

La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public

Quelle est la durée appropriée d'un droit de propriété intellectuelle ? Cette question occupe depuis toujours les experts en la matière et fait régulièrement l'objet de débats passionnés. Il suffit de se remémorer les intenses discussions aux Etats-Unis ayant suivi en 1998 le *Sony Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA), lequel avait aligné la durée du copyright américain sur la durée du droit d'auteur au sein de l'Union européenne. La Cour suprême américaine avait même été amenée à prendre position suite à un recours pour inconstitutionnalité qui avait été déposé contre le texte. La Haute Cour avait alors tranché et déclaré les 70 *post mortem auctoris* compatible avec l'article I, Section 8, Clause 8 de la Constitution (la fameuse « Copyright clause »), lequel autorise le Congrès des États-Unis à accorder des droits de propriété intellectuelle « pour une durée limitée »¹. La décision n'avait cependant pas été unanime et le juge Breyer avait, dans son opinion dissidente, mis en avant un argumentaire détaillé soulignant l'absence de justifications économiques de la réforme². De fait, la question reste sensible³ et l'extension de la durée de protection, entraînant « la sortie » de certaines œuvres du domaine public, a continué depuis à faire l'objet de recours devant les tribunaux pour divers motifs⁴, donnant lieu à de fortes intéressantes décisions⁵. Si la législation n'a finalement pas été remise en cause, ces âpres débats ont démontré qu'une nouvelle extension de la durée de protection ne « passerait » plus aussi facilement que dans le passé et qu'une telle réforme nécessiterait désormais de solides arguments, sous peine de se trouver fortement contestée.

C'est dans ce contexte que la Commission européenne a adopté le 16 juillet 2008 une proposition de directive visant à porter de 50 à 95 ans la durée de protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes⁶. D'importantes études (dont une

¹ US Supreme Court, 15 janv. 2003, *Eldred v. Ascroft*, 537 U.S. 1 (2003).

² En effet, après avoir passé en revue tous les arguments généralement avancés dans le débat, le juge Breyer arrive même à la conclusion qu'« il n'existe aucune sérieuse et légitime justification en rapport avec le droit d'auteur pour cette loi ».

³ Une partie de la doctrine américaine continue d'ailleurs, malgré l'arrêt de la Cour suprême, à estimer que le CTEA est contraire à la constitution. V. à titre d'exemple P. Samuelson, *The Constitutional Law of Intellectual Property after Eldred v. Ashcroft*: *Journal of the Copyright Society of the USA* 2003, n° 50, p. 548.

⁴ Bien entendu, la violation de la *Copyright Clause* avait évidemment été mise en avant, mais également la méconnaissance du premier amendement sur la liberté d'expression (free speech).

⁵ V. notamment US Court of Appeal, Tenth Circuit, 4 sept. 2007, *Lawrence Golan and al. c/ Alberto R. Gonzales and Marybeth Peters*, *Propr. intell.* 2008, n° 29, p. 484, obs. M. Vivant.

⁶ Proposition de directive modifiant la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, COM(2008) 464 final.

réalisée sur commande de la Commission !⁷) avaient pourtant récemment encore souligné l'absence de justification économique et sociale d'une telle mesure et fortement déconseillé au législateur communautaire d'agir sur ce terrain⁸. De la sorte, il n'est pas surprenant que l'initiative du législateur communautaire ait immédiatement déclenché une importante vague de protestations : de nombreuses prises de position négatives sur le texte ont été rédigées par d'éminents experts européens et adressées à la Commission européenne⁹, au Parlement européen¹⁰ ainsi qu'aux différents gouvernements nationaux¹¹. Certaines ont été publiées dans la presse généraliste¹², d'autres dans les revues juridiques¹³ et un certain nombre d'initiatives d'universitaires ont vu le jour en Europe venant critiquer cette extension de la durée de protection.

Il convient dès lors de se pencher de plus près sur la réforme proposée. Afin de justifier son action, la Commission met tout d'abord en avant « la nécessité d'améliorer la situation sociale des artistes interprètes ou exécutants, en particulier celle des musiciens de studio, étant donné que les interprètes vivent de plus en plus souvent au-delà de la durée de protection de leurs exécutions, actuellement fixée à 50 ans »¹⁴. Il est certain que la situation économique et

⁷ V. l'étude conduite pour la Commission par l'IViR de l'université d'Amsterdam, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, nov. 2006 (www.ivir.nl).

