

*REVUE  
INTERDISCIPLINAIRE  
D'ETUDES  
JURIDIQUES*

SECOND NUMERO  
SPECIAL ANNIVERSAIRE  
1978 - 1988

ASPECTS DU DROIT  
BELGE CONTEMPORAIN

*1989.22*



## SOMMAIRE DU NUMERO 1989.22

ASPECTS DU DROIT BELGE CONTEMPORAIN  
Second numéro spécial anniversaire 1978-1988

|                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>R.I.E.J., 1978-88</i>                                                                                                                                                      | 1   |
| Th. BOURGOIGNIE,<br><i>Dimensions nouvelles du droit économique contemporain</i>                                                                                              | 3   |
| R.O. DALCQ,<br><i>Propos sur la responsabilité civile</i>                                                                                                                     | 39  |
| J.-L. RENCHON,<br><i>Réflexions personnelles sur l'évolution du droit<br/>de la famille et de l'activité du juriste de la famille</i>                                         | 55  |
| Fr. RIGAUX,<br><i>Espace et temps en droit international privé</i>                                                                                                            | 107 |
| J.-C. SCHOLSEM,<br><i>Le fédéralisme en Belgique : vague et vogue</i>                                                                                                         | 125 |
| A. STROWEL et C. DOUTRELEPONT,<br><i>La socialisation du droit d'auteur à travers la générali-<br/>sation des licences non volontaires : un danger ou une<br/>nécessité ?</i> | 133 |
| Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE,<br><i>Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal<br/>en Belgique (1976-1987)</i>                                           | 149 |
| J. VERHOEVEN,<br><i>Sur les traces laissées en droit belge par le droit<br/>international public</i>                                                                          | 205 |
| COMPTES RENDUS<br>- R. ZIPPELIUS, <i>Rechtsphilosophie</i> (A. KOHL)                                                                                                          | 225 |



**La socialisation du droit d'auteur à travers  
la généralisation des licences non volontaires:  
un danger ou une nécessité?**

Alain STROWEL

Assistant en droit aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles  
Avocat

Stipendiat au Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales  
Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, Munich

et

Carine DOUTRELEPONT

Assistante de recherches à l'Université Libre de Bruxelles  
Stipendiatin au Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, Munich

Alors que notre Parlement s'apprête à discuter la proposition  
Lallemand en matière de droit d'auteur, déposée au Sénat il y a plus  
d'un an (1), et dont l'objectif est d'opérer une révision en profondeur  
de la loi du 22 mars 1886, toujours en vigueur actuellement, il nous  
paraît opportun de prendre un certain recul critique par rapport au  
phénomène d'évolution du droit d'auteur (2).

- 
- (1) Proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie  
privée d'oeuvres sonores et audiovisuelles, 10 juin 1988, Sénat, Doc. Parl.,  
n°329-1 (S.E. 1988).
- (2) C'est une telle mise à distance que l'on évite parfois au nom d'une prétendue  
urgence, invoquée, non sans opportunisme, au moment où on souhaite  
précipiter des réformes, qui se sont par ailleurs longtemps fait attendre. Ainsi la  
Commission des Communautés européennes, dans son récent et très important  
*Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique - Problèmes de droit  
d'auteur appelant une action immédiate* (COM (88) 172 final 7 juin 1988), a  
tendance à passer sous silence les questions fondamentales -ainsi le dicteraient  
les exigences de "l'action immédiate"-, tout en engageant de façon décisive  
l'avenir du droit d'auteur.

A l'occasion d'une réflexion générale sur l'évolution et l'avenir du droit d'auteur, A. Françon (3) mettait en évidence les deux écueils majeurs qui guettent le système du droit d'auteur: l'extension trop poussée de la catégorie des oeuvres protégées par la propriété littéraire et le recours généralisé à la formule de la licence non volontaire. Négligeant d'aborder dans le cadre de notre brève étude la question de l'extension de la protection par le droit d'auteur à une série de nouvelles oeuvres -principalement les oeuvres informatiques: logiciels (4), banques de données- et ses incidences sur les principes directeurs du droit d'auteur -entre autres, sur la reconnaissance des droits moraux, sur la distinction forme/idée et sur la notion d'originalité (5) -, nous voudrions nous concentrer sur la modification du système de droit d'auteur résultant du recours accru aux licences non volontaires.

Cette tendance, si elle se confirme, risque, plus encore que l'application du droit d'auteur au domaine technique et industriel (6), de modifier -de "saper" diraient certains- le dispositif juridique mis en place à la fin du 18<sup>e</sup> siècle en vue de protéger les oeuvres de l'esprit.

