations, mais aussi parce que la société YouTube elle-même est plus encline à coopérer. En outre, à l'inverse de Napster et Grokster, les préjudices subis sont contrebalancés par les avantages fournis par YouTube aux détenteurs de copyright et au public²⁰."

Ces différences se révéleront peut-être d'une grande importance lors des futurs contentieux auxquels YouTube semble devoir être confronté (voir ci-après).

3.2. L'exonération refuge pour les fournisseurs américains de services Internet

(11) YouTube ne se considère pas comme un site de contenus piratés. La société affirme même que ses activités sont conformes aux normes générales "d'usage loyal" (*fair use*) et aux clauses d'exonération refuge (*safe harbor*) du paragraphe 512 du Digital Millennium Copyright Act (DMCA)²¹ adopté en 1998 par le congrès américain pour tenter de trouver un juste équilibre entre les intérêts concurrents des détenteurs d'œuvres protégées, des fournisseurs de services en ligne et des utilisateurs finaux²².

- 17) S. Schmidt, "What does YouTube know?" ("Que sait YouTube ?"), bulletin d'information du CASRIP, été 2007, volume 14, numéro 3, <http://www.law.washington.edu/Casrip>
- 18) BBC news, "BBC strikes Google-YouTube deal" ("La BBC conclut un accord avec Google-YouTube"), 2 mars 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6411017.stm> et "YouTube should check copyright" ("YouTube devrait assurer un contrôle de copyright"), 5 décembre 2006, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6209414.stm>
- 19) G. Sandoval, "NBC strikes deal with YouTube" ("NBC signe un accord avec YouTube"), 27 juin 2006, http://www.news.com/NBC+strikes+deal+with+YouTube/2100-1025_3-6088617.html ; C. Lombardi, "YouTube cuts three content deals" ("YouTube signe trois accords portant sur les contenus"), 9 octobre 2006, http://www.news.com/YouTube+cuts+three+content+deals/2100-1030_3-6123914.html , C. Gaither et D. Chmielewski, "Google Bets Big on Videos: the \$ 1,65 Billion Deal for Upstart YouTube Allows the Search Giant to Expand in a Hot Sector" ("Google mise gros sur la vidéo : en rachetant la start-up YouTube pour 1,65 milliards de dollars, le géant des moteurs de recherche étend ses activités à un secteur très en vogue"), 10 octobre 2006, *Los Angeles Times*, disponible sur http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/latimes/2006-10-10_latimes_google_youtube.pdf , et M. Lamitschnig et K. Delaney, "Media Titans Pressure YouTube Over Copyrights" ("Les géants des médias font pression sur YouTube sur la question des copyrights"), 14 octobre 2006, disponible sur http://online.wsj.com/public/article/SB116078549173392671-0SWZtBfenqTHGf9Y_19H1L8DaPU_20061021.html
- 20) M. Driscoll, "Will YouTube sail into the DMCA's Safe Harbor or sink for Internet Piracy?" ("YouTube va-t-il profiter de l'exonération refuge ou couler pour cause de piratage Internet ?"), 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 550 (2007), p. 551, disponible sur <http://www.jmripl.com/>
- 21) Le *Digital Millennium Copyright Act* : <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c105:H.R.2281.enr>: (Bibliothèque du Congrès), voir également <http://www.westga.edu/~distance/ojdla/winter14/diotalevi14.html> et le résumé du U.S. Copyright Office, 1^{er} décembre 1998 disponible sur <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, ainsi que le rapport du CRS (Center for Democracy & Technology) destiné au Congrès : "Safe Harbor for Service Providers Under the Digital Millennium Copyright Act" ("L'exonération refuge pour les fournisseurs de services selon le Digital Millennium Copyright Act"), CRS-1, (mis à jour le 9 janvier 2004), disponible sur <http://www.opencrs.cdt.org/getfile.php?rid=10647>
- 22) M. Driscoll, "Will YouTube sail into the DMCA's Safe Harbor or sink for Internet Piracy?", 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 550 (2007), p. 555, disponible sur <http://www.jmripl.com/>

(12) Le paragraphe 512 du DMCA aide les “fournisseurs de services”²³ (transporteurs d’informations²⁴, services de mise en cache²⁵, stockage de systèmes²⁶ et outils de localisation d’informations²⁷ à éviter les responsabilités (“immunité”) pour les violations de copyright commises par des tiers : il offre aux fournisseurs de services “innocents”²⁸ une exonération refuge et limite la possibilité de prononcer des mesures d’injonction en cas de violation directe, de la responsabilité du fait d’autrui²⁹ ou par complicité^{30 31 32}. Les exonérations refuge s’appliquant aux différents types de services sont bien distinctes les unes des autres³³.

Lors de son adoption, il n’était pas prévu que le DMCA s’applique aux services de partage de fichiers (blogs, *peer-to-peer* ou fichiers vidéo)³⁴. A cette époque, l’utilisation d’Internet était essentiellement limitée aux messages postés dans des groupes de discussion, aux sites de “chat”, aux e-mails et au commerce électronique. De notre point de vue, l’un des défis, dans le débat juridique qui entoure YouTube, tout comme les autres initiatives destinées à une “communauté” ou liées à des “contenus créés par les utilisateurs”, sera précisément de déterminer dans quelle mesure les différents régimes d’exonération refuge peuvent et/ou doivent être étendus à ces nouveaux types de services.

- 23) Un fournisseur de services est défini comme “une entité assurant la transmission, le routage, ou la fourniture de connexions à des fins de communications numériques en ligne, entre un ou plusieurs points spécifiés par un utilisateur, de données choisies par l'utilisateur, sans modification du contenu des données envoyées ou reçues”, article 512 (k) (1) (A).
- 24) Un fournisseur de services tombe sous le coup de l’exonération refuge pour “transport” lorsque son activité consiste à “transmettre, router, ou fournir les connexions à des fins de (...) ou pour cause de stockage intermédiaire et temporaire de ce contenu au cours de la transmission, du routage ou de la fourniture de connexions”, article 512 (a) ; les tribunaux interprètent le terme de “fournisseur de services” de façon très large : voir par exemple *Hendrickson contre Amazon.com*, 298 F. Supp. 2d, (CF Cal. 2003), dans M. Scott, “Safe Harbors under the Digital Millennium Copyright Act” (“L’exonération refuge dans le Digital Millennium Copyright Act”), *New York University School of Law*, 13 mars 2006 (p. 140), disponible sur http://www.law.nyu.edu/journals/legislation/articles/current_issue/NYL104.pdf
- 25) La mise en cache sur un système est le “stockage intermédiaire et temporaire de données sur un système ou un réseau contrôlé ou exploité par ou pour le fournisseur de service”, article 512 (b).
- 26) Le stockage de système est le “stockage sur instruction d’un utilisateur, de données se trouvant sur un système contrôlé ou exploité par ou pour le fournisseur de service (...)”, article 512 (c).
- 27) Ici, un outil de localisation d’informations “renvoie ou relie les utilisateurs à un site en ligne contenant des documents ou des activités illicites, en utilisant des outils de localisation de l’information, notamment un répertoire, un index, une référence, un pointeur ou un lien hypertexte (...)”, article 512 (d) – par exemple, Google ; voir également C. Walker, “Applications of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines”, (“Applications des clauses d’exonération refuge du DMCA aux moteurs de recherche”) (2004) 9 (2), *Virginia Journal of Law and Technology*, disponible sur http://www.vjolt.net/vol9/issue1/v9i1_a02-Walker.pdf
- 28) C. Manekshaw, “Liability of ISPs: Immunity from Liability under the Digital Millennium Copyright Act and the Communications Decency Act” (“La responsabilité des fournisseurs de services en ligne : l’immunité aux termes du Digital Millennium Copyright Act et du Communications Decency Act”), 13 mars 2006, disponible sur <http://www.smu.edu/csr/articles/2005/Fall/SMC103.pdf> (p. 114)
- 29) Selon la doctrine de la **responsabilité du fait d’autrui** (*vicarious liability*), un tiers peut être tenu responsable dès lors qu’il a le droit et la faculté de superviser l’activité non autorisée et possède un intérêt financier direct dans ces activités, voir D. O’Brien, A. Fitzgerald et B. Fitzgerald, “Search engine liability for copyright infringement”, mai 2007, <http://eprints.qut.edu.au/archive/00007883/01/7883.pdf>
- 30) Selon la doctrine de la **responsabilité par complicité** (*contributory infringement*), un tiers peut être tenu responsable de violation de copyright indirecte lorsqu’il a connaissance de l’activité non autorisée et qu’il incite, provoque ou contribue matériellement à des comportements non autorisés ; voir là encore D. O’Brien, A. Fitzgerald et B. Fitzgerald, “Search engine liability for copyright infringement”, mai 2007, <http://eprints.qut.edu.au/archive/00007883/01/7883.pdf> (p. 3) ;
- 31) Rapport du comité judiciaire du sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))
- 32) On notera par ailleurs que dans l’affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc contre Grokster Ltd* (545 US 913 (2005)), la Cour suprême des Etats-Unis a introduit en droit du copyright une forme *supplémentaire* de responsabilité d’un tiers : la **doctrine de l’incitation** (*inducement*). Selon cette dernière, la cour suprême a jugé que : “quiconque distribue un appareil en en promouvant une utilisation contrefaisante – ceci étant montré par des termes sans ambiguïté ou par tout autre acte positif entrepris pour favoriser la violation de copyright – peut être tenu responsable des actes de violation commis par des tiers qui en résultent.”, voir p. 8, Center for Democracy and Technology, “Interpreting Grokster: Limits on the Scope of Secondary Liability for Copyright Infringement” (“Interprétation du cas Grokster : les limites à l’application de la responsabilité secondaire pour la violation de copyright”), 2006 (juin), *Stanford Technology Law Review*, 3, http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/06_STLR_3 ; la décision et le dossier du tribunal sont consultables sur http://en.wikisource.org/wiki/MGM_Studios%2C_Inc._v._Grokster%2C_Ltd. Cette affaire a été critiquée comme témoignant d’un “débordement outrancier du pouvoir des tribunaux au détriment du Congrès. Elle marque le renversement d’une traditionnelle attitude de déférence envers le Congrès quant à la création de nouvelles formes de responsabilité pour la violation de copyright”, M. DRISCOLL, citant Lawrence Lessig, dans “Will YouTube sail into the DMCA’s Safe Harbor or sink for Internet Piracy?”, 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 557 (2007), p. 551, disponible sur <http://www.jmripl.com/>
- 33) Article 512 (l) ; voir également le rapport du comité judiciaire du sénat américain, 105-190 : “si un fournisseur de services peut prétendre à une limitation de responsabilité donnée, ceci n’a aucun impact sur la question de savoir s’il peut ou non prétendre à une limitation de sa responsabilité distincte, séparée, selon un autre paragraphe de l’article.”, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))
- 34) G. Sandoval, “Universal sues MySpace for copyright violations”, 17 novembre 2006, http://news.com.com/Universal+sues+MySpace+for+copyright+violations/2100-1030_3-6136829.html : “les rédacteurs du DMCA ont conçu cette loi avant l’apparition des technologies de partage de fichiers et de peer-to-peer.”

(13) Le DMCA donne aux tribunaux la possibilité de prononcer des injonctions et d'accorder des dommages et intérêts classiques, couvrant les dommages en eux-mêmes, les gains manqués et les frais d'avocat³⁵. Lorsque la violation a été commise sciemment, la loi prévoit que le tribunal peut accorder des dommages et intérêts forfaitaires se montant à 150 000 USD par violation³⁶.

(14) Tout prestataire de services souhaitant bénéficier des clauses d'exonération refuge doit répondre à une première série de trois critères définis dans l'article 512(i) du DMCA.

Tout d'abord, le prestataire doit avoir "adopté et raisonnablement mis en œuvre [...] une politique prévoyant la résiliation, lorsque les circonstances l'exigent, des abonnements et des comptes des utilisateurs du système ou du réseau du fournisseur de services qui sont des contrevenants récidivistes".

Par ailleurs, il doit montrer qu'il "se plie aux mesures techniques standard et ne leur porte pas atteinte". Celles-ci sont définies : il s'agit des mesures techniques adoptées "selon un large consensus par les détenteurs de copyright et les prestataires de services", disponibles dans des conditions raisonnables, et qui n'imposent pas de "dépenses substantielles au prestataire de services"³⁷.

Enfin, le prestataire de services doit "désigner [...] un agent pour recevoir les signalements déclarés de violation de copyright"³⁸.

Dès lors qu'ils satisfont à ces "critères initiaux", les fournisseurs de services doivent ensuite consulter les paragraphes concernant les prestations particulières qu'ils proposent, qui peuvent comporter des conditions supplémentaires.

(15) L'exonération refuge portant sur le "stockage de système" (*system storage*), prévue par l'article 512 (c) du DMCA, semble la plus adaptée aux sites Internet de partage de vidéos tels que YouTube.

Pour pouvoir prétendre à la protection de cette exonération refuge, une activité de stockage de système doit remplir, outre les trois critères minimaux cités ci-dessus, les conditions suivantes :

- (1) le prestataire ne doit pas avoir connaissance de l'activité illicite ;
- (2) si le prestataire a le droit et la faculté de contrôler l'activité illicite, il ne doit pas retirer un bénéfice financier directement imputable à l'activité non autorisée ;
- (3) s'il reçoit un signalement en bonne et due forme quant à l'existence d'une violation de copyright, le fournisseur de services doit promptement retirer le contenu en cause ou en bloquer l'accès.

Puisque YouTube semble remplir les trois premiers critères minimaux, nous allons examiner rapidement chacune de ces conditions supplémentaires.

(16) **Tout d'abord**, le prestataire ne doit pas "avoir une connaissance effective" de l'existence d'une telle violation. Il doit en outre s'assurer que la violation n'était pas "apparente"³⁹. Dans le cas contraire, il peut être tenu pour responsable.

En outre, un prestataire ayant une connaissance effective ou apparente d'une violation de copyright se produisant sur son site peut être amené à supporter la charge d'assurer une surveillance du site⁴⁰.

Toutefois, ni la connaissance effective, ni la connaissance apparente ne font l'objet d'une définition claire dans le paragraphe 512(c)(1)(A), ni même ailleurs dans l'article 512 ! Pour cerner ces termes, il apparaît donc nécessaire d'étudier la jurisprudence applicable.

35) 17 U.S.C. articles 502-5, disponibles sur <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#504>

36) 17 U.S.C. article 504 (c) (2), disponible sur <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#504>

37) Article 512 (i) (2) (A)-(C) et rapport du comité juridique du Sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

38) Article 512 (c) (2), disponible sur <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512>

39) Article 512 (c) (1) (A) (i).

40) Ce point semble jouer un rôle crucial dans l'action en justice *Viacom contre YouTube* : voir S. Schmidt, "What does YouTube know?", bulletin d'information du CASRIP, été 2007, volume 14, numéro 3, <http://www.law.washington.edu/Casrip>

(17) Le paragraphe 512(c)(3)(B) nous aide à déterminer la signification de la notion de "connaissance réelle", car il dispose que lorsqu'un signalement de violation de copyright ne répond pas de façon substantielle aux exigences énumérées dans le paragraphe 512(c)(3), il ne peut pas être pris en compte pour juger si le prestataire de services en a une connaissance effective⁴¹.

En outre, les éléments propres à chaque affaire entrent en ligne de compte pour déterminer si un fournisseur de services a ou non réellement connaissance d'une violation spécifique. Jusqu'à présent, pour décider que le seuil de connaissance effective était atteint, les tribunaux se sont par exemple fondés⁴² sur des documents internes mentionnant le contenu et l'activité non autorisés, ou sur l'existence de "guides" fournis par le prestataire de services pour expliquer comment enfreindre le copyright⁴³.

(18) Selon nous, il serait difficile d'invoquer la "connaissance effective" pour attaquer YouTube. Il faut plutôt s'attendre à ce que les détenteurs de copyright tentent de monter un dossier sur la base de la connaissance apparente ou présumée de l'activité non autorisée.

L'historique législatif du paragraphe 512 (c)(1)(A)(ii) propose de se fonder sur la réaction à une "alerte" (*red flag*) pour déterminer l'existence ou non de la connaissance apparente :

"(...) il n'est *pas* nécessaire qu'un fournisseur de services assure une surveillance de son service ou recherche des preuves positives de l'existence d'une activité non autorisée (*sauf* si cela correspond à une mesure technique standard définie au paragraphe (h)) pour prétendre bénéficier d'une limitation de sa responsabilité (ou de toute autre limitation prévue par la loi). Toutefois, dès lors que le fournisseur de services prend connaissance d'une "alerte" signalant l'existence d'une activité illicite, il ne pourra pas bénéficier de la limitation de responsabilité s'il omet de prendre des mesures⁴⁴."

(19) La connaissance générale de l'existence possible d'une activité non autorisée n'est toutefois pas suffisante pour répondre à l'exigence de connaissance apparente⁴⁵. Ainsi, dans l'affaire *Corbis contre Amazon*, Corbis a porté plainte contre Amazon pour violation de copyright, car certains de ses "vendeurs" commercialisaient des posters d'œuvres protégées appartenant à Corbis sur la plateforme "Marketplace" d'Amazon appelée "zShops"⁴⁶. Corbis n'a toutefois pas été en mesure de produire des preuves suffisantes pour montrer qu'Amazon avait connaissance de l'activité illicite.

(20) Le fait d'avoir conscience "qu'un type particulier d'articles pouvait facilement faire l'objet d'une violation" n'a pas été retenu comme une preuve de connaissance⁴⁷. En revanche, des preuves montrant que des utilisateurs discutent ouvertement de l'échange illicite d'œuvres protégées sur le système d'un fournisseur de services, quel qu'il soit, sont considérées comme un exemple d' "alerte" signalant une activité non autorisée⁴⁸.

41) Toutefois, "un signalement incomplet fourni à l'agent désigné peut être pris en compte pour évaluer si le prestataire de services a connaissance ou conscience des faits et des circonstances, (i) si le plaignant a fourni les informations requises concernant l'identification de l'œuvre protégée et l'identification du fichier présumé non autorisé, ainsi que des informations suffisantes pour permettre au prestataire de services de prendre contact avec le plaignant, et (ii) si le fournisseur de services ne tente pas promptement de contacter l'auteur du signalement, ou de prendre des mesures raisonnables pour l'assister dans l'exécution d'un signalement qui réponde de façon substantielle aux dispositions du paragraphe (3)(A). Si le fournisseur de services reçoit par la suite un signalement en bonne et due forme, les dispositions du paragraphe (1)(C) s'appliquent alors dès réception dudit signalement." : voir le rapport du comité judiciaire du sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

42) Voir S. Schmidt, "What does YouTube know?", bulletin d'information du CASRIP, été 2007, volume 14, numéro 3, <http://www.law.washington.edu/Casrip> et E. Brown, "51ste Anniversary Conference on developments in intellectual property law" ("Conférence du 51e anniversaire sur l'évolution du droit de la propriété intellectuelle"), THE JOHN MARSHALL LAW SCHOOL CENTER FOR INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 23 février 2007, disponible sur http://www.internetcases.com/archives/2007/02/jmls/2007-02-23_JMLS_YouTube_Handout.pdf ; également http://eric_goldman.tripod.com/resources/osliabilitycases.htm

43) Voir *A & M Records, Inc. contre Napster, Inc.*, avis accordant une injonction préliminaire, 114 F. Supp. 2d 896, 918 (N.D. Cal. 2000) pour partie confirmé, pour partie infirmé par *A & M Records, Inc. contre Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1021 (9th Cir. 2001), disponible sur <http://www.altlaw.org/>

44) Rapport du comité judiciaire du sénat américain, 105-190 ; disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

45) Voir *Corbis, Inc. contre Amazon.com*, 2004 WL 3092244 (W.D. Wash. 2004) ; http://eric_goldman.tripod.com/resources/osliabilitycases.htm

46) P. Sayer, "Corbis sues Amazon, others over image sales" ("Corbis attaque Amazon pour la vente d'images"), 2 juillet 2003, disponible sur http://www.infoworld.com/article/03/07/02/HNcorb_1.html

47) C. Manekshaw, "Liability of ISPs: Immunity from Liability under the Digital Millennium Copyright Act and the Communications Decency Act", 13 mars 2006, disponible sur <http://www.smu.edu/csr/articles/2005/Fall/SMC103.pdf> (p. 130)

48) Voir l'affaire *In re Aimster Copyright Litigation* 252 F.Supp.2d 634, 650 (N.D.Ill.,2002), jugement confirmé par *In re Aimster Copyright*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), tel que cité dans [http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster\(9C6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster(9C6-30-03).htm)

La connaissance apparente peut également être invoquée lorsqu'un fournisseur de services "ferme les yeux" sur les activités non autorisées se déroulant sur son site : "En droit du copyright, l'aveuglement volontaire équivaut à la connaissance"⁴⁹. Dans tous les cas, l'existence ou non d'une "alerte" est déterminée de façon objective, tandis que c'est la connaissance subjective des faits qui est prise en compte :

"(...) pour décider si ces faits ou ces circonstances constituent une 'alerte' – en d'autres termes, si l'activité non autorisée aurait été apparente aux yeux d'une personne raisonnable dans des circonstances identiques ou similaires – une norme objective doit être utilisée"⁵⁰.

(21) **En outre**, le fournisseur de services ne doit retirer aucun bénéfice financier lié à l'activité non autorisée⁵¹. Le législateur a recommandé aux tribunaux "d'adopter une approche de bon sens, fondée sur les faits, et non une approche formaliste" pour déterminer l'existence ou non d'un bénéfice financier⁵². Ce point pourrait être amené à évoluer, en fonction des faits en cause et de l'analyse détaillée des recettes.

Désormais, YouTube n'insère des publicités que sur les pages affichant des résultats de recherche ou comportant des contenus dûment autorisés. Dans ces circonstances, la société YouTube peut arguer du fait qu'elle ne retire aucun bénéfice financier de la présence de contenus non autorisés. Mais quelle serait sa défense si elle percevait des revenus publicitaires "sur le dos" de vidéos pirates présentes sur le site ?

(22) **Enfin**, pour bénéficier de l'exonération refuge, un fournisseur de services de stockage doit, après un signalement en bonne et due forme, prendre des mesures pour supprimer et bloquer les fichiers non autorisés⁵³.

(23) Dans le cas présent, chacun peut reconnaître que YouTube déploie tous ses efforts pour mettre en place des outils de protection efficaces dans le but d'aider les détenteurs de copyright à repérer les séquences mises en ligne qui pourraient nuire à leurs intérêts, et d'éviter que des copies de ces séquences soient remises en ligne après avoir été supprimées de YouTube. En outre, contrairement aux sites Grokster et Napster, les utilisateurs de YouTube ne sont pas autorisés à copier pour leur usage personnel les vidéos protégées mises en ligne.

(24) Toutefois, le détenteur de copyright n'est tenu par aucune obligation légale de prévenir par écrit l'agent désigné par le fournisseur de services avant d'entamer une procédure judiciaire⁵⁴. Par conséquent, en choisissant ou non de prévenir, le détenteur du copyright contrôle largement la possibilité pour le fournisseur de services d'être protégé par l'exonération refuge. De la même façon, un fournisseur de services n'est pas tenu de supprimer les fichiers illicites, même après avoir été prévenu de leur présence. Les conséquences de son inaction peuvent toutefois potentiellement lui coûter très cher, car il perd alors la possibilité de pouvoir bénéficier de l'exonération refuge et risque d'être tenu pleinement responsable de la violation de copyright...

49) In re Aimster Copyright, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), tel que cité dans [http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster\(9C6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/InReAimster(9C6-30-03).htm)

50) Rapport du comité judiciaire du Sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

51) Rapport du comité judiciaire du Sénat américain, 105-190 : "en règle générale, on considère qu'un fournisseur de services menant une activité légitime ne retire aucun bénéfice financier directement attribuable à l'activité non autorisée lorsque le contrefacteur lui a versé des sommes équivalentes à celles acquittées par les utilisateurs du service qui ne se sont pas rendus coupables de violation" ; disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

52) Rapport du comité judiciaire du Sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

53) Article 512 (c) (1) (C).

54) Rapport du comité judiciaire du Sénat américain, 105-190 : "Les détenteurs de copyright, quant à eux, ne sont pas tenus de signaler les violations présumées pour faire valoir leurs droits", disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

3.3. Exemples de plaintes pour violation : ^{55 56 57} le cas Viacom

(25) Le 13 mars 2007, Viacom, qui détient MTV, Nickelodeon et Comedy Central, a annoncé son intention de porter plainte contre YouTube devant le tribunal de première instance du district sud de New York pour "violation massive et intentionnelle de copyright"⁵⁸. Viacom a déclaré vouloir obtenir plus d'un milliard de dollars américains en dommages et intérêts, ainsi qu'une mesure d'injonction interdisant à YouTube de commettre d'autres violations de copyright, qu'elles le soient directement⁵⁹, par incitation, contribution ou du fait d'autrui⁶⁰.

(26) YouTube estime que le DMCA ne lui impose de retirer de son site les fichiers illicites qu'après avoir reçu une demande de suppression de la part d'un détenteur de copyright. YouTube affirme en outre fournir des *outils efficaces* pour venir en aide aux titulaires de copyright qui souhaiteraient voir retirer du site certains fichiers. Toutefois, les détenteurs de copyright ne sont pas pleinement satisfaits, car si YouTube ne supprime les fichiers protégés illicites qu'après avoir reçu un signalement, les mêmes vidéos risquent de se retrouver en ligne dans les quelques heures qui suivent. Ils perdent donc toute possibilité de contrôler la diffusion de leurs œuvres, mais aussi de conclure des accords portant sur la distribution électronique sous licence de ces dernières, dès lors qu'elles sont mises à disposition gratuitement via YouTube.

Viacom et les autres propriétaires de contenus ont par conséquent demandé à YouTube de prendre des mesures de prévention et de protection renforcées, telles que la mise en place d'une technologie de filtrage. Ils estiment aujourd'hui que YouTube n'a pas répondu de façon satisfaisante à leur requête.

(27) On ignore encore comment la justice traitera l'affaire Viacom, car diverses dispositions du DMCA n'ont pas encore été confrontées à la réalité des tribunaux⁶¹. Ainsi, l'article 512 ne précise pas si l'obligation qui incombe au fournisseur de services de supprimer les contenus non autorisés ou d'en bloquer l'accès, lui impose également d'assurer une surveillance de son site eu égard aux vidéos illicites. D'une manière générale, comme on l'a expliqué plus haut, le DMCA n'impose pas l'obligation aux prestataires de services de "faire la chasse" aux violations de copyright sur leur réseau ou leur système⁶² : "un fournisseur de services n'est pas tenu de rechercher les contenus illicites, mais il ne

- 55) Une première plainte a été déposée contre YouTube en juillet 2006 par Robert Tur, un photjournaliste californien qui estimait que ses vidéos faisaient l'objet d'une violation de copyright, notamment celle des violences commises à l'encontre de Reginald Dennis pendant les émeutes de 1992 à Los Angeles, G. Sandoval, "You Tube sued over copyright infringement", 18 juillet 2006, http://www.news.com/YouTube+sued+over+copyright+infringement/2100-1030_3-6095736.html et T. Brown, "YouTube hit with lawsuit" ("YouTube fait l'objet d'une plainte"), 20 juillet 2006, *Oakland Tribune*, disponible sur http://findarticles.com/p/articles/mi_qn4176/is_20060720/ai_n16674986. Le 20 juin 2007, le juge a rejeté les requêtes des deux parties qui demandaient des ordonnances en référé, car la requête de Robert Tur (qui estimait que YouTube ne pouvait prétendre à la protection de l'article 512 (c)) ne présentait pas les preuves requises montrant que YouTube avait le droit et la faculté de contrôler l'activité non autorisée. La requête de YouTube a également été rejetée, car "les preuves présentées devant le tribunal concernant le processus mis en œuvre par YouTube entre le moment où un utilisateur soumet une séquence vidéo et celui où elle est mise à disposition sur le site Web de YouTube sont insuffisantes"; J. Bickerton, "Court's DMCA interpretation everything for YouTube" ("Interprétation du DMCA par le tribunal - tout pour YouTube"), 26 juin 2007, disponible sur <http://www.uniquetracks.com/blog/intellectual-property/courts-dmca-interpretation-everything-for-youtube/>
- 56) YouTube doit également faire face à une action collective déposée le 4 mai 2007 par l'association anglaise de football de première ligue et par l'éditeur de musique Bourne auprès du tribunal de première instance du district sud de New York, avec le soutien de l'Association des ligues de football professionnelles européennes, la Fédération française de tennis (organisme en charge du tennis en France et organisateur, notamment, du tournoi de Roland-Garros) : voir Greg Sandoval, "Legal Troubles Mount for YouTube" ("Les ennuis juridiques s'accumulent pour YouTube"), 6 mai 2007, http://news.com.com/2100-1030_3-6181753.html; et "NBC lines up against YouTube in copyright case" ("NBC se joint à la plainte contre YouTube pour violation de copyright"), 6 mai, 2007, http://www.news.com/8301-10784_3-9716354-7.html, BBC News, "YouTube facing football lawsuit" ("YouTube confronté à une plainte des instances du football"), 4 mai 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6627135.stm>; voir également <http://www.youtubeclaimaction.com/>
- 57) Le chanteur Prince a récemment demandé à YouTube de supprimer quelques 2 000 vidéos de son site. Faute d'obtempérer, le site sera poursuivi, comme l'a annoncé Prince, 19 septembre 2007, http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/1003-Copyright-Infringement.htm
- 58) M. Helft et G. Fabrikant, "Viacom Sues Google over Video Clips on Its Sharing Web Site" ("Viacom attaque Google concernant des séquences sur son site de partage de vidéos"), *New York Times*, <http://www.nytimes.com/>, 14 mars 2007.
- 59) Ceci concerne la représentation en public, la présentation en public et la reproduction non autorisées des vidéos mises en ligne.
- 60) Voir la plainte de Viacom, International, et al. contre YouTube, LLC et Google, Inc., 2007 WL 775695 (S.D.N.Y. 2007) (No. 1:07CV02103) et les avis disponibles sur <http://www.viacom.com/NEWS/YouTube%20Litigation/default.aspx>, ainsi que E. MILLS, "Google denies Viacom copyright charges" ("Google rejette les accusations de Viacom en matière de copyright"), 1^{er} mai 2007, http://news.zdnet.com/2100-9588_22-6180387.html
- 61) M. Driscoll, "Will YouTube sail into the DMCA's Safe Harbor or sink for Internet Piracy?", 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 557 (2007), p. 551, disponible sur <http://www.jmripl.com> et W. Davis, "Downloading a File of Copyright Woes: Google's buyout of YouTube shows federal law still lags behind technology", *ABA Journal*, mars 2007, http://www.abajournal.com/magazine/downloading_a_file_of_copyright_woes/
- 62) Rapport du comité judiciaire du sénat américain, 105-190, disponible sur [http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1\(sr190\)](http://www.congress.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp105:FLD010:@1(sr190))

pourra pas bénéficier de l'exonération refuge s'il a fermé les yeux face à des 'alertes' signalant des violations manifestes".

Si le dispositif du fournisseur de services "permet des utilisations substantielles non contrefaisantes", de surcroît, la cour suprême a signalé qu'un tribunal "ne saurait constater une responsabilité par complicité pour la seule raison que le fournisseur de services n'aurait pas pris de mesures positives pour empêcher la violation⁶³".

Ces observations pourraient bien devenir centrales dans les débats à venir concernant les plaintes déposées contre YouTube, car les vidéos "maison" constituent encore l'essentiel de l'activité de YouTube.

3.4. La directive e-commerce

(28) Adoptée le 8 juin 2000, la "directive e-commerce" a été publiée au Journal officiel des Communautés européennes le 17 juillet 2000⁶⁴. Son objectif : faire en sorte que les services de la société de l'information bénéficient des principes de libre circulation des services et de liberté d'établissement en vigueur sur le marché intérieur. La directive limite la responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires lorsqu'ils ne remplissent qu'une fonction de transport⁶⁵, de "caching"⁶⁶ ou d'hébergement⁶⁷ d'informations⁶⁸. Elle n'impose en outre aucune obligation générale de surveiller les contenus ou les activités illicites dans le cadre de ces services⁶⁹.

Toutefois, pour profiter de cette protection, un hébergeur tel que YouTube doit supprimer le contenu non autorisé "promptement" dès lors qu'il en a connaissance ou qu'il lui a été signalé.

En d'autres termes, si YouTube était informé de la présence de fichiers non autorisés, mais ne les supprimait pas, la société pourrait être tenue responsable de violation de copyright, au même titre que l'utilisateur qui aurait mis en ligne les contenus⁷⁰.

- 63) Voir Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc contre Grokster, Ltd, 04-480 (2005), p. 22 ; disponible sur <http://www.altlaw.org/v1/cases/176963>. Un appareil permettant des usages substantiels non contrefaisants n'expose pas son concepteur à une responsabilité pour violation de copyright : Sony Corp. of Am. contre Universal City Studios, Inc., 464 U.S. (1984), également connue sous le nom "d'affaire Betamax", disponible sur http://en.wikisource.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios%2C_Inc
- 64) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>
- 65) Article 12 : "(...) en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services [n'est] pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :
- a) ne soit pas à l'origine de la transmission ;
 - b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et
 - c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission."
- 66) Article 13 : "(...) en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire [n'est] pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :
- a) le prestataire ne modifie pas l'information ;
 - b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;
 - c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;
 - d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et
 - e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible".
- 67) Article 14 : "(...) en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire [n'est] pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :
- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou
 - b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible".
- 68) Les outils de localisation d'informations n'ont pas été inclus expressément.
- 69) Article 15.
- 70) S. Holmes and P. Ganley, "User-generated content and the law" ("Les contenus créés par les utilisateurs et le droit"), *J.I.P.L.*, 2007 (2), n° 5, pp. 338- 344.

(29) La pertinence de ce régime de responsabilité fourni par la directive aux “intermédiaires” de ces nouveaux services et modèles économiques – y compris les plateformes de contenus créés par les utilisateurs et les outils de localisation de l’information – reste matière à débat. Toutefois, lors de la mise en œuvre des régimes de responsabilité limitée de la directive concernant l’hébergement, le “caching” et le simple transport, certains Etats membres de l’UE ont étendu ces régimes à de nouvelles formes d’intermédiaires tels que les moteurs de recherche, alors même que ces derniers n’étaient pas mentionnés explicitement dans la directive (Espagne, Portugal, Autriche et Liechtenstein)⁷¹.

(30) Les récentes affaires jugées en Europe confirment la nécessité d’une plus grande clarté sur la question. Dans un jugement⁷² en date du 13 juillet 2007, le tribunal de grande instance de Paris a reçu l’argument selon lequel *DailyMotion* est un hébergeur et non un éditeur de sites Web (les recettes publicitaires qu’il réalise n’étant pas une base suffisante pour le qualifier ainsi)⁷³, mais a jugé dans le même temps que *DailyMotion* pouvait être tenu responsable pour violation du droit d’auteur⁷⁴.

Dans les faits, le tribunal a considéré que la limitation de responsabilité ne pouvait s’appliquer, puisque *DailyMotion* était nécessairement informé des activités non autorisées qui se déroulaient sur son site. Le tribunal a donc invoqué les motifs suivants : “Attendu qu’il ne peut être sérieusement prétendu que la vocation de l’architecture et les moyens techniques mis en place par la société *DailyMotion* ne tendaient qu’à permettre à tout et à chacun de partager ses vidéos amateur avec ses amis ou la communauté des internautes selon l’option choisie, alors qu’ils visaient à démontrer une capacité à offrir à ladite communauté l’accès à tout type de vidéos sans distinction, tout en laissant le soin aux utilisateurs d’abonder le site dans des conditions telles qu’il était évident qu’ils le feraient avec des œuvres protégées par le droit d’auteur⁷⁵”.

Pour conclure, le tribunal a jugé que : “le succès de l’entreprise supposait nécessairement la diffusion d’œuvres connues du public, seules de nature à accroître l’audience et à assurer corrélativement des recettes publicitaires. (...) *DailyMotion* doit être considérée comme ayant connaissance à tout le moins de faits et de circonstances laissant à penser que des vidéos illicites sont mises en ligne”.

Le tribunal a en outre estimé que les activités illicites des utilisateurs sur la plateforme étaient “incitées” par la société *DailyMotion* elle-même : “Attendu que force est de constater que la société *DailyMotion* n’a mis en œuvre aucun moyen propre à rendre impossible l’accès au film ‘Joyeux Noël’, ... alors qu’il lui incombe de procéder à un contrôle a priori⁷⁶”.

Ce jugement soulève quelques questions intéressantes. Tout d’abord, la prise en compte de la “connaissance” pour refuser la limitation de la responsabilité évoque les dispositions du paragraphe 512 du DMCA (voir plus haut). Le tribunal ne constate toutefois pas une “connaissance effective”, mais applique un concept de connaissance “apparente” ou “présumée”. Lorsque l’on analyse le fondement de cette connaissance “apparente” ou “présumée”, il semble néanmoins que le tribunal se réfère à un niveau de connaissance très général, estimant que le succès du site ne peut s’expliquer que si l’on admet qu’il doit contenir des contenus illicites. Il est improbable que ce type de “connaissance” puisse être considéré comme une “connaissance apparente” au sens du DMCA, mais il est plus improbable encore d’imaginer qu’il puisse être retenu comme une “connaissance effective”, critère requis par l’article 14 de la directive en matière d’hébergement. Par ailleurs, tout en admettant qu’aucune obligation générale de rechercher les contenus illicites n’incombe aux intermédiaires, le tribunal estime que *DailyMotion* a “incité” les utilisateurs à présenter des contenus non autorisés sur ses sites en omettant de prendre des mesures adaptées pour opérer une vérification a priori. Nous comprenons mal sur quelle base le tribunal peut en conclure que *DailyMotion* est soumis à une obligation “de procéder à un contrôle a priori”.

(31) En outre, le président du tribunal de grande instance de Paris a estimé, dans une ordonnance de référé en date du 22 juin 2007⁷⁷ (soit quelques semaines avant le jugement concernant *Daily-*

71) Commission européenne, premier rapport sur la mise en œuvre de la Directive 2000/31/CE, COM (2003), 702 final, 21 novembre 2003, p. 13 et suivantes.

72) Jugement sur le fond, et non ordonnance en référé.

73) “Et non un éditeur de contenus”, comme l’affirmaient les plaignants.

74) B. Splitz, “Dailymotion: a ‘hosting provider’ liable for copyright infringement” (“Dailymotion : un hébergeur responsable de violation de copyright”), 18 juillet 2007, disponible avec le jugement sur <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=949> et <http://www.legalis.net/> ; voir également <http://www.copyrightfrance.blogspot.com/>

75) Jugement, p. 6, paragraphe 4.

76) Idem, p. 7 paragraphe 1.

77) B. Splitz, “The Buttock’ sues MySpace for copyright infringement” (“The Buttock’ attaque MySpace pour violation de copyright”), 11 juillet 2007, disponible sur <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=942> et <http://www.legalis.net/>

Motion), que *MySpace*, en dépit de sa qualité d'hébergeur, joue aussi le rôle d'**éditeur** (cette fois principalement sur la base de ses revenus publicitaires) et peut par conséquent être tenu responsable de violation de droits d'auteur sur son site.

(32) A la lecture de ces jugements, on ne peut s'empêcher de noter que dans ce domaine du droit, le tribunal tâtonne, lui aussi. En réalité, il semble qu'il applique un raisonnement "à rebours", en partant de la conviction que le fournisseur de plateforme doit être tenu pour responsable (ce qui semble se justifier davantage dès lors qu'il retire des recettes de son activité) et en façonnant ensuite un raisonnement "légal" pour démontrer sa responsabilité. Ce type d'approche, associé à un manque de cohérence dans les décisions et aux différences de mise en œuvre de la directive dans les différents Etats membres de l'UE, n'est pas un facteur de sécurité juridique. Un réexamen de la directive e-commerce est actuellement en cours conformément à l'article 21 de la directive. Nous espérons que ce réexamen apportera des éclaircissements quant à la responsabilité des fournisseurs de services. Dans l'idéal, on peut également souhaiter qu'il fournisse la base d'un futur code de conduite homogène, qui offrira un équilibre entre les intérêts des différentes parties prenantes – utilisateurs, intermédiaires/fournisseurs de plateformes et détenteurs de copyright.

3.4. Utilisation du filtrage par empreinte acoustique et de l'outil "Claim your Content"

(33) YouTube semble envisager actuellement d'autres possibilités et moyens technologiques qui permettront le filtrage et/ou l'identification des contenus illicites. En octobre 2006, YouTube a annoncé la conclusion d'accords avec des créateurs de contenus "de poids" en vue d'utiliser des logiciels anti-piratage faisant appel à une technologie de signature audio. Selon YouTube, cette technologie assurerait la détection des vidéos de mauvaise qualité qui sont des copies d'œuvres protégées et leur suppression du site⁷⁸. Le 16 avril 2007, le PDG de Google annonçait que YouTube était à deux pas de finaliser un système de filtrage des contenus qui empêcherait la mise en ligne de contenus protégés, un filtre baptisé "Claim Your Content"⁷⁹ ("revendiquez votre contenu"). Il devrait être opérationnel fin septembre ou un peu plus tard cet automne⁸⁰.

(34) La mise en œuvre de telles technologies dans ce service serait évidemment bien accueillie par les détenteurs de copyright. Toutefois, on peut se demander s'il est raisonnable de soumettre aussi les fournisseurs de services à une obligation générale d'utiliser de telles technologies et, ce qui serait plus onéreux encore, d'en supporter le coût. Une récente décision du tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi estimé que le fournisseur belge d'accès à Internet Scarlet devait avoir recours au blocage du partage de fichiers illégaux sur son réseau⁸¹. Il a donné six mois à l'entreprise pour mettre en place, à ses frais, une technologie empêchant ses clients de partager de la musique et des vidéos piratées. Ce faisant, le tribunal a même rejeté les inquiétudes de l'expert désigné par le tribunal, qui soulignait pourtant qu'il n'existait sans doute aucune solution technologique parfaitement "infaillible". Le fait que ces systèmes aient un effet trop global ou puisse entraîner un coût significatif (évalué à 0,5 euro par mois et par utilisateur), n'a pas empêché le tribunal d'imposer ces mesures.

78) A. Veiga, "Anti-piracy system could hurt YouTube" ("Les systèmes anti-piratage pourraient nuire à YouTube"), 12 octobre 2006, <http://www.msnbc.msn.com/id/15240348/>

79) G. Sandoval, "Schmidt says YouTube 'very close' to filtering system" ("Schmidt affirme que YouTube est 'tout près' d'adopter un système de filtrage"), 16 avril 2007, http://www.news.com/Schmidt+says+YouTube+very+close+to+filtering+system/2100-1026_3-6176601.html ; E. Mills, "Google denies Viacom copyright charges" ("Google réfute les accusations de violation de copyright de Viacom", 1^{er} mai 2007, http://news.zdnet.com/2100-9588_22-6180387.html ; et E. Auchard, "Google sees video anti-piracy tools as priority" ("Google juge que les outils anti-piratage appliqués à la vidéo sont une priorité"), 22 février 2007, <http://uk.reuters.com/article/technologyNews/idUKN2136690720070222>

80) OUT-Law News, "YouTube says content will be filtered this year" ("YouTube annonce que ses contenus seront filtrés dès cette année"), 1^{er} août 2007, <http://www.out-law.com/page-8338>

81) Sabam contre Scarlet, tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, <http://www.sabam.be/>

4. Droit à l'information, libertés d'expression et de parole

(35) L'accès à YouTube a été bloqué dans plusieurs pays, tels que le Brésil⁸², l'Iran⁸³, le Maroc⁸⁴, la Thaïlande⁸⁵ et la Turquie⁸⁶.

Des craintes ont été exprimées quant à la mise en danger des libertés d'expression et de parole. De telles mesures de réglementations – décisions d'interdiction – pourraient menacer la façon dont des millions de personnes échangent des informations, des nouvelles, des contenus de divertissement ou des formes d'expression politique et artistique. Beaucoup dénoncent cette politique, jugeant qu'il s'agit de "censure"⁸⁷.

(36) De nombreuses personnalités politiques réalisent des vidéos et s'en servent pour faire entendre leurs opinions en les mettant en ligne sur YouTube. Les candidats aux élections présidentielles américaines de 2008 utilisent ainsi YouTube comme un vecteur de leur campagne. Les électeurs peuvent facilement visionner les déclarations des candidats et réaliser leurs propres vidéos pour les soutenir ou critiquer – notamment dans le cas de Barack Obama et de Hillary Clinton⁸⁸.

Cette dimension inédite de l'usage de YouTube pourrait soulever de nouvelles questions – notamment celle de l'accès, tant pour les candidats que pour les citoyens, à de telles plateformes dans le cadre de l'exercice de leurs droits à la liberté de parole et d'information.

5. Conclusion

(37) Si YouTube et les sites "communautaires" similaires font l'objet, de façon croissante, de poursuites dénonçant des violations "massives" de copyright, certains commentateurs estiment que contrairement aux cas *Grokster* et *Napster*⁸⁹, YouTube et certaines des plateformes de même nature ont fait preuve d'un réel effort pour se conformer aux procédures de "signalement" et de "retrait", mais aussi pour mettre en place une procédure de résiliation d'accès frappant les contrevenants récidivistes⁹⁰.

- 82) Une ordonnance judiciaire a imposé la mise en place de filtres pour empêcher les utilisateurs d'accéder au site depuis le Brésil, "YouTube blocked after film insults Thai King" ("Blocage de YouTube en raison d'un film insultant pour le roi de Thaïlande"), 5 avril 2007, <http://www.timesonline.co.uk/tol/incomingFeeds/article1615724.ece> et BBC news, "Brazil model wins YouTube battle" ("Un mannequin brésilien gagne contre YouTube"), 5 janvier 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6233693.stm> ; et Reporters sans frontières, 9 janvier 2007, http://www.rsf.org/article.php3?id_article=20342
- 83) Dans une tentative de bloquer l'influence corruptrice des films et de la musique étrangers, Reporters sans frontières, 7 décembre 2006, http://www.rsf.org/article.php3?id_article=20016
- 84) Le 5 mai 2007, Maroc Telecom, détenu en partie par l'Etat marocain, a bloqué tout accès à YouTube, Reporters sans frontières, 30 mai 2007, http://www.rsf.org/article.php3?id_article=22322
- 85) Pour avoir laissé en ligne une vidéo insultante pour le roi de Thaïlande, "YouTube blocked after film insults Thai King", 5 avril 2007, <http://www.timesonline.co.uk/tol/incomingFeeds/article1615724.ece> et "YouTube clip removed after Thai protest" ("Une séquence supprimée du site de YouTube après les protestations de la Thaïlande"), http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech_and_web/the_web/article1617749.ece
- 86) Pour avoir laissé en ligne des vidéos insultantes pour les Turcs et pour Atatürk, le fondateur de la Turquie moderne, voir N. HINES, "YouTube banned in Turkey after video insults" ("YouTube interdit en Turquie en raison de vidéos insultantes"), 7 mars 2007, <http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/europe/article1483840.ece>, BBC news, "Turkish courts ban YouTube access" ("Les tribunaux turcs interdisent l'accès à YouTube"), 7 mars 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6427355.stm> et Reporters sans frontières, 20 septembre 2007, http://www.rsf.org/article.php3?id_article=23714
- 87) Voir par exemple la déclaration de Reporters sans frontières, (ainsi : "toute loi portant sur les flux d'informations en ligne doit être enracinée dans le droit à la liberté d'expression tel qu'il est défini dans l'article 19 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme"), disponible sur http://www.rsf.org/article.php3?id_article=14136
- 88) R. Lizza, "The YouTube election" (Les élections selon YouTube"), 20 août 2006, <http://www.nytimes.com/2006/08/20/weekinreview/20lizza.html?pagewanted=1&ei=5070&en=85390faf159305f2&ex=1190174400> ; "YouTube politics" (YouTube et la politique), 25 juin 2007, http://www.economist.com/world/na/displaystory.cfm?story_id=9392751 et J. Keen, "Websites Win Candidates' Praise: Young People Pushed Them to Get Online" ("Le Web a la cote auprès des candidats : les jeunes les ont poussés à passer en ligne"), 17 octobre 2006, *USA TODAY*, disponible sur http://www.usatoday.com/tech/news/2006-10-16-campaign-sites_x.htm
- 89) D. Wood, "The YouTube World Opens an Untamed Frontier for Copyright Law" ("L'univers de YouTube révèle des territoires inconnus en matière de droit de la propriété intellectuelle"), 18 décembre 2006, *Christian Science Monitor*, disponible sur <http://www.csmonitor.com/2006/1218/p01s03-usju.html> ; voir également le paragraphe "Comparison with Past Models" ("Comparaison avec les modèles du passé"), dans M. Driscoll, "Will YouTube sail into the DMCA's Safe Harbor or sink for Internet Piracy?", 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 550 (2007), p. 560, disponible sur <http://www.jmripl.com/>
- 90) Un contrevenant récidiviste est un utilisateur qui s'est vu aviser d'activités non autorisées plus de deux fois, et/ou dont les contributions ont été supprimées du site plus de deux fois.

Par conséquent, le modèle YouTube est "unique, dans la mesure où il offre des avantages aux détenteurs de copyright (par exemple via le partage des recettes publicitaires) et à la société dans son ensemble (en constituant un forum d'un nouveau type, par comparaison avec les méthodes traditionnelles de formation du grand public et de mobilisation de l'opinion⁹¹)⁹²".

(38) Outre les problèmes de copyright, d'autres questions importantes se présenteront nécessairement en lien avec les plateformes à contenus créés par les utilisateurs, telles que la protection de la vie privée, la discrimination et la diffamation... Le débat ne fait clairement que commencer⁹³ et il ne cessera de s'intensifier à l'avenir. Espérons que le réexamen en cours de la directive e-commerce apportera quelques éclaircissements sur certains de ces sujets.

91) La Maison Blanche a ainsi mis en ligne sur YouTube ses spots de prévention contre la drogue pour augmenter ses chances d'atteindre les publics jeunes, BBC New, "YouTube used for war on drugs" ("YouTube utilisé dans la lutte antidrogue"), 25 septembre 2006, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5378798.stm>

92) M. Driscoll, "Will YouTube sail into the DMCA's Safe Harbor or sink for Internet Piracy?", 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP., L. 550 (2007), p. 568, disponible sur <http://www.jmripl.com/>

93) R. Neff et K. Basin, "YouTube litigation: Google's tough DMCA tests" ("Litige à propos de YouTube : Google est confronté aux stricts critères du DMCA"), 22 août 2007, disponible sur <http://www.hollywoodreporter.com/>

La libération des droits d'auteur et le rôle des sociétés de gestion de droits d'auteur

Stefan Ventroni

Cabinet Poll Straßer Ventroni Feyock, Munich

1. La vidéo à la demande : définition et importance pour les accords de licence

Il existe dans les faits une grande variété de contrats de licence permettant d'exploiter des œuvres cinématographiques ; ils peuvent être conclus par diverses parties. Les producteurs de films signent souvent de tels contrats avec les distributeurs, qui accordent à leur tour une sous-licence à divers titulaires à des fins d'exploitation. Mais un producteur de film a également la possibilité de conclure des accords de licence directement avec ses partenaires d'exploitation. Quelle que soit la formule retenue, ces contrats de licence ont tous un point commun : ils doivent définir précisément les droits cédés. Pour le secteur cinématographique, caractérisé par une succession d'étapes d'exploitation (en salles, en vidéo, à la télévision, en vidéo à la demande), il est donc capital de connaître les formes d'exploitation consenties à chaque titulaire de droits et de déterminer la frontière entre utilisations acceptables et interdites. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne la vidéo à la demande (VoD), qui se trouve de façon croissante en concurrence avec les formes d'exploitation traditionnelles que sont la vidéo (le DVD) et la télévision.

Dans le même temps, la formule "vidéo à la demande" (VoD) est une expression toute faite qui n'est pas employée uniformément dans tout le secteur. Elle ne désigne pas la même réalité pour les techniciens et les entrepreneurs ; et elle a un sens encore différent pour les avocats. Tout concédant de licence qui octroie des droits pour la VoD sans définir précisément les types d'utilisations autorisés dans ce cadre, court le risque de voir le titulaire de la licence choisir un mode d'exploitation du film pour lequel le concédant lui-même ne possède pas les droits. A l'inverse, un titulaire de licence faisant l'acquisition de "droits VoD" insuffisamment détaillés, court le risque de ne pas avoir acheté les droits qu'il souhaitait réellement. C'est notamment le cas dans le cadre du droit allemand relatif au droit d'auteur, dans lequel le principe qui prévaut veut qu'en cas de doute, l'auteur de l'œuvre conserve le droit à tous les modes d'exploitation qui ne sont pas prévus explicitement par contrat.

En tant que conseillers juridiques, l'un de vous se risquerait-il par exemple à promettre à un fournisseur de télécommunication qui acquiert des "droits VoD" non spécifiés pour un film, qu'il peut mettre l'œuvre à disposition de ses clients via un boîtier décodeur pour un nombre de téléchargements illimité sur une période de 24 heures ? Ou : si une plateforme Internet a simplement acquis des "droits VoD" non spécifiés, est-elle autorisée à proposer le film à ses clients en streaming, ou peut-elle le proposer également en téléchargement ? Ces questions montrent combien il est essentiel de définir précisément le terme de VoD dans l'accord conclu, afin d'éviter tout litige entre les parties au contrat.

Ceci revêt une importance cruciale pour une autre raison : selon les utilisations précises couvertes par l'expression "vidéo à la demande" dans un accord, le titulaire de la licence peut être obligé de solliciter des licences supplémentaires auprès des autres ayants droit pour chaque type d'utilisation, en complément de la licence acquise auprès du premier concédant de licence. Ceci vaut pour la musique d'un film : selon le type d'utilisation, il y a lieu par exemple d'acquérir les droits de l'œuvre auprès d'une société de gestion de droits d'auteur (comme la GEMA en Allemagne), et/ou auprès de l'éditeur de musique.

En prenant pour exemple un modèle de contrat existant, j'aimerais donc vous montrer tout d'abord comment la "vidéo à la demande" peut être définie dans un contrat. Ainsi, dans son "accord de distribution internationale portant sur des droits multiples", l'IFTA¹ opère une distinction générale entre "droits Internet" et "droits relatifs au *pay-per-view* (paiement à la séance)", dans les termes suivants :

Définitions des droits Internet² :

Les droits Internet désignent l'exploitation d'un film par téléchargement en ligne ou par streaming. Les droits Internet ne comprennent aucune forme d'exploitation par *pay-per-view* (paiement à la séance), vidéo, télévision à péage ou télévision gratuite d'un film.

Le téléchargement en ligne désigne l'exploitation d'une copie numérique d'un film qui consiste à la rendre disponible sur le réseau World Wide Web d'Internet pour permettre sa transmission vers un ordinateur, afin d'y créer une copie numérique exacte de la copie du film et de conserver cette nouvelle copie numérique pour une période non éphémère dès que le processus de transmission initial est achevé. Le téléchargement en ligne ne désigne aucune forme de *streaming*. Le *streaming* désigne l'exploitation d'une copie numérique d'un film qui consiste à la rendre disponible sur le réseau World Wide Web d'Internet pour permettre le visionnage en continu de la copie du film sur un ordinateur sous forme de flux et de façon concomitante à la transmission de cette même copie du film via Internet, sans permettre toutefois la réalisation d'une nouvelle copie numérique, sauf pour une période éphémère, dans le but de faciliter ce visionnage. Le *streaming* ne désigne aucune forme de téléchargement en ligne.

Le *streaming*/téléchargement en ligne désigne l'exploitation d'une copie d'un film qui consiste à la rendre disponible sur le World Wide Web d'Internet tant à des fins de téléchargement en ligne que de *streaming*, de façon essentiellement simultanée.

Définitions des droits relatifs au *pay-per-view* (paiement à la séance)³ :

Le *pay-per-view* désigne l'exploitation d'un film par *pay-per-view* non résidentiel, *pay-per-view* résidentiel et visionnage à la demande. Le *pay-per-view* ne désigne aucune forme de télévision à péage ou de télévision gratuite, ni aucune forme d'exploitation consistant à mettre le film à disposition sur Internet.

Le *pay-per-view* résidentiel désigne la diffusion d'une copie d'un film au moyen d'un signal codé, aux fins d'une réception télévisée dans les foyers ou dans d'autres lieux de résidence permanents comparables, où le téléspectateur se voit facturer pour chaque visionnage le droit d'utiliser un décodeur pour assister à la diffusion du film à une heure définie par le radiodiffuseur.

Le *pay-per-view* non résidentiel désigne la diffusion d'une copie d'un film au moyen d'un signal codé, aux fins d'une réception télévisée dans les hôtels ou dans d'autres lieux de résidence temporaires comparables, où le téléspectateur se voit facturer pour chaque visionnage le droit d'utiliser un décodeur pour assister à la diffusion du film à une heure définie par le radiodiffuseur.