⁸ V. notamment le rapport présenté au gouvernement britannique : Gowers Review of Intellectual Property, Londres, déc. 2006. Sur ce rapport v. W. Cornish, *Intellectual Property in Britain – The Gowers Review: IIC* 2007, p. 1; A. Rahmatian, *The Gowers Review on Copyright Term Extension: EIPR* 2007, p. 353. V. également le rapport du CIPIL de l'université de Cambridge, *Review of the Economic Evidence Relating to an Extension of the Term of Copyright in Sound Recordings*, déc. 2006.

⁹ V. la prise de position commune d'un certain nombre d'experts européens (dont l'un des signataires de ces lignes): *Creativity stifled? A Joint Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings*, publiée in: *EIPR* 2008, p. 341

¹⁰ V. la prise de position commune de quatre grands centres de recherche en propriété intellectuelle (CIPPM/CIPIL/IViR/MPI-IP), "The Proposed Directive for a Copyright Term Extension, A Backward-Looking Package", 27 oct. 2008 (<http://www.cippm.org.uk>).

¹¹ V. à titre d'exemple R.M. Hilty, A. Kur, N. Klass, Ch. Geiger, A. Peukert, J. Drexler, P. Katzenberger, Comment by the Max Planck Institute on the Commission's proposal for a Directive to amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights: *EIPR* 2009 (à paraître), publié en allemand in: *GRUR Int.* 2008, p. 907); German Association for the Protection of Intellectual Property (GRUR), Statement on the Commission Proposal for a Directive Amending European Parliament and Council Directive 2006/116 EC on the Term of Protection of Copyright and Related Rights (www.grur.de); S. Dusollier, Les artistes-interprètes pris en otage !, publié in: *Auteurs et Médias* 2008, n° 5 (à paraître).

¹² V. notamment l'article "Copyright extension is the enemy of innovation", paru dans le Times du 21 juill. 2008.

¹³ V. à titre d'exemple N. Helberger, N. Dufft, S. van Gompel et B. Hugenholtz, Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea: *EIPR* 2008, p. 174; N. Klass, J. Drexler, R.M. Hilty, A. Kur et A. Peukert, Statement of the Max Planck Institute Concerning the Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings: *IIC* 2008, p. 586; N. Klass, Die geplante Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller: Der falsche Ansatz für das richtige Ziel: *ZUM* 2008, p. 663; Ch. Geiger, Vers une propriété intellectuelle éternelle? La contestable extension de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins : *D.* 2008, n° 41, Point de vue, p. 2, ainsi que du même auteur : *The Extension of the Duration of Copyright and Certain Neighbouring Rights- A Never Ending Story?*: *IIC* 2009 (à paraître).

¹⁴ Exposé des motifs, p. 3.

sociale de nombreux artistes interprètes est souvent des plus précaires. La Commission le souligne d'ailleurs à plusieurs reprises, dressant dans l'exposé des motifs de la proposition un triste constat : « Les artistes interprètes ou exécutant, et en particulier les musiciens de studio, font partie des salariés les plus pauvres d'Europe malgré leur contribution considérable à la riche diversité culturelle en Europe »¹⁵. À un autre endroit, elle enfonce même le clou, précisant que « la situation et les conditions professionnelles actuelles de l'artiste interprète ou exécutant européen moyen ne sont pas très gratifiantes. Seuls les interprètes connus, c'est-à-dire les interprètes de renom qui ont signé un contrat de redevances avec une maison de disques, peuvent vivre de leur profession (...) De plus, la situation sociale des artistes interprètes ou exécutants n'est pas très stable (...) Dans l'ensemble, seulement 5 % des interprètes arrivent à vivre de leur profession »¹⁶. Une étude empirique, à laquelle se réfère également la Commission, conduite en Grande Bretagne, en Suède et au Danemark a d'ailleurs démontré que ce sont essentiellement les « superstars » qui profitent du dispositif juridique et qui touchent dans ces pays l'essentiel des sommes reversées par les sociétés de gestion collective¹⁷.

Dans ce contexte, il peut paraître surprenant que la solution envisagée par le législateur communautaire pour remédier à cette préoccupante situation se situe justement ...dans une extension de la durée de la protection. En effet, si le périmètre actuel de la protection par le droit voisin est jugé insuffisant et insatisfaisant, pourquoi vouloir encore le prolonger dans la durée ? Difficile de comprendre la logique de la Commission, sauf à vouloir en réalité venir en aide à la minorité de vedettes qui arrivent déjà bien (voire même très bien) à vivre de leur métier, notamment grâce à l'exploitation de leur exécution, ayant la possibilité, en raison de leur notoriété, de négocier de larges redevances. Pour le reste des artistes interprètes, une extension de la durée du droit ne sera souvent d'aucune aide, ceci principalement en raison de la pratique usuelle de cession forfaitaire par les artistes interprètes de leur droits patrimoniaux au profit d'un exploitant. On voit donc bien qui seraient en vérité dans la large majorité des cas les bénéficiaires de la réforme : les exploitants, cessionnaires des droits d'exploitation. Nous reviendrons là-dessus dans un instant. Si on avait voulu au contraire améliorer le sort des artistes interprètes, il aurait fallu garantir qu'ils puissent tirer profit de leur droits exclusifs *pendant la durée actuelle de protection*. Dans cette optique, la Commission aurait pu envisager, à l'instar de ce qui est déjà prévu par certaines législations européennes pour le

¹⁵ Exposé des motifs, p. 8.

¹⁶ Exposé des motifs, p. 4.

¹⁷ V. R. Towse, *Creativity, Incentive and Reward: An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 123 et s.

droit des auteurs, des véritables règles contractuelles protectrices assurant une participation des artistes interprètes aux revenus tirés de l'exploitation de leurs exécutions. Ou encore augmenter, au détriment des producteurs de phonogrammes, la quote-part des sommes redistribuées à leur profit au titre de la rémunération pour copie privée.

Dans cet esprit, la Commission envisage certes deux mesures intéressantes, prévues toutes les deux à l'article 10*bis* de la proposition de directive. Tout d'abord, l'alinéa 6 prévoit la mise en place d'une clause statutaire (intitulée par la Commission « clause use-it-or-lose-it »), permettant à un artiste interprète de « récupérer » les droits cédés en résiliant le contrat de cession en cas de non-exploitation de son exécution par le producteur. Selon l'exposé des motifs, « si un producteur de phonogramme ne publie pas un phonogramme qui, en l'absence de prolongation de la durée de protection, tomberait dans le domaine public, les droits sur la fixation de l'exécution reviennent à l'interprète à la demande de ce dernier et les droits sur le phonogramme expirent »¹⁸. Cependant, cette disposition semble bien insuffisante pour atteindre les objectifs avancés par la Commission. En effet, elle ne profitera à l'artiste interprète que lorsque son exécution ne sera plus exploitée par le producteur, ce qui sera la plupart du temps le cas lorsque celle-ci n'aura pas rencontré de succès commercial. Dans un tel cas de figure, récupérer les droits n'assurera donc vraisemblablement aucun revenu significatif. De plus, il convient de souligner que cette mesure est limitée dans le temps (il s'agit uniquement d'une mesure transitoire) et de plus soumise à certaines conditions qui peuvent faire douter de son effectivité¹⁹.

Ensuite, les alinéas 3, 4 et 5 de la proposition envisagent la création d'un Fonds spécial au bénéfice des artistes interprètes. Ce fonds serait alimenté par les producteurs cessionnaires des droits en raison d'une rémunération supplémentaire concédée à l'artiste pour « chaque année complète au cours de laquelle (...) les droits de l'artiste interprète ou exécutant et du producteur de phonogrammes ne seraient plus protégés » (al. 3.), à hauteur de « 20% au moins des recettes perçues, au cours de l'année précédant celle du paiement de ladite rémunération » (al. 4). Pour simplifier, l'artiste aurait droit à participer aux revenus supplémentaires dégagés par la prolongation de la durée de protection au-delà de la durée actuelle. Il s'agit là certainement d'une bonne idée. En revanche, la mise en œuvre de ces dispositions ne semble pas aisée et la portée de la mesure risque d'être là aussi bien

¹⁸ Exposé des motifs, p. 16 et s.

¹⁹ Il faut notamment selon l'art.10*bis*, al. 6 que le producteur de phonogrammes cesse d'offrir à la vente des exemplaires du phonogramme « en quantité suffisante ». Il n'est pas précisé quand cela serait le cas et on peut imaginer que cette restriction sera source de différentes interprétations.

insuffisante. En premier lieu, les règles de fonctionnement du Fonds sont peu claires, de même que la méthode de répartition des sommes collectées. En second lieu, la mesure est prévue à titre transitoire uniquement. En outre, les États membres peuvent prévoir des restrictions, comme notamment la possibilité d'exonérer du paiement de cette rémunération « les producteurs de phonogrammes dont les recettes annuelles (...) n'excèdent pas un seuil minimal de 2 millions d'euros » (art. 10*bis*, al. 4, 2^{ème} phrase).

Le bilan reste donc au final très maigre pour les artistes interprètes. Il est du moins largement en dessous des objectifs avancés. Après analyse de la proposition, il semble plutôt que l'artiste interprète ait été « instrumentalisé » et mis en avant pour donner une certaine légitimité à la réforme, le véritable but du législateur communautaire ayant été tout autre : renforcer davantage les droits des producteurs de phonogrammes. Ce sont en effet les vrais bénéficiaires de la réforme, puisqu'ils sont doublement gagnants : leurs propres droits se trouvent allongés dans le temps et, par le biais de la cession des droits des artistes à leur profit, ils bénéficient également plus longtemps de revenus supplémentaires à ce titre. La Commission cache d'ailleurs à peine son objectif, exposant en détail les difficultés actuelles que connaît l'industrie du disque. En effet, l'exposé des motifs met en avant « l'évaporation du marché des disques compacts et le niveau insuffisant des revenus de remplacement en provenance des ventes en lignes », que le législateur communautaire attribue en grande partie au « piratage » sur internet. La Commission précise que « depuis 2001, le marché européen de la musique enregistrée a perdu 22% de sa valeur, ayant conduit Universal (nommé dans l'exposé des motifs !) à « diminuer son nombre total d'employés de 12000 en 2003 à 7600 en 2006 »²⁰. Elle poursuit en exposant qu'« après avoir réduit ses effectifs en 2006, EMI a également annoncé une deuxième réduction de 2000 emplois (soit un tiers des effectifs) en janvier 2008 »²¹. Evidemment, lorsque vient le moment de justifier la nécessité d'un allongement de la durée des droits des producteurs de phonogramme, la Commission met en avant qu'« une durée de protection plus longue permettrait de générer des recettes supplémentaires pour mieux financer des nouveaux talents et permettrait également aux maisons de disques de mieux répartir les risques liés à cette activité ». Il s'agit de l'argument si souvent avancé -et qui généralement fonctionne très bien auprès des décideurs- de la garantie de la diversité culturelle et du soutien à la création, mais personne ici n'est dupe : on est bien en présence d'une mesure de soutien d'une branche d'activité en difficulté ou plutôt d'un soutien apporté à quelques « majors » de l'industrie du disque, lesquelles sont

²⁰ Exposé des motifs, p. 6.

²¹ *Ibid.*

d'ailleurs, comme nous l'avons relevé plus tôt, explicitement citées dans les motifs du texte²². Évidemment, et la Commission européenne le souligne à juste titre, il n'est pas contestable que les producteurs de phonogrammes souffrent actuellement de la facilité de reproduction et de diffusion des œuvres sur internet. Il est également indéniable que cette branche économique connaît des difficultés. Cependant, rallonger la durée de protection du droit permettant de ce fait aux producteurs d'exploiter plus longtemps certaines œuvres, afin de compenser les pertes occasionnées par ces nouvelles pratiques, n'est certainement pas la bonne solution. En effet, comme le souligne à juste titre un récent rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel rédigé par Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet à la demande du précédent gouvernement, « si un allongement éventuel ultérieur de la durée du droit de l'industriel s'applique à une œuvre déjà commercialisée, il donne lieu à un surcroît de rente sans contrepartie économique ». Ce même rapport invitait d'ailleurs le législateur français à être extrêmement prudent et à « éviter l'extension indéfinie des droits voisins qui bloque l'exploitation et la diffusion des œuvres »²³. Un autre rapport remis à peu près au même moment au gouvernement britannique, prenant appui sur une étude économique indépendante conduite par l'université de Cambridge²⁴, arrive exactement à la même conclusion²⁵.

Le grand perdant d'une telle mesure serait évidemment le domaine public, déjà grignoté de toute part. Pourtant, le domaine public fait partie intégralement de la philosophie inhérente aux droits de propriété intellectuelle, ces droits étant des droits *limités par nature*, tant dans leur objet, leur périmètre et leur durée. Nier le domaine public, c'est nier l'esprit même des droits de propriété intellectuelle et pourrait participer à terme à la dissolution de celle-ci « par sursaturation et hypertrophie »²⁶. De plus, il ne faudrait pas oublier que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas une fin en soi, mais doivent répondre à une certaine finalité : protéger les créateurs et encourager la création. Comme nous l'avons vu, ces deux objectifs ne

²² La Commission semble oublier au passage que toute loi se doit d'être générale et impersonnelle...

²³ Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel présenté au ministre français de l'Économie, des Finances et de l'Industrie Thierry Breton le 23 nov. 2006 par M. Lévy et J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, p. 126.

²⁴ Review of the Economic Evidence Relating to an Extension of the Term of Copyright in Sound Recordings, *préc.* note 8, Executive summary, p. 2: « Having reviewed the existing economic literature, we consider the case for an extension for the copyright term in sound recordings to be weak ». La conclusion de cette étude est d'ailleurs sans appel: « It would be particularly inadvisable, given our present state of knowledge, for a rational policy-maker, to extend the term of copyright in sound recordings » (p. 6).

²⁵ Gowers Review of Intellectual Property, *préc.* note 8, qui recommande clairement à la Commission et aux pouvoirs publics de ne pas étendre la durée des droits voisins au-delà de la durée légale (Executive summary, Recommandations 3 et 4, p. 6: « The European Commission should retain the length of protection for sound recordings and performer's rights at 50 years »; « Policy makers should adopt the principle that the term and scope of protection for IP rights should not be altered retrospectively »).

²⁶ Pour reprendre une jolie expression utilisée par M. Buydens et S. Dusollier in : Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses : *Comm. Com. élect.* sept. 2001, p. 16.

sont remplis que très marginalement par cette réforme. Or, une mesure qui ne serait pas justifiée risque de ne pas emporter l'adhésion de l'opinion publique, à l'heure où les droits d'auteur et les droits voisins connaissent déjà un certain désamour. Le droit d'auteur et les droits voisins à l'échelle communautaire n'ont certainement pas besoin de cela.

Christophe Geiger,
Maître de conférences et directeur général, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle (CEIPI), Université Robert Schuman, Strasbourg ; Chercheur à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal, Munich.

Jérôme Passa,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Michel Vivant
Professeur à l'Institut d'études politiques (« Science Po »), Paris.

Premiers signataires :

Valérie-Laure Benabou,
Professeur à l'Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Directrice du Laboratoire Dante.

Alexandra Bensamoun,
Maître de conférences à l'Université Paris-Sud, CERDI.

Carine Bernault,
Maître de conférences à l'Université de Nantes, IRDP.

Adrien Bouvel,
Maître de conférences au CEIPI, Université Robert Schuman, Strasbourg.

Mireille Buydens
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles.

Séverine Dusollier,
Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, CRID.

Philippe Gaudrat,
Professeur à l'Université de Poitiers.

Frank Macrez
Maître de conférences au CEIPI, Université Robert Schuman, Strasbourg.

Stéphane Pessina Dassonville
Maître de conférences à l'Université de Rouen.

Alexandre Zollinger

Maître de conférences à l'Université de Poitiers.

....