Ce dispositif repose sur la reconnaissance d'un droit subjectif et exclusif au profit de l'auteur. Subjectif, en ce que ce droit lui confère un pouvoir de maîtrise sur son oeuvre (7). Exclusif, en ce que ce droit permet à l'auteur d'interdire à quiconque l'accès à son oeuvre et de réserver à certains l'exploitation de celle-ci. Ainsi, le droit d'auteur est, à l'origine, un droit d'inspiration individualiste (8) et libérale.

---

(3) A. FRANÇON, *L'avenir du droit d'auteur*, in *Ing.-Cons.*, 1986, n°12, p. 386 et sv.

(4) Voir à ce propos les articles 29 à 31 de la proposition Lallemand.

(5) Ce thème a déjà fait l'objet de multiples études. Citons, parmi d'autres : I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, 1985.

(6) "N'y a-t-il pas, écrit par exemple A. KEREVER, une dérive, une déformation, une adultération du droit d'auteur dès lors qu'on le fait servir à des activités, à des créations ou à des apports qui sont, certes, intellectuels, mais liés à l'industrie, asservis à des fins utilitaires ou...échappant à la «sphère des Beaux-Arts» et au caractère artistique?" (*Protection par le droit d'auteur ou protection "sui generis"?*, in *Banques de données et droit d'auteur*, colloque de l'IRPI, Paris, 1987, p. 82.)

(7) Voir: A. TROLLER, *Das subjektive Recht im bürgerlichen und sozialistischen Immaterialgüterrecht*, in *Festschrift für F. VISCHER*, Zürich, 1983, p. 741 et sv.

(8) Dans ce sens, F. RIGAUX, *Le droit, à la découverte de l'art*, in *Ann. dr.*, 1988, n° 3-4, p. 473 et sv. N'oublions pas que la naissance du droit d'auteur est, en

Individualiste, parce qu'il s'attache à protéger les intérêts du créateur individuel et indépendant. Libéral, parce que le droit d'auteur est indissociable du mode d'organisation économique qu'est le marché.

Ce droit n'est cependant pas sans limites, et en ce sens il n'est pas absolu. En marge des exceptions classiques au droit de l'auteur pour des motifs tels que: la liberté de citation, la liberté d'information, etc., s'est, avec les licences non volontaires, développé une nouvelle forme d'atteinte au droit exclusif de l'auteur puisque celles-ci lui retirent, contre le paiement d'un droit d'auteur, le pouvoir de s'opposer à l'utilisation de son oeuvre. Le droit subjectif de l'auteur se voit, par là-même, subordonné tant à l'objectif d'accès public à l'oeuvre protégée qu'à l'impératif économique d'exploitation des oeuvres.

Cette tendance à rogner les droits exclusifs des auteurs (9) par l'imposition de licences non volontaires, nous la désignons, à la suite de certains, sous le terme de "socialisation du droit d'auteur" (10).

Et la question que nous nous posons -et à laquelle nous nous efforcerons de répondre à l'issue de notre étude- est celle de savoir si cette socialisation du droit d'auteur constitue un danger ou une nécessité pour le droit d'auteur.

Mais avant tout une précision s'impose.

### Remarque préalable: la distinction entre les licences légales et les licences obligatoires

Sous le terme générique de licence non volontaire, on regroupe traditionnellement deux espèces de licence: la licence légale et la licence

---

France, contemporaine à l'édiction du code civil et à la consécration du droit de propriété.

(9) Ainsi B. WAGNER-SILVA TAROUCA (*Der Urheberrechtsschutz der ausübenden Künstler und der Tronträgerproduzenten in den USA*, Munich, 1983, p. 11) parle de la licence non volontaire comme d'une "invention qui a pour conséquence de diminuer l'effet monopolistique du droit d'auteur".

(10) Dans la littérature américaine, l'expression semble avoir été une première fois utilisée dans ce sens par: M. PRICE, *Copyright Law: The "Betamax" Decision*, in *N.Y.L.J.*, 17 février 1984, p. 5, col. 1; l'expression a ensuite été reprise dans: M. M. HYMAN, *The Socialization of Copyright: The Increased Use of Compulsory Licences*, in *Cardozo Arts and Ent. L. J.*, 1985, 4, p. 105 et sv. Dans la littérature française, P. ROUBIER parle déjà en 1952 de la "socialisation du droit d'auteur" (*Le droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, vol. 1, p. 75 et 77) et renvoie lui-même à J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris, 1937, p. 42.

obligatoire. La première est définie comme "...une autorisation donnée par la loi d'utiliser une oeuvre protégée par le droit d'auteur d'une manière déterminée, à certaines conditions et contre le paiement d'un droit d'auteur" (11). La seconde apparaît comme "...une forme particulière d'autorisation devant être délivrée obligatoirement -dans la plupart des cas par les autorités compétentes ou également par l'intermédiaire des organisations d'auteurs- dans des conditions déterminées et pour des types spécifiés d'utilisation d'oeuvres. A la différence des licences légales, qui sont obtenues directement en vertu de la loi en l'absence de toute demande ou notification préalable, les licences obligatoires doivent faire l'objet d'une demande y relative et d'un octroi explicite ou bien, pour le moins, d'une notification préalable adressée au titulaire du droit d'auteur" (12). On peut déduire de ces définitions que la licence obligatoire se différencie notamment de la licence légale par le fait qu'elle permet la fixation des rémunérations par la voie de négociations contractuelles.

Cette précision faite, nous pouvons maintenant examiner quelle place réservent la loi du 22 mars 1886 et la proposition de loi Lallemand à la licence non volontaire.

# **I. La place des licences non volontaires dans la loi belge du 22 mars 1886 et dans la proposition Lallemand en matière de droit d'auteur**

## **A. La loi du 22 mars 1886.**

Adoptée dans la foulée de la rédaction de la Convention de Berne, la loi belge du 22 mars 1886 est empreinte de l'esprit de l'époque et, dès lors, de la volonté d'assurer à l'auteur les prérogatives les plus étendues et la maîtrise complète de son oeuvre (13). Le droit exclusif d'autorisation ou d'interdiction, dont la composante morale est parfois qualifiée d'absolue (14), constitue un élément essentiel de la loi, qui souffre peu de limitations. Dans cet esprit, le principe d'une licence non volontaire, au sens défini ci-dessus, n'a pas été retenu par le législateur.

---

(11) OMPI, *Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, p. 243.

(12) *Ibidem*, p. 50.

(13) J. de BORCHGRAVE, *Evolution historique du droit d'auteur*, Bruxelles, p. 83 et 84.

(14) Voir notamment: F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 482.

Il est certain que les utilisations des oeuvres, limitées à un nombre restreint d'intermédiaires et d'exploitants, et les techniques d'exploitation encore artisanales favorisaient une telle conception.

### B. La proposition de loi Lallemand.

Selon l'exposé des motifs, la proposition de loi viserait à "adapter le droit aux nouveaux modes de création et d'utilisation des oeuvres" et à garantir à l'auteur face à "l'industrialisation de la culture et à l'évolution économique et sociale" une meilleure protection (15). On pourrait ainsi s'attendre à ce que le système de la licence non volontaire soit restreint aux situations où le droit exclusif de l'auteur ne peut être effectivement exercé.

C'est l'optique que semblent avoir adoptée les rédacteurs de la proposition de loi dans le domaine du droit d'auteur, mais non pour les droits voisins et, plus particulièrement, pour les droits des artistes interprètes (16).

1. La consécration par la proposition de loi d'un droit à rémunération, en contrepartie de la copie privée d'oeuvres sonores et audiovisuelles, se justifie au vu d'une conception pragmatique du droit d'auteur, telle que décrite ci-dessous (17). Il n'est, en effet, pas sérieusement envisageable d'exiger, lors de chaque copie à des fins privées ou à usage interne, l'autorisation de l'auteur. Il est préférable d'admettre que la copie est libre, moyennant le paiement d'une rémunération.

Une telle restriction au droit exclusif de l'auteur d'autoriser la reproduction de son oeuvre est conforme aux principes prescrits par

---

(15) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 2.

(16) Voir notamment l'article 56 de la proposition de loi aux termes duquel : "Pour toute communication d'un phonogramme au public, en ce compris la radiodiffusion et la réémission, une rémunération équitable destinée aux artistes interprètes ou exécutants sera versée, selon le cas, par l'organisme de radiodiffusion, par le câble-diffuseur ou par celui qui l'a communiquée au public". Pour une critique de cette disposition : C. DOUTRELEPONT, *Nouvelles de Belgique. Une proposition de révision de la loi belge du 22 mars 1886 : un pas de plus vers l'uniformisation du droit d'auteur dans le Marché commun?*, in *R.I.D.A.*, 1987, n° 134, p. 133 et 137. En ce sens pour les Pays-Bas: G. H. HEEVEL, *secundaire rechten voor uitvoerend kunstenaars : verbods- of vergoedingsrechten ?*, in *A.M.J.*, 1987, n°6, p. 119 à 123.

(17) Voir point II. A.

l'article 9, alinéa 2 de la Convention de Berne révisée (Acte de Paris). Aux termes de cet article: "Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites oeuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

Il s'ensuit que la liberté laissée aux Etats unionistes de déroger au droit exclusif n'est pas absolue mais subordonnