

Convergence, droit d'auteur et télévision transfrontière

Le présent article "*Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent et avenir*" du Professeur P. Bernt Hugenholtz est un extrait de la publication **IRIS plus 2009-8 "Convergence, droit d'auteur et télévision transfrontière"**.

Cette publication est disponible sous forme imprimée auprès de l'Observatoire européen de l'audiovisuel.

Des informations supplémentaires sur la série IRIS plus et IRIS plus 2009-8 ainsi que les modalités de commande sont accessibles sur notre site Internet.

Avant-propos

Au cours de ces dernières années, le secteur de l'audiovisuel a accordé une attention toute particulière à la révision de la Directive « Télévision sans frontières » et à la transposition de la Directive Services de médias audiovisuels qui s'en est suivie. Le réexamen du paquet télécoms a été l'un des rares sujets à avoir retenu autant l'attention que les deux précédents.

D'autres points du droit communautaire, parmi lesquels figurent les dispositions relatives à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, n'ont pas autant alimenté la presse quotidienne. Ces dispositions semblaient initialement revêtir une telle importance qu'il était prévu qu'elles fassent partie de la Directive « Télévision sans frontières ». Du fait de la difficulté à parvenir à un accord sur les questions de droit d'auteur liées à la télévision transfrontière, elles ont été « sous-traitées » par la Directive Satellite-Câble. Cette dernière a secondé pendant des années la Directive « Télévision sans frontières », qui a contribué à lever les obstacles à la télévision transfrontière.

Comme nous venons d'en être les témoins, la convergence a conduit le législateur communautaire à étendre le champ d'application de sa réglementation en matière de télévision, laquelle englobera à compter du 19 décembre 2009 les services de médias audiovisuels. Cette convergence aura-t-elle des répercussions similaires sur l'avenir de la Directive Satellite-Câble ? La réponse pourrait être « oui » si l'on s'en tient à des considérations pratiques, et éventuellement « non » pour ce qui est du réexamen de la directive. C'est ce qui a conduit l'Observatoire à publier le présent IRIS *plus*, intitulé « Convergence, droit d'auteur et télévision transfrontière ». Dans l'article de fond, Bernt Hugenholtz explore non seulement l'historique, les objectifs et la mise en œuvre de la Directive Satellite-Câble, mais s'interroge aussi sur l'avenir de ce texte.

Cet article s'accompagne de plusieurs comptes rendus de décisions de justice et de décisions administratives qui apportent des éclaircissements sur les actuelles interprétations de la directive et qui sont, par conséquent, mentionnés dans l'article de fond.

Quant à l'avenir de la directive, il est probable qu'il soit conditionné par son passé. Il pourrait surtout être déterminé par les réelles répercussions que la directive a eu jusqu'ici sur les objectifs qu'elle souhaitait atteindre. Les auteurs de la Directive Satellite-Câble avaient pour principale ambition de promouvoir une radiodiffusion paneuropéenne dotée d'un système de distribution des programmes originaux à travers l'Europe grâce à la télévision par satellite. C'est la raison pour laquelle le ZOOM du présent IRIS s'interroge sur le nombre de chaînes de télévision transmises en Europe qui ciblent le public de l'ensemble du territoire de l'Union européenne ou au moins un public multiterritorial.

Strasbourg, août 2009

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

Responsable du département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent et avenir

*Professeur P. Bernt Hugenholtz
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

1. Introduction

La Directive 93/83/CEE¹, plus connue sous l'appellation de Directive Satellite-Câble, se distingue des six autres directives qui ont harmonisé le droit européen en matière de droit d'auteur depuis 1991. Contrairement à ces dernières en effet, cette directive n'a véritablement harmonisé qu'une très faible proportion des normes substantielles de la législation relative au droit d'auteur. Son but premier était de faciliter la libération des droits de radiodiffusion par satellite et de retransmission par câble. Adoptée en 1993, quatre ans après la Directive « Télévision sans frontières » dont elle partage l'histoire et les objectifs, la directive ambitionnait de faire voler en éclats les frontières nationales et d'intensifier au sein de l'Union européenne la radiodiffusion transfrontière et la retransmission par câble des programmes de télévision. Pour ce faire, la directive prévoyait deux dispositifs juridiques. Premièrement, pour ne pas laisser perdurer la fragmentation du tout nouveau marché européen de la radiodiffusion par satellite, elle a institué un droit unitaire de communication par satellite dont l'exercice se limite au pays d'origine (« liaison montante ») de la transmission d'un programme par satellite. Deuxièmement, afin d'aider les câblodistributeurs à libérer l'ensemble des droits nécessaires, la directive a mis en place un régime obligatoire de gestion collective des droits de retransmission par câble.

En privilégiant la gestion des droits aux droits eux-mêmes, la directive était sans doute en avance sur son temps, à l'instar de ses instruments juridiques novateurs. Comme la Commission européenne l'a cependant volontiers reconnu dans son rapport de synthèse 2002² sur la question, les objectifs de la directive n'ont été, au mieux, que partiellement atteints. L'avenir imaginé pour le marché paneuropéen de la radiodiffusion par satellite ne s'est pas concrétisé. Les pratiques d'octroi contractuel de licence, associées à la mise en place de techniques de cryptage des signaux, ont au contraire permis aux radiodiffuseurs et aux titulaires de droits de poursuivre la segmentation des marchés le long des frontières nationales. Cependant, comme l'illustre une récente décision rendue par la Cour suprême néerlandaise³, le processus de convergence qui accompagne la numérisation croissante des médias et des plateformes tend à rendre peu à peu obsolète la réglementation sur la retransmission par câble de la directive.

1) Directive 93/83/CEE du Conseil relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, Journal officiel n° L 248/15 du 6 octobre 1993.

2) Rapport de la Commission européenne sur l'application de la Directive du Conseil 93/38/CEE relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, COM(2002) 430 final, Bruxelles, 26 juillet 2002 (ci-après « Rapport de 2002 de la Commission européenne »).

3) *BUMA et STEMRA c. Chellomedia Programming*, Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 19 juin 2009, disponible sur : www.rechtspraak.nl (transmission par satellite sous forme codée des programmes télévisuels dont la réception est réservée aux principales stations de diffusion par câble et qui ne constitue pas une communication au public) ; voir le document qui accompagne les notes 12 et 20.

La présente étude examinera le passé, le présent et l'avenir de la Directive Satellite-Câble. Après un paragraphe d'introduction consacré à l'historique et aux objectifs de la directive (partie 2), nous commenterons en détail ses principales dispositions, en fonction de l'interprétation retenue par les différentes juridictions. Ce faisant, nous conserverons l'ordre de la directive en étudiant tout d'abord la réglementation applicable à la radiodiffusion par satellite (partie 3), puis les dispositions relatives à la retransmission par câble (partie 4). Ces deux parties s'achèveront par une analyse de la réglementation pertinente qui alimentera la partie finale (partie 5), dans laquelle nous nous interrogerons sur l'opportunité de la directive dans un monde où les médias filaires et sans fil à haut-débit convergent rapidement.

2. Historique et objectifs

Le principal objectif de la directive visait à supprimer les entraves imposées par le droit d'auteur aux services de radiodiffusions transfrontières au sein de l'Union européenne. Elle est le pendant de la Directive « Télévision sans frontières » de 1989⁴. Contrairement à sa "grande sœur", la directive qui nous occupe porte sur les services de radiodiffusion télévisuelle et radiophonique. Ces deux directives prennent cependant source dans le Livre vert sur la Télévision sans frontières, publié en 1984 par la Commission européenne⁵. Ce dernier proposait la suppression au sein de la Communauté européenne des entraves juridiques aux services de télévision transfrontière, tout particulièrement dans le domaine de la régulation de la radiodiffusion et de la législation relative au droit d'auteur. La Commission européenne a réaffirmé dans le Livre blanc, qu'elle a ensuite consacré à l'achèvement du marché unique, son ambition de créer un espace européen unique de radiodiffusion. Dans son esprit, la radiodiffusion devait devenir l'un des principaux secteurs du développement économique de la Communauté⁶. La poursuite de cet objectif reposait initialement sur une seule directive destinée à réduire les entraves juridiques imposées à la télévision transfrontière par le droit interne applicable à la fois à la radiodiffusion nationale et au droit d'auteur. La partie du Livre vert consacrée à la radiodiffusion a finalement conduit à l'adoption de la Directive « Télévision sans frontières » en 1989. Les dispositions proposées en matière de droit d'auteur, qui prévoyaient un régime obligatoire ou légal très controversé d'octroi de licence de retransmission par câble, se sont heurtées à une vive opposition de la part des titulaires de droits d'auteur, notamment les producteurs de cinéma, et n'ont pas trouvé leur place dans une directive.

L'actuelle directive avait été précédée par un document de travail sur la radiodiffusion et le droit d'auteur dans le marché intérieur, publié par la Commission en novembre 1990⁷. Une proposition de directive a ensuite été déposée en 1991 et, après examen devant le Parlement européen, modifiée puis adoptée au cours de l'année 1993. Les États membres avaient l'obligation de transposer en droit interne les dispositions prévues par la directive avant le 1^{er} janvier 1995.

Les normes relatives au droit d'auteur qui ont finalement été adoptées dans cette directive diffèrent considérablement de ce que prévoyait le Livre vert. La directive comporte tout d'abord un chapitre (le chapitre II sur la radiodiffusion de programmes par satellite) entièrement consacré aux dispositions en matière de radiodiffusion numérique, qui n'étaient pas même envisagées dans le Livre vert. Cette partie de la directive met en place un droit de communication au public par satellite valable sur l'ensemble du territoire communautaire, qui fait uniquement l'objet de restrictions (protection) dans l'État membre d'origine, depuis lequel s'effectue la transmission par

4) Directive du Conseil 89/552/CEE du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités télévisuelles, Journal officiel L 298/23, 17 octobre 1989. Cette directive a depuis été modifiée par la Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 portant modification de la Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, Journal officiel L 332/27 du 18 décembre 2007.

5) Commission européenne, « Télévision sans frontières », Livre vert, COM (84) 300 final, Bruxelles, 14 juin 1984.

6) Commission européenne, L'achèvement du marché intérieur : Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28 et 29 juin 1985), COM(85) 310, juin 1985.

7) Commission européenne, Radiodiffusion et droit d'auteur dans le marché intérieur, document de travail, III/F/5263/90-EN, Bruxelles, novembre 1990 (ci-après « document de travail de 1990 de la Commission européenne »).

satellite (liaison montante). Cette disposition s'avérerait nécessaire, dans la mesure où les juridictions de plusieurs États membres avaient estimé qu'un programme transmis par satellite pouvait faire l'objet de restrictions dans l'ensemble des États membres de la zone de réception du satellite (c'est-à-dire son « empreinte ») ; autrement dit, les titulaires de droits d'un État membre seraient en mesure d'empêcher la transmission d'un programme par satellite destiné à l'Europe entière. Le chapitre III de la directive sur la retransmission par câble, qui contraste remarquablement avec le Livre vert, ne préconise aucune licence obligatoire ou légale pour la retransmission par câble d'œuvres initialement radiodiffusées au-delà des frontières. Les négociations collectives fructueuses entre les titulaires de droits et les câblodistributeurs de plusieurs États membres, comme en Belgique et aux Pays-Bas, ont permis de regagner la confiance de la Commission européenne à l'égard des dispositions contractuelles⁸. Au lieu d'imposer des licences obligatoires ou légales, la directive a mis en place un mécanisme innovant et moins intrusif d'exercice collectif impératif des droits de retransmission par câble. Cet instrument était jugé indispensable du fait de l'impossibilité pour les câblodistributeurs de négocier des licences d'exploitation avec l'ensemble des titulaires de droits concernés préalablement à la diffusion du programme. La Commission craignait que chaque titulaire de droits puisse exercer ses droits exclusifs en empêchant une retransmission par câble, provoquant ainsi des « interruptions » dans les programmes des câblodistributeurs.

3. Radiodiffusion par satellite

La première partie de la directive concerne la radiodiffusion par satellite et sa pièce maîtresse est une innovation sur le plan juridique : un droit de communication au public par satellite valable sur l'ensemble du territoire communautaire. Conformément à l'article 1(2)(b), un programme par satellite pourrait être qualifié de communication au public uniquement dans le pays depuis lequel s'effectue la liaison montante des signaux porteurs du programme. La directive s'écarte en effet de la « théorie Bogisch », ainsi baptisée suite aux propos tenus par l'ancien directeur général de l'OMPI, M. Arparog Bogisch, pour lequel un programme transmis par satellite est susceptible de faire l'objet de restrictions dans tous pays au regard de son « empreinte » et est par conséquent soumis à l'octroi d'une licence de la part des titulaires de droits de la zone géographique en question. Depuis la transposition de la directive, seule une licence octroyée dans le pays d'origine du programme diffusé par satellite est nécessaire. Ainsi, du moins en théorie, la création d'un espace audiovisuel paneuropéen de radiodiffusion par satellite s'en trouve facilitée.

Notion de « satellite »

L'article 1(1) de la directive donne une définition au sens large et neutre du point de vue technologique du terme « satellite ». Ce terme englobe à la fois les satellites qui assurent leurs transmissions sur des fréquences destinées à la radiodiffusion par satellite (satellites de radiodiffusion directe - SRD) et les satellites de communication qui utilisent d'autres fréquences (satellites de service fixe - SSF) et servent néanmoins de satellites de radiodiffusion. Du point de vue du droit d'auteur, ces distinctions techniques qui relèvent de la législation sur les télécommunications sont pour l'essentiel dépourvues de pertinence et il importe en fait de savoir si les signaux transmis par satellite peuvent être réceptionnés par le grand public. Comme l'a estimé la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'arrêt *Lagardère*, lorsqu'un satellite de communications est employé pour diffuser des signaux porteurs du programme sous forme codée qui peuvent être réceptionnés uniquement au moyen de dispositifs techniques accessibles aux seuls professionnels et non au grand public, le satellite en question ne peut être qualifié de « satellite » au sens de l'article 1(1) et les dispositions de la directive ne lui sont pas applicables⁹. La Cour a expressément rappelé dans son arrêt l'interprétation qu'elle avait précédemment donnée, dans l'affaire *Mediakabel*¹⁰, de la notion de « public » utilisée par la Directive « Télévision sans frontières ».

8) Document de travail de 1990 de la Commission européenne.

9) *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la Perception de la rémunération équitable (SPRE) et autres*, CJCE, 14 juillet 2005, affaire C-192/04.

10) *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, CJCE, 2 juin 2005, affaire C-89/04.

Communication au public par satellite

Selon l'article 1(2)(b) de la directive, une communication au public par satellite, au sens de l'article 1(2)(a), n'a lieu que dans l'État membre depuis lequel les signaux sont émis. Un organisme de radiodiffusion sera tenu d'obtenir les licences d'exploitation de la part des titulaires de droits uniquement dans le pays d'où proviennent les signaux. L'article 1(2)(b) n'exclut cependant pas que les redevances audiovisuelles et autres conditions contractuelles prennent en compte l'importance de l'empreinte (c'est-à-dire le nombre de pays couverts) de la radiodiffusion par satellite. Le considérant 17 impose en revanche aux parties concernées de « prendre en compte tous les paramètres de l'émission, tels que l'audience effective, l'audience potentielle et la version linguistique ».

L'article 1(2)(b) interdit aux titulaires de droits de scinder le droit de communication au public par satellite en zones géographiques précises. Les parties sont cependant libres de décider par contrat de l'obligation de recourir au cryptage ou à d'autres dispositifs techniques pour empêcher la réception des signaux porteurs de programmes par le grand public des pays auxquels l'émission n'est pas destinée. Bien que l'objectif de la directive consiste à créer un marché intérieur pour la radiodiffusion par satellite transfrontière, une exclusivité territoriale peut être obtenue en limitant la mise à disposition des dispositifs de décodage¹¹.

L'article 1(2)(c) réaffirme que les signaux porteurs d'un programme sous forme codée constituent également une communication au public. Ainsi, la transmission au moyen de services de télévision à péage par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur fait l'objet de restrictions. Cependant, conformément à l'interprétation de la définition de « satellite » retenue par la CJCE dans l'affaire *Lagardère*, la communication au public existe uniquement lorsque les moyens de décodage du programme sont fournis au public par l'organisme de radiodiffusion ou avec son consentement. Comme la Cour suprême néerlandaise l'a cependant récemment déclaré dans l'affaire *BUMA et STRELA c. Chellomedia*, une transmission par satellite de programmes télévisuels cryptés qui ne peuvent être réceptionnés que par les câblodistributeurs ne peut être assimilée à une communication au public¹².

L'article 2 impose aux États membres, au titre de la législation en matière de droit d'auteur, de prévoir un droit exclusif de communication au public par satellite. Cette disposition est la contrepartie indispensable de la règle du pays d'origine prévue à l'article 1(2)(b). En l'absence de ce droit dans le pays d'origine de la transmission par satellite, les titulaires de droits de l'Union européenne n'auraient aucun droit de l'autoriser ou de l'interdire. L'acte de communication au public par satellite et le lieu depuis lequel elle s'effectue sont définis à l'article 1(1) et 1(2). L'article 2 a pour l'essentiel été remplacé par l'article 3 de la Directive 2001/29/CE, dite Directive « Société de l'information »¹³, laquelle prévoit un droit de communication au public libellé de façon très générale qui comporte vraisemblablement des actes de radiodiffusion par satellite.

Radiodiffusion par satellite depuis un pays tiers

L'article 1(2)(d) étend la définition de communication au public à deux situations dans lesquelles la communication s'effectue véritablement à l'extérieur de l'espace de l'Union européenne. Cette disposition vise à dissuader les organismes de radiodiffusion de délocaliser leur activité hors de l'Union européenne afin de se soustraire du champ d'application de la directive (considérant 24). Si un acte de communication au public se produit en dehors de l'espace communautaire mais que la liaison montante du signal s'opère depuis l'Union européenne ou qu'un organisme de radiodiffusion établi dans l'UE a commandité cette transmission, il convient que la communication

11) Voir le rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.1.

12) *BUMA et STEMRA c. Chellomedia Programming*, Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 19 juin 2009, disponible sur : www.rechtspraak.nl

13) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel L 167/10 du 22 juin 2001.

soit réputée avoir eu lieu dans l'État membre d'où provient la liaison montante ou dans lequel est établi l'organisme de radiodiffusion. Cette fiction juridique n'est cependant applicable que si le pays tiers dans lequel la communication se produit véritablement n'assure pas le niveau de protection prévu au Chapitre II (c'est-à-dire avant tout un droit exclusif de communication au public par satellite). Si un radiodiffuseur établi au Luxembourg, par exemple, souhaitait utiliser un réseau de diffusion par satellite détenu et exploité par un État africain pour transmettre des programmes destinés à un public européen, la transmission serait réputée avoir lieu au Luxembourg, sauf si la législation en matière de droit d'auteur de l'État africain en question prévoyait un droit exclusif de communication au public par satellite. S'agissant des programmes transmis par satellite provenant de pays tiers et auxquels l'article 1(2)(d) n'est pas applicable, la mise en œuvre de la théorie « Bogsch » (pays de réception) reste à la discrétion des États membres.

Evaluation

Malgré l'aspect novateur et tourné vers l'avenir de sa tentative de lever les obstacles à la radiodiffusion transfrontière par satellite présents dans la législation en matière de droit d'auteur, la directive est bien loin d'avoir réalisé ses ambitions. Comme le reconnaît la Commission européenne dans son rapport de synthèse, le processus de fragmentation du marché national, qui avait déjà débuté avant l'adoption de la directive, s'est jusqu'à présent poursuivi¹⁴. La persistance de la fragmentation du marché le long des frontières territoriales n'est pas tant le résultat de la législation nationale relative au droit d'auteur que la combinaison de techniques d'encodage et de licences territoriales. Il convient de noter que la directive n'interdit pas réellement les licences territoriales ; elle met simplement un terme aux droits d'auteur territoriaux sur lesquels elles reposent. Les parties concernées restent cependant libres de s'obstiner dans ces pratiques d'un autre temps.

En l'espèce, le problème fondamental tient simplement à l'incompatibilité entre l'idéal européen d'un marché télévisuel paneuropéen et la réalité du marché. Les distributeurs de films accordent rarement des licences d'exploitation pour la diffusion de leurs œuvres cinématographiques à l'échelon paneuropéen, mais attachent une grande importance au fait que les marchés nationaux de l'Union européenne aient leur propre dynamique, en fonction de leurs caractéristiques culturelles et des préférences du public. Les films sortent par conséquent sur les écrans à divers moments et leur diffusion télévisuelle a lieu dans une « fenêtre » qui diffère d'un pays à l'autre. La préservation de cette « chronologie médiatique » s'apparente presque à un sacrosaint principe de l'industrie du cinéma.

Cette situation a eu pour conséquence juridique concrète que les producteurs et distributeurs de films ont continué à partager les droits d'exploitation le long des frontières nationales et ont imposé aux organismes de radiodiffusion des techniques de cryptage pour les empêcher de « déborder » hors des frontières nationales.

En parallèle, l'idée d'un droit paneuropéen de radiodiffusion par satellite ne semblait pas susciter l'intérêt de la plupart des radiodiffuseurs en Europe. Dans la mesure où la radiodiffusion européenne reste encore profondément ancrée dans la culture, la langue et la tradition nationales, les radiodiffuseurs sont peu enclins à s'acquitter d'une redevance audiovisuelle (bien) plus chère pour l'obtention de droits « européens » lorsque leur marché ou leur mission de service public se limite à un seul État membre.

Dans son rapport de synthèse, la Commission européenne s'est élevée contre l'actuel processus de fragmentation du marché au moyen de contrats et de techniques d'encodage, sans pour autant apporter de véritable solution :

« L'application exhaustive du principe de la directive qui consiste à dépasser une approche territoriale purement nationale devrait donc être encouragée afin de permettre que le Marché

14) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.1.

intérieur soit un vrai marché sans frontières internes pour les ayants droit, les opérateurs et les spectateurs »¹⁵.

Mais comme le souligne la commission juridique de la Fédération internationale des associations de producteurs de films (FIAPF), en réaction au rapport de la Commission, la réalisation d'un véritable marché paneuropéen de la radiodiffusion télévisuelle suppose avant tout l'existence d'une offre et d'une demande suffisantes¹⁶ :

« L'inquiétude de la Commission semble découler d'une conception de l'évolution du secteur de la radiodiffusion dépassé depuis au moins une décennie. Il est clair que le principal facteur d'inhibition de la croissance des radiodiffuseurs paneuropéens ne réside pas tant dans le manque d'empressement des titulaires de droits [...] à accorder une licence multiterritoriale, que dans la conclusion tirée par les principaux organismes de radiodiffusion, selon lesquels les services paneuropéens présentent un intérêt économique uniquement dans des segments particulièrement étroits du marché télévisuel. Il est déconcertant d'imaginer qu'une question apparemment dénuée d'intérêt pour le secteur lui-même serait ainsi retenue par la Commission comme une priorité absolue ».

4. Retransmission par câble

La partie de la directive consacrée à la retransmission par câble (c'est-à-dire essentiellement le Chapitre III), prévoit un mécanisme très différent de gestion du droit d'auteur destiné à faciliter la retransmission transfrontière des programmes télévisuels. L'instrument légal retenu a été une fois de plus une nouveauté : un système de gestion collective obligatoire des droits de retransmission par câble. Conformément aux dispositions de la directive, les titulaires des droits d'auteur de programmes télévisuels, comme les producteurs de films et les scénaristes, ne sont pas autorisés à exercer individuellement leurs droits de retransmission par câble vis-à-vis des câblodistributeurs. L'exercice de ces droits est réservé aux sociétés de gestion collective qui représentent chacun des titulaires de droits. Ce système de gestion collective obligatoire a été mis en place en 1993 afin d'éviter le scénario catastrophe de l'assaut des câblodistributeurs par une myriade de titulaires de droits revendiquant leurs droits d'auteur et provoquant ainsi des « interruptions » (ou « trous noirs ») dans les programmes retransmis. Le régime de retransmission par câble de la directive va cependant beaucoup moins loin que ce que prévoyait initialement la Commission européenne dans son Livre vert de 1984¹⁷. La Commission s'était prononcée dans ce dernier en faveur d'un système de licence obligatoire qui aurait dans les faits dépouillé les titulaires de droits de leurs droits exclusifs, que les sociétés de gestion collective ont finalement conservé dans le système actuellement en vigueur. Le risque d'« interruptions » demeure dans le régime actuel, du moins en théorie, puisque la directive n'impose pas aux sociétés de gestion collective d'octroyer les licences d'exploitation aux câblodistributeurs.

Une seule catégorie de titulaires de droits a échappé au carcan de la gestion collective obligatoire des droits : les organismes de radiodiffusion. Les radiodiffuseurs sont autorisés à exercer individuellement leurs droits de retransmission par câble pour leurs propres émissions, y compris les droits dont ils ont obtenu l'exploitation ou ceux qui leur ont été transférés (article 10 de la directive). Ce statut privilégié exceptionnel se justifie pleinement dans la mesure où les organismes de radiodiffusion sont clairement identifiables et que la nécessité de « canaliser » leurs exigences en matière de droits d'auteur par l'intermédiaire d'une société de gestion collective ne s'était jamais posée.

15) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.1, dernier paragraphe.

16) Commission juridique de la FIAPF, Rapport de la Commission sur l'application de la Directive 93/83/CEE relative à la radiodiffusion par câble et par satellite, 20 décembre 2002, disponible sur : <http://www.fiapf.org/pdf/cabletsat.pdf>. La FIAPF est un organisme professionnel de producteurs de films.

17) Commission européenne, « Télévision sans frontières », Livre vert, COM (84) 300 final, Bruxelles, 14 juin 1984.

La notion de « retransmission par câble »

L'article 1(3) de la directive donne la définition de l'acte de « retransmission par câble » ; cette notion est au cœur du Chapitre III (articles 8 à 12) de la directive. La définition limite de plusieurs manières le champ d'application des dispositions relatives à la retransmission par câble de la directive. Conformément à son objectif de faciliter la libre circulation au sein de l'Union européenne des services de radiodiffusion transfrontière, la directive est uniquement applicable à la retransmission par câble d'une « transmission initiale à partir d'un autre État membre ». Les États membres conservent ainsi toute leur autonomie pour traiter les questions relatives à la retransmission exclusivement nationale ou à la retransmission de programmes en provenance de pays tiers.

Ces « transmissions initiales », qui sont impérativement « destinées à être captées par le public », peuvent s'effectuer par voie hertzienne (radiodiffusion) ou par câble. Au vu de l'article 1(2)(c), les transmissions initiales diffusées sous forme codée sont également concernées, dans la mesure où les dispositifs de décodage sont mis à la disposition du public par l'organisme de radiodiffusion ou avec son consentement. Comme l'illustre cependant la récente affaire *Chellomedia*, la décision rendue par la Cour suprême néerlandaise exclut les transmissions de signaux sous forme codée dont la réception est uniquement destinée aux câblodistributeurs et qui ne sont communiquées au public qu'ensuite par ces derniers¹⁸. La transmission par câble de ces signaux sera par conséquent assimilée à un acte de communication *principale* au public auquel les dispositions sur la retransmission par câble de la directive ne sont pas applicables. De même, lorsque des signaux porteurs de programmes sont directement envoyés vers les réseaux câblés, ce qui se produit de plus en plus fréquemment (aux Pays-Bas par exemple¹⁹), il ne s'agit pas d'une retransmission par câble et les dispositions du Chapitre III ne sont donc pas applicables.

La retransmission de programmes radiodiffusés doit être « simultanée, inchangée et intégrale » pour remplir les conditions requises. Par conséquent, les retransmissions en différé ne relèvent pas du champ d'application de la directive, dans la mesure où il s'agit de retransmissions incomplètes, par exemple lorsque le câblodistributeur remplace les publicités incluses lors de la diffusion de l'émission originale par des publicités « locales »²⁰. L'application de simples procédures techniques, comme la conversion d'un signal analogique en numérique, devrait sans doute s'inscrire dans le cadre de la définition.

La directive s'applique à la retransmission non seulement sur les réseaux câblés, mais également sur les systèmes de diffusion par ondes ultracourtes ; en d'autres termes, une « retransmission par câble » peut s'effectuer au moyen d'ondes radioélectriques. Les actes de radiodiffusion secondaire par voie hertzienne restent cependant hors du champ d'application de la directive. C'est également le cas pour les retransmissions par satellite, même si les opérateurs de plateformes satellitaires qui proposent de nouveaux « bouquets » de programmes entrent à l'heure actuelle directement en concurrence avec les câblodistributeurs²¹.

La directive n'a pas pu prendre en compte l'utilisation d'Internet comme moyen de diffusion de programmes. L'interprétation du terme « système câblé » ne permet pas en effet d'y englober avec certitude Internet. Dans ce cas de figure, les dispositions relatives à l'obligation d'exercer collectivement les droits de retransmission seraient applicables à la diffusion simultanée sur Internet des programmes radiophoniques et télévisuels (voir article 9).

18) Voir plus haut la note 3.

19) Voir D.J.G. Visser, « *Primair openbaar maken via de kabel* », AMI 2007, pages 37 à 44. *Norma c. NL Kabel*, Tribunal d'instance de La Haye, 28 janvier 2009, affaire HA ZA 06-2844, disponible dans : Boek 9.nl, B9 7522.

20) Pour d'autres exemples de retransmissions ne relevant pas du champ d'application de la définition, voir A. Kéréver, « Réflexions sur la directive du conseil 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles de droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble », *Computer & Telecoms Law Review* 1994/4, page 67 (ci-après « Kéréver »).

21) T. Dreier, « *Satelliten und Kabel-RL* », in M. Walter, *Europäisches Urheberrecht. Kommentar*, Munich : Beck 2001 (ci-après « Walter/Dreier »), page 429, paragraphe 32.

La notion de « programme » (radiophonique ou télévisuel) n'est pas définie par la directive. Il est par conséquent difficile de déterminer avec précision le caractère strict de l'obligation de retransmission « simultanée, inchangée et intégrale » prévue par la directive. Le « partage de canal » grâce auquel un programme A est retransmis au cours de la journée et un programme B durant la nuit, est une pratique répandue chez les câblodistributeurs. L'interprétation littérale de l'article 1(3) exclurait ce type de retransmission du champ d'application de la directive. Cependant, compte-tenu de la logique de la directive, qui consiste à faciliter la libération des droits de retransmission, on lui préfère une interprétation plus souple. La directive ne permet pas en revanche de trier les programmes « sur le volet », c'est-à-dire de retransmettre simultanément une sélection des meilleures émissions depuis diverses sources sur une seule et même chaîne câblée²².

Obligation de gestion collective des droits

L'article 9(1) est au cœur des dispositions relatives à la retransmission par câble de la directive. Le droit de retransmission par câble ne peut être exercé individuellement par les titulaires de droits, mais uniquement par l'intermédiaire d'une société de gestion collective. Dans les faits, la gestion collective des droits de retransmission par câble s'était généralisée dans un grand nombre d'États membres de l'Union européenne avant même l'adoption de la directive.

Ce régime de gestion collective obligatoire des droits, qui n'existe nulle part ailleurs dans la législation relative au droit d'auteur en Europe, vise à garantir aux câblodistributeurs la possibilité d'acquérir l'ensemble des droits nécessaires à la retransmission par câble de programmes radiodiffusés. Son objectif consiste notamment à empêcher les titulaires de droits de certaines parties des programmes diffusés qui ne sont pas représentés par une société de gestion collective (communément appelés « personnes extérieures ») d'imposer individuellement leurs droits exclusifs vis-à-vis des câblodistributeurs, provoquant ainsi des « interruptions » dans les programmes retransmis²³.

L'importante limitation de la liberté contractuelle des titulaires de droits se justifie principalement par les spécificités de la télévision par câble. Les câblodistributeurs qui retransmettent des programmes radiophoniques ou télévisuels ne sont habituellement pas en mesure de négocier, préalablement à l'acte de transmission initiale, l'ensemble des licences d'exploitation nécessaires. Ils ne disposent en règle générale que de quelques jours pour notifier les programmes qui seront diffusés. L'obligation de retransmission simultanée et intégrale des programmes, fréquemment imposée aux câblodistributeurs par la législation nationale en matière de radiodiffusion, leur laisse une très faible marge de manœuvre pour négocier avec les titulaires de droits concernés.

Les câblodistributeurs devraient en outre retrouver une multitude de titulaires de droits avec lesquels il leur faudrait traiter pour chaque programme : organismes de radiodiffusion, producteurs de films, auteurs indépendants, artistes-interprètes ou exécutants, organismes de gestion des droits mécaniques et musicaux, etc. Ce problème structurel de gestion des droits est accentué par le fait que tous les titulaires de droits des programmes radiodiffusés ne sont pas représentés par une société de gestion collective. Les contrats passés avec les sociétés de gestion collectives ne garantiront par conséquent jamais la libération intégrale des droits de retransmissions. Les indemnités versées par les sociétés de gestion collective protégeront les câblodistributeurs contre les demandes de dommages-intérêts, mais pas contre les mesures d'injonctions²⁴.

Ce mécanisme juridique remplace le régime légal d'octroi de licence initialement prévu en 1984 par la Commission européenne dans son Livre vert. L'article 9(1) ne limite pas en principe le droit d'autorisation²⁵ et ne remplit par conséquent pas les conditions nécessaires à une licence obligatoire ou légale, ce qu'interdit expressément l'article 8. Les sociétés de gestion collective

22) Walter/Dreier, page 429, paragraphe 33.

23) Document de travail de 1990 de la Commission européenne, points 3.29 et suivants ; considérant 28.

24) Document de travail de 1990 de la Commission européenne, points 3.29 et suivants.

25) Considérant 28 de la Directive Satellite-Câble.

peuvent encore refuser aux câblodistributeurs l'autorisation de retransmettre certaines œuvres dont elles gèrent les droits d'auteur, bien que l'article 12 leur interdise de refuser l'octroi d'une licence d'exploitation en faisant preuve de mauvaise foi. En pratique, des interruptions peuvent par conséquent encore se produire. En effet, les contrats passés entre les sociétés de gestion collective et les câblodistributeurs comportent parfois des clauses particulières qui autorisent dans certains cas les interruptions. Du point de vue d'un titulaire individuel de droit cependant, l'obligation de gestion collective des droits s'apparente en fait à une obligation de licence d'exploitation. Un producteur de film indépendant, dès lors qu'il accorde une licence d'exploitation de radiodiffusion télévisuelle pour son œuvre, ne sera par exemple pas en mesure d'en contrôler la retransmission par câble sur un marché étranger.

L'article 9(1) n'interdit pas aux titulaires de droits de céder (transférer) individuellement leurs droits de retransmission par câble à des tiers²⁶, par exemple à des radiodiffuseurs commerciaux qui souhaitent libérer ces droits par avance pour proposer *gratuitement* leurs programmes aux câblodistributeurs en tant que « produits libres de droits ».

L'article 9(1) évoque le droit « d'accorder ou de refuser l'autorisation ». Lorsque les titulaires de droits (les titulaires de droits voisins par exemple) ne jouissent pas de droits exclusifs, mais d'un simple droit de rémunération, la règle de l'exercice collectif obligatoire des droits n'est pas applicable²⁷. Dans les faits cependant, ces droits à rémunération sont habituellement exercés et gérés par les sociétés de gestion collective.

Personnes extérieures représentées par les sociétés de gestion collective

Alors que l'article 9(1) interdit aux personnes extérieures (c'est-à-dire aux titulaires de droits qui ne sont pas représentés par des sociétés de gestion collective) de faire valoir leurs droits de retransmission auprès des câblodistributeurs, l'article 9(2) porte sur la relation entre ces titulaires de droits et les sociétés de gestion collective. Selon la première phrase de l'alinéa 2, « la société de gestion collective qui gère des droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer [les] droits [des personnes extérieures] ». Si par exemple, dans un État membre donné une société de gestion collective est spécialement chargée de la gestion des droits de retransmission par câble des producteurs de films, tout producteur de film non représenté sera néanmoins réputé être représenté en vertu d'une fiction juridique. Les personnes extérieures seront en mesure de réclamer aux sociétés de gestion collective leur part des recettes perçues par les câblodistributeurs. Les États membres restent libres de limiter la période durant laquelle les titulaires de droits doivent présenter leur demande de rémunération auprès des sociétés de gestion collective, bien qu'elle ne puisse être inférieure à trois ans à compter de la retransmission par câble concernée. Comme l'a précisé la CJCE dans l'affaire *Uradex c. RTD et BRUTÉLÉ*, la gestion des droits des personnes extérieures par les sociétés de gestion collective porte non seulement sur le droit à une demande de rémunération auprès des câblodistributeurs, mais également sur le droit exclusif d'interdire une retransmission²⁸. En d'autres termes, les sociétés de gestion collective peuvent véritablement faire valoir les droits des auteurs ou autres titulaires de droits non représentés.

Exemption des droits des radiodiffuseurs

L'article 10 de la directive prévoit une exception au principe général énoncé à l'article 9(1), en autorisant spécifiquement les radiodiffuseurs à exercer individuellement des droits de retransmission. Sont exemptés en premier lieu les droits de retransmission initialement détenus par les radiodiffuseurs eux-mêmes, comme les droits d'auteur originaux ou les droits voisins susceptibles

26) Considérant 28 de la Directive Satellite-Câble.

27) P. Kern, *The EC Common Position on Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission*, EIPR 1993/8, page 281.

28) *Uradex SCRL c. Union Professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD), Société intercommunale pour la diffusion de la télévision (BRUTÉLÉ)*, CJCE, 1^{er} juin 2006, affaire C-169/05.

d'être attachés aux émissions diffusées par les radiodiffuseurs. Parmi les droits exemptés figurent en second lieu les droits « transférés » aux radiodiffuseurs. La directive n'apporte cependant pas d'éclaircissements sur le sens à donner au terme « transfert ». Il englobe à l'évidence la cession des droits, mais concerne-t-il également les licences ? Si tel est le cas, l'exception prévue à l'article 10 serait extrêmement large.

L'article 10 autorise les radiodiffuseurs commerciaux à proposer aux câblodistributeurs un produit libre de tout droit²⁹. Cette mesure, qui peut être séduisante et efficace à la fois pour les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs, risque de se révéler injuste envers les auteurs et les artistes-interprètes ou exécutants. Les radiodiffuseurs seront tentés de faire pression sur les auteurs et artistes-interprètes concernés pour qu'ils acceptent des accords globaux (dits de « rachat »), par lesquels ils cèdent leurs droits de retransmission par câble aux radiodiffuseurs ou leur accordent une licence d'exploitation pour ces mêmes droits. Le considérant 29 met effectivement en garde contre ces pratiques qui compromettent les demandes de rémunération que les auteurs et artistes-interprètes auraient, en l'absence d'un tel contrat, formulées par l'intermédiaire de leurs sociétés de gestion collective pour ces retransmissions par câble³⁰. De telles pratiques peuvent également nuire à la sécurité juridique, dans la mesure où il ne sera pas toujours simple pour les câblodistributeurs de définir si les droits de retransmission par câble de chaque auteur ou artiste-interprète dépendent véritablement des radiodiffuseurs ou des sociétés de gestion collective avec lesquelles les auteurs ou artistes-interprètes ont préalablement passé contrat³¹.

Médiation et négociations

L'article 11 de la directive impose aux États membres la mise en place d'un système de médiation lorsque les titulaires de droits et les câblodistributeurs ne parviennent pas à conclure un accord. Cette disposition s'apparente à une mesure d'encadrement destinée à faciliter davantage les solutions contractuelles et à éviter que les radiodiffuseurs, les sociétés de gestion collective et les câblodistributeurs ne se trouvent dans l'impasse. Les États membres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire sur la manière de structurer et de mener à bien cette médiation. Avant l'adoption de la directive, certains États membres³², comme l'Allemagne, disposaient déjà de divers systèmes de médiation dans le domaine de la gestion collective des droits. La médiation peut être engagée par l'une ou l'autre partie et les médiateurs peuvent contribuer au processus de négociation en soumettant des propositions, lesquelles sont réputées acceptées si aucune partie ne s'y oppose dans un délai de trois mois. Il convient cependant de noter que les solutions apportées par les médiateurs ne sont pas contraignantes : les parties sont libres de les refuser. Le processus de médiation envisagé par l'article 11 repose sur le volontariat. Si aucune des parties ne désire recourir à une médiation, elles risquent de s'enliser dans une impasse, comme cela a été et reste le cas dans plusieurs États membres. Cela explique peut-être que les systèmes de médiation mis en place par les États membres aient été rarement utilisés dans les faits³³.

L'article 12(1) prévoit déjà une autre mesure d'encadrement qui vise à faciliter les solutions contractuelles. Les États membres doivent veiller à ce que les parties concernées (radiodiffuseurs, sociétés de gestion collective et câblodistributeurs) fassent preuve de bonne foi lors de la conduite des négociations et ne cherchent pas à les entraver sans justification valable. Dans la mesure où la plupart des parties concernées détiennent un monopole sur leurs propres droits, les risques de comportements abusifs sont en effet particulièrement présents. A l'instar de l'article 11, l'article 12(1) accorde aux États membres une large marge de manœuvre. Ces derniers peuvent prévoir des

29) Il convient de noter qu'en vertu de la législation allemande en matière de droit d'auteur, les auteurs conservent toujours un droit à rémunération équitable, lequel sera exercé sur les câblodistributeurs par les sociétés de gestion collective ; rapport de synthèse de la Commission européenne, point 2.2.2.

30) Walter/Dreier, page 486, paragraphe 3 ; rapport de synthèse de la Commission européenne, point 3.1.2.

31) E. McKnight, "Exclusive Licensing of Television Programmes: the Cable and Satellite Directive", [1995] *Entertainment Law Review* p. 289.

32) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 2.2.2.

33) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.3.

recours en droit civil ou administratif à l'encontre des comportements abusifs. Un grand nombre de pays ont en effet déjà mis en place, avant l'adoption de la directive, des recours au titre du droit général des contrats, du droit de la concurrence ou du droit de gestion collective des droits.

Pour être parfaitement clair, comme le précise le considérant 30, l'article 12(1) n'affecte d'aucune manière « l'acquisition contractuelle des droits de retransmission par câble ». En d'autres termes, les sociétés de gestion collective ne peuvent être contraintes à conclure des accords avec les câblodistributeurs si les conditions qui leur sont proposées par ces derniers sont objectivement jugées insatisfaisantes. La protection du droit moral des auteurs pourrait également être une « justification valable » de refus de licence de retransmission. L'auteur d'un film pourrait par exemple avoir un intérêt légitime à vouloir empêcher la retransmission d'une version radiodiffusée de son œuvre interrompue par des plages publicitaires³⁴.

Statut juridique de la retransmission par câble

Il est surprenant de constater que la directive ne prévoit pas réellement une harmonisation du droit de retransmission par câble³⁵. Selon l'article 8(1), les États membres sont simplement tenus de veiller « [au] respect des droits d'auteurs et droits voisins en vigueur ». La directive se contente d'indiquer dans le considérant 27 qu'une retransmission par câble fait l'objet de restrictions au titre de la législation en matière de droit d'auteur des États membres : « considérant que la retransmission par câble de programmes à partir d'autres États membres constitue un acte relevant du droit d'auteur et, le cas échéant, de droits voisins du droit d'auteur [...] »³⁶. Une retransmission par câble est en effet généralement considérée comme faisant l'objet de restrictions au regard de la législation en matière de droit d'auteur dans l'ensemble des États membres. Le droit de retransmission par câble n'a véritablement été harmonisé que bien plus tard par la Directive Société de l'information dans le cadre du droit général de communication au public. La retransmission par câble relève à présent clairement du droit de communication au public tel que prévu par l'article 3(1) de la directive³⁷, comme le précise le considérant 23 de la Directive Société de l'information.

« Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion ».

Conformément à l'article 8(1) de la Directive Satellite-Câble, les États membres veillent à ce que la retransmission par câble de programmes provenant d'autres États membres soit régie par des accords contractuels passés entre les titulaires de droits et les câblodistributeurs. Cette disposition s'applique à la fois aux titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins des programmes retransmis. Les licences obligatoires ou légales, par exemple celles qui existaient en Autriche³⁸ avant la mise en œuvre de la directive, ne sont plus autorisées³⁹. Il découle de la définition de « retransmission par câble » de l'article 1(3) que l'article 8(1) est uniquement applicable à la retransmission par câble de programmes provenant d'un autre État membre. Les États membres peuvent par conséquent conserver et appliquer des licences légales dans les situations strictement nationales.

34) Kéréver, page 71.

35) *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) c. Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*, CJCE, 3 février 2000, affaire C-293/98.

36) Kéréver, pages 67 et 68 ; Walter/Dreier, page 470, point 5.

37) L'article 3(1) de la Directive est libellé comme suit : « Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

38) W. Dillenz, « *Die Österreichische Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996* », GRUR Int. 1996-7, page 800.

39) Il convient de noter que les licences légales sont autorisées au titre de l'article 11bis(2) de la Convention de Berne.

Évaluation

Le rapport de la Commission est bien plus élogieux sur cette partie de la directive⁴⁰ et reconnaît le bon fonctionnement du système. La gestion collective des droits de retransmission par câble existait en fait déjà à grande échelle dans un grand nombre de pays européens avant l'adoption et la mise en œuvre de la directive. Mais le rapport met également en doute de manière implicite la nécessité de conserver un système de gestion collective du droit d'auteur aussi rigoureux. La Commission se montre très enthousiaste à l'égard de l'exception au principe d'obligation de gestion collective, qui permet aux radiodiffuseurs de négocier directement les droits de retransmission par câble et de jouer le rôle de « guichet unique ». Les fournisseurs de services par satellite destinés aux réseaux câblés ont ainsi été en mesure de proposer aux câblodistributeurs un bouquet de programmes dit « libre de droits ». Les câblodistributeurs qui souhaitent diffuser ces programmes n'ont besoin de reverser aux sociétés de gestion collective aucun droit d'auteur supplémentaire, sauf pour les éventuelles œuvres musicales qui figurent dans les programmes.

Dans son rapport, la Commission met en garde contre la législation de certains pays, notamment l'Allemagne, qui rend obligatoire le versement d'une rémunération équitable aux sociétés de gestion collective, quand bien même l'ensemble des droits a fait l'objet d'une licence d'exploitation ou a été transféré au profit d'un organisme de radiodiffusion.

« [...], l'intervention obligatoire d'une société de gestion collective constitue une contrainte qui peut être dissuasive pour la retransmission des programmes en provenance des autres États membres alors qu'une rémunération équitable devrait pouvoir être obtenue par l'ayant droit dans le cadre de ses relations contractuelles avec l'organisme de radiodiffusion [...]»⁴¹.

A l'évidence, la confiance de la Commission dans le système de gestion collective des droits a été quelque peu ébranlée au profit de la liberté de contrat. Il s'agit peut-être là d'une bonne nouvelle pour les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs, mais non pour les auteurs et artistes-interprètes qui comptent sur les sociétés de gestion collective pour percevoir une rémunération adéquate.

5. Conclusion

Plus de quinze ans après son adoption, il apparaît clairement que les objectifs de la Directive Satellite-Câble n'ont été que partiellement atteints. Le marché des services de radiodiffusion par satellite au sein de l'Union européenne reste aussi fragmenté qu'il l'était au début des années 1990 lors de la conception de la directive. Les pratiques d'octroi contractuel de licence associées à la mise en place de techniques de cryptage des signaux ont permis aux radiodiffuseurs et aux titulaires de droits de poursuivre la segmentation des marchés le long des frontières nationales. En conséquence, comme le déplore la Commission dans son rapport, un grand nombre de citoyens européens sont toujours dans l'impossibilité de visionner et d'accéder aux services de radiodiffusion et de télévision à péage destinés à un public national⁴².

En outre, le processus de convergence qui accompagne l'augmentation de la numérisation des médias et des plateformes menace de porter atteinte aux régimes de la radiodiffusion par satellite et de la retransmission par câble prévus par la Directive Satellite-Câble. Cette convergence s'opère à tous les niveaux : les services de télévision analogiques se numérisent ; les programmes radiophoniques et télévisuels sont diffusés simultanément sur Internet ; les câblodistributeurs se transforment en fournisseurs de services vidéo à haut-débit et convertissent au moyen du protocole Internet les signaux télévisuels en fichiers numériques. L'avenir des dispositions relatives à la

40) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.2.

41) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.2, paragraphe 8.

42) Rapport de 2002 de la Commission européenne, point 3.1.1. Cette inquiétude réapparaît dans le récent (deuxième) bilan de la Directive « Accès conditionnel » ; Commission européenne, second Rapport sur la mise en œuvre de la Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, COM(2008) 593 final, Bruxelles, 30 septembre 2008, page 4.

retransmission par câble de la directive semble à présent particulièrement peu prometteur puisque la radiodiffusion par voie hertzienne classique tend peu à peu à disparaître, notamment dans les pays densément câblés où les signaux porteurs de programmes sont directement envoyés vers les réseaux câblés.

Que subsistera-t-il de la Directive Satellite-Câble si les services de radiodiffusion par satellite et de retransmission par câble ne se distinguent plus des autres médias, y compris des services Internet, auxquels sont applicables les dispositions habituelles en matière de droit d'auteur de la Directive Société de l'information ? Les dispositions spéciales (« verticales ») de la Directive Satellite-Câble sont en effet très différentes des dispositions « horizontales » de la Directive Société de l'information de 2001 qui sont systématiquement applicables aux médias, qu'ils soient numériques ou analogiques. Alors que la Directive Satellite-Câble rend obligatoire le droit de communication au public par satellite sur l'ensemble du territoire communautaire, la Directive Société de l'information impose aux États membres de prévoir un droit général de communication au public, dont un droit de mise à disposition en ligne du contenu, qui est censé s'exercer à l'échelon national. La libération des droits de retransmission par satellite doit uniquement s'effectuer dans le pays d'origine, tandis que les droits de diffusion sur le Web font l'objet d'une licence d'exploitation pour chacun des pays dans lesquels l'œuvre est mise à disposition.

Alors même que le régime général de la Directive Société de l'information remplace peu à peu les dispositions de la Directive Satellite-Câble, la problématique de la libération des droits multiterritoriaux que cette dernière entendait atténuer demeure. Dans le Livre vert de 1995 qui a précédé la Directive Société de l'information⁴³, la Commission européenne caressait l'idée d'appliquer à Internet le principe du pays d'origine qui caractérise la Directive Satellite-Câble. Cette proposition a immédiatement et sans équivoque été écartée par l'ensemble des titulaires de droits consultés. Ces derniers craignaient de perdre le contrôle des contenus protégés par le droit d'auteur dès lors qu'ils seraient proposés en ligne, dans le cadre d'une licence, dans l'un ou l'autre pays de l'Union européenne. Ils soulignaient également que la diffusion d'œuvres sur Internet n'est pas simplement un acte de communication au public, comme c'est le cas de la radiodiffusion par satellite, mais qu'elle touche également au droit de reproduction. Les œuvres mises en lignes sont stockées sur des serveurs et copiées à plusieurs reprises au cours de leur acheminement du fournisseur de contenu à l'utilisateur final.

La question des licences multiterritoriales figure cependant toujours à l'ordre du jour de la Commission. Les limitations territoriales prévues par les accords de licence collective font l'objet d'une surveillance constante pour constater d'éventuelles infractions aux dispositions relatives à la concurrence du Traité CE⁴⁴. La Commission a en outre publié en 2005 une Recommandation relative à la musique en ligne⁴⁵, qui vise à promouvoir l'octroi de licences à l'échelon européen. Mais comme l'indique son intitulé, cette Recommandation ne concerne que l'utilisation de la musique sur Internet.

Le problème des licences multiterritoriales est réapparu au cours de la récente initiative de la Commission sur le contenu en ligne⁴⁶. Dans le « document de travail des services de la Commission » qui accompagne la Communication, la question des licences multiterritoriales dans le secteur de l'audiovisuel et la possibilité d'étendre le principe du pays d'origine prévu par la Directive Satellite-Câble sont examinées en profondeur.

43) Commission européenne, « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », Livre vert, COM(95) 382 final, Bruxelles, 19 juillet 1995, pages 41 et suivantes.

44) Voir la décision de la Commission du 16 juillet 2008, relative à une procédure d'application de l'article 81 CE et de l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen (affaire COMP/C2/38.698 — CISAC).

45) Recommandation de la Commission 2005/737/CE 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, Journal officiel L 267/54, 21 octobre 2005.

46) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, COM(2007) 836 final, Bruxelles, 3 janvier 2008.

« Dans [le] secteur [de l'audiovisuel], la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels facilitera le développement transfrontalier de services à la demande, mais de nombreux titulaires de droits choisissent de n'octroyer de licence que pour quelques territoires nationaux, limitant ainsi la disponibilité des œuvres audiovisuelles dans les catalogues de vidéo à la demande dans les pays tiers.

Tout comme pour les services télévisuels, la spécificité technique de la Directive Satellite-Câble (93/83/CE) vise à créer un marché intérieur pour les services satellitaires transfrontières en appliquant le principe du pays de transmission aux programmes diffusés par satellite. Ces programmes relèvent par conséquent uniquement de la compétence territoriale de l'État membre depuis lequel le signal du programme est transmis vers le satellite.

[...]

Certaines parties concernées, y compris les représentants des radiodiffuseurs, estiment qu'il convient d'envisager le principe du pays d'origine pour les services en ligne sur la base de la Directive Satellite-Câble. Ils estiment notamment que la diffusion en flux continu/simultanée sur Internet équivaut à la radiodiffusion par satellite. Alors que le *streaming* (diffusion en flux continu) et la diffusion simultanée sur Internet peuvent en effet structurellement s'apparenter à de la radiodiffusion, il n'en va pas de même pour l'hébergement de services « à la demande » et de « vente en ligne » de musique ou de film. En cas d'achat en ligne, la doctrine juridique a défini que l'acte pertinent au titre de la législation en matière de droit d'auteur prend place dans le pays depuis lequel l'utilisateur a accès aux services concernés. Une analyse approfondie sera nécessaire avant d'envisager l'extension d'une solution technique précise. L'application du [principe] du pays de transmission a été mise en place par la Directive Satellite-Câble afin de prévenir un inévitable débordement dans le cadre d'une technique de radiodiffusion particulière. S'agissant des services en ligne, la question centrale est celle de l'accessibilité aux services de contenus à l'échelon européen.

En outre, l'extension du principe du pays d'origine soulève un certain nombre de préoccupations, comme la difficulté de localiser dans l'environnement numérique l'acte de transmission pertinent, le risque d'une dépréciation du droit d'auteur si une tarification et une licence d'exploitation uniques étaient applicables à l'ensemble du marché intérieur ou d'un nivellement par le bas eu égard à la fois à la mise en place et à l'étendue de la protection. Il convient par conséquent de se pencher, en réexaminant la directive, sur l'opportunité de l'obtention d'une Directive Satellite-Câble (93/83/CEE) neutre du point de vue technologique grâce à l'extension du principe du pays d'origine aux services en ligne⁴⁷.

Tout en reconnaissant la problématique que posent les licences multiterritoriales au secteur de l'audiovisuel, la Communication elle-même ne considère plus le principe du pays d'origine de la Directive Satellite-Câble comme une possible solution. La Commission lui préfère une solution plus modeste qui autoriserait les radiodiffuseurs à diffuser simultanément sur Internet les émissions dites principales pour lesquelles seuls les droits nationaux ont été libérés.

« La question de l'élaboration d'un système où les titulaires des droits seraient incités à octroyer, en plus de la licence principale, une licence secondaire multiterritoriale, pourrait être incluse dans la consultation publique préparant une proposition de recommandation ainsi que dans les débats de la plateforme sur les contenus en ligne ».

Comme le montre le « Rapport final sur les plateformes de contenus en ligne⁴⁸ » de la Commission, publié en 2009, les discussions engagées avec les parties concernées n'ont à l'évidence

47) Document de travail des services de la Commission – Document accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, COM(2007) 836 final, Bruxelles, 3 janvier 2008, pages 25 et 26.

48) Commission européenne, « *Final Report on the Content Online Platform* », mai 2009, disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm.

conduit à aucun consensus sur cette question controversée. La Commission conclut dans le rapport en question en indiquant qu'une étude sera réalisée sur les aspects juridiques, économiques et culturels des licences multiterritoriales : « Au-delà de cette étude, dont les résultats définitifs devraient être disponibles début 2010, les services de la Commission ont l'intention de poursuivre ce débat courant 2009 en consultant l'ensemble des parties concernées, les membres du Parlement et les États membres ».

La Directive Satellite-Câble sera-t-elle finalement remaniée ? Probablement pas. Il est plus vraisemblable qu'elle finisse lentement par disparaître, dans la mesure où la pratique contractuelle, les mesures technologiques, la convergence des médias et les dispositions « horizontales » de la législation européenne en matière de droit d'auteur la supplanteront peu à peu. Jusqu'à présent, le réexamen débuté en 2002 par la Commission européenne n'a produit aucun résultat. La Commission a réuni en 2002 et 2003 deux groupes de travail sur la radiodiffusion par satellite⁴⁹. Peu de temps après la seconde réunion, les fonctionnaires de la Commission européenne chargés du dossier en ont été dessaisis et celui-ci a été confié à l'Unité droit d'auteur de la Direction générale Marché intérieur. La Commission n'envisage aucune autre initiative dans un avenir proche.

La Communauté européenne devra cependant s'attaquer en profondeur au problème de la territorialité. Comme l'Institut du droit de l'Information l'a timidement proposé dans une importante étude sur l'avenir de la législation européenne en matière de droit d'auteur⁵⁰ réalisée pour le compte de la Commission européenne, la mise en place d'une véritable législation européenne en matière de droit d'auteur pourrait représenter une réelle solution structurelle et cohérente qui supprimerait l'ensemble des obstacles territoriaux à la création d'un marché unique liés au droit d'auteur. Il sera intéressant de voir si d'ici une quinzaine d'années cette solution à long terme aura commencé à porter ses fruits.

49) Les comptes rendus des deux réunions sont disponibles sur :

http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/satellite-cable/index_en.htm

50) P.B. Hugenoltz et autres, « *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* », Rapport à l'intention de la Commission européenne, DG Marché intérieur, novembre 2006, page 210.