Le visionnage à la demande désigne la transmission d'une copie d'un film au moyen d'un signal codé, aux fins d'une réception télévisée dans les foyers ou dans d'autres lieux de résidence permanents comparables, où le téléspectateur se voit facturer pour chaque visionnage le droit d'utiliser un décodeur pour visionner le film à une heure qu'il définit lui-même.

2. Le rôle des sociétés de gestion des droits d'auteur

Il est temps d'aborder le rôle que jouent les sociétés de gestion de droits d'auteur dans la libération des droits relatifs aux films. La libération des droits dans le secteur cinématographique s'opère généralement en deux étapes :

Dans un premier temps, le producteur de l'œuvre acquiert les droits nécessaires à la réalisation et à l'exploitation du film. Pour ce faire, il doit conclure des accords avec toutes les parties prenantes à la création du film (par exemple : le réalisateur, le caméraman, les acteurs) ainsi qu'avec les titulaires des droits d'auteur dont les œuvres vont être utilisées dans le film (par exemple : l'auteur dont le roman va être adapté). Ces accords incluent généralement la concession des droits portant sur la VoD.

1) Independent Film & Television Alliance.

2) Partie G de l'annexe de définitions de l'IFTA.

3) Partie B de l'annexe de définitions de l'IFTA.

Dans une seconde étape, le producteur de l'œuvre cède à des tiers des droits sur le film qu'il a produit, à des fins de **distribution** ou d'**exploitation**. Lorsque les œuvres sont exploitées en Allemagne (ainsi que dans certains autres pays européens), la concession collective de droits sur la musique par les sociétés de gestion des droits d'auteur fait l'objet d'une procédure à part. Ceci doit être pris en compte dans la formulation de l'accord de licence du film.

La GEMA⁴, société de gestion de droits d'auteur chargée des œuvres musicales en Allemagne, se voit confier des droits exclusifs par ses membres (compositeurs, paroliers et éditeurs de musique), ce qui signifie que le compositeur, le parolier ou l'éditeur de musique ne peut plus concéder ces droits lui-même, de façon indépendante, à ceux qui souhaitent exploiter l'œuvre. Ceci est également valable lorsque la musique d'un film est utilisée dans le cadre d'une exploitation de l'œuvre en VoD. Par opposition avec les Etats-Unis, par exemple, où les compositeurs, paroliers et éditeurs de musique utilisent les sociétés de gestion de copyright (tels que la Harry Fox Agency) comme des "agents" et conservent la possibilité de concéder eux-mêmes des droits aux exploitants, ceci n'est pas possible en Allemagne dès lors que le compositeur, parolier ou éditeur de musique a mandaté la GEMA pour protéger ses droits en matière de vidéo à la demande. Rappelons ici que la GEMA est responsable à la fois des **droits de reproduction mécanique**⁵ et des **droits de représentation** liés à l'exploitation par VoD.

Les schémas qui suivent (2.1, 2.2 et 2.3) doivent être considérés à la lumière de ces éléments, tout comme les clauses portant sur les droits relatifs à la musique dans l'accord de distribution de l'IFTA (2.4).

Le schéma 2.1 montre le processus de libération des droits pour un **film allemand diffusé en salles**. Si une œuvre musicale préexistante (par exemple issue d'un CD édité) est utilisée dans le film, le producteur du film doit – en complément des droits revenant au directeur de la photographie, au réalisateur et aux autres créatifs impliqués dans la production du film – acquérir (a) ce que l'on nomme les "droits d'utilisation de l'enregistrement original"⁶ pour les enregistrements musicaux, auprès de chaque maison de disques et (b) ce que l'on appelle les "droits de synchronisation" concernant l'œuvre musicale (composition et paroles) contenue dans l'enregistrement, auprès de (des) l'auteur(s) ou de l'éditeur musical de ce(s) dernier(s). Le droit de synchronisation désigne le droit d'associer une œuvre musicale à des images filmées. Bien que les auteurs et les éditeurs transfèrent le droit de synchronisation à la GEMA dans le cadre de l'accord qu'ils signent en adhérant à cet organisme, ils peuvent le lui retirer pour des projets de films précis afin de pouvoir l'accorder à un producteur en négociant eux-mêmes le montant du transfert. Dans la plupart des cas, l'éditeur de musique fait usage de ce droit de retrait. Selon le droit allemand, le droit de synchronisation doit être distingué des droits d'**exploiter** les œuvres musicales au sein du film produit, par exemple via une projection publique dans un cinéma, une diffusion ou la fabrication d'un DVD et la distribution du film sur ce support. En raison du transfert exclusif de droits par les auteurs et les éditeurs à la GEMA, selon le processus décrit plus haut, les cinémas, les chaînes de télévision, les distributeurs vidéo et les plateformes de VoD ne peuvent acquérir les droits d'exploitation sur l'œuvre musicale dont ils ont besoin qu'auprès de la GEMA. Alors que le producteur du film, aux Etats-Unis, peut acheter tous les droits portant sur la musique utilisée dans un film – nécessaires à l'exploitation – directement auprès de l'auteur et/ou de l'éditeur de musique, et les transférer ensuite au distributeur ou aux exploitants (de salles de cinéma, de chaînes de télévision, etc.) (cf. schéma 2.3), ces derniers ne peuvent pas, en Allemagne, acquérir ces droits auprès de l'auteur ou de l'éditeur de musique.

Le schéma présenté en 2.2 montre le processus de libération des droits pour un **film allemand destiné à la télévision**. Il existe des différences par comparaison avec un film destiné à l'exploitation en salles : (a) les droits de synchronisation pour les productions propres aux chaînes de télévision ou

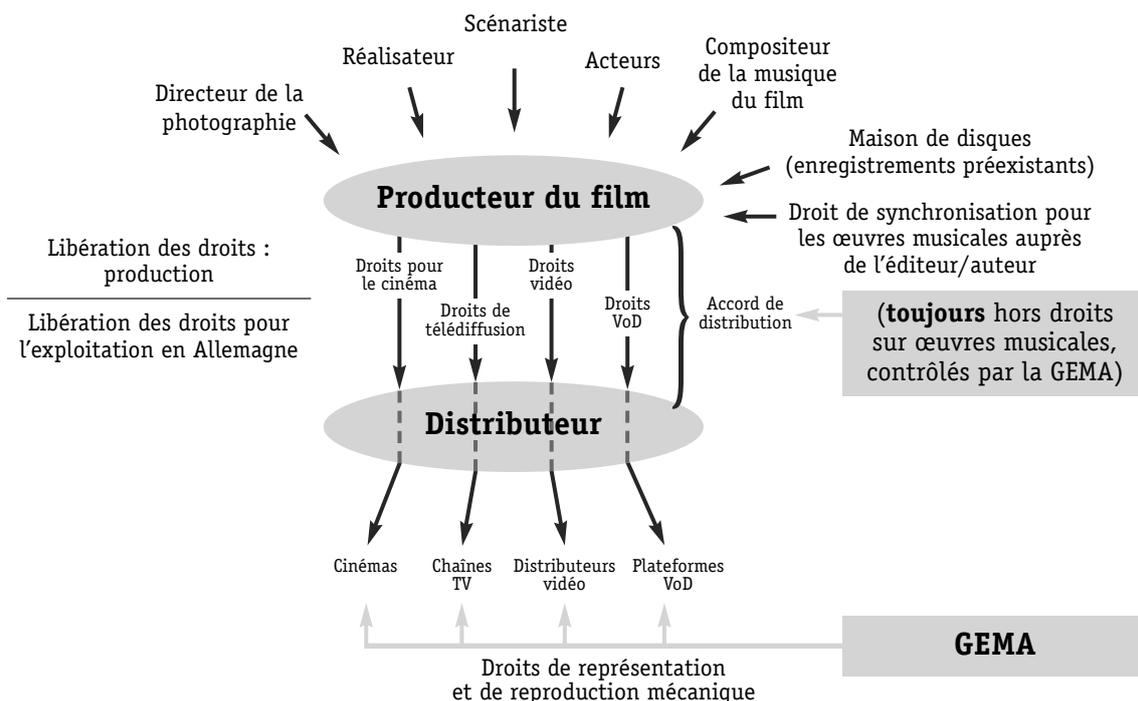
4) *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* (Société pour les droits d'exécution et de reproduction mécanique musicaux – GEMA), cf. <http://www.gema.de/>

5) Selon le glossaire de l'OMPI, les droits de reproduction mécanique sont "généralement considérés comme le droit de l'auteur à reproduire des œuvres littéraires, dramatiques ou musicales sous la forme d'enregistrements (documents sonores ou audiovisuels) produits mécaniquement, au sens le plus vaste du terme et y compris par des moyens électroacoustiques et électroniques. Les droits de reproduction mécanique relatifs à des œuvres musicales, avec ou sans texte d'accompagnement, sont généralement confiés à des sociétés de gestion de droits d'auteur ou à un autre organisme adapté. Certaines législations sur le droit d'auteur prévoient l'octroi obligatoire de licences aux producteurs de documents sonores d'œuvres musicales et des textes s'y rapportant".

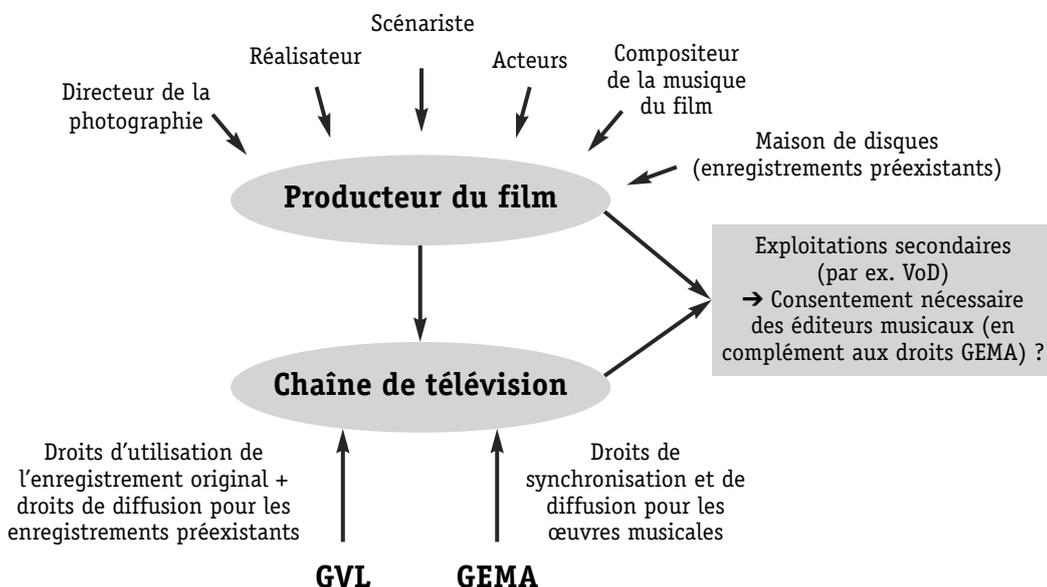
6) Les droits d'utilisation de l'enregistrement d'origine sont exigés pour exploiter des documents sonores enregistrés antérieurement que l'on ne possède ou contrôle pas. Ils ne peuvent être obtenus qu'auprès du détenteur des enregistrements d'origine, qui est généralement une maison de disques. Il est recommandé d'obtenir une licence pour l'utilisation des enregistrements d'origine auprès de leur propriétaire avant de solliciter une licence de reproduction mécanique. Voir : http://www.worldwideocr.com/Rights_Mechanical_FAQ.asp
Pour de plus amples informations sur les droits relatifs à la musique, consulter "Music Rights Primer" sur : <http://stevegordonlaw.com/MusicPrimer.doc>

commandées par ces dernières, ainsi que les droits pour la télédiffusion et pour toute autre forme d'exploitation sont accordés par la GEMA (en d'autres termes, l'éditeur musical/l'auteur ne peut pas, dans ce cas, retirer à la GEMA la gestion des droits de synchronisation) ; en outre (b), les droits d'utilisation de l'enregistrement original et les droits de radiodiffusion pour les enregistrements musicaux sont accordés par la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (Société pour l'exploitation des droits voisins – GVL) (en non par les maisons de disques). Dans le cas où ces productions destinées à la télévision sont exploitées en DVD ou proposées sur des plateformes de vidéo à la demande (exploitation secondaire), le droit allemand ne précise pas si ces modes d'exploitation secondaires requièrent ou non le consentement de l'auteur/de l'éditeur musical (et la Cour suprême allemande ne s'est pas encore prononcée sur cette question).

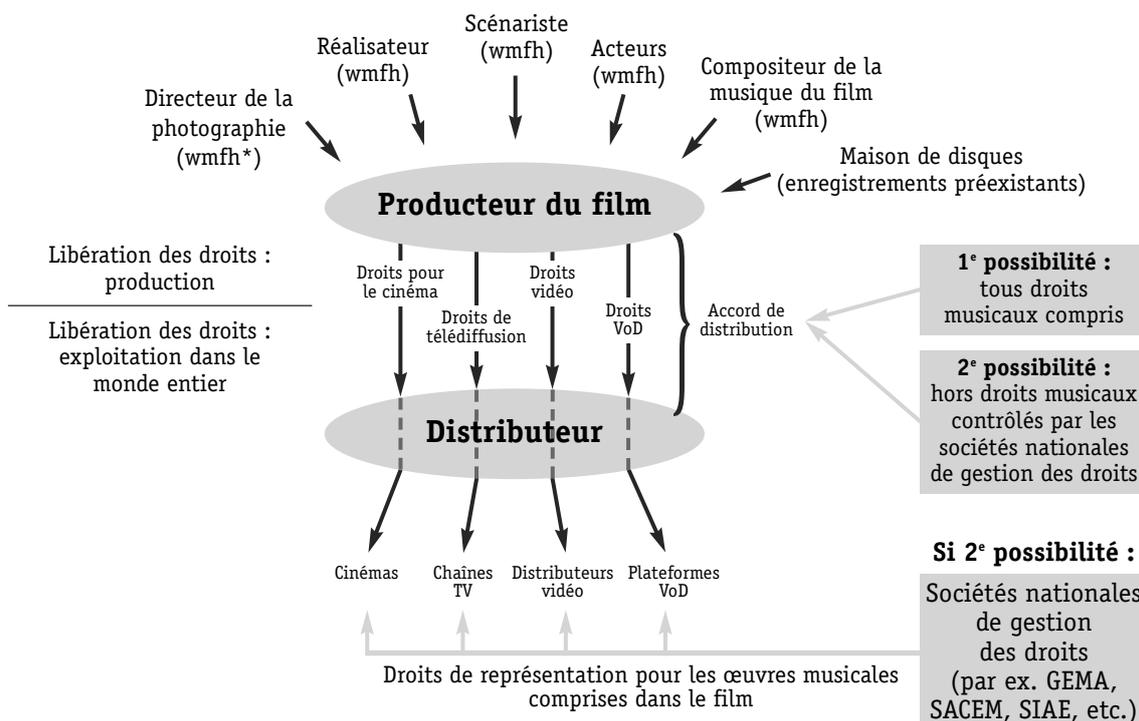
2.1 Production d'un film allemand (cinéma)



2.2 Production d'un film allemand (productions propres aux chaînes de télévision ou commandées par ces dernières)



2.3 Productions de films aux Etats-Unis



2.4 Les clauses de l'IFTA sur les droits musicaux :

Musique⁷

1.2. **Synchronisation** : le concédant de licence représente et certifie au distributeur qu'il contrôle tous les droits nécessaires à la synchronisation de la musique contenue dans le film, sur toutes les copies exploitées par le distributeur, sur l'ensemble du territoire considéré et pour la durée du présent accord. Le concédant de licence autorise le distributeur à exploiter lesdits droits de synchronisation sans frais en lien avec l'exploitation de son film. Le concédant de licence sera seul responsable de l'acquittement de tous les droits ou frais nécessaires à l'obtention et au contrôle de ces droits de synchronisation pour toute la durée du présent accord, et le concédant de licence exonère le distributeur de tout paiement à cet égard.

1.3. **Mécanique** : le concédant de licence représente et certifie au distributeur qu'il contrôle tous les droits nécessaires à la reproduction mécanique de la musique contenue dans le film, sur toutes les copies exploitées par le distributeur, sur l'ensemble du territoire considéré et pour la durée du présent accord. Le concédant de licence autorise le distributeur à exploiter lesdits droits de reproduction mécanique sans frais en lien avec l'exploitation du film. Le concédant de licence sera seul responsable de l'acquittement de tous les droits ou frais nécessaires à l'obtention et au contrôle de ces droits de reproduction mécanique pour toute la durée du présent accord, et le concédant de licence exonère le distributeur de tout paiement à cet égard ; *toutefois*, dans le cas où une société de gestion des droits de reproduction mécanique ou de droits d'auteur du territoire considéré refuserait d'honorer l'autorisation obtenue par le concédant de licence dans le pays d'origine du film, le distributeur sera alors seul responsable de l'acquittement de ces droits ou frais.

1.4. **Représentation** : le concédant de licence représente les droits de représentation non dramatique ("petits droits") de chaque composition musicale contenue dans le film et certifie au distributeur que lesdits droits sont : soit (i) dans le domaine public sur le territoire considéré ; soit (ii) contrôlés par le concédant de licence de façon suffisante pour permettre au distributeur d'exploiter les droits concédés sous licence sans avoir à payer des frais supplémentaires pour ce faire ; soit (iii) disponibles sous licence auprès de la (des) société(s) nationale(s)

*) wmfh = *work made for hire* (œuvre dont les droits sont attribués à l'employeur)

7) Disposition 13 du modèle d' "accord de distribution internationale portant sur des droits multiples" proposé par l'IFTA.

de gestion des droits de représentation dans le territoire considéré qui est affilié à la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC). Concernant la musique relevant de la catégorie (iii), le distributeur est alors seul responsable de l'obtention d'une licence pour exploiter lesdits droits de représentation auprès de (des) société(s) nationale(s) de gestion des droits de représentation.

3. La VoD et les "œuvres orphelines"

Il m'a également été demandé d'aborder rapidement le problème des œuvres orphelines, qui peut se poser notamment dans le cadre de l'exploitation sur Internet d'œuvres (cinématographiques) anciennes. Une œuvre orpheline est une œuvre protégée, pour laquelle il est difficile ou impossible de trouver et de contacter le ou les ayants droit. Certains pays – le Canada, par exemple – ont mis en place un système de licence obligatoire pour répondre à ce problème. Il permet à la Commission du droit d'auteur du Canada d'octroyer des licences portant sur l'utilisation d'œuvres éditées pour le compte des titulaires de droits impossibles à localiser. En Allemagne, la question des œuvres orphelines n'est pas abordée par la loi sur le droit d'auteur et est à peine effleurée dans les débats sur ces questions. La situation sera peut-être amenée à évoluer prochainement, car la Commission européenne examine d'ores et déjà le problème. Toutefois, tant que la loi allemande sur le droit d'auteur ne prévoit pas d'exonérations pour les œuvres orphelines, le risque d'avoir à verser une compensation pour l'utilisation sans licence d'œuvres protégées ne peut être évité autrement que par l'acquisition de licences auprès du titulaire des droits⁸.

8) Pour de plus amples informations sur les œuvres orphelines, cf. S. van Gompel, "Les archives audiovisuelles et l'incapacité à libérer les droits des œuvres orphelines", IRIS plus 2007-4, disponible sur : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.fr et F. J. Cabrera Blázquez, "A la recherche des ayants droit perdus : les œuvres audiovisuelles européennes et la liquidation des droits pour la vidéo à la demande", IRIS plus 2002-8, disponible sur : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2002.pdf.fr

Licence et chronologie des médias

Caroline Cichon
Bird & Bird, Munich

1. Actualité des services de vidéo à la demande

Le sigle VoD (*video on demand*, vidéo à la demande) est actuellement très à la mode, mais il était déjà bien connu dans les années 1990. La presse juridique et des médias avait annoncé que la VoD remplacerait bientôt la vidéo traditionnelle et le DVD et que cela allait modifier à brève échéance les contours du paysage audiovisuel¹. Or le boom attendu ne s'est pas produit. Il n'y avait pas encore d'infrastructure technique suffisante dans les foyers des consommateurs potentiels : l'accès Internet à haut débit était encore insuffisamment développé et les débits de données nécessaires pour la navigation n'étaient pas encore disponibles ; aussi le téléchargement d'un film complet revenait-il cher. Les habitudes des consommateurs ne s'étaient pas encore tournées vers la possibilité de regarder des films ailleurs que dans les cinémas ou devant leur téléviseur. De plus, l'éclatement de la bulle Internet, en 2000/2001, a fini par causer la faillite d'une énorme majorité de *startups* des nouvelles technologies, dont certaines avaient misé sur le développement des concepts de fourniture de vidéo à la demande.

Aujourd'hui, la situation a considérablement évolué. De nouveaux services comme Joost, Vuud et Zattoo, CinemaNow, Movielink et le service de téléchargement payant de BitTorrent, pour n'en citer que quelques-uns, ont commencé à commercialiser leurs offres (essentiellement aux Etats-Unis, dans un premier temps) et à conquérir leurs premiers utilisateurs. Cependant, la plupart de ces nouveaux services sont encore en phase de test et s'adressent exclusivement aux consommateurs nord-américains. De plus, tous proposent des interfaces d'utilisation différentes en termes de navigation, de logiciels nécessaires, etc., et tous doivent peiner pour gagner leurs clients potentiels et les persuader de se compliquer la vie en téléchargeant, en installant des logiciels et en apprenant à naviguer sur des plates-formes logicielles toujours nouvelles. En outre, la formule reste encore aujourd'hui aussi coûteuse que l'acquisition ou la location d'un DVD. Bien souvent, les services de téléchargement reviennent même plus cher que le DVD lui-même.

Les prestataires de ces nouveaux services rencontrent en effet un problème majeur. Celui-ci est lié à l'acquisition des droits nécessaires auprès des ayants droit par le biais d'accords de licence – notamment (i) pour les œuvres anciennes préexistantes² et (ii) dans un contexte transfrontalier – alors même qu'on ne parle pour l'instant que des USA.³ Pour éviter les contraintes, il est essentiel pour les fournisseurs de VoD que tout aspect non résolu en matière de droits et de faisabilité de l'acquisition des droits soit pris en charge avant le démarrage des services.

1) Voir par exemple Wandtke-Bullinger/Manegold, UrhR, 2^e édition, C.H.Beck, Munich, 2006, *vor* (avant) §§ 88ff, 4.

2) Voir le débat intitulé *long tail enemy #1* sur le site : http://www.longtail.com/the_long_tail/2007/04/long_tail_enemy.html

3) En ce qui concerne la musique, voir la Communication des griefs de la Commission européenne concernant la territorialité des iTunes Music Stores – affaire iTunes – et la Communication des griefs de la Commission européenne contre les contrats de représentation réciproques en matière de gestion collective des droits des sociétés de perception et de répartition – affaire CISAC. Voir Poll, *Grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikwerken in Europa - Weiterführende Überlegungen* (Licences transfrontalières des œuvres musicales en Europe – autres considérations), article du journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 2007, XXVII ; von Einem, *Auswirkungen der Empfehlung der EU-Kommission zur Rechtewahrung auf das System der Gegenseitigkeitsverträge* (Impact de la Recommandation de la Commission européenne en matière de gestion collective des droits dans le système des contrats de représentation réciproques), paru dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 2006, 647.

2. Portée des licences de vidéo à la demande

Pour décider des exigences que doivent remplir des licences opérationnelles incluant tous les droits voulus pour les services de vidéo à la demande, il convient d'abord de se faire une idée de ce qu'est exactement ce service.

2.1. La vidéo à la demande est-elle un type d'utilisation ?

La notion de "vidéo à la demande" n'est définie par aucun texte de loi ; la jurisprudence n'a pas encore apporté de réponse cohérente à ce sujet. L'industrie des loisirs elle-même n'emploie pas cette locution de manière cohérente.

2.1.1. Formes de la vidéo à la demande

Il est établi que ce que certains appellent la vidéo à la demande peut prendre diverses formes, que l'on peut classer selon les critères suivants :

- initiative du transfert des données (*push*, *pull* et services mixtes *push/pull*) ;
- type de transmission (services de flux continus et de téléchargement) ;
- niveau de l'influence de l'utilisateur sur le choix du contenu (à la demande, préprogrammé et service mixte, comme la *near VoD* et la baladodiffusion (*podcasting*)) ;
- le matériel employé (décodeurs, magnétoscopes en réseau, PC, dispositifs itinérants) ;
- infrastructure réseau employée (large bande/Internet ADSL, lignes téléphoniques, câble TV, numérique/analogique terrestre et diffusion par satellite, réseau électrique) ;
- technologie réseau employée (*Internet Protocol*, technologie point-à-point) ;
- sans oublier éventuellement bien d'autres critères possibles.

A ce jour, seuls quelques services ont émergé ; les expériences en cours reposent essentiellement sur la technologie réseau point-à-point, l'utilisation d'un ordinateur personnel comme périphérique terminal et l'offre à la demande ainsi que les services préprogrammés, tous deux proposés en téléchargement et en flux continu.

La notion de "à la demande" suggère que la VoD permet à l'utilisateur, d'une manière ou d'une autre, d'avoir au moins une influence minimale sur ce qu'il va regarder et à quel moment il va le faire. Par conséquent, la webdiffusion directe et le simulcast ne peuvent être raisonnablement considérés comme des formes de VoD, même si l'emploi du sigle par certains acteurs du secteur ne peut être exclu.

Etant donné que la distinction la plus couramment effectuée repose sur le type de transmission, à savoir les services de flux continus et de téléchargement, nous allons maintenant définir ces deux types et les principales formes sous lesquelles ils se manifestent :

- Le **flux continu** est généralement compris comme la transmission numérique de contenu proposant les œuvres au moment de leur transmission sans que cela résulte (intentionnellement) en la création d'une copie résiduelle ou fixe. C'est généralement la formule préférée des ayants droit car elle est perçue comme autorisant un usage moindre de l'œuvre concernée et comme étant la moins susceptible d'entraîner une utilisation non autorisée par les utilisateurs finaux (les clients).

Le flux continu peut prendre la forme de la diffusion directe et du simulcast, où le flux de données n'est retransmis qu'à un certain moment : dans le cas des **flux directs** (aussi appelés webdiffusion directe), le flux peut être capté simultanément avec la production directe des signaux audio et vidéo transmis (ce qui est comparable à la télévision en direct). Dans le cas du **simulcast**, le flux peut être capté simultanément à la diffusion traditionnelle (par satellite/par voie terrestre) du même contenu (direct ou préenregistré). Le flux continu peut également prendre la forme de la **lecture de flux à la carte** (comme par exemple les offres de musique en flux continu, les flux audio traditionnels, etc.) où les données transmises sont stockées sous forme de fichier sur le site web du prestataire et peuvent être écoutées (et rejouées) par les utilisateurs au moment de leur choix mais (sauf manipulation illégale) ne peuvent être ni enregistrées, ni sauvegardées, ni copiées d'une quelconque manière sur leurs propres périphériques.

La NVoD (*Near Video on demand*, quasi vidéo à la demande) est un "hybride" de ces deux principes, selon lequel les données transmises sont stockées sous forme de fichier sur le site web du service de diffusion, mais la transmission ne peut être déclenchée et/ou reprise par les utilisateurs finaux

au moment de leur choix ; elle commence à un certain nombre de points de départ prédéterminés qui sont toutefois relativement peu espacés de façon que l'utilisateur final ait une vraie possibilité de choisir le moment de la regarder sans avoir à attendre trop longtemps.

Pour les services de VoD fonctionnant **à la carte et sur abonnement**, c'est le plus souvent le modèle des flux qui est proposé (par exemple, Pro7Sat1's Maxdome⁴), mais bien sûr, les flux peuvent être proposés aux utilisateurs **gratuitement** pour ce qui est des contenus financés, par exemple, par la publicité ou à vocation promotionnelle.

- Le **téléchargement** est généralement compris et défini comme la transmission numérique de contenu de manière à créer volontairement une copie avec une durée de vie substantielle sur les périphériques des utilisateurs et à permettre à ceux-ci d'accéder librement au contenu à tout moment.

Les copies fournies *via* les services de téléchargement à la demande sont parfois **limitées dans le temps** moyennant le recours à un système de DRM (*digital rights management*, gestion numérique des droits). La durée pourra être, par exemple de 24 heures après le téléchargement (par exemple, en Allemagne, *Download-Leihe*, de T-Online Vision⁵), selon le modèle de la **location-téléchargement**. Il existe également des modèles dits **download-to-own** (téléchargement à des fins privées), aussi appelés **digital sell through** (vente numérique), qui permettent aux utilisateurs de télécharger une "copie permanente" de l'œuvre qui reste cependant (dans le cas de la plupart des services non pirates) pratiquement toujours assujettie à des limitations *via* DRM (par exemple, sur le nombre ou le type du périphérique de lecture utilisable (par exemple In2Movies en Allemagne⁶).

On parle également beaucoup des **services mixtes push/pull**, où le prestataire stocke sur le périphérique de l'utilisateur (par exemple, un décodeur) une sélection de contenus sous forme de copies limitées dans le temps ; encore une fois, l'utilisateur peut décider de ce qu'il va regarder et dispose d'une durée limitée pour ce faire.

2.1.2. Ergonomie de la notion de "vidéo à la demande" face aux questions de licence

La notion de "vidéo à la demande" implique seulement que l'utilisateur choisit ce qu'il regarde en envoyant un signal au prestataire du service, suite à quoi il réceptionne un certain contenu. Cela n'implique aucune restriction quant au canal de transmission (Internet, lignes téléphoniques, câble TV, réseau électrique, cellulaire, diffusion par voie terrestre ou par satellite...), au modèle économique sous-jacent (à la carte, abonnement, téléchargement de copie privée, gratuit...) ou à l'intensité de l'utilisation (flux, téléchargement limité dans le temps, téléchargement à des fins privées...).

Cependant, ce sont autant de facteurs d'importance eu égard à la question des licences : la technologie et les canaux de transmission ont une importance pour éviter les superpositions de licences qui déboucheraient sur d'énormes difficultés entre bénéficiaires d'une licence et la responsabilité potentielle de son détenteur (voir, par exemple, l'affaire DFL/Premiere/Arena⁷ en Allemagne sur la question des droits de "TV-IP" et de "TV-Broadcast"). Le modèle d'activité sous-jacent a une incidence sur les schémas de tarification des licences (généralement sous forme de recette ou de partage des profits des ventes ou des recettes publicitaires). L'intensité de l'utilisation est importante par rapport aux préoccupations toujours prédominantes de protection des ayants droit. En outre, en fonction des types d'utilisation licenciés, différentes entités peuvent avoir qualité de détenteurs de droits (sociétés de perception et de répartition, distributeurs, producteurs...).

De plus, la loi allemande sur les droits d'auteur (qui est applicable à l'exploitation des œuvres en Allemagne) stipule qu'en cas de doute quant à la portée de la licence (notamment pour ce qui est des types d'utilisation autorisés), l'interprétation doit se faire au désavantage du bénéficiaire de la licence pour que celle-ci n'englobe que sa signification la plus étroite et permette uniquement la réalisation de l'objectif contractuel (*Zweckübertragungsgrundsatz*).

4) www.maxdome.de

5) <http://vod.t-online.de/c/64/09/68/6409688.html>

6) <http://www.in2movies.de/in2movies/>

7) Arena/DFL faisait la distinction entre les "droits Internet" et les "droits de retransmission", tandis que DTAG/Premiere défendait l'idée que les "droits Internet" incluaient également toute transmission de signaux audiovisuels via "Internet Protocol" (TV-IP). Cela a provoqué un conflit portant sur les droits de transmission en direct des matches de football via IP ; voir *FAZ* (20 avril 2006) ; *epd Medien* n° 42 (24 avril 2006), p. 12 ; *FTD-Kompakt* (31 mai 2006), p. 5 ; Ory, *Sind Broadcast-TV und IP-TV unterschiedliche Nutzungsarten?* (TV Broadcast et TV-IP sont-ils des types d'utilisation différents ?), article paru dans le journal juridique *Kommunikation und Recht* (Communication et droit), KuR 2006, 303.

Ce principe est posé dans la section 31, paragraphe 5 de la loi allemande sur le droit d'auteur (*Urhebergesetz, UrhG*), qui prévoit que⁸ :

“Si les types d'utilisation auxquels s'étend le droit d'exploitation n'ont pas été spécifiquement désignés lors de l'octroi du droit, la portée du droit d'exploitation sera déterminée en rapport avec l'objectif poursuivi par l'octroi”.

Par conséquent, un bénéficiaire qui n'a pas très précisément spécifié l'utilisation prévue de l'œuvre concernée court le risque de ne pas avoir acquis les droits voulus dans la mesure où les tribunaux pourraient interpréter différemment, *a posteriori*, l'objectif du contrat”.

Par conséquent, par rapport à la question des licences, la vidéo à la demande n'est autre qu'un mot vide de sens, insuffisamment défini, voire même dangereux tant pour les bénéficiaires des licences que les ayants droit, si l'on tient compte des conséquences potentiellement préjudiciables de l'ambiguïté des contrats⁹.

En ce qui concerne les nouveaux contrats, il est donc souhaitable que toutes les parties intéressées définissent individuellement les droits d'exploitation accordés et les types d'utilisation autorisés dans chaque licence et pour tout service de vidéo à la demande, afin que tous les droits requis, et seulement ceux-ci, soient mentionnés. A cet effet, il est particulièrement conseillé de spécifier les détails techniques des fonctions prévues (par exemple, initiative de la transmission : *push* ou *pull*, téléchargement ou service de flux continu, limitations dans le temps ou autres restrictions DRM, etc.), ainsi que de prévoir toutes les extensions ultérieures concevables et/ou améliorations du service dans le cadre de l'objectif poursuivi par le contrat.

En ce qui concerne les contrats de licence existants, il reste important d'évaluer clairement si la formulation de la portée de la licence, en matière de types d'utilisation, autorise clairement les exploitations VoD ou pas¹⁰. Dans le cas contraire, il conviendrait d'éliminer le risque résiduel de n'avoir pas acquis les droits voulus en conduisant un processus de liquidation supplémentaire qui pourrait même remonter jusqu'aux auteurs d'origine et aux producteurs de l'œuvre.

2.2. Un nouveau type d'utilisation ?¹¹

En vertu du principe du pays de protection, la loi allemande sur les droits d'auteur s'applique aux règles d'exploitation des œuvres sur le territoire allemand. A ce jour, la loi allemande interdit l'octroi de droits d'exploitation pour les types d'utilisation non encore connus (section 31, paragraphe 4 de la *UrhG*) :

“L'octroi d'un droit d'exploitation pour les types d'utilisation non encore connus et toutes les obligations de cette nature sont sans effet juridique”.

Par conséquent, pour ce qui est des œuvres anciennes préexistantes, il est important de déterminer si un ayant droit présumé, par exemple un producteur de films, un distributeur ou un label discographique, détient effectivement les droits d'exploitation requis pour le type d'utilisation prévu (et

8) Note de l'éditeur : toutes les citations de la *UrhG* reposent sur la traduction fournie par le Bureau international de l'OMPI. Elles ont été actualisées par l'auteur afin de refléter les changements législatifs qui ont été introduits depuis lors à la loi allemande d'origine ; notamment la loi de renforcement des positions contractuelles des auteurs (*Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern*) et la loi de régulation des droits de propriété intellectuelle dans la société de l'information (*Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*).

9) Voir Wandtke-Bullinger/Manegold (l.c.), *vor* (avant) §§ 88 et suivants, 25 et 29 (usage phénotypique du terme).

10) Pour une décision favorable (rare) au bénéficiaire de la licence, voir *Oberlandesgericht München* (cour d'appel régionale de Munich), dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 1998, 365, où la VoD a été considérée comme contenue dans une autorisation de “droits audiovisuels” ; commentaire critique de Lauktien dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 1998, 369.

11) Note de l'éditeur : la seconde loi portant réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information, qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 2008, supprime l'article 31, paragraphe 4 *UrhG* en introduisant une disposition plus souple. Selon le nouvel article 31a *UrhG*, la cession contractuelle des droits, pour des systèmes d'exploitation encore inconnus au moment du contrat, devient possible si l'auteur ne fait pas usage de son droit d'opposition dans les trois mois suivant la notification par le détenteur de la licence de son intention d'utiliser l'œuvre dans un nouveau système d'exploitation. Ce droit d'opposition s'éteint aussi dans le cas où l'auteur et le détenteur de la licence s'accordent sur une compensation d'un montant approprié pour ladite utilisation. Le texte de la loi est disponible (en allemand) sur http://www.bmj.bund.de/files/-/2547/bgbl_urheberrecht.pdf, voir aussi Nicola Lamprecht-Weißenborn, [DE] Adoption de la “deuxième tranche” de la réforme du droit d'auteur, dans *IRIS* 2007-10 : 9, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/10/article15.fr.html>

par conséquent, s'il peut les céder), ou si les dits droits sont encore entre les mains des auteurs originaux/créateurs de l'œuvre (ce qui souvent, donne lieu à un processus de liquidation des droits nettement plus long et complexe).

Un "type d'utilisation", au sens de cette disposition, est toute forme tangible, techniquement et économiquement indépendante, d'utilisation d'une œuvre¹². Les textes juridiques allemands sont unanimes sur le fait que la VoD est un nouveau type d'utilisation. La situation est donc assez singulière dans la mesure où, nous l'avons déjà dit, le sigle VoD n'est pas assez précis quant au contenu concerné. En revanche, on peut soutenir ce point de vue si l'on se souvient que toutes les formes décrites de vidéo à la demande sont nouvelles par comparaison à des types d'utilisation existants.

En effet, si l'on classe toutes les formes décrites de vidéo à la demande comme de nouveaux types d'utilisation, c'est que toutes ouvrent de nouveaux marchés – par comparaison avec la location-vente classique de cassettes vidéo, le cinéma et les marchés télévisuels – dans la mesure où ce sont des modèles de diffusion numérique qui permettent aux consommateurs, sans quitter leur foyer, de regarder les films de leur choix au moment de leur choix¹³. Lorsque l'on compare les services de VoD avec les formes d'exploitation antérieures de contenus audiovisuels (cinéma, télévision payante ou gratuite, location-vente de vidéos/DVD), cela semble évident, par différence avec d'autres "nouvelles formes d'utilisation" que la jurisprudence a bel et bien considérées comme n'étant pas de "nouveaux types d'utilisation". Par exemple, le *Bundesgerichtshof* (la Cour fédérale de justice allemande) a statué dans une autre affaire que la radiodiffusion d'une émission de télévision *via* le câble et le satellite n'était pas constitutive d'un nouveau type d'utilisation par rapport à la radiodiffusion terrestre, mais seulement d'un canal de diffusion techniquement différent¹⁴. De même, le DVD, comparé à une cassette vidéo, n'était pas significativement différent et, par conséquent, ne constituait pas un nouveau type d'utilisation¹⁵.

Supposant que la VoD soit un nouveau type d'utilisation, la question est de savoir à quel moment il n'a plus pu être qualifié d'"inconnu" au sens de la section 31, paragraphe 4 de la UrhG. La Cour fédérale de justice a déjà statué dans une autre affaire que pour devenir un type d'utilisation "connu", il ne doit pas seulement être connu techniquement, mais il doit également être reconnu comme ayant une signification économique et substantiellement reconnaissable par rapport aux autres utilisations¹⁶.

Le moment exact où cela se produit reste un sujet de débat systématique dans la presse juridique allemande. Pour l'Allemagne, certains commentateurs le situent en 1995, d'autres en 1997, mais quoi qu'il en soit, tous sont d'accord pour estimer qu'à la fin de 2000 au plus tard, (avec le décollage des technologies numériques) les "utilisations de type VoD" étaient connues au sens de la disposition précitée¹⁷. Ce qui n'est pas encore clair, c'est si ce qui était alors considéré comme des "utilisations VoD" couvre l'ensemble des formes actuelles de la VoD (incluant notamment, la technologie *peer-to-peer*).

Dans tous les cas, les contrats de licence conclus avant 1995 ne peuvent pas être raisonnablement considérés comme incluant les droits nécessaires pour offrir des services de VoD. Par conséquent, les "droits de VoD" de ces films ne peuvent tout simplement pas être acquis auprès d'un distributeur international. En effet, le prestataire de services VoD doit lancer un processus de liquidation spécifique afin d'éviter que – en conséquence de la section 31, paragraphe 4, de la UrhG – des droits résiduels ne restent entre les mains des auteurs/producteurs.

12) *Bundesgerichtshof*, dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droit d'auteur), BGH GRUR 2005, 937, 939 – *Der Zauberberg* et références suivantes.

13) Voir Wandtke-Bullinger/Grunert (l.c.), § 31, 61-63 et 67 avec les prochaines références.

14) *Bundesgerichtshof* dans *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* (Liste des arrêts de la Cour fédérale de justice dans les affaires civiles), BGH BGHZ 133, 281 – *Klimbim*.

15) *Bundesgerichtshof*, dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droit d'auteur), BGH GRUR 2005, 937 – *Der Zauberberg*.

16) *Bundesgerichtshof*, dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droits d'auteur), BGH GRUR 1986, 62,65 – *GEMA-Vermutung I*; dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droits d'auteur), BGH GRUR 1995, 212 – *Videozweitauswertung III*; v. Gamm, *Urheber- und urhebervertragsrechtliche Probleme des 'digitalen Fernsehens'* (Droits d'auteurs et problèmes contractuels de la télévision numérique), article paru dans le journal juridique *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (Journal des droits d'auteur et de la loi des médias), ZUM 1994, 593 et références suivantes.

17) Voir Wandtke-Bullinger/Grunert (l.c.), § 31, 61-63 et 67 avec références suivantes; Ernst, *Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten* (Les problèmes de droits d'auteur avec le fonctionnement des services à la carte), paru dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droit d'auteur), GRUR 1997, 592, 596.

2.3. Droits d'exploitation pour la vidéo à la demande

La loi sur les droits d'auteur reconnaît un certain nombre d'utilisations qu'elle définit comme des "droits d'exploitation". A leur tour, ceux-ci peuvent englober plusieurs types d'utilisation et n'être qu'une partie de l'éventail des droits nécessaires pour permettre la mise en pratique d'une certaine utilisation. Par exemple, le droit d'exploitation en vue de la "distribution" autorise la vente de pochettes, de couvertures, etc. et donc, englobe plusieurs types d'utilisation, tandis que la vente d'un livre vendu avec une couverture nécessite au moins une licence couvrant les droits de reproduction et de distribution de l'œuvre concernée, qui sont deux "droits d'exploitation" différents.

Si l'on compare les utilisations de la vidéo à la demande à d'autres types d'utilisation afin de : (i) donner lieu à une interprétation de clauses de licence ambiguës ou (ii) déterminer si des dispositions spécifiques s'appliquent à des droits d'exploitation spécifiques (par exemple, le "principe d'exhaustion" s'applique – uniquement – au droit de distribution), il est intéressant de commencer par vérifier quels droits d'exploitation sont affectés par les utilisations de la vidéo à la demande.

2.3.1. Droits d'exploitation potentiellement concernés

Dans la loi allemande, les droits d'exploitation les plus pertinents par rapport aux utilisations de la vidéo à la demande sont décrits dans les sections 16, 17, 19a, 20, 20b et 44a de la UrhG :

Section 16 de la UrhG : droit de reproduction

(1) Le droit de reproduction est le droit de réaliser des copies de l'œuvre par quelque méthode que ce soit et dans une quantité indéterminée.

(2) La reproduction d'une œuvre est également constituée de la fixation de ladite œuvre sur des supports qui autorisent la communication répétée de séquences d'images ou de sons (supports d'enregistrement vidéo ou audio), par l'enregistrement d'une communication de l'œuvre sur un média vidéo ou audio, ou par le transfert de l'œuvre d'un support sur un autre.

Section 17 de la UrhG : droit de distribution

(1) Le droit de distribution est le droit d'offrir au public ou de mettre en circulation l'œuvre originale ou des copies de celle-ci.

(2) Si l'œuvre originale ou les copies ont été mises en circulation sur le territoire de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie de la Convention relative à l'Espace économique européen par le moyen de sa vente avec le consentement du détenteur du droit de distribution, la distribution de l'œuvre sera autorisée à l'exception de la location.

(3) Au sens des dispositions de cette loi, la location est la mise à disposition temporaire du droit d'utilisation dans le but de réaliser des profits directs ou indirects.

Section 19a de la UrhG : droit de mise à disposition/droit de communication au public

Le droit de mise à disposition/droit de communication au public est le droit de communiquer l'œuvre au public, avec ou sans câble, de manière à la rendre accessible aux membres du public dans les lieux et aux horaires de leur choix.

Section 20 de la UrhG : droit de radiodiffusion

Le droit de radiodiffusion est le droit de rendre une œuvre accessible au public par le biais de la radiodiffusion, comme la transmission radiophonique ou télévisuelle, par le biais d'un câble ou autre équipement technique similaire.

Section 20 de la UrhG : retransmission par câble

(1) le droit de retransmettre une œuvre diffusée dans le contexte d'une retransmission simultanée, non modifiée et non abrégée par le biais d'un câble ou d'un système à micro-ondes (retransmission par câble) ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition. Cela ne s'applique pas aux droits qu'une organisation de radiodiffusion exerce dans le cadre de ses transmissions.

(2) Si l'auteur a accordé le droit de retransmission par câble à une organisation de radiodiffusion ou au producteur d'un enregistrement audio ou d'un film, ladite organisation devra néanmoins s'acquitter d'une rémunération raisonnable pour la retransmission par câble. Le droit à rémunération ne pourra pas être abandonné. Il ne pourra qu'être assigné par avance à une société de perception et de répartition et ne pourra être exercé que par elle. Cette disposition ne pourra pas aller à l'encontre des accords collectifs ou des accords sur l'œuvre des organisations de radiodiffusion si l'auteur se voit accorder de ce fait une rémunération raisonnable pour chaque retransmission par câble.

Section 44a de la UrhG : actes transitoires de duplication

Les actes transitoires de duplication sont autorisés lorsqu'ils ne sont pas permanents ou qu'ils sont collatéraux et qu'ils représentent une partie intégrale et matérielle d'un processus technique dont l'objectif est uniquement de faciliter,

1. une transmission entre tierces parties dans le cadre d'un réseau par le biais d'un intermédiaire ; ou
2. une utilisation légitime d'une œuvre assujettie aux droits d'auteur ou aux droits voisins, qui sont dépourvus de pertinence commerciale indépendante.

2.3.2. Classification des différentes utilisations de la vidéo à la demande par rapport aux droits d'exploitation

2.3.2.1. Stockage de contenu sur le serveur

Le processus de stockage de contenu vidéo à la demande assujetti au droit d'auteur (films, productions télévisuelles, bandes-annonces, etc.) sur un serveur web constitue une reproduction au sens du droit de reproduction (section 16 de la UrhG allemande)¹⁸.

2.3.2.2. Processus de transmission

La classification du processus de transmission est plus délicate par rapport aux droits d'exploitation.

2.3.2.2.1 Modèles de téléchargement

En ce qui concerne les modèles de téléchargement de vidéo à la demande, le contenu choisi par le consommateur est généralement transmis à un moment et sur un lieu choisis par l'utilisateur. Par conséquent, actuellement, la transmission par téléchargement de contenus soumis au droit d'auteur est considérée de manière quasi unanime comme constitutive de mise à disposition/communication au public du dit contenu (section 19a de la UrhG)¹⁹. En revanche, cette classification peut ne pas convenir aux services *push*, qui stockent une copie permanente du contenu transmis sur le PC de l'utilisateur ou sur le disque dur d'un autre périphérique dans la mesure où, même si la transmission n'a pas lieu à l'initiative de l'utilisateur, mais à celle du prestataire, la transmission a tout de même lieu à un moment et un lieu choisis par l'utilisateur.

2.3.2.2.1 Modèles de flux

En ce qui concerne les modèles de **flux**, la littérature juridique fait état de l'actuelle controverse sur la question de savoir si, et sous quelle forme, ce type de transmission constitue de la radiodiffusion (section 20 de la UrhG), ou si et quand elle est constitutive de mise à disposition/communication au public (section 19a de la UrhG)²⁰.

Le **simulcast** peut assez aisément être reconnu comme de la retransmission par câble (section 20b de la UrhG) dans la mesure où il s'agit de la (re-)transmission d'une émission de télévision *via* le web qui a lieu simultanément avec la radiodiffusion traditionnelle par voie terrestre/câblée. De manière

18) Voir Wandtke-Bullinger/Heerma (l.c.), § 16, 10 ; Ernst, *Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten* (Problèmes de droits d'auteur avec le fonctionnement des services à la carte), paru dans le journal juridique *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (Propriété industrielle et droit d'auteur), GRUR 1997, 592.

19) Voir Wandtke-Bullinger/Bullinger (l.c.), § 19a, 25f.

20) Voir Wandtke-Bullinger/Bullinger (l.c.), § 19a, 19f. ; Dreier-Schulze/Dreier, *UrhG*, 2.Edition, C.H.Beck, Munich, 2006, § 20, 16.

comparable, le **webcasting live** (flux directs) peut être assez naturellement considéré comme de la radiodiffusion car son horaire de début est fixe et les utilisateurs ne connaissent généralement pas à l'avance les spécificités du contenu transmis (ce qui est bien normal du fait du direct).

Par différence, les services de **lecture de flux à la carte** sont plus difficiles à classer. D'une part, les utilisateurs ont une influence sur le moment du début de la transmission (ce qui fait qu'ils peuvent regarder le contenu choisi "sur le lieu et au moment de leur choix", conformément à la définition de la mise à disposition/communication au public) ; d'autre part, bien souvent, le contenu transmis consiste en des éléments préprogrammés de durée relativement importante pour lesquels l'utilisateur ne connaît pas au préalable leur composition ou l'organisation séquentielle de ses éléments. Par conséquent, le vécu de l'utilisateur ressemble plus à la radiodiffusion traditionnelle qu'à une vente numérique.

La loi allemande sur les droits d'auteur (UrhG) ne contient aucune définition spécifique de la "radiodiffusion" (au sens de sa section 20). Cela est dû au fait que, au moment de son adoption, le terme "radiodiffusion" n'englobait qu'un éventail restreint de formes de transmission (à savoir la transmission radiophonique et télévisuelle par voie terrestre) et que, de ce fait, il semblait suffisamment clair. Une définition n'était pas nécessaire²¹. Mais cette situation a beaucoup évolué au cours des années qui ont suivi : la convergence technique et économique a contribué au rapprochement continu des notions de radiodiffusion et de mise à disposition/communication au public²².

Cependant, la construction traditionnelle des sections 19a et 20 de la UrhG conduit à une définition de la radiodiffusion (au sens de la section 20 de la UrhG) en inversant la logique de la section 19a. Ainsi, la radiodiffusion est considérée comme une communication au public à un moment ne dépendant pas du choix de l'utilisateur, mais fixé par le diffuseur. Cette distinction entre la radiodiffusion, d'une part, et la mise à disposition/communication au public d'autre part, repose sur le concept traditionnel de "public synchrone"²³. Il s'agit là du concept couramment associé à la publicité (*gleichzeitige Öffentlichkeit*) avant l'avènement de l'Internet et de ses nouvelles possibilités de "communication individuelle de masse" qui ont fini par conduire à l'introduction des droits de mise à disposition/communication au public de la section 19a de la UrhG. En revanche, le concept (asynchrone) du "public" dans le cadre de la mise à disposition/communication au public de la section 19a de la UrhG est désormais considéré comme différent du "public" de la radiodiffusion de la section 20.

Afin de définir la radiodiffusion dans les réglementations allemandes relatives aux médias, comme par exemple dans les dispositions sur la protection des mineurs, le critère décisif retenu pour classer une transmission comme de la "radiodiffusion" est celui du "potentiel de formation de l'opinion publique"²⁴ plutôt que celui de l'initiateur du point de départ de la transmission. Il reste que dans la réglementation des médias, le concept de "radiodiffusion" ne doit pas nécessairement être le même que dans la loi sur les droits d'auteur. L'objectif de la réglementation des médias est de déterminer l'applicabilité de concepts d'ordre public tels que la protection des mineurs²⁵ ; cet objectif est différent de celui poursuivi par la loi sur les droits d'auteur. Il est donc raisonnable de supposer que le même terme pourrait être utilisé pour différents concepts.

Dans cette différenciation entre le droit de mise à disposition/communication au public et le droit de radiodiffusion, l'intention du législateur était de séparer les actes de communication de masse – avec leur utilisation d'éléments préprogrammés – des actes de communication interactive individuelle – avec leur exploitation plus intense d'œuvres spécifiques. Les deux concepts n'ont plus grand-chose à voir avec la notion "synchrone/asynchrone", mais plutôt avec le niveau d'interactivité – ou d'influence – que l'utilisateur entretient avec le contenu fourni.

En comparant cette visée législative avec les nouveaux modèles d'exploitation secondaire des émissions de télévision comme *Joost*, on se demande si cela établit réellement une différence avec la radiodiffusion, d'une part, et la mise à disposition/communication au public, d'autre part, dans le cas où des éléments non abrégés d'émissions de télévision sont proposés aux utilisateurs (après leur

21) Voir Möhring-Nicolini/Kroitsch, UrhG, 2. Edition, Verlag Franz Vahlen, Munich, 2000, § 20, 11.

22) Voir Dreier-Schulze/Dreier (l.c.), UrhG, § 20, 13 et suivants.

23) Voir Wandtke-Bullinger/Erhardt (l.c.), § 20-20b, 9.

24) *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande) dans *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts* (Liste des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale), BVerfGE 90, 60, 87 – *Rundfunkgebühr* (= 8. *Rundfunkurteil*).

25) Par exemple, le *Verwaltungsgericht München* (tribunal administratif de Munich) dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), VG München, MMR 2003, 292 (dans le contexte de l'éventualité de l'interdiction de la pornographie, la NVoD a été qualifiée de "radiodiffusion"), avec un commentaire de Palzer dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 2003, 295 (avec référence aux avis contradictoires).

radiodiffusion initiale) dans le cadre des offres de lecture en flux continu à la carte (c'est-à-dire à un moment choisi par l'utilisateur). Si une telle offre a lieu dans un délai raisonnable après le délai de radiodiffusion originale et que l'émission est proposée en référence à celle-ci, il semble évident que le caractère de l'offre passe de "radiodiffusion" à "mise à disposition/communication au public" du simple fait du décalage temporel. Après tout, sa nature de communication de masse ne change pas.

Une nouvelle approche pourrait donc consister à établir une distinction entre la radiodiffusion et la mise à disposition/communication au public en fonction du niveau d'interactivité que peut exercer l'utilisateur par rapport au contenu. Si l'utilisateur a un accès raisonnablement immédiat au contenu qu'il souhaite expressément regarder²⁶, on pourrait alors dire que le dit contenu est encapsulé et accessible interactivement par une commande individuelle de type *pull*. Cela pourrait alors militer en faveur de la mise à disposition de transmission plutôt qu'en faveur de la radiodiffusion, même si le prestataire détermine l'heure de la transmission, comme c'est le cas dans les offres de *Near VoD*. En revanche, dans les cas de la baladodiffusion (*podcasting*) ou des transmissions de type Joost, qui concernent des portions d'émissions de télévision avec de nombreux éléments non connus *a priori*, cette approche pencherait pour la radiodiffusion plutôt que pour la mise à disposition/communication au public. De plus, la probabilité de former l'opinion du public est nettement plus importante avec le contenu préprogrammé qui fait que les utilisateurs regardent ou écoutent ce qui leur est présenté sans effectuer de choix conscient.

Cependant, il convient de reconnaître que toute distinction qui irait dans le sens de l'assouplissement du strict critère de synchronicité entraînerait des problèmes avec les limitations des licences portant sur le "nombre admissible d'actes de radiodiffusion". Pour éviter qu'une licence de diffusion valable "cinq fois" n'expire immédiatement après la deuxième exploitation de l'émission dans Joost, il serait nécessaire de considérer tous les actes de transmission situés dans un délai raisonnable après le délai de radiodiffusion originale (en référence à laquelle ils sont proposés) comme "un seul acte de radiodiffusion".

En outre, une telle approche ne permet pas véritablement de traiter les questions de démarcation, qui sont un point d'achoppement de la classification traditionnelle de la radiodiffusion par rapport à la mise à disposition. Il peut devenir très difficile de décider de ce qu'est une œuvre encapsulée ou un contenu préprogrammé dans le cas de, par exemple, un long *medley* audiovisuel composé de plusieurs éléments d'œuvre.

Dans les modèles de **Near VoD**, l'utilisateur en sait généralement autant sur le contenu de l'élément recherché que dans le modèle de la **lecture de flux à la carte**. Par conséquent, si l'on applique l'approche précédente, peu importe que les points de départ des cycles de transmission soient fixes (par opposition au libre choix par le consommateur) tant qu'ils sont assez proches les uns des autres pour que l'utilisateur n'ait pas à attendre trop longtemps le début d'une transmission et donc, qu'il dispose d'un choix raisonnable à un instant donné sur "ce qu'il va regarder maintenant"²⁷.

2.3.2.3. Création d'une copie sur le périphérique terminal de l'utilisateur

Il ne fait aucun doute que le fichier numérique d'une œuvre transmise enregistré sur le périphérique terminal de l'utilisateur, créé au cours d'un téléchargement, est une reproduction au sens du droit de reproduction (section 16 UrhG). Par différence, la copie temporaire créée dans la mémoire RAM de l'ordinateur (ou tout aussi temporairement, dans la mémoire d'un décodeur) au cours d'une transmission en flux continu ne constitue qu'un acte transitoire de duplication au sens de la section 44a de la UrhG allemande.

3. Priorité dans la chaîne d'exploitation/chronologie des médias

La chronologie des médias est déterminée dans le cadre des dispositions qui stipulent qu'un certain délai doit s'écouler entre différents types d'exploitation d'une œuvre (par exemple entre la sortie en salle d'un film et sa commercialisation en DVD, son passage à la télévision ou dans les médias interactifs ou les jeux). On trouve de telles dispositions dans la plupart des accords internationaux de distribution, ainsi que dans la réglementation relative aux médias. Dans un contexte contractuel, on les qualifie souvent de délais de diffusion (en allemand, *Sperrfristen*).

26) Soulignant encore l'importance du choix du contenu de la part de l'utilisateur (et pas seulement du lieu et de l'horaire) : Lauktien, commentaire dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 1998, 369 et suivantes, avec une référence au projet de Directive européenne relative au droit d'auteur dans la société de l'information.

27) Similaire : Wandtke-Bullinger/Bullinger (l.c.), § 19a, 20 ; Dreier-Schulze/Dreier (l.c.), § 19a, 10.

3.1. La chronologie des médias dans la réglementation des médias

Le fait que la vidéo à la demande ait pris une position prioritaire dans la chaîne d'exploitation revêt une grande importance dans le contexte de certaines réglementations des médias. En effet, certaines associent des conséquences significatives au degré de priorité de chaque utilisation.

A titre d'exemple, la loi fédérale allemande relative aux aides d'Etat pour le cinéma (FFG, *Filmförderungsgesetz*), dans sa section 30, détermine que les subventions publiques à la production cinématographique devront être remboursées si certains délais légaux de diffusion sont violés pour certaines formes d'exploitation. Par exemple, pour déterminer l'applicabilité de ces différents délais de diffusion, les formes connues de la VoD doivent être comparées aux types d'utilisation que mentionne le texte afin de dégager des similitudes susceptibles de déterminer le degré de priorité à appliquer.

En fonction du type spécifique de VoD et de sa classification dans la catégorie de la radiodiffusion ou de la mise à disposition/communication au public, différents délais de diffusion de la FFG pourraient s'appliquer : celle des "services individuels à la demande" (section 30, paragraphe 1, n° 2 de la FFG : 12 mois après la première) ou celle de la "télévision payante" (section 30, paragraphe 1, n° 3 de la FFG : 18 mois après la première). Cela correspond bien au positionnement traditionnel de tous les usages "à la demande" après les cassettes vidéo/DVD dans les foyers et avant la diffusion sur la télévision gratuite. En d'autres termes, l'exploitation sur une base individuelle est autorisée avant que l'œuvre soit globalement mise à disposition et les utilisations nécessitant pour l'utilisateur de quitter le foyer prennent la priorité sur la consommation à la maison.

Par conséquent, dans le contexte de la FFG, tout service de VoD défini comme de la mise à disposition/communication au public peut être considéré comme une forme de service individuel à la demande au sens de la section 30, paragraphe 1, n° 2 de la FFG. Si ce service est proposé à titre commercial, le délai de diffusion correspondante de 12 mois après la première va s'appliquer. Pour ce qui est des services de VoD sur abonnement qui pourraient être considérés comme de la radiodiffusion (par exemple, à titre d'exploitation secondaire des émissions de télévision), la comparaison avec la télévision payante est plus juste, ce qui fait que c'est la section 30, paragraphe 1, n° 3 de la FFG, relative à la télévision payante, qui s'applique.

Les producteurs de films qui sollicitent des subventions publiques en vertu de la FFG doivent respecter ces délais de diffusion afin d'éviter des pénalités financières considérables. Ce qui fait que l'on retrouve les règles relatives à la chronologie des médias dans les accords de distribution des films subventionnés par l'Etat.

3.2. Chronologie des médias dans les accords de distribution ou d'exploitation

Les accords de distribution internationaux et les accords d'exploitation spécifiques qui les accompagnent sont de plus assortis d'un large éventail de délais de diffusion pour les différents types d'exploitation. Traditionnellement, les sorties des films se font dans le respect d'un calendrier dans lequel se succèdent les différents types d'exploitation. Ces délais concernent la sortie en salle, la télévision à la demande, la vidéo domestique, les chaînes câblées, la télévision par abonnement et la télévision gratuite, et ainsi de suite.

La hiérarchie qui s'établit ainsi dans la séquence des utilisations au sein de la chaîne d'exploitation vise à ce que le secteur d'activité qui détient la priorité puisse exploiter l'œuvre au mieux et à éviter les conflits entre secteurs. Dans cette hiérarchie, les utilisations de la vidéo à la demande sont, jusqu'à présent, classées après les cassettes vidéo/DVD visionnées à la maison et avant la télévision par abonnement²⁸.

Mais compte tenu du succès de iTunes, les studios de production ont eu l'idée de procéder à la "vente numérique" (*digital sell-through*) de leurs produits (c'est-à-dire à la vente d'une copie permanente en téléchargement)²⁹. Pour promouvoir ce nouveau filon, les ayants droit semblent désireux, dans une

28) Voir notamment Wandtke-Bullinger/*Manegold* (l.c.), §§ 88 et suivants, 8 ; Frohne, *Filmverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung* (Exploitation de films sur Internet et conditions contractuelles), article paru dans le journal juridique *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (Journal des droits d'auteur et de la loi des médias), ZUM 2000, 819 ; Schwarz, *Klassische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von Internet-Rechten* (Types d'utilisation classiques et octroi de licences pour les droits Internet) article paru dans le journal juridique *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (Journal des droits d'auteur et de la loi des médias), ZUM 2000, 816 f.

29) <http://www.mazine.ws/node/139>

certaine mesure, d'expérimenter la hiérarchie traditionnelle de la chaîne d'exploitation³⁰. A titre d'exemple, en ce qui concerne les services de VoD pour l'"exploitation secondaire" des émissions de télévision, Maxdome³¹ propose un certain nombre de séries une semaine avant leur première diffusion télévisuelle. Le film *Bubble*³², du réalisateur Steven Soderbergh³³, pionnier en la matière, en est un autre exemple. Cela a été la première "sortie universelle" hollywoodienne simultanée en salle, en vidéo à domicile et sur la télévision payante.

L'impact de cette modification des délais de diffusion reste toutefois à évaluer. Mais en fin de compte, cette légère tendance à plus de flexibilité en matière de priorités des nouveaux types d'exploitation semble révéler que les ayants droit cherchent à augmenter leurs recettes plutôt qu'à assurer une sorte de protection de leurs droits.

4. Licences par pays ou européennes

En matière de droits d'auteur internationaux, on gère traditionnellement les droits d'exploitation pays par pays (donc sur une base territoriale). Comme expliqué plus en détail dans une autre présentation, cette habitude prend son origine dans le concept de territorialité, qui lui-même repose sur le principe du pays de protection.

Ce principe est un concept internationalement accepté en matière de droits de propriété intellectuelle et détermine que la création, la portée et la nature d'un droit de propriété intellectuelle sont gouvernés par les lois du pays pour lequel on cherche à assurer la protection du dit droit. Il en résulte que les différentes questions de droit d'auteur sont résolues différemment en fonction du pays pour lequel il s'agit de mettre la protection territoriale en place. Cela signifie que la protection des droits d'un auteur quant à une œuvre donnée est éclatée en autant de droits qu'il y a de pays concernés et que ces droits peuvent être gérés de manière totalement différente et qu'ils peuvent être créés, assignés ou s'éteindre séparément.

De ce fait, les droits par pays sont généralement octroyés par groupes de pays (exemple des contrats A/A/S pour l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse) ou pour des pays isolés.

4.1. "Tarification territoriale" traditionnelle

Etant donné que les conditions du marché ont toujours été très différentes selon les pays et que les droits de propriété intellectuelle pouvaient être négociés pays par pays, la copie d'une même œuvre s'achetait à des prix différents selon les pays. C'était souvent parce que l'entité exploitant une œuvre assujettie dans un pays était différente de celle l'exploitant dans un autre pays, chacune fixant son propre prix indépendamment des autres. Par exemple, cela a débouché sur le fait que, traditionnellement, la musique est beaucoup plus chère au Royaume-Uni qu'en Europe continentale (en Allemagne, par exemple), sans parler des pays d'Europe de l'Est.

Il reste qu'actuellement, l'industrie des loisirs est nettement plus consolidée et que, le plus souvent, les œuvres ne sont plus distribuées sur des marchés différents par des entités différentes, mais plutôt par différentes filiales d'une même société mère. Il reste que les entreprises exploitantes ont conservé les schémas de tarification traditionnellement pratiqués sur les différents marchés et qu'ils ont maintenu des prix élevés dans les pays où la possibilité de payer était plus présente qu'ailleurs (exemple du Royaume-Uni).

4.2. Effet : la discrimination tarifaire

La situation actuelle génère donc une discrimination tarifaire dans la mesure où le même produit est vendu par la même société à des prix différents à des consommateurs différents, en fonction de leur propension à payer. Si cette discrimination est, sur le principe, admissible du fait de la liberté de l'offrant à définir ses prix, cela entraîne toujours des comportements opportunistes : un consommateur qui peut toucher un produit à un prix inférieur peut l'acheter non pas pour sa propre consommation,

30) <http://www.ft.com/cms/s/7e076da6-09cc-11da-b870-00000e2511c8.html>

31) Maxdome est le service VoD de Pro7Sat1Media AG. Voir <http://www.maxdome.de/>

32) http://en.wikipedia.org/wiki/Steven_Soderbergh#Latest_work ; [http://en.wikipedia.org/wiki/Bubble_\(film\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Bubble_(film))

33) http://en.wikipedia.org/wiki/Steven_Soderbergh

mais dans le but de le revendre à un autre consommateur auquel ce même produit est proposé à un prix supérieur ; tous deux peuvent alors se partager la différence. On assiste également à la (ré)importation de copies d'une œuvre depuis les pays où celle-ci est cédée à moindre prix.

Jusqu'à ces dernières années, ces pratiques étaient largement considérées comme illicites lorsqu'elles concernaient les œuvres assujetties (par différence aux produits non protégés par les droits de propriété intellectuelle) dans la mesure où toute revente d'une copie nécessitait un droit de distribution (voir par exemple, section 17 de la UrhG allemande). En faisant valoir ce droit, les ayants droit pouvaient effectivement interdire la revente d'un produit assujetti dans un autre pays sauf si l'importateur se procurait une licence distincte (à savoir, une licence officielle d'"importation directe").

4.3. Principe d'exhaustion européen

Mais en ce qui concerne les territoires de l'Union européenne, le Parlement a décidé en 2001 que l'interdiction de la revente d'un produit acquis légalement dans un autre pays de l'Union – même s'il est assujetti à des droits de propriété intellectuelle – violerait le principe de la libre circulation (article 28 du Traité de l'Union) ; il a ainsi introduit dans la loi relative aux droits d'auteur³⁴ la notion d'applicabilité européenne du principe d'exhaustion : ce principe prévoit que lorsqu'un produit protégé est vendu légalement au sein de l'UE, il peut être revendu sur l'ensemble du territoire de l'UE. Le droit de distribution ne peut plus être invoqué pour prévenir cette forme de revente³⁵. De ce fait, la doctrine du pays de protection reste en principe intouchée, mais il convient désormais de la lire à la lumière de la loi communautaire.

La nouvelle règle d'exhaustion européenne a été transposée dans la loi allemande dans le paragraphe 2 de la section 17 de la UrhG :

“Si l'œuvre originale ou les copies ont été mises en circulation sur le territoire de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie de la Convention relative à l'Espace économique européen par le moyen de sa vente avec le contentement de l'ayant droit du droit de distribution, la distribution de l'œuvre sera autorisée à l'exception de la location”.

4.4. Différences tarifaires selon les pays dans la distribution numérique : communication des griefs de la Commission européenne à iTunes

Il reste que le droit de distribution est généralement compris comme ne s'appliquant qu'aux copies “physiques” d'une œuvre. Ce qui fait que le principe d'exhaustion européen ne s'applique qu'aux copies physiques. Ainsi, lors de l'avènement de la distribution numérique, les ayants droit ont poursuivi leur pratique traditionnelle consistant à vendre des copies – numériques – du même produit assujetti, mais à des prix différents selon les pays en établissant des licences pays par pays à des prix différents ; ou même en n'établissant pas de licence du tout pour certains pays.

Récemment, sur le marché de la musique, la Commission européenne a contesté cette pratique en adressant une Communication des griefs aux majors de la musique et à Apple portant sur les restrictions territoriales sur des ventes en ligne telles que celles proposées *via* le *iTunes Music Store* de Apple ; les autres majors concernées sont Universal, SonyBMG, EMI et Warner³⁶. La Communication des griefs souligne notamment qu'un même morceau de musique est vendu sur le *Music Store* britannique 18 % plus cher que dans les pays de la zone euro. De plus, un client situé au Royaume-Uni ne peut pas commander le même morceau de musique sur un *Music Store iTunes* de la zone euro car la validation des cartes de crédit est restreinte aux détenteurs de cartes du pays d'achat.

La Commission européenne s'est opposée à une telle pratique en rappelant la réglementation européenne antitrust. Elle l'a qualifiée de “restriction territoriale de vente” constituant une violation de l'article 81 du Traité de l'Union. En effet, cette restriction entrave le libre exercice de la concurrence entre les différents *Music Stores iTunes*. Il reste que la motivation sous-jacente est très proche du principe d'exhaustion/libre circulation des biens précédemment abordé.

34) La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu des arrêts connus dans ce sens, ce qui a servi de base à l'établissement de ce principe : voir CEJ 15/74 – *Centrafarm c. Sterling Drug* et CEJ 187/80 – *Merck v. Stephar*.

35) 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.

36) Voir par exemple www.financialtimes.de/technik/medien_internet/181968.html

En réaction à cette Communication des griefs, iTunes a objecté qu'elle aurait préféré, dans tous les cas, exploiter une boutique en ligne à l'échelle européenne, mais qu'elle n'avait pas été en mesure d'acquiescer les licences européennes requises pour ce faire auprès des maisons de disques. A leur tour, celles-ci argumentent qu'elles sont habilitées à établir des licences sur une base territoriale – comme elles l'ont toujours fait – et que dans certains cas, elles n'ont pas pu octroyer tous les droits voulus à l'échelle de l'Union pour la bonne raison qu'elles ne les possédaient pas. Par conséquent, elles indiquent qu'une injonction ou une amende de la Commission les obligerait effectivement à appliquer un "droit d'auteur européen" qui pourrait – et devrait – être introduit par le législateur.

Il conviendrait également d'instaurer des poursuites comparables en ce qui concerne les différences territoriales de tarification pratiquées sur les contenus VoD si l'accès aux services disponibles depuis un autre pays est effectivement bridé par quelque moyen que ce soit. Il reste que la différence de tarification est due au fait que des entités indépendantes exploitent les œuvres de manières différentes sur leurs territoires respectifs ; une approche centrée sur le bon exercice de la concurrence pourrait alors établir une distinction entre cette situation et celle de l'affaire iTunes.

Même l'éventualité d'une licence européenne unique, tenant compte de toutes les spécificités nationales, et d'une société de perception et de répartition unique, est encore à ce jour au cœur d'un débat politique intense ; nous sommes encore loin de sa concrétisation dans un avenir proche³⁷. Il faudra donc encore patienter avant que les sociétés privées soient elles aussi motivées pour accorder des licences européennes et abandonner leurs pratiques bien établies d'optimisation de leurs recettes en fonction des pays.

37) Voir, par exemple, Poll, *Grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikwerken in Europa - Weiterführende Überlegungen* (Licences transfrontalières des œuvres musicales en Europe – autres considérations), article du journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 2007, XXVII ; von Einem, *Auswirkungen der Empfehlung der EU-Kommission zur Rechtswahrnehmung auf das System der Gegenseitigkeitsverträge* (Impact de la Recommandation de la Commission européenne en matière de gestion collective des droits dans le système des contrats de représentation réciproques), paru dans le journal juridique *Multimedia und Recht* (Multimédia et droit), MMR 2006, 647.

L'expérience de l'industrie de la musique

Philippe Kern
*KEA European Affairs**

1. Introduction

L'Observatoire européen de l'audiovisuel m'a demandé de mener une réflexion à partir de l'expérience de l'industrie du disque et du secteur musical. J'en suis ravi, car je juge qu'une telle démarche est très utile au vu des évolutions qui se profilent et de celles qui surviennent d'ores et déjà dans le secteur du cinéma. Je souhaiterais commencer par expliquer ce qui se passe actuellement, de mon point de vue, dans le secteur de la musique, et en quoi l'histoire de cette branche peut également s'appliquer au cinéma. Dans un deuxième temps, j'approfondirai la question des licences, car je crois que la commercialisation de licences d'exploitation des droit VoD est amenée à devenir demain une des activités principales de l'industrie cinématographique. J'expliquerai comment, dans la pratique, la gestion collective des licences de distribution de films européens sur les nouvelles plateformes numériques pourrait selon moi se révéler bénéfique pour l'industrie européenne du cinéma.

2. L'évolution du secteur de la musique

2.1. L'avènement d'Internet

Sept ans après le lancement de Napster, le secteur de la musique cherche toujours désespérément son modèle économique. Le chiffre d'affaires de la branche a perdu près de 25 % en cinq ans. Ni le téléchargement payant, ni les autres activités liées à Internet n'ont été en mesure de compenser la baisse des ventes au niveau du commerce de détail. Les professionnels du cinéma devraient méditer sur ce constat, même si les deux modèles économiques sont assez différents.

Le secteur de la musique a mis longtemps à se préoccuper de l'avenir. Quiconque venait proposer aux maisons de disques un modèle économique fondé sur Internet était accueilli par un juriste spécialisé dans le droit d'auteur ou un avocat-conseil, car le principal enjeu, pour ces sociétés, était de protéger le droit d'auteur et d'éviter le piratage. Voilà comment l'on considérait à l'origine l'évolution des nouvelles technologies. En outre, à cette époque, les majors de l'industrie du disque (qui étaient au nombre de cinq) envisageaient encore de contrôler dans les faits la diffusion des œuvres sur Internet, puisqu'elles en maîtrisaient déjà la distribution physique. Leur objectif était donc de mettre au point des modèles économiques leur permettant d'avoir également la mainmise sur la distribution numérique. Vous vous souvenez peut-être de PressPlay et de MusicNet, deux plateformes lancées par les majors du disque pour tenter de pénétrer le marché de la distribution numérique. Supplantées par des services mieux conçus et des sites illégaux, ni l'une ni l'autre n'a survécu.

Le marché légal a ensuite été détrôné par le marché illégal, car il était plus facile pour les consommateurs de "voler" la musique que de l'"acheter". D'une certaine façon, le secteur a laissé le marché

* www.keanet.eu

lui échapper. La seule société qui a toutefois su créer un marché est, à la base, une société de technologie : Apple. Le succès du système iTunes a conféré à Apple une position dominante sur le marché du téléchargement de titres, provoquant une perte de contrôle de l'ensemble du secteur de la musique sur la distribution et, dans une certaine mesure, sur la fixation des prix.

L'industrie du cinéma doit également méditer sur ce cas. Depuis qu'Apple a créé le marché, le secteur musical est devenu pour l'essentiel dépendant de la politique commerciale d'un fabricant de matériel informatique qui contrôle 70 % du marché du téléchargement légal.

2.2. Vers un "marché de la concession de licences"

Face aux évolutions technologiques, le rôle des maisons de disques change, lui aussi, le commerce de produits physiques (CD) étant remplacé par la concession de licences. Un nombre croissant de labels de disques se rapproche du modèle économique des éditeurs de musique. La gestion et la concession de licences en vue de l'utilisation des enregistrements musicaux peuvent à terme devenir l'activité principale. Ceci à pour effet de modifier en retour leurs liens avec les artistes, ce qui se ressent dans les contrats permettant aux maisons de musique d'investir dans la marque d'un artiste et dans ses droits de merchandising.

Une autre analogie, liée aux stratégies en matière de licences, peut également s'appliquer au secteur cinématographique : les principaux acteurs du marché, qui possèdent de vastes catalogues ainsi que des ressources (humaines et financières), sont en mesure de concéder des licences aux utilisateurs de façon individuelle. Les sociétés telles que Universal, EMI, Warner Music et Sony-BMG ont pu passer des accords individuels avec des utilisateurs de poids tels qu'Apple, MTV ou Google pour l'exploitation de leurs enregistrements. Mais qu'est-il arrivé aux maisons de disques plus modestes ? Contrairement au cinéma, la musique possède une tradition de gestion collective des droits. Résultat, la plupart des droits de représentation et de diffusion étaient distribués sous licence par les sociétés de gestion collective : la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL)¹ en Allemagne, la Phonographic Performance Ltd (PPL)² au Royaume-Uni, etc. Toutefois, les majors ayant retiré leur répertoire ou leur mandat de ces sociétés de perception et de répartition, ces dernières n'ont désormais plus le pouvoir de s'impliquer dans le secteur des licences portant sur la fourniture de contenus numériques interactifs, ni de représenter le répertoire indépendant.

Comme dans l'industrie du film, la part de marché des productions indépendantes dans la musique représente 20 à 25 %. Individuellement, les maisons de disques indépendantes n'ont pas été en mesure de négocier des conditions équitables pour la distribution sous licence. Elles ont donc été forcées de prendre elles-mêmes en main leur destinée et d'envisager une négociation collective avec les utilisateurs.

Si elles ont dû adopter ce comportement, c'est parce que les utilisateurs en quête de contenus musicaux ne se donnaient pas la peine de frapper à toutes les portes pour identifier les titulaires des droits et solliciter une licence. Dans les faits, un utilisateur cherchant une licence juge généralement qu'il est trop compliqué d'acquiescer ces droits individuellement et ne se donne pas la peine de le faire – ou s'il le fait, il opère un choix parmi les maisons de disques, en calculant : "Je vais passer un accord avec celle-ci parce qu'elle dispose de tel artiste talentueux, mais celle-là ne m'intéresse pas, et si elle me concède une licence, ce sera à des fins promotionnelles, sans contrepartie financière." C'est effectivement ce qui s'est passé à l'origine, lorsque Apple et MTV ont mis en place leurs systèmes : ils refusaient toute négociation collective avec les maisons de disques indépendantes. Mais ces dernières ont obligé ces grandes sociétés à passer des contrats – essentiellement en faisant parler d'elles dans la presse. Ceci a montré qu'en agissant collectivement et solidairement, les indépendants étaient capables de renforcer leur position de négociation et d'éviter d'être marginalisés sur les réseaux numériques.

A mon sens, cette approche constitue la meilleure façon de renforcer la situation des titulaires des droits des PME pour négocier et obtenir des conditions comparables à celles des multinationales en matière de concession de licences.

Collectivement, les maisons de disques indépendantes représentent entre 20 et 25 % du marché, soit autant qu'une major. Elles devraient par conséquent être capables de négocier des conditions commerciales équivalentes et éviter ainsi d'être exclues du marché en ligne.

1) <https://www.gvl.de/gvl-neuer-webcastingtarif.htm>

2) <http://www.ppluk.com/>

A ce titre elles ont décidé de créer Merlin – une société ayant pour objet la gestion des droits internet pour les indépendants de la musique.

3. Approche pour l'industrie cinématographique européenne

Concernant le développement de la vidéo à la demande (VoD), l'élément essentiel à mes yeux est la question de l'accès au marché. Comment permettre aux sociétés de production cinématographique – et notamment aux sociétés de production européennes, pour la plupart des petites ou moyennes entreprises – d'accéder à ce marché en ligne en pleine expansion ? Je crois que les professionnels du cinéma n'auront pas d'autre choix que de s'acheminer vers un modèle de licences collectives, quel qu'il soit. Ceci est bien entendu inédit pour le secteur du cinéma, car ce dernier (contrairement à celui de la musique) a toujours fonctionné par le biais de licences individuelles. Les producteurs de films ne s'entendent pour agir collectivement que dans le cadre de l'exploitation des droits de retransmission sur le câble, via l'Association de gestion internationale collective des œuvres audiovisuelles (AGICOA)³.

J'ajouterai que l'action collective ne devrait pas être rendue obligatoire. Le titulaire des droits doit pouvoir décider ce qui sert au mieux ses intérêts. Pour un film à succès, une licence individuelle sera sans doute plus pertinente qu'un accord collectif.

3.1. De l'importance de la taille

Je crois que l'action collective s'imposera, au final, pour la majorité des sociétés de production cinématographique, dès lors qu'elles souhaiteront accéder au marché de la vidéo à la demande et peser sur son évolution en termes de diversité et de choix. Même un titulaire de droits "de poids" – tel que Pathé ou Gaumont en France, par exemple – peut ne pas être en mesure de passer demain un accord avec Apple du fait de sa taille insuffisante ou le potentiel linguistique limité du catalogue. Dans le secteur musical, on fait peu de cas des producteurs indépendants, pas même des plus importants d'entre eux.

Comment s'assurer que Pathé aura accès à ces plateformes ou pourra obtenir les mêmes conditions qu'un grand studio hollywoodien ? Quelle est la principale caractéristique qui distingue l'industrie européenne du cinéma d'Hollywood ? L'élément essentiel tient au fait que les sociétés en Europe ne sont pas intégrées verticalement – ou lorsqu'elles le sont, cette intégration est limitée à un seul territoire national et n'existe pas au niveau international. En Europe, par conséquent, les sociétés sont tenues de mettre leurs ressources et leurs catalogues en commun pour devenir des partenaires commerciaux intéressants aux yeux des utilisateurs à la recherche de contenus. Une action collective, permettant un mode de concession de licences proche du service d'achats centralisés, servirait les intérêts des utilisateurs. Ces derniers, tout comme les propriétaires de plateformes, sont avides de contenus. Mais comment peuvent-ils obtenir des films européens ? S'il leur faut une armée d'avocats pour négocier, société par société et pays par pays, ils risquent d'y renoncer rapidement. Il faut tout entreprendre pour promouvoir un système facilitant aux utilisateurs l'accès aux droits VOD européens. C'est une condition essentielle pour encourager la présence de films européens sur les plateformes numériques.

La difficulté d'acquisition des licences pour l'exploitation des droits VOD constitue un frein au développement d'un marché légitime intégrant une offre significative d'œuvres européennes.

3.2. Les initiatives existant en Europe

Je crois qu'il est de la responsabilité des titulaires de droits et du monde des affaires européen de faciliter l'obtention de licences. S'ils font cet effort, ils accéderont aux plateformes, car ces dernières recherchent des contenus, une grande variété de contenus. C'est du moins mon pari. Pour en apporter la preuve, j'ai exploré les approches collectives existant au niveau européen et j'ai découvert trois initiatives que je souhaiterais vous présenter car elles représentent des évolutions intéressantes.

3.2.1. La négociation collective

La première initiative nous vient du Danemark ; il s'agit d'une société de vidéo à la demande. Quinze producteurs ont décidé de se fédérer en vue de conserver leurs droits sur la VoD et de négocier collectivement avec l'opérateur de télécoms et les radiodiffuseurs danois. Ils peuvent choisir l'une des deux

3) <http://www.agicoa.org/>

approches suivantes : la première consiste à conserver leurs droits sur la vidéo à la demande sans les vendre aux distributeurs ; la seconde, à négocier tous ensemble l'accord le plus intéressant qui soit avec les opérateurs téléphoniques.

En Europe, le contrat généralement proposé aux titulaires de droits consiste en un partage à 50-50 des recettes. Celles-ci reviennent à part égale à l'opérateur de télécoms et au titulaire des droits. Les producteurs craignent bien évidemment que ceci ne crée un dangereux précédent : si une répartition à 50-50 peut sembler intéressante actuellement, puisque la vidéo à la demande est très peu développée et n'est guère lucrative, cet arrangement pourrait s'avérer complètement aberrant dans cinq ou dix ans et les titulaires de droits pourraient alors le regretter. Leur réaction est donc la suivante : "Regroupons-nous et évitons de nous retrouver dans une situation où – sur une base individuelle – nous devrions nous satisfaire d'un partage à 50-50 parce que nous ne pourrions pas résister. Nous sommes trop petits pour ne pas accepter l'argent qu'on nous offre. Adoptons une approche collective pour renforcer notre position de négociation."

3.2.2. L'établissement d'une plateforme commune de VoD

Le deuxième exemple concerne Universciné, en France, un modèle d'entreprise différent. Là où les Danois se sont contentés à ce jour de mettre en place une sorte de vecteur de négociation, Universciné rassemble 32 producteurs qui sont les actionnaires d'une plateforme de vidéo à la demande. Celle-ci entend être un portail pour les films produits de façon indépendante et permet ainsi de satisfaire la demande de films d'art et d'essai. Là encore, il s'agit d'une approche collective entreprise par 32 producteurs qui ont uni leurs forces pour garder le contrôle sur cette activité.

3.2.3. L'établissement d'une plateforme de VoD par une société collectrice

La troisième initiative est à mon sens la plus intéressante et représente sans doute l'avenir. Elle a été élaborée en Espagne par la société de collecte de droits d'auteur représentant les producteurs de cinéma et de télévision, l'Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)⁴. Les producteurs audiovisuels espagnols ont confié à l'EGEDA la mission de créer une plateforme de vidéo à la demande et de répondre aux attentes des consommateurs au moyen d'un système fiable et légal. Le site, appelé Filmotech.com, a été lancé en avril 2007. L'EGEDA est en outre mandatée pour négocier les contrats de distribution sous licence avec les opérateurs téléphoniques, les radiodiffuseurs et les fournisseurs d'accès à Internet recherchant des films pour leurs offres de téléchargement numérique. Là encore, il s'agit d'une approche globale, fondée sur un processus collectif, dans lequel l'EGEDA – qui, pour l'essentiel, collecte la rémunération pour copie privée en Espagne – a utilisé les redevances sur copie privée afin de créer un service qui pourrait devenir le modèle de demain pour l'Europe.

3.3. Une approche européenne ?

Cette courte description de trois initiatives nationales est révélatrice de la fragmentation du droit constatée en Europe. Il serait intéressant d'élaborer une approche européenne pour tirer profit de la situation du cinéma européen dans ce qui est devenu pour l'essentiel un marché international, et optimiser la circulation transfrontalière des films européens. A ce titre il est dommage que la commission européenne dans le cadre du programme MEDIA a préféré favoriser le développement de plateformes nationales plutôt que la mise en réseau européen de ces plateformes ou la mise en commun de catalogues pour renforcer la position de négociation des titulaires de droit avec les plateformes qui vont à terme dominer le marché de la VoD.

Pris dans leur ensemble, le cinéma européen détient une part de marché de 20 à 25 % sur le vieux continent. En termes de part de marché, le cinéma européen est donc aussi important que Warner, Universal ou Disney. Cette position devrait permettre aux titulaires de droits européens de négocier avec les utilisateurs des termes favorables de distribution sous licence et de contribuer au développement d'un marché légal, ce qui serait la meilleure arme contre le téléchargement illégal.

Autre aspect important, aujourd'hui, tout producteur cinématographique souhaitant faire un film doit généralement négocier les préventes de son œuvre pour en financer la production. Les distributeurs et les sociétés de télévision exercent par conséquent une pression considérable pour acheter les droits relatifs à la vidéo à la demande. S'ils ne peuvent pas les acquérir, ils risquent de renoncer tout

4) <http://www.egeda.es/>

bonnement à investir dans la production de l'œuvre. Voilà un point qui mérite réflexion, car si l'on souhaite que le producteur puisse tirer des revenus de cette nouvelle forme d'exploitation, il faut qu'il soit en mesure de conserver ses droits sur la VoD ou de s'assurer que ces droits sont exploités convenablement.

Quant aux producteurs européens, deux possibilités s'offrent à eux. Ils peuvent déclarer : "Hollywood va décider pour nous et nous allons suivre le modèle hollywoodien". Ou décider : "Nous pouvons peut-être avoir notre mot à dire quant à l'évolution de notre activité, et nous ferions bien de nous organiser en nous référant à l'expérience du secteur musical. Efforçons-nous de permettre aux utilisateurs d'avoir accès aux films européens et d'y accéder plus facilement que les œuvres hollywoodiennes."

Hollywood se trouve également face à un dilemme. Où se situe son intérêt ? Pour l'instant, dans le marché du DVD, et non dans l'activité de la VoD. Les grands acteurs américains du secteur semblent plus lents à se positionner sur ce marché, car ils mènent de front le contrôle de la distribution traditionnelle. Les entreprises européennes ont à mon sens d'autres raisons de souhaiter l'expansion du marché en ligne, car Internet leur offre l'outil de distribution internationale qui leur faisait défaut jusqu'à ce jour. C'est la théorie de la "longue traîne", qui illustre les avantages d'Internet sur les canaux de distribution traditionnels – et l'abolition de la "tyrannie de l'espace physique", qui condamnerait les films européens à ne rester qu'une ou deux semaines dans les cinémas, avant de disparaître.

Le principal obstacle à la distribution électronique des films européens reste bien sûr les difficultés dues à la fragmentation du droit. Je pense toutefois qu'il peut être surmonté, notamment grâce à la technologie des DRM.

4. Conclusion

Il incombe aux producteurs et réalisateurs européens de créer un marché légal, faute de quoi le marché de la vidéo à la demande sera supplanté par le piratage. Si l'industrie du film a été relativement préservée jusqu'à présent, c'est parce que le téléchargement d'un film requiert nettement plus de temps que celui d'un album. Mais ceci est amené à changer avec le développement de l'accès à large bande.

Les réalisateurs/producteurs ont tout à gagner du développement du marché, car ils ont intérêt à ce que ce marché rassemble le plus grand nombre d'utilisateurs possible. Ils souhaitent éviter qu'il soit dominé par un ou deux acteurs. Plus leurs contenus seront disponibles de façon non exclusive, plus le marché comptera de participants et plus il sera concurrentiel.

A mon sens, le succès financier de la vidéo à la demande dépend de la capacité des titulaires des droits à faciliter l'acquisition des licences grâce à des mécanismes d'achat centralisés. Les revenus proviendront des contrats de distribution sous licence conclus avec diverses plateformes nationales et internationales. La difficulté ne consistera pas à trouver un accord avec les acteurs nationaux – cela, le secteur cinématographique national sera en mesure de le faire. Le problème sera plutôt celui du mode d'accès aux plateformes internationales. La distribution sous licence au niveau national est possible car les films nationaux représentent une importante source de contenus pour France Telecom ou Canal+ en France, pour KPN ou Liberty Media aux Pays-Bas.

Mais il y a fort à parier que les plateformes de VoD qui rencontreront le plus grand succès feront l'objet d'une exploitation internationale, et il faut faire en sorte que les films européens soient visibles via ces sites. C'est la seule façon de pénétrer le marché international de la vidéo à la demande. L'évolution sera la même que celle du secteur musical : les acteurs internationaux tels que YouTube, VIACOM, Google, Yahoo ou Apple seront à la tête du marché. Pour les Européens, l'accès à ces plateformes est réellement la clé.

En outre, les producteurs et réalisateurs européens doivent pouvoir se positionner sur ces plateformes sans être discriminés et obtenir les mêmes conditions de concession de licences qu'Hollywood.

Pour finir, j'aborderai le rôle des autorités publiques dans le développement du marché de la vidéo à la demande. Aujourd'hui, l'industrie européenne du cinéma dépend fortement du soutien de l'Etat, mais ce dernier est essentiellement axé sur la distribution traditionnelle, notamment en salles. Les aides étatiques ne permettent pas aux producteurs européens de prendre des risques sur Internet – la sortie sur internet sans le respect des fenêtres d'exploitation traditionnelle par exemple constitue dans de nombreux pays européens un obstacle à l'obtention d'une aide à la distribution – C'est dommage. Nos PME pourraient être plus courageuses que les Majors Hollywoodiennes pour expérimenter les business models – la réglementation ne doit pas les freiner.

Aussi il est temps de mener une réflexion sur ces mécanismes de soutien qui agissent comme autant d'éléments dissuasifs au développement du marché de la VoD. C'est à ce niveau que l'Observatoire pourrait constituer un vecteur précieux pour étudier les éventuels obstacles au niveau de la réglementation.

Puisque cet atelier doit servir de base à un rapport écrit, j'espère que ledit rapport sera positif et qu'il soulignera les chances qui s'offrent au secteur européen du cinéma – notamment en montrant l'opportunité que représente la vidéo à la demande en matière de distribution à l'international. Concernant les questions connexes, nous devons accompagner ces évolutions, étant donné qu'il y a très peu de débat entre les titulaires de droits eux-mêmes : tous sont occupés à réaliser des films et à trouver les financements leur permettant d'atteindre leurs objectifs de production. Beaucoup de professionnels du cinéma savent que la VoD est un élément important, mais ne disposent ni du temps ni des ressources nécessaires pour trouver des solutions. Le rôle de l'Observatoire est de soulever les questions clés (en matière de technologie, de réglementation, de financement et de législation) dans une optique positive et d'offrir un forum de débat – du moins tant que les Européens ne veulent pas prendre en main leur propre destin.

Transposition au secteur cinématographique de l'expérience de l'industrie de la musique

Bertrand Moullier
Narval Media

1. Introduction

Il m'a été demandé de réagir aux propos de mon confrère Philippe Kern concernant une possible transposition au secteur cinématographique d'un modèle collectif de distribution sous licence dans toute l'Europe, selon un concept s'inspirant pour l'essentiel des pratiques du secteur musical. Ce faisant, je reviendrai sur les points qui ont déjà été abordés en les complétant – ceci concerne notamment les questions liées à l'article 61 CE et la récente communication des griefs adoptée par la Commission européenne, au sujet de l'utilisation d'iTunes en Europe. L'une des questions clés, ici, est de savoir si les objections formulées en matière de distribution sous licence d'œuvres musicales dans l'UE resteraient valables si un système équivalent était mis en place pour les films de cinéma.

2. Caractéristiques du secteur cinématographique

Je souhaiterais, pour commencer, décrire en quelques points les spécificités de l'industrie cinématographique. Il est nécessaire de bien cerner un certain nombre de particularités concernant la production et la distribution de films, avant d'envisager la mise en œuvre d'un modèle d'attribution de licences importé du domaine de la musique. Il nous faut saisir les grandes différences structurelles et leur impact sur les modèles économiques et sur les modèles d'attribution de licences. Au cours du débat de ce matin, il a été rappelé que l'industrie musicale anglo-américaine est souvent caractérisée par l'existence d'organismes puissants qui concentrent les droits. Dans ce modèle, ces sociétés acquièrent généralement tous les droits permettant l'exploitation mondiale d'une œuvre : une chanson est une chanson, elle n'a pas besoin d'être adaptée à ses différents marchés. Si Johnny Hallyday décide de faire une reprise d'un standard de Johnny Cash tel que "Wanted" en l'appelant "On me recherche", cette nouvelle version est une œuvre originale à part entière qui peut être distribuée dans le monde entier – sans rencontrer, peut-être le même succès, mais c'est un autre problème...

2.1. Un financement "en patchwork" entraînant la dilution du contrôle des droits

Par contraste – un contraste majeur qui mérite d'être souligné ici –, l'industrie du cinéma, que je connais bien, et notamment le segment du cinéma indépendant, est caractérisée par un financement "en patchwork" des films, avec des sources très variées. Cette forme de financement consiste pour l'essentiel à obtenir, en compensation de certains droits, des sommes d'argent permettant de financer la réalisation d'un film, qui comme vous le savez coûte considérablement plus cher qu'une chanson, même dans le cas d'une œuvre à petit budget. Cette approche "en patchwork" – au stade actuel de l'évolution du secteur – repose sur la territorialité des droits. Par conséquent, l'octroi d'une licence portant sur des droits spécifiques, avec des limites territoriales précises, reste aujourd'hui le principal moyen de financement de ce type de films. Peut-être seriez-vous tentés d'en conclure hâtivement que ce n'est pas le cas à Hollywood, mais voici un élément qui va vous faire réfléchir : Hollywood subit le fléau de l'hyperinflation, une augmentation des coûts de production bien supérieure à celle de l'indice

des prix à la consommation. Pour traiter ce problème, l'une des solutions retenues consiste à supprimer du bilan des sociétés le risque lié à la production en concluant des accords de partage qui concrétisent l'implication de plusieurs studios dans un même film, en se partageant les territoires d'exploitation, ou encore en permettant aux distributeurs indépendants non américains d'acquiescer des droits portant sur la distribution dans certains territoires, en échange par exemple d'une Garantie Minimum (GM).

Dans le cinéma, par conséquent, contrairement au secteur musical, peu de sociétés de production sont en mesure de déclarer dans une négociation : "Nous détenons les droits d'auteur et les droits d'exploitation pour le monde entier et nous pouvons envisager sur cette base une exploitation et une distribution sous licence sur plusieurs territoires." En réalité, dans le contexte européen, tout le monde a entendu parler des "coproductions", système selon lequel se montent la plupart des films au-delà d'un certain budget. Dans une coproduction, les territoires les plus lucratifs en matière de distribution sous licence se volatilisent pour ainsi dire avant même que la première image du film ait été tournée, et aucune société ne concentre la totalité des droits. Même les droits d'auteur sont partagés au prorata, en fonction de la part détenue par chacun des partenaires de la coproduction. Pour nous, professionnels du cinéma, c'est la seule façon de financer un projet.

2.2. Les coûts de sortie d'un film varient fortement d'un pays à l'autre

La deuxième caractéristique spécifique au secteur du cinéma est liée à la question concernant l'octroi de licences pour la musique et la formation supposément discriminatoire des prix. La sortie d'un film s'accompagne de coûts élevés, qui peuvent varier fortement entre deux territoires. Dans l'espace européen, il faut gérer différentes versions linguistiques, doublées ou sous-titrées. On se trouve face à d'importants coûts, propres à la sortie d'un film sur un territoire spécifique ou une zone linguistique, à un moment donné. Dans ce modèle économique, les salles de cinéma demeurent le principal marché de lancement d'un film. Or les coûts d'accès au marché sont considérables, ne serait-ce que pour le lancement d'un film sur le réseau des salles de cinéma dans sa forme actuelle. A Hollywood, le lancement d'une superproduction dans les salles nord-américaines a coûté en moyenne 34 millions USD par film l'an dernier. En Europe, la plupart du temps, il faut compter 300 000 EUR pour assurer à un film européen une sortie digne de ce nom sur un territoire de grande taille, mais la somme peut être divisée de moitié (voire plus) dans un pays plus petit. Ces coûts non négligeables sont donc également très variables. On peut retenir ici qu'à mesure qu'on s'éloigne des salles de cinéma dans la chaîne des formes d'exploitation successives d'un film, la détermination des coûts correspond aux coûts, variables, rencontrés par les titulaires de droits, qui utilisent des stratégies de lancement diverses dans des pays différents. Prévoir des coûts uniformes d'un territoire à l'autre pour la distribution sous licence des films, reviendrait à méconnaître la réalité des différentiels de coûts relatifs aux sorties des œuvres en fonction du pays de l'UE considéré.

2.3. Calendrier des sorties et territoire concerné

Il pourrait devenir plus facile – en théorie du moins – d'établir une stratégie pour la distribution de films sous licences collectives et paneuropéennes, si les modes et les dates de sortie étaient mieux coordonnés au sein de l'UE. Une approche relativement récente permet ainsi une meilleure coordination dans le temps : appelée "*day-and-date*" (ou "sortie mondiale"), elle désigne en réalité deux pratiques. La première consiste à lancer le film simultanément sur toutes les plateformes d'exploitation, sans tenir compte des arrangements antérieurs prévoyant, pour un même pays, l'étalement des sorties selon le média considéré. Cette approche non séquentielle a été utilisée pour le film *Bubble* de Steven Soderbergh, qui a été mis à disposition au même moment sur toutes les plateformes aux Etats-Unis : il est sorti dans les cinémas détenus et exploités par le distributeur la semaine même de sa première diffusion sur sa chaîne de télévision câblée et de sa sortie en DVD et sur Internet.

L'autre stratégie "*day-and-date*" est celle qu'adopte Hollywood dans le monde entier pour ses films phares : ils sortent le même jour dans toutes les salles de cinéma, ou, plus souvent, dans un créneau très réduit (deux semaines, par exemple). Un producteur ne peut se permettre d'adopter cette méthode que s'il sait que son film possède un avantage concurrentiel écrasant par rapport à toutes les autres sorties de la semaine dans le monde entier, et que la majorité du jeune public sera prêt à faire la queue jusque dans la rue pour aller le voir. S'il dispose de *Spiderman 3* ou de *Matrix 2*, il est donc en position de force. S'il distribue tout autre film ayant un impact moindre, il se retrouve systématiquement en concurrence avec dix ou quinze autres sorties de films sur le même territoire. Le secteur musical pâtit beaucoup moins de ce phénomène, en raison de la plasticité de ce support. Je crois qu'il faudra attendre encore longtemps avant que la pratique du "*day-and-date*" devienne chose courante dans l'industrie cinématographique européenne. Ce type de stratégie bénéficie aux studios hollywoodiens,

qui disposent aujourd'hui d'une expérience acquise sur plus de 80 ans dans l'art de gérer la sortie de leurs films dans le monde entier. Malheureusement, l'Europe ne dispose pas de telles sociétés.

Ces remarques auront, j'espère, servi à mettre en lumière certains obstacles structurels qui font qu'il reste difficile d'envisager un modèle paneuropéen de distribution en ligne sous licence pour le cinéma. Le modèle économique actuel rend la fragmentation des droits quasi-inévitables, car le financement en dépend, les sorties en salles ne sont, la plupart du temps, pas synchronisées et exigent le lancement de versions différentes à des périodes distinctes de l'année, et enfin car les coûts de lancement, s'ils sont toujours élevés, sont très variables, ce qui signifie qu'il est légitime que la fixation du prix des licences varie d'un pays à l'autre.

3. Les indépendants peuvent-ils conserver les droits portant sur la vidéo à la demande ?

Je souhaite maintenant aborder certains points soulevés par Philippe Kern. La principale solution qu'il a étudiée consiste, pour les producteurs indépendants en Europe, à protéger leurs droits relatifs à la vidéo sur Internet, à contrôler l'octroi de licences pour ce mode d'exploitation et si possible à peser sur les négociations visant à établir la répartition des recettes issues de cette exploitation en ligne. Tout ceci a en outre pour corollaire la question de la non exclusivité qui, à mon sens, est très importante pour tout producteur tentant de faire distribuer des films sous licence sur ce nouveau segment du marché européen. Dans ce domaine, la doctrine est la suivante : premièrement, conservez vos droits, et deuxièmement, si vous les cédez sous licence, faites-le sur une base non exclusive. Les accords non exclusifs sont recommandés parce qu'il s'agit d'un marché immature et que les gains liés à l'octroi de l'exclusivité sur la VoD sont contrebalancés par un coût d'opportunité, correspondant aux avantages que l'on obtiendrait en octroyant simultanément des droits relatifs à d'autres formes d'exploitation.

Il est donc logique d'encourager la conclusion d'accords non exclusifs, mais dans la pratique, ce principe est entravé par un élément que nous avons évoqué plus tôt dans le débat, et qui me paraît très caractéristique du marché européen : c'est le pouvoir des grandes sociétés de médias – je songe notamment aux chaînes analogiques à accès libre et aux plateformes de télévision à péage qui restent les principales sources de financement du cinéma européen. Lorsqu'il s'agit de déterminer quel projet va être financé (ou non) au stade du développement, ces opérateurs bien établis disposent par conséquent d'un poids considérable pour négocier si tel film ou tel programme va se faire. S'ils le souhaitent, ceci leur permet en pratique de verrouiller les droits relatifs à la VoD très en amont du processus, puis de conserver ces films et ces programmes "en stock" (une expression bien connue que les autorités en charge de la concurrence affectionnent) pour éviter qu'une autre plateforme ne s'en saisisse, et de les utiliser pour renforcer leur propre compétitivité. C'est une question très importante et je crois qu'elle pose un défi à ceux qui défendent une stratégie unitaire pour les indépendants européens. Je souscris à la théorie présentée par Philippe Kern qui juge que "l'union fait la force" ; si les producteurs s'associent au sein d'un système de type coopérative agricole et s'ils créent une "masse critique" de droits, leur pouvoir de négociation face aux acheteurs de licences VoD s'en trouvera nettement accru. Dans les faits, toutefois, si les indépendants sont libres de se rassembler au niveau de la distribution, les contrats de production/de financement de film sont toujours négociés individuellement. Dans ce cadre, les sociétés de médias bien établies peuvent exercer une pression pour leur arracher le contrôle des droits sur la vidéo à la demande.

4. Exemples de nouveaux modèles économiques

4.1. Le modèle coopératif – trois rôles en un

Étudions maintenant certains modèles économiques qui ont vu le jour récemment. Nous nous demanderons si ces modèles peuvent contribuer à offrir aux producteurs de films européens une approche nouvelle à l'octroi de licences pour l'exploitation des œuvres sur Internet en Europe. Je connais au moins deux "petits nouveaux" dans le secteur dont les modèles représentent de nouveaux paradigmes passionnants.

Le modèle qui actuellement se rapproche le plus de la "coopérative agricole" que j'évoquais tout à l'heure, est celui d'une entreprise française appelée Universciné. Universciné n'est pas seulement une plateforme, c'est une triple proposition : (i) elle regroupe un catalogue de films et s'enorgueillit à ce jour de 52 membres, qui tous ont promis de contribuer à ce modèle coopératif en y apportant leurs films ; (ii) c'est aussi une plateforme à part entière, avec une grande valeur ajoutée : des bonus tels que des interviews avec des réalisateurs, des dossiers de presse électroniques, etc. et tout ce qui peut

plaire aux cinéphiles ; enfin (iii) c'est un distributeur. Universciné distribue donc, ou met des œuvres à la disposition du public, sur sa propre plateforme, et conclut par ailleurs des accords de licence avec l'ensemble des autres acteurs du marché français, des opérateurs de télévision sur IP aux plateformes de téléchargement-location et de streaming, etc. De par sa conception, on peut donc dire qu'Universciné cultive en quelque sorte ses propres fruits, les vend à la porte de la ferme et les expédie dans le monde entier, à la façon de notre coopérative.

L'avantage de cette stratégie réside dans le fait qu'elle encourage, parmi les producteurs français membres d'Universciné, le développement d'une position de force, puisqu'ils confient à la plateforme leurs droits relatifs à la vidéo en ligne avant d'engager des négociations avec les grands opérateurs de médias en vue de financer la production de leur nouveau film ou d'un programme audiovisuel. En un sens, on rejoint ici l'approche française des auteurs de films (scénaristes et réalisateurs) qui transfèrent certains droits à des sociétés de gestion collective, afin que ces droits soient d'emblée exclus des tractations lorsqu'ils négocient par exemple la réalisation d'un nouveau film français.

4.2. Octroi de licences sur la VoD pour un laps de temps limité

La deuxième stratégie mise en œuvre est le fait des producteurs britanniques, qui ont réexaminé leurs liens avec Channel 4 avant de déclarer : "Très bien, nous vous accordons l'exclusivité, mais pour un laps de temps limité. Vous pourrez diffuser le contenu sur votre plateforme VoD pendant la durée de votre licence principale." La licence principale correspond à la licence de radiodiffusion "standard", ou "licence de télédiffusion en accès libre", comme on l'appelle parfois. Ainsi, dans le cas de Channel 4, un accord prévoit une fenêtre de diffusion de trente jours pendant lesquels la chaîne est autorisée par contrat à mettre à disposition le programme sur sa plateforme de vidéo à la demande 4VOD pour un certain temps ; une clause prévoit ensuite une "période de suspension" ("*black-out*") de cinq mois : soit le producteur permet à la chaîne de diffuser le programme pendant six mois (moyennant une rémunération supplémentaire), soit il s'y refuse. Dans ce dernier cas, ni Channel 4 ni le producteur n'est autorisé à exploiter le produit sur une quelconque plateforme de VoD pendant ce laps de temps. Une fois écoulé le délai de six mois, le producteur est libre d'exploiter à sa guise les droits relatifs à la VoD.

C'est ce que j'appelle l'approche du "mieux que rien". Elle est toutefois porteuse d'une bonne nouvelle : une licence principale de télédiffusion est généralement accordée pour une durée pouvant aller de deux à cinq ans (si ce point est réglementé, comme en France ou au Royaume-Uni), voire, jusqu'à quinze ans ou indéfiniment, ce qui tend à épuiser sa valeur accessoire. Or la fenêtre négociée pour l'exploitation en vidéo à la demande dure au maximum six mois, après quoi la chaîne ne peut faire usage d'aucun moyen de pression pour imposer à un producteur de renoncer à ses droits pour une période plus longue s'il n'y tient pas.

Une brève remarque sur le cas français : concernant ce marché de la cession de droits, on notera que la réglementation est intervenue par le passé pour limiter la capacité des médias puissants – les grands radiodiffuseurs tels que TF1 ou France Télévision – à acquérir un intérêt financier dans des droits secondaires et dérivés. Résultat, une société contrôlant l'accès au marché (un grand radiodiffuseur par exemple) qui aurait préacheté une licence de télédiffusion en accès libre pour un film, serait autorisée à acquérir d'autres intérêts financiers sur un autre segment du marché des droits dérivés, mais ne pourrait pas "rafler" la totalité des droits dérivés relatifs à ce film. Ici, le type de vision exposée éloquentement par Philippe Kern se trouve renforcée par la réglementation.

4.3. Le volume est important, mais suffira-t-il à obtenir une meilleure répartition des recettes ?

Un commentaire supplémentaire concernant le modèle de Philippe Kern : je crois qu'il a raison lorsqu'il affirme que si 52 producteurs se regroupent en coopérative et disposent d'un catalogue important, ils auront en théorie un pouvoir de négociation plus important que s'ils sont seuls ou à deux. Les activités du groupe de médias BSKyB au Royaume-Uni se caractérisent par le volume – les opérateurs de ce type font commerce du volume, et je crois que la VoD va devenir elle aussi une activité de volume. Si je parle ici de BSKyB, c'est parce qu'à une époque, un producteur britannique pouvait monter un film avec des stars américaines pour un budget équivalent à celui de films qui faisaient partie des contrats standard de fourniture d'œuvres conclus avec la Fox, la MGM ou la Warner Brothers. S'il essayait de vendre ce film individuellement à la chaîne, il se voyait offrir, s'il avait de la chance, environ 200 000 GBP, pour une œuvre qui aurait atteint un bon prix (mettons 1,2 millions USD, soit 594 281 GBP) dans le cadre d'un contrat de fourniture avec la Paramount par exemple. Pour les indépendants européens, la volonté d'entrer dans une activité de volume relève donc d'une logique de bon sens (si toutefois ils en sont capables), car les acheteurs préfèrent le volume.

4.4. Le concept d'exclusivité – Peut-il fonctionner aujourd'hui ou demain ?

Pour autant, en raison de l'immaturation du marché de la vidéo à la demande, ceci ne permet pas à ce stade de peser réellement sur la répartition des recettes, même si les licences sont accordées de façon collective, soit via une entreprise privée, soit via une société de droits d'auteur. Pourquoi ? Parce qu'on ne peut pas dire à un opérateur : "Je vais proposer mon film à quelqu'un d'autre, qui m'offrira des conditions plus intéressantes." La VoD sur Internet est une source de revenus très modeste pour l'instant, je crois que toutes les études économiques le confirment. Par conséquent, même si les indépendants fédèrent leurs forces, je doute que cela suffise pour l'instant à modifier le partage des recettes de façon significative. Ceci changera peut-être à mesure que ce marché se développera et s'orientera vers des accords plus exclusifs, mais à ce jour, le succès financier d'un modèle collectif d'octroi des licences ne me semble pas acquis.

Pour conclure, il est indispensable de s'interroger sérieusement sur la façon dont l'UE peut devenir un environnement plus favorable à la distribution de films sous licence. Mais il faudra multiplier les changements structurels au niveau du financement, de la distribution et du lancement des films, avant qu'un modèle collectif d'octroi de licences paneuropéen puisse voir le jour et s'imposer comme une contre-proposition sérieuse face au modèle économique actuel.

Le changement de rôle de l'utilisateur dans la Directive "Télévision sans frontières"

Natali Helberger

Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

1. Introduction

La réglementation "traditionnelle" des médias s'effectuait selon le modèle suivant : les entreprises des médias distribuaient un nombre (limité) de programmes à une masse d'utilisateurs anonymes, que l'on qualifiait souvent cyniquement de "télégoeurs". L'intervention de l'Etat, en matière de réglementation, se concentrait surtout sur la fourniture des services audiovisuels. Les utilisateurs de ces services, quant à eux, bien qu'étant les premiers concernés par la réglementation, ne jouaient qu'un rôle très secondaire dans la législation audiovisuelle, comme s'ils n'étaient que les récepteurs passifs d'une offre médiatique (bien réglementée et, par conséquent, diversifiée)¹.

Le rôle de l'utilisateur au sein des marchés audiovisuels est en train de changer. La sélection, l'agrégation et même la production et la distribution ne sont plus réservés aux seuls radiodiffuseurs et opérateurs de réseaux. Depuis quelque temps déjà, les utilisateurs s'impliquent activement dans la chaîne de distribution des contenus². La différence entre aujourd'hui et il y a dix ans, c'est que les marchés audiovisuels ont commencé à répondre à l'aspiration des utilisateurs les plus actifs et à développer des modèles plus interactifs pour la distribution du contenu audiovisuel.

Les services de vidéo à la demande en sont un exemple. En fonction de la configuration du service, l'utilisateur peut choisir l'heure (quasi vidéo à la demande) et souvent même le film qu'il souhaite voir (vidéo à la demande). On peut déjà parler de révolution si on compare cette offre à la radiodiffusion traditionnelle. Depuis peu, les utilisateurs peuvent même choisir parmi le contenu proposé par d'autres utilisateurs ou produire et distribuer eux-mêmes un contenu audiovisuel. Des services tels que YouTube, MySpace ou le néerlandais Tribler répondent aux besoins des utilisateurs du numérique, apportant une valeur ajoutée en constante augmentation, et explorent de nouvelles manières d'intégrer cette valeur ajoutée dans leurs modèles d'entreprise.

Le changement de rôle des utilisateurs de services audiovisuels pourrait finalement contribuer à modifier la politique des médias traditionnelle. Mais il est encore trop tôt. Par contre, il est temps de prendre conscience des changements et de réfléchir à leurs éventuelles implications en matière de politique et de législation des médias. L'objectif de cet article est d'examiner à la loupe certains aspects de l'implication traditionnelle de l'Etat dans les médias audiovisuels en se plaçant dans la perspective du changement de rôle des utilisateurs. Les aspects qui seront étudiés comprennent la justification de l'intervention de l'Etat, la perception de l'utilisateur, la nature de l'intervention et les

1) N. Helberger, "The 'Right to Information' and Digital Broadcasting - About Monsters, Invisible Men, and the Future of European Broadcasting Regulation" ["Le droit à l'information et à la radiodiffusion numérique - A propos des monstres, des hommes invisibles et du futur de la réglementation sur la radiodiffusion européenne"], 17 [2006] *Entertainment Law Review*, pp. 70-83.

2) Voir par exemple Y. Benkler, "The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedoms" ["La richesse des réseaux. Comment la production sociale transforme les marchés et les libertés"], Yale Press, 2006, p. 68 ff. disponible sur : <http://www.benkler.org/wonchapters.html>

problèmes émergents qui pourraient influencer à l'avenir le droit et la politique des médias. Le point de référence est la proposition d'amendement d'une directive sur la régulation des services de médias audiovisuels³.

2. Le changement de rôle de l'utilisateur des services audiovisuels

Une caractéristique définissant les marchés de l'information modernes est l'implication grandissante des utilisateurs dans la chaîne d'approvisionnement. Pour comprendre le potentiel révolutionnaire de ce développement pour les marchés, la législation et la politique des médias, il faut se rappeler que l'interaction entre les utilisateurs et les fournisseurs de services de radiodiffusion traditionnelle se limitait, pour l'utilisateur, à allumer ou à éteindre sa télévision et, plus tard, à zapper d'un programme à un autre.

2.1. Du "télégobeur" au consommateur

Deux innovations technologiques importantes sont à l'origine de la transformation du public en participants actifs du marché, autrement dit en consommateurs, qui achètent le contenu audiovisuel directement aux fournisseurs de services. La première innovation est l'augmentation de la capacité de transmission grâce à la numérisation (la "fin de la rareté"). La deuxième innovation est la prolifération des technologies permettant de contrôler l'accès et l'utilisation des contenus de manière individualisée. Il est alors devenu possible pour les fournisseurs de services de communiquer directement avec leurs utilisateurs via un canal retour, d'établir des relations commerciales directes et d'offrir un choix de services personnalisés et diversifiés. Les premiers services commerciaux de vidéo à la demande ont fait leur apparition aux Etats-Unis et en Europe dans les années 90.

2.2. Du consommateur au prosommateur

Dans le même temps, les améliorations de l'infrastructure technologique d'Internet offraient de nouvelles possibilités de stockage, de création et de diffusion de l'information. Au sein de "l'architecture de participation"⁴ du Web 2.0, émergente et décentralisée, les noeuds individuels du réseau – les utilisateurs – assument les fonctions d'agrégateurs, de diffuseurs, d'évaluateurs, de stockeurs, etc. Les utilisateurs ne sont plus des téléspectateurs passifs mais des consommateurs actifs, autrement dit des "prosommateurs"⁵. Le pouvoir des applications dites Web 2.0 réside dans le fait qu'elles permettent l'agrégation de l'intelligence, de la force de travail, des capacités (de stockage et de distribution) et du temps des utilisateurs et la maximisation des effets de réseau par le biais de la "longue traîne" (*long tail*, c'est-à-dire la masse des marchés de niche qui ne sont pas, ou pas principalement, servis par les médias traditionnels)⁶. Une nouvelle génération de services audiovisuels cherche à intégrer la valeur créée par les utilisateurs pour les utilisateurs. Bon nombre de ces services sont en phase de développement et toujours en quête d'un modèle économique viable⁷. Shoobidoo, par exemple, le site

3) Proposition d'amendement d'une directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 89/552/CE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle ("Services de médias audiovisuels sans frontières"), Bruxelles, le 29 mars 2007, COM(2007) 170 final, disponible en ligne sur :

http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/proposal_2005/com_2007_170_en.pdf (ci-après "Directive sur les services de médias audiovisuels").

Note de l'éditeur : la Directive 2007/65/CE a été adoptée le 11 décembre 2007. Le texte est disponible sur :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2007/l_332/l_33220071218fr00270045.pdf (ci-après version finale de la Directive SMAV).

4) T. O'Reilly, "What is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the next Generation of Software" ["Qu'est-ce que le Web 2.0 : Modèles de conception et d'affaires pour la prochaine génération de logiciels], O'Reilly Network, 9 mars 2005, disponible en ligne sur <http://www.oreillynet.com/lpt/a/6228>

5) Le terme a été inventé par Alvin Toffler dans son livre "The Third Wave" ["La troisième vague"], Morrow, 1980.

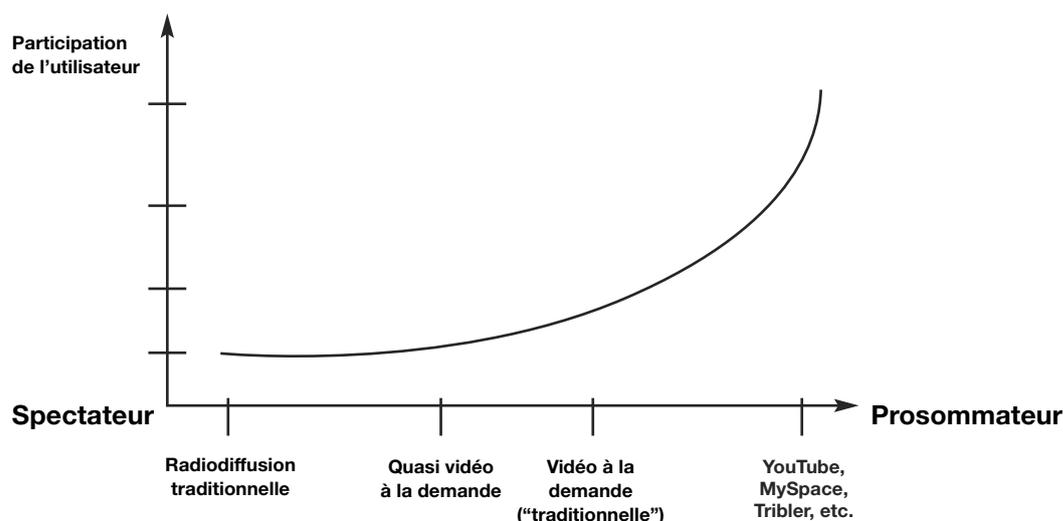
6) O'Reilly 2005, *op cit.*

7) S. Limonard, "User driven business models for digital television. Exploring the long tail for audiovisual content on TV and the internet online" ["Télévision numérique : modèles commerciaux orientés-utilisateurs. Contenu audiovisuel à la télévision et Internet en ligne : exploration de la longue traîne"], B@Home 2007, disponible sur :

<https://doc.telin.nl/dscgi/ds.py/Get/File-70649/User%20driven%20business%20models%20for%20digital%20television>.
C. Pascu et al., "Social computing. Implications for the EU innovation landscape" ["Social computing : Implications dans le domaine de l'innovation au sein de l'UE], article présenté lors de la Conférence 2007 de l'EuroCPR, "Policies for the content industries" ["Politiques pour les industries du contenu"], 25-27 mars 2007, Séville, Espagne. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), "Participative Web: user-created content" ["Le Web participatif : contenu créé par l'utilisateur"], compte-rendu, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, 14 avril 2007 (OCDE 2007), disponible en ligne sur : http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_2649_33757_38393116_119666_1_1_1,00.html

d'échange de vidéos lancé par KPN⁸, encourage les utilisateurs à télécharger des vidéos présentes sur la plateforme Shoobidoo. D'autres utilisateurs, appelés "directeurs", sont volontaires pour choisir parmi les vidéos proposées celles qui correspondent le mieux à leur chaîne. Au final, ces chaînes pourront même être intégrées sur l'une des plateformes de télévision commerciale de KPN (MineTV (télévision sur IP) ou i-Mode (télévision mobile))⁹. Le site néerlandais ikoptv¹⁰, issu d'une coopération entre le géant néerlandais des médias Endemol et les radiodiffuseurs régionaux, encourage les citoyens-reporters à tourner des reportages traitant de l'actualité dans leurs régions respectives avant de diffuser leurs "phonecast" sur les chaînes de télévision. Un téléphone mobile (avec fonction photo et vidéo) est offert aux citoyens-reporters et le meilleur reportage est primé chaque mois. Avec le programme Tribler¹¹, un service développé en coopération avec deux universités néerlandaises, des radiodiffuseurs publics et le ministère néerlandais des Questions économiques, la chaîne de distribution prend encore une autre dimension. Tribler est un site communautaire de particulier à particulier qui inclut les utilisateurs dans la distribution du contenu audiovisuel. Un utilisateur devient le télépartageur de l'utilisateur suivant. Les utilisateurs peuvent créer une communauté "d'amis" au sein de laquelle ils mettront à la disposition des autres utilisateurs des contenus téléchargeables, permettant ainsi d'accélérer la durée du téléchargement. Les "amis" peuvent également offrir de la bande passante afin d'aider un autre utilisateur ("collecteur") à avoir accès à un fichier complet.

Ce qui est commun à tous ces services interactifs, et à d'autres, c'est la mise en place d'une relation individualisée, plus ou moins interactive et parfois commerciale entre les utilisateurs et les fournisseurs de services. Le niveau d'interaction peut prendre plusieurs formes : permettre simplement aux utilisateurs de choisir de manière individuelle des contenus ou des horaires ou bien les faire participer activement à la chaîne d'approvisionnement, inversant ainsi le modèle traditionnel "émetteur actif – récepteur passif".



Graphique : Implication de l'utilisateur dans les services audiovisuels

3. Le changement de rôle des utilisateurs et la Directive sur les services de médias audiovisuels

L'un des objectifs principaux de la réglementation des services audiovisuels est la mise en place d'une offre médiatique pluraliste, diversifiée et de grande qualité¹². Cela concerne également le droit européen des médias. Conformément à la nouvelle Directive sur les services de médias audiovisuels, qui devrait être adoptée prochainement :

8) <http://www.shoobidoo.nl/>

9) Limonard 2007, *op. cit.*, p. 70.

10) <http://www.ikoptv.nl>

11) <https://www.tribler.org/>

12) P. Valcke, "Digitale Diversiteit", De Boek & Larcier, Bruxelles, 2004 ; Commission européenne, "Media pluralism in the Member States of the European Union" ["Pluralisme des médias au sein des Etats membres de l'Union européenne"], Document de travail des services de la Commission, SEC(2007)32, Bruxelles, le 16 janvier 2007 ; Eric Barendt, "Broadcasting Law" ["Loi sur la radiodiffusion"], Clarendon Press, Oxford, 1993.

“L’importance grandissante que [ces services] revêtent pour les sociétés, la démocratie - notamment en garantissant la liberté d’information, la diversité d’opinions et le pluralisme des médias -, l’éducation et la culture justifie l’application et le respect de règles spécifiques à ces services”¹³.

Dans ce contexte, le rôle traditionnel de l’utilisateur est celui d’un récepteur passif et d’un citoyen. En tant que citoyens, les utilisateurs ont des droits fondamentaux et des libertés politiques, y compris, bien évidemment, la liberté de parole et la possibilité de participer au discours public. L’intervention de l’Etat s’explique par l’obligation positive qu’il a de fixer les conditions permettant aux utilisateurs de bénéficier d’une offre médiatique démocratique qui reflète les préférences hétérogènes et les intérêts du public et qui fonctionnerait comme une plateforme, aussi bien pour le discours démocratique que pour le divertissement et l’éducation¹⁴. L’implication de l’Etat est d’autant plus indispensable lorsque les utilisateurs sont des récepteurs passifs car ils n’ont alors que très peu d’influence sur l’offre médiatique. Comme il sera montré plus loin, la réglementation des médias se concentre sur la fourniture des services audiovisuels dans le but implicite de générer une offre médiatique servant l’intérêt des utilisateurs.

L’émergence d’un consommateur actif remet en question ces concepts établis en matière de droit audiovisuel. La capacité des consommateurs à influencer activement le contenu des programmes, ce que certains appellent également la “démocratisation de la production des médias”¹⁵, est un argument de taille contre l’approche protectionniste traditionnelle qui n’a cessé d’être critiquée, que ce soit par des professeurs de droit ou d’économie, en raison de son caractère protectionniste et beaucoup trop restrictif¹⁶. L’arrivée des chaînes de télévision à péage, qui font participer l’utilisateur de manière très limitée, avait déjà poussé les universitaires à se demander si “l’information à la demande” est “suffisante pour garantir la liberté d’expression (d’un point de vue constitutionnel), pour autant que les utilisateurs exigent une information correcte en matière politique”¹⁷. L’arrivée du consommateur devrait mettre davantage au défi les justifications traditionnelles pour l’intervention de l’Etat dans le domaine des médias.

3.1. Portée

Le changement de rôle de l’utilisateur a influencé, bien que de manière limitée, la révision de la Directive “Télévision sans frontières” (appelée aujourd’hui : Directive sur les services de médias audiovisuels – Directive SMAV). D’une part, la Directive SMAV a décidé d’inclure, dans son champ d’application, des services interactifs (appelés, dans la terminologie de la Directive SMAV, “services non linéaires”)¹⁸, tels que la vidéo à la demande. Le droit des médias, et ses objectifs, s’applique également à Internet désormais. D’autre part, la Directive SMAV reconnaît qu’en raison d’un certain niveau d’interaction entre les fournisseurs de services et les utilisateurs, l’application aux services audiovisuels de certaines réglementations particulièrement rigides –comparées à celles des autres médias - ne se justifie plus. Conformément à la Directive SMAV, “les services non linéaires diffèrent des services linéaires en ce qui concerne le choix et le contrôle que l’utilisateur peut exercer et par rapport à l’impact qu’ils ont sur la société. Il paraît donc justifié que les services non linéaires soient soumis à une réglementation plus souple et qu’ils n’aient à se conformer qu’à la réglementation de base énoncée dans les articles 3a à 3h”¹⁹.

13) Considérant 3 de la Directive sur les services de médias audiovisuels et version finale de la Directive SMAV.

14) Pour en savoir plus sur l’obligation positive des Etats de veiller au respect de la liberté d’expression, D.J. Harris, M. O’Boyle et C. Warbrick, “*Law of the European Convention on Human Rights*” [“Loi de la Convention européenne des Droits de l’Homme”], Butterworths, Londres, 1995, p. 383; P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, “*Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*” [“Théorie et pratique de la Convention européenne des Droits de l’Homme”], Kluwer Law International, Den Haag, 1998, p. 26; A. Mowbray, “*The Development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*” [“Le développement des obligations positives conformément à la Convention européenne des Droits de l’Homme par la Cour européenne des Droits de l’Homme”], Hart Publishing, Oxford, 2004.

15) OCDE 2007, *op. cit.*, p. 35.

16) Dans ce sens par exemple D. Wentzel, “*Medien im Systemvergleich. Eine ordnungsökonomische Analyse des deutschen und amerikanischen Fernsehmarktes*”, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2002; E. Noam, “*Der Einfluß von Marktstruktur und Eintrittsschranken auf die Vielfalt der Fernsehprogramme*”, in Mestmäcker (ed.), *Offene Rundfunkordnung*, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 1988.

17) B.M. Owen, “*Economics and Freedom of Expression: Media Structure and the First Amendment*” [“Economie et liberté d’expression : la structure des médias et le premier amendement”], Ballinger, Cambridge 1975, p. 27.

18) Article 1(e) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, article 1(g) version finale de la Directive SMAV.

19) Considérant 28 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, le considérant 42 de la version finale de la Directive SMAV a légèrement modifié la formulation..

En d'autres termes, contrairement aux utilisateurs de services de radiodiffusion traditionnels, les utilisateurs de services de vidéo à la demande sont censés veiller davantage à leurs propres intérêts. La responsabilité individuelle se substitue à la responsabilité de l'Etat, ce qui a également des conséquences sur la portée de la Directive SMAV.

Selon la Directive SMAV, plus un service est interactif et s'éloigne du modèle de la télévision traditionnelle, moins les utilisateurs peuvent s'en remettre à la réglementation publique en ce qui concerne la qualité du contenu audiovisuel²⁰. Les services interactifs "permettant de regarder les programmes au moment choisi par l'utilisateur et à sa demande, sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias" relèvent également de la Directive SMAV²¹.

La contribution active des utilisateurs de ces services consiste à choisir, à partir d'un catalogue prédéfini, le contenu et l'heure à laquelle l'utilisateur souhaite voir un programme.

Les services proposant des contenus produits par des "prosommateurs" n'entrent pas dans le cadre de la Directive SMAV, à condition que ces services n'aient pas d'impact sur un large public²² et que leurs activités soient "essentiellement non économiques et n'entrent pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites Web privés et les services consistant à fournir ou distribuer des contenus audiovisuels produits par des utilisateurs privés en vue d'un partage et d'un échange au sein de communautés d'intérêt"²³.

Conformément aux termes de la Directive SMAV, les services qui exploitent un contenu généré par des utilisateurs ne sont pas soumis aux obligations prévues par la directive. Néanmoins, il reste à déterminer quelle est la législation applicable aux plateformes qui exploitent le contenu généré par des utilisateurs à des fins commerciales et / ou en concurrence avec la radiodiffusion traditionnelle. Des services tels que YouTube ou MySpace ne se limitent plus à proposer simplement des contenus provenant de particuliers. Ils servent également de plateformes pour la distribution et la promotion de contenus provenant de fournisseurs professionnels²⁴. De plus, YouTube et MySpace jouent un rôle important dans la préparation des futures élections présidentielles aux Etats-Unis puisqu'ils dialoguent avec le public et l'informent.

Pour donner un autre exemple, Shoobidoo fonctionne comme une plateforme de recherche de nouveaux contenus destinés à la télévision sur IP ou aux chaînes mobiles de KPN. De la même manière, www.ikoptv.nl se définit comme un "nouveau programme de télévision révolutionnaire" et non comme un site Web privé et non économique²⁵. Autrement dit, la question est de savoir si oui ou non il est toujours justifié de considérer les plateformes qui exploitent le contenu généré par les utilisateurs - dans la mesure où ils exploitent ce contenu à des fins commerciales et / ou qu'ils se substituent à la radiodiffusion traditionnelle - comme de simples services privés et de les exclure de la portée de la directive. Est-ce que le simple fait que le contenu de ces services soit produit par des amateurs et non par des créateurs professionnels exempte les fournisseurs de services de toute responsabilité en ce qui concerne la qualité générale de l'offre ? Cela dépendra beaucoup de l'interprétation qui sera faite de la notion de "droit de regard"²⁶, utilisée pour exclure les simples distributeurs de la portée de la directive²⁷. Dans ce contexte, il faut également se poser la question de savoir si les directives complémentaires relatives à la responsabilité, contenues dans la Directive sur le commerce électronique²⁸, répondent aux besoins des utilisateurs de ces services en matière de protection contre les contenus indésirables ou préjudiciables.

20) Considérant 13 (a) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 17 version finale de la Directive SMAV.

21) Article 1(e) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, article 1(g) version finale de la Directive SMAV.

22) Considérant 13 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 16 version finale de la Directive SMAV.

23) Considérant 13 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 16 version finale de la Directive SMAV.

24) Voir par exemple *heise online*, "Myspace lizenziert Hollywood-Inhalte", information de presse, 22 juillet 2007, disponible en ligne sur : <http://www.heise.de/newsticker/meldung/93085>

25) <http://www.ikoptv.nl/>

26) L'article 1(ab) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, article 1 (c) version finale de la Directive SMAV, définit la "responsabilité rédactionnelle" comme "l'exercice du contrôle effectif de la sélection des programmes et de leur organisation, qu'il s'agisse d'une programmation chronologique, comme pour les émissions de télévision, ou d'un catalogue, dans le cas des services à la demande. La responsabilité rédactionnelle n'implique pas nécessairement une responsabilité légale, dans le cadre de la législation nationale, du contenu des services fournis".

27) Considérant 14a de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 19 version finale de la Directive SMAV.

28) Voir article 3(4) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, article 3 (8) version finale de la Directive SMAV, ainsi que les articles 12 et 13 de la Directive 2000/31/EC du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après "Directive sur le commerce électronique").

3.2. La perception de l'utilisateur

"Alors que la radiodiffusion est destinée aux téléspectateurs et aux auditeurs, ils ne savent jamais ce qu'ils veulent ni où sont leurs intérêts"²⁹. Cette citation, tirée d'un reportage traitant de l'avenir de la BBC et datant des années 80, illustre bien la manière dont le consommateur était perçu dans la réglementation sur la radiodiffusion. L'idée que les consommateurs ne savent pas ce qu'ils veulent et ne connaissent pas leurs besoins correspond à un concept paternaliste qui était propre, notamment, aux réglementations nationales en matière de radiodiffusion puisqu'il appartenait à l'Etat de décider des besoins du consommateur. Cela s'explique en partie par le fait que la radiodiffusion était "à sens unique", ce qui ne permettait pas de déterminer facilement ce que les consommateurs souhaitaient ou quels étaient leurs besoins. La détermination des préférences et des intérêts des consommateurs était confiée aux spécialistes du marketing et aux publicitaires.

La Directive sur les services de médias audiovisuels restaure la perception traditionnelle de l'utilisateur. La directive parle d'utilisateur "éduqué aux médias". Il s'agit d'un utilisateur qui est "apte à faire des choix informés, à comprendre la nature des contenus et services et à profiter de tout l'éventail des possibilités offertes par les nouvelles technologies de communication"³⁰.

En d'autres termes, le nouvel utilisateur des services audiovisuels éduqué aux médias est un participant au marché qui sait non seulement ce qu'il souhaite mais qui s'arrange également pour l'obtenir (voire pour le produire lui-même).

Il est intéressant de noter que la définition de l'utilisateur de services audiovisuels éduqué aux médias se rapproche de celle du "consommateur moyen" européen qui est "normalement informé et raisonnablement attentif et avisé"³¹. Cette observation repose sur le fait que la Directive sur les services de médias audiovisuels fait référence, de manière constante et explicite, à l'utilisateur de services audiovisuels comme à un consommateur. En comparaison, dans l'ancienne Directive "Télévision sans frontières", le terme "consommateur" n'apparaît qu'à deux reprises et est utilisé principalement dans le cadre de la réglementation sur la publicité.

La Directive SMAV définit sommairement un "prosommateur" comme un consommateur qui produit et distribue un contenu audiovisuel destiné aux autres utilisateurs. Si l'on s'en réfère aux considérants de la directive, on peut en conclure que les activités du prosommateur sont de nature strictement (semi)-privées, non commerciales et générant un contenu destiné à être partagé et échangé au sein de communautés d'intérêts³². Ces activités sont privées dans le sens où elles n'ont aucune influence sur la réalisation des objectifs politiques en matière d'information publique. A la lecture de la directive, les activités des prosommateurs ne sont pas en concurrence avec les radiodiffuseurs télévisuels³³, – une théorie qui reste encore à prouver.

3.3. La nature de l'intervention de l'Etat

Le changement de rôle de l'utilisateur de services audiovisuels a également des conséquences sur la défense de ses intérêts par les pouvoirs publics. Traditionnellement, la législation audiovisuelle consistait surtout à imposer un certain nombre d'obligations aux fournisseurs de services audiovisuels : le respect de la réglementation sur les courts extraits, l'établissement de listes pour les événements d'importance majeure, la protection des mineurs, l'interdiction de discours incitant à la haine, le respect des règles concernant la promotion et la production d'œuvres européennes (par opposition aux œuvres provenant de Hollywood et Bollywood) et le respect de la vaste réglementation relative à la publicité. En ce qui concerne les services interactifs, un changement significatif est en train de s'opérer. En premier lieu, la Directive SMAV a recours à une approche plus souple puisqu'elle n'impose

29) A. Peacock, "The Future of Public Service Broadcasting" ["Le futur de la radiodiffusion de service public"], dans C. Veljanovski (ed), *Freedom in Broadcasting*, Institute of Economic Affairs (IEA) [Liberté dans la radiodiffusion, Institut des affaires économiques (IEA)], Londres, 1989, p. 53.

30) Considérant 25a de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 37 version finale de la Directive SMAV.

31) Cour de justice des Communautés européennes, Affaire C-210/96, *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, 16 juillet 1998, E.C.R. 1998 I-04657, para. 31; Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, 6 juillet 1995, ECR 1995 I-01923, para. 24. Voir considérant 18 de la Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ("Directive sur les pratiques commerciales déloyales") (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), OJ L 149 (11 juin 2005).

32) Considérant 13 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 16 version finale de la Directive SMAV.

33) Ibidem.

que quelques-uns des règlements s'appliquant aux services de radiodiffusion traditionnels (principalement les règlements relatifs à la protection des mineurs, aux discours incitant à la haine mais également des règlements moins stricts relatifs à la publicité et des obligations moins rigoureuses en ce qui concerne le partage des œuvres européennes). D'autre part, la réglementation générale relative à la protection du consommateur (figurant dans la Directive sur le commerce électronique, par exemple) est toujours applicable³⁴. La possibilité pour l'utilisateur de choisir activement ce qu'il souhaite regarder se traduit par une augmentation de sa responsabilité personnelle et par une diminution de l'intervention de l'Etat³⁵. Il est important de noter que ce n'est pas l'objectif principal - la protection contre les contenus préjudiciables et l'abus de publicité, l'accès à un contenu de qualité et diversifié, etc. - qui change ou qui ne s'applique plus aux services en ligne³⁶, mais les moyens mis en oeuvre pour le réaliser (l'autoprotection se substitue à l'intervention de l'Etat).

En second lieu, la Directive SMAV cherche à responsabiliser et autonomiser davantage l'utilisateur souverain, à l'instar du droit de la consommation qui lui donne les moyens d'agir. La directive souhaite favoriser le développement "de l'éducation aux médias à tous les niveaux de la société"³⁷. Selon la directive, les personnes éduquées aux médias "seront en mesure de mieux se protéger elles-mêmes et leur famille de matériels préjudiciables ou choquants"³⁸. A cette fin, la directive instaure une nouvelle obligation applicable à tous les fournisseurs de services audiovisuels (y compris les services à la demande et les services de radiodiffusion) qui devront désormais communiquer leur nom, adresse, site Web et courriel au consommateur³⁹. L'idée sous-jacente est d'aider les consommateurs à être responsables de leurs choix en leur donnant des informations détaillées sur la provenance du contenu qui leur est fourni⁴⁰.

Informers les consommateurs a toujours été un élément important de la politique (européenne) en matière de consommation⁴¹. L'objectif principal de ce type de démarche est de donner aux consommateurs plus d'autonomie et une plus grande liberté de choix⁴². L'idée générale est que le fournisseur du service est avantagé parce qu'il connaît mieux les produits ou les services qu'il vend que le consommateur. Ne pas informer suffisamment les consommateurs pourrait les empêcher d'obtenir ce qui correspond le mieux à leurs préférences et besoins individuels. Une intervention de l'Etat, visant à encourager la transmission de plus d'informations aux consommateurs, a pour but de les responsabiliser quant à leurs besoins et d'orienter le marché vers une offre qui correspond davantage à leurs préférences.

Informers le consommateur est une approche nouvelle en matière de loi sur l'audiovisuel et n'a pas encore été sujet à discussion. A l'instar du droit de la consommation, utiliser l'information au consommateur comme outil pour la protection de ses intérêts peut poser plusieurs problèmes. Ces problèmes comprennent, notamment, le fait que les informations communiquées au consommateur soient destinées à un consommateur éduqué de classe moyenne - l'économie comportementale doute de la capacité du consommateur à prendre des décisions rationnelles - et le fait que la transmission d'informations au consommateur ne remplace pas les initiatives visant à éliminer les obstacles et les verrouillages entravant le bon fonctionnement de la concurrence⁴³.

L'introduction de l'information au consommateur en tant qu'outil de régulation des services audiovisuels soulève une autre question : jusqu'où est-il nécessaire d'informer et d'éduquer le consommateur de services audiovisuels pour atteindre les objectifs de politique publique relatifs à la régulation des médias (y compris l'accès à une offre médiatique pluraliste et diversifiée, la protection des mineurs, la protection contre les contenus préjudiciables, etc.) ?

34) Voir considérant 29 et article 3(4) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 43 et article 3 (8) version finale de la Directive SMAV.

35) Voir, par exemple, les considérants 40 et 42 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, les considérants 55 et 57 version finale de la Directive SMAV.

36) Comparez également le considérant 31 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 44 version finale de la Directive SMAV.

37) Considérant 25a de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 37 version finale de la Directive SMAV.

38) Ibidem.

39) La loi sur le commerce électronique s'applique également, y compris sa réglementation relative à l'information du consommateur. Voir le considérant 29 et l'article 3(4) de la Directive sur les services de médias audiovisuels, le récépissé 43 et l'article 3 (8) version finale de la Directive SMAV, ainsi que les articles 5 et 6 de la Directive sur le commerce électronique.

40) Considérant 29 de la Directive sur les services de médias audiovisuels, considérant 43 version finale de la Directive SMAV.

41) Voir G. Howells, "The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", 32 [2005] Journal of Law and Society, p. 349-352 ff, N. Reich, "Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy", 14 [1992] Journal of Consumer Policy, p. 257, 259.

42) Reich 1992, *op. cit.*, p. 258.

43) Pour une discussion critique voir Howells 2005, *op. cit.*, p. 356 ff.

Les initiatives visant à informer et à éduquer les utilisateurs de services audiovisuels ne devraient pas occulter le fait qu'avec ces nouvelles formes de médias interactifs l'intervention des pouvoirs publics, telle qu'elle se pratiquait avec la radiodiffusion traditionnelle, sera de moins en moins nécessaire. Toutefois, elles pourraient engendrer de nouveaux problèmes pour les utilisateurs de contenus audiovisuels, en terme de recherche, de confiance et d'accès dans des conditions équitables et à un coût abordable⁴⁴. Par ailleurs, les expériences faites dans d'autres domaines - le marché de la musique en ligne, par exemple - ont démontré que la manière dont le contenu numérique est commercialisé auprès des consommateurs peut entraîner une foule de nouveaux problèmes qui portent atteinte non seulement aux intérêts économiques des consommateurs mais également aux droits fondamentaux dans le domaine de la communication (respect de la vie privée, liberté de parole) ainsi qu'aux intérêts publics, sociaux et individuels dans le domaine des médias⁴⁵. Il reste à voir si l'application au secteur audiovisuel de la réglementation générale relative au commerce électronique sera suffisante pour répondre aux besoins des utilisateurs de contenus audiovisuels et aux objectifs de politique publique dans ce secteur.

Enfin, un point qui n'est pas abordé dans la Directive SMAV concerne la possible contribution des utilisateurs actifs à la réalisation des objectifs d'intérêt public visés par la réglementation des services audiovisuels. Les nouvelles technologies leur donnant les moyens d'agir, les utilisateurs pourraient contribuer activement aux objectifs politiques en matière d'information publique tels que la mise en place d'une offre pluraliste et diversifiée en matière d'information, la protection contre les contenus préjudiciables, l'évaluation et la découverte de contenus de qualité, la suppression des problèmes de capacité, la représentation de différentes cultures et de minorités en Europe, etc. Bien que la directive envisage une contribution active de la part des consommateurs pour la réalisation de ses objectifs, leur contribution se limite à la sphère privée et consiste à se protéger eux-mêmes et leur famille par des choix éclairés. Les développements futurs des marchés et des technologies démontreront si les structures traditionnelles fournisseurs-utilisateurs restent viables ou si le temps est venu que se réalise enfin la vision de Brecht relative à la radiodiffusion comme moyen de communication :

"[il faut passer] de la distribution à la communication. La radio, et son vaste réseau de tuyaux, est le moyen de communication le plus adapté à la vie publique. Du moins, il le serait s'il savait comment réceptionner aussi bien qu'émettre, comment laisser l'auditeur parler aussi bien qu'écouter, comment créer une relation avec cet auditeur plutôt que de l'isoler. La radio devrait ainsi s'écarter de la simple distribution et considérer ses auditeurs comme des fournisseurs de services".

Brecht a été l'un des premiers intellectuels en Europe à prôner le potentiel interactif, et donc véritablement démocratique, des médias de radiodiffusion⁴⁶. Il incombera à la politique des médias de déterminer si tel est le cas et, si oui, de quelle manière encourager et gérer la contribution active des utilisateurs afin de mettre en place des marchés audiovisuels plus diversifiés, plus accessibles, plus intéressants, etc.

4. Conclusion

Les changements dans le rôle de l'utilisateur de services audiovisuels ont été inclus également dans la Directive sur les services de médias audiovisuels et ont donné lieu à une approche uniformisée de l'intervention de l'Etat. La réglementation des services audiovisuels intégrant la participation active de l'utilisateur se caractérise par une approche plus souple et une suppression progressive de la responsabilité de l'Etat proportionnellement à la capacité des utilisateurs audiovisuels à se protéger eux-mêmes contre les contenus indésirables ou préjudiciables. La directive insiste également sur l'importance d'éduquer et d'informer le consommateur, deux éléments nouveaux de la politique des médias, et elle instaure de nouvelles obligations applicables à tous les fournisseurs de services

44) N. Helberger, "Controlling access to content. Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting" ["Contrôler l'accès au contenu. Réglementer l'accès conditionnel dans la radiodiffusion numérique"], Kluwer Law International, Den Haag, 2006, p. 274 ff.

45) Voir N. Helberger, N. Dufft, S. van Gompel, K. Kerényi, B. Krings, R. Lambers, C. Orwat et U. Riehm, "Digital Rights Management and Consumer Acceptability: A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations" ["Gestion des droits numériques et acceptabilité du consommateur : une discussion pluridisciplinaire des inquiétudes et des attentes du consommateur"], State-of-the-Art Report, INDICARE, Décembre 2004, disponible sur <http://www.indicare.org/>

46) B. Brecht, "Der Rundfunk als Kommunikationsapparat. Rede über die Funktion des Rundfunks.", dans : B. Brecht, Werke, suhrkamp, Berlin/Frankfurt/M, 1992, Vol. 21, S. 553. Une traduction anglaise du texte est disponible sur : <http://home.freeuk.net/lemmaesthetics/brecht1.htm>

audiovisuels. Ces initiatives s'adressent aux personnes éduquées, autrement dit les utilisateurs souverains capables de veiller à leurs propres intérêts, par opposition aux récepteurs passifs du droit des médias traditionnel.

La révision de la première Directive "Télévision sans frontières", bien que reconnaissant, dans son principe, les changements dans le rôle de l'utilisateur, n'a pas réussi, dans ce contexte, à s'attaquer à des questions plus fondamentales. En ce qui concerne le changement de rôle des utilisateurs, la Directive SMAV est la première à être concernée par la réduction de l'application de la réglementation des médias traditionnelle aux nouveaux services. Il reste à déterminer si le changement de rôle des utilisateurs, et leur relation commerciale avec les fournisseurs de services de médias audiovisuels, donneront lieu à de nouveaux problèmes et à la nécessité d'une intervention de l'Etat. Il est également nécessaire de déterminer quelles seront les répercussions (positives et négatives) d'un utilisateur actif sur les acteurs du marché et leurs activités dans ce secteur.

Il semble également que le temps soit venu de discuter de la manière dont les utilisateurs pourront contribuer à la réalisation des objectifs politiques en matière d'information publique.

La position des radiodiffuseurs de service public

Gregor Wichert
Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)

Le droit d'auteur, en tant que concept juridique, est tenu de suivre l'évolution technologique des médias. Ainsi, la législation doit sauvegarder le rôle d'instrument adéquat que tient la loi sur le droit d'auteur dans le paysage actuel des médias à évolution dynamique. Cet objectif ne peut être atteint par la conception d'un droit d'auteur qui aurait pour seule vocation de combattre le piratage. Il doit également permettre aux intervenants honnêtes d'accéder de manière libre et équitable à tous les droits dont ils ont besoin pour fournir leurs services dans un environnement numérisé. Câble à haut débit, Internet, 3G et IPTV sont les mots-clés attirant l'attention sur les questions à solutionner entre associés, concurrents et utilisateurs.

Le 31 mars 2006, lors d'un Symposium UER sur le droit d'auteur rassemblant plus de 160 participants, s'est tenu un débat approfondi sur les besoins immédiats des radiodiffuseurs en matière de droit d'auteur dans un environnement numérisé et globalisé. Un document¹ présenté lors la conférence souligne les besoins fondamentaux cités ci-dessous :

1. Gestion collective efficace des droits

(1) Principe du guichet unique pour les droits administrés par des sociétés de gestion collective

Les sociétés de gestion de droits musicaux devraient pouvoir continuer de délivrer des licences couvrant l'ensemble du répertoire mondial, que ce soit pour les services en ligne ou hors ligne. Dans le cas spécifique des phonogrammes, les producteurs devraient obligatoirement confier l'administration de leurs droits à des sociétés de gestion collective qui seraient ainsi en mesure d'octroyer des licences parallèles à celles que délivrent les sociétés d'auteurs.

(2) Reproduction accessoire

Lorsque la loi autorise les radiodiffuseurs à diffuser des phonogrammes commerciaux en contrepartie d'une rémunération équitable, toute reproduction accessoire du phonogramme réalisée dans le seul but de faciliter la diffusion et ne revêtant aucun intérêt économique en soi doit être considérée comme étant comprise dans l'autorisation de diffusion (et non soumise à un quelconque droit d'autorisation/d'interdiction qui pourrait en fait être utilisé pour la contourner).

(3) Bonne gouvernance des sociétés de gestion collective

Bien que les sociétés de gestion collective demeurent un instrument efficace et indispensable pour l'exercice des droits, on doit toutefois s'assurer, par des moyens appropriés, qu'elles ne puissent pas abuser de leur position dominante.

1) Disponible sur www.ebu.ch/CMSimages/en/needs_03_05_en_tcm6-43777.pdf

2. Procédure simplifiée pour l'obtention des droits

(4) Distribution des émissions en ligne (streaming/simulcasting/à la demande)

Comme il en va de la radiodiffusion classique, et ainsi que le confirme expressément la directive CE sur le satellite/câble dans le cas comparable de la radiodiffusion par satellite (où le signal peut être reçu simultanément dans bon nombre de pays), la loi applicable est obligatoirement celle du pays où a lieu l'acte de diffusion en streaming/simulcasting (par opposition aux pays dans lesquels les programmes peuvent être reçus, c'est-à-dire en principe tous les pays dans le monde).

Il doit également en être ainsi du droit de mise à disposition, particulièrement important pour les radiodiffuseurs lorsqu'ils offrent à leur audience (assujettie à la redevance audiovisuelle) la possibilité de suivre leurs programmes en ligne en écoute différée.

(5) Retransmission simultanée d'émissions sur toute plateforme "nouveaux médias"

Le système simplifié mis en place pour l'obtention des droits de distribution par câble devrait être étendu aux cas comparables de retransmission des émissions par des opérateurs commerciaux tiers sur des plateformes "nouveaux médias" mobiles, avec ou sans fil, telles que les réseaux haut débit (par exemple ADSL), la téléphonie mobile et les plateformes numériques terrestres ou satellite. À une condition toutefois : ce type de retransmission doit s'effectuer de manière simultanée, complète, sans aucun changement et, en particulier, chaque abonné à ce service de retransmission doit être clairement identifiable et s'acquitter auprès de cet opérateur tiers d'un paiement en contrepartie de l'accès au service de programme.

(6) Droits sur les programmes d'archives des radiodiffuseurs

Dans ce domaine, le législateur peut donner libre cours à son imagination, dans la mesure où il sera question de mettre en place des textes de lois garantissant aux radiodiffuseurs le droit de mettre leurs programmes d'archives (c'est à dire leurs propres productions et les productions de commande qu'ils ont intégralement financées) à disposition de leurs auditeurs et téléspectateurs en contrepartie, le cas échéant, d'une rémunération équitable.

3. Équilibre des intérêts : Protection et ouverture

(7) Traité "radiodiffuseurs" de l'OMPI

L'adoption de ce traité se fait attendre depuis trop longtemps, car il est indispensable de protéger les radiodiffuseurs contre le piratage de leurs signaux porteurs de programmes et contre l'utilisation simultanée ou différée de ces signaux par tout moyen, y compris par l'intermédiaire des plateformes "nouveaux médias". Les radiodiffuseurs ont également besoin d'une protection actualisée, afin de pouvoir répondre positivement à des demandes d'utilisation légitime de leurs signaux, en constante augmentation du fait de la révolution du numérique.

(8) Gestion numérique des droits

Les futures solutions de *Digital Rights Management* (DRM) doivent être acceptables pour tous les intéressés, y compris les consommateurs ; elles doivent respecter les principes fondamentaux de la législation sur le droit d'auteur. En outre, afin d'éviter que les services de nouveaux médias ne subissent les effets du "filtrage", il faut empêcher les abus de droits de propriété, qu'il s'agisse du droit d'auteur ou d'un quelconque autre type de droit. Les solutions DRM doivent assurer par le biais de normes ouvertes et interopérables, que la technologie de réception numérique reste attrayante pour tous les téléspectateurs et auditeurs, et permettre aux radiodiffuseurs un accès égal à toutes les plateformes médias.

Bien que ces huit points décrivent aussi bien les besoins des radiodiffuseurs commerciaux que ceux des radiodiffuseurs de service public, ces derniers sont liés par des obligations légales spécifiques. Néanmoins, les radiodiffuseurs de service public doivent jouer un rôle fondamental dans le nouvel environnement numérisé et globalisé. À cet égard, le concept de "service public" revêt une dimension double. D'une part en terme de couverture technique, ce qui signifie que chaque foyer doit normalement pouvoir recevoir des services de programme. D'autre part en terme de cohésion sociale, c'est-à-dire que tout groupe ou toute catégorie sociale doit pouvoir bénéficier du service public (riches et pauvres, jeunes et âgés, instruits ou moins instruits, ceux ayant certains centres d'intérêt

particuliers, qu'ils aient un caractère religieux, culturel, sportif ou autre). Les radiodiffuseurs publics assurent que tout citoyen peut participer à la société de l'information et que les minorités ont un accès convenable à des offres indépendantes des modèles économiques existants. Ils offrent une orientation fiable et sont en mesure de compenser les éventuelles défaillances du marché.

En vue de sauvegarder le statut de "service public" des activités de nouveaux médias, y compris les offres de vidéo à la demande (VoD), les radiodiffuseurs de service public allemands vont appliquer une procédure en trois étapes :

- Premièrement, les radiodiffuseurs de service public devront justifier que ce type d'offre entre dans le cadre de la mission du service public et que, de ce fait, elle sert les besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société allemande.
- Deuxièmement, l'offre doit contribuer de façon qualitative à la concurrence éditoriale.
- Troisièmement, les radiodiffuseurs doivent préciser l'impact financier que le nouveau service aura.

Les tiers auront la possibilité de faire entendre leur point de vue. Cette présente procédure sera instaurée par voie législative en 2009.

Questions juridiques actuelles en France

Observatoire européen de l'audiovisuel

1. Procès contre les services de partage de vidéos

1.1. Les tribunaux français ont rendu récemment plusieurs jugements dans des affaires mettant en cause Google Video, Dailymotion et d'autres opérateurs de "services de partage" sur l'Internet.

Ces actions, engagées par des producteurs et des auteurs d'œuvres audiovisuelles, font suite à la mise à disposition de films cinématographiques, de films documentaires et de programmes télévisuels sur ces plateformes de partage.

Les demandeurs ont allégué que la distribution non autorisée de leurs œuvres sur ces plateformes constitue une contrefaçon de leurs droits d'auteurs et de producteurs. Ils assimilaient l'activité des services concernés à une activité d'éditeur.

Pour leur défense, les services concernés ont soutenu qu'ils devaient bénéficier, en tant qu'hébergeurs, du régime de responsabilité défini pour les services d'hébergement par l'article 6(I)(2) de la loi du 21 juin 2004 (loi pour la confiance dans l'économie numérique), qui reprend les dispositions de l'article 14 de la Directive commerce électronique.

1.2. Le 16 mai 2007, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris a rendu une première décision contre Google Video sous la forme d'une ordonnance enjoignant à cette dernière d'empêcher la diffusion sur son site d'un film documentaire, sous astreinte de 10 000 EUR pour chaque nouvelle mise en ligne.

Les demandeurs avaient sollicité cette injonction à la suite d'une nouvelle diffusion en cours de procédure.

A cette occasion le juge ne s'est pas prononcé sur la qualification d'un point qui est au cœur du litige, c'est-à-dire la possibilité, pour Google Video, d'être considéré comme un simple service d'hébergement et de pouvoir ainsi bénéficier du privilège en matière de responsabilité. Le juge de la mise en état a estimé que c'était au juge de grande instance de déterminer la nature exacte de ce service.

Néanmoins, il a estimé que même si, comme Google le soutient, ses services devaient être considérés comme ceux d'un simple fournisseur d'hébergement, la limitation de responsabilité prévue par la loi n'est applicable que si l'hébergeur n'a pas effectivement connaissance d'activité illicite sur son service ou si, dès le moment où il a eu cette connaissance, il a agi promptement pour retirer les éléments illicites ou pour en rendre l'accès impossible. Le juge a considéré que Google, qui avait été informé une première fois de la distribution illégale du documentaire sur son site, ne peut prétendre avoir pris toutes les mesures nécessaires pour en empêcher l'accès dans la mesure où une seconde diffusion a eu lieu.

Par ailleurs, le juge a indiqué que la circonstance d'une mise en ligne par des utilisateurs différents était sans effet sur l'appréciation de la responsabilité de l'hébergeur.

1.3. Le 22 juin 2007, une deuxième décision avait été rendue par une autre chambre du tribunal de grande instance de Paris, statuant cette fois en référé, contre l'opérateur MySpace. Cette affaire portait sur la diffusion non autorisée de la vidéo d'un sketch sur le site MySpace. Comme dans l'affaire Google Video, une demande d'injonction exécutoire avait également été émise dans cette affaire, mais cette chambre avait adopté une approche différente en définissant clairement MySpace comme un éditeur et non comme un simple fournisseur de services d'hébergement :

“Attendu que s'il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction technique ; qu'en effet, imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités”.

Ce raisonnement est similaire à celui qui avait été adopté par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 juin 2007 rendu contre la société Tiscali, dans une affaire relative à la diffusion non autorisée de bandes dessinées par un abonné utilisant un espace personnel hébergé par Tiscali.

1.4. Quelques semaines plus tard, le 13 juillet 2007, le tribunal de grande instance de Paris rendait son premier jugement sur le fond dans une autre affaire relative à des services de partage de vidéos. Cette affaire concernait la diffusion d'un film cinématographique sur le site Dailymotion. Dans son jugement du 13 juillet 2007, le tribunal s'est prononcé contre Dailymotion.

Le tribunal juge que Dailymotion n'a pas le statut d'éditeur dans la mesure où les vidéos litigieuses sont fournies par les utilisateurs eux-mêmes. Dailymotion est ainsi qualifié de fournisseur de services d'hébergement. Néanmoins, le tribunal estime qu'en sa qualité de fournisseur de services d'hébergement, Dailymotion aurait dû avoir connaissance de faits et circonstances lui permettant de penser que des vidéos illégales circulaient en ligne sur son site. Par conséquent, le régime de responsabilité spécifique des hébergeurs est écarté et Dailymotion est condamnée pour contrefaçon de droit d'auteur. Le tribunal condamne Dailymotion à verser 13 000 EUR de dommages et intérêts au producteur, 10 000 EUR au distributeur exclusif du film et à publier la décision du tribunal sur son site Web. Dailymotion aurait interjeté appel de ce jugement.

Un jugement de condamnation similaire a été rendu par le même tribunal le 19 octobre 2007, cette fois dans une affaire concernant le service Google Video, à propos de la diffusion répétée sur ce service d'un documentaire. Google Video y est également qualifié d'hébergeur.

La position adoptée à l'heure actuelle par le tribunal de grande instance de Paris aboutit donc à écarter toute forme de responsabilité pour le premier acte de mise à disposition sur ces services. La responsabilité de droit commun semble cependant réapparaître en cas de nouvelle mise à disposition faisant suite à une information ou à un avertissement du titulaire des droits, même si elle est le fait d'un autre internaute.

1.5. Le Tribunal de commerce de Paris devrait rendre prochainement au moins un autre jugement dans une affaire impliquant le service Google Video.

2. Accords commerciaux / Gestion collective obligatoire

2.1. En 1999, 2002 et 2004, la SACD, principale société de gestion collective des droits d'auteurs dans le domaine audiovisuel, a conclu plusieurs accords avec certaines organisations professionnelles représentant les producteurs relatifs à l'exploitation d'œuvres audiovisuelles sous forme de vidéo à la demande (VoD) (les "accords VoD").

Ces accords VoD garantissent une "rémunération minimum" aux auteurs dont les œuvres sont exploitées par VoD. La SACD est chargée de percevoir cette rémunération directement auprès des services de VoD. Cette rémunération, pour l'ensemble des auteurs concernés, a été fixée à 1,75 % du prix payé par le public pour avoir accès aux œuvres distribuées.

Afin de veiller à l'application uniforme de ce mécanisme, les accords VoD prévoient que les contrats conclus entre les producteurs et les auteurs doivent faire mention des accords VoD par l'insertion de la clause suivante :

“La cession par l'auteur au producteur du droit d'exploiter l'œuvre par tout moyen de télécommunication permettant au public d'y avoir accès moyennant le paiement d'un prix individualisé, et notamment en *pay per view* et vidéo à la demande, lui est consenti aux conditions prévues par le protocole en date du 12 octobre 1999 signé entre la SACD et les organisations professionnelles de producteurs”.

Par ailleurs, les accords VoD stipulent que la clause ci-dessus “fera partie intégrante des contrats conclus avant l'accord”, sauf s'ils prévoyaient déjà une cession rémunérée des droits concernés.

2.2. La loi sur le droit d'auteur du 1^{er} août 2006 a intégré un nouveau paragraphe à l'article L.132-25 du Code de la propriété intellectuelle permettant au ministre chargé de la culture d'étendre les accords professionnels relatifs à la rémunération des auteurs à l'ensemble des “intéressés” du secteur d'activité concerné :

“Les accords relatifs à la rémunération des auteurs conclus entre les organismes professionnels d'auteurs ou les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III et les organisations représentatives d'un secteur d'activité peuvent être rendus obligatoires à l'ensemble des intéressés du secteur d'activité concerné par arrêté du ministre chargé de la culture”.

En application de ce texte, le ministre de la Culture et de la Communication a adopté, le 15 février 2007, un arrêté qui étend les accords VoD, sans autre précision. L'arrêté est rédigé comme suit :

“Sont rendues obligatoires, pour toute entreprise du secteur de la production cinématographique et pour toute entreprise du secteur de la production audiovisuelle, les stipulations du protocole d'accord du 12 avril 1999, complété par les protocoles d'accord des 5 février 2002, 12 avril 2002 et 17 février 2004, concernant la rémunération des auteurs d'œuvres cinématographiques et d'œuvres audiovisuelles en cas d'exploitation de ces œuvres par tout procédé de communication électronique permettant au public d'y avoir accès moyennant un prix individualisé, notamment en paiement à la séance et en vidéo à la demande”.

2.3. L'arrêté est actuellement contesté par une organisation professionnelle d'agents artistiques. Les motifs portent, entre autres, sur :

- la cession prétendument obligatoire des droits VoD (pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur des accords VoD) – problème de compatibilité avec la Convention de Berne et la législation européenne ;
- la gestion collective obligatoire des droits VoD – problème de compatibilité avec la Convention de Berne et la législation européenne ;
- la modification du contenu des accords existants par l'arrêté ;
- l'extension de ce régime aux non membres de la SACD ;
- les problèmes de concurrence (exclusion d'une gestion individuelle par les auteurs et leurs agents).



- Quels sont les modèles économiques, technologiques et éditoriaux pour la VoD en Europe ?
- Y-a-t-il un modèle prédominant ?
- Quelles sont les grandes tendances émergentes de la VoD ?
- A terme quelles sont les transformations impliquées pour le paysage audiovisuel et le cinéma ?
- Quelles stratégies sont actuellement développées par les grands opérateurs de la VoD ?

La vidéo à la demande en Europe

Ce rapport propose une image précise de la vidéo à la demande dans 24 Etats européens au début de l'année 2007 et décrit plus de 150 services opérationnels.

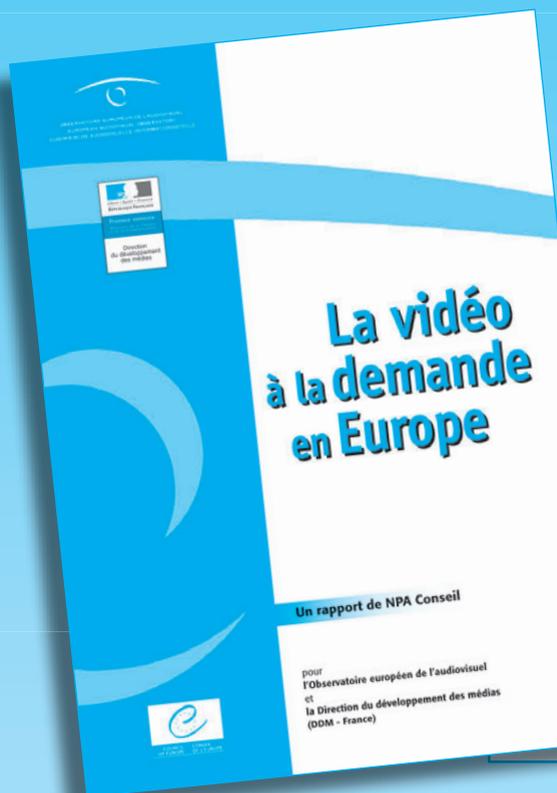
Contenu du rapport "La vidéo à la demande en Europe"

- Les conditions techniques de la VoD
- Les modèles économiques de la VoD
- La régulation
- La place de la VoD dans l'industrie cinématographique et audiovisuelle
- Le marché de la VoD dans 24 pays européens

Le profil consacré à chaque pays propose :

- un aperçu du paysage audiovisuel national ;
- une brève description de la réglementation des services non linéaires ;
- une présentation détaillée des services de VoD actuellement disponibles ou annoncés et des tendances générales du marché de la VoD dans le pays ;
- les chiffres-clés pour chacun des 150 services VoD identifiés, dont la date de création, l'accès, le nombre et le type de titres disponibles, le prix des abonnements, la disponibilité, le fournisseur des contenus, le type de transmission, le modèle économique ;
- les tendances européennes ;
- une réflexion sur la mise en place de normes de transparence et d'indicateurs.

Plus de 150 services VoD dans 24 pays européens !



La vidéo à la demande en Europe

Un rapport édité par
NPA Conseil pour l'Observatoire européen de l'audiovisuel
et la
Direction du développement des médias (DDM - France),
Strasbourg, mars 2007, 371 pages, 295 €

*(Remise spéciale pour le secteur de l'enseignement et les instituts de formation.
Veuillez contacter l'Observatoire)*

Disponible en français, anglais et allemand
Pour plus d'informations, veuillez consulter notre site :
http://www.obs.coe.int/vod_markets

Pour passer une commande, voir sous :

<http://www.obs.coe.int/about/order>
E-mail: orders-obs@coe.int - Tél: +33 (0)3 88 14 44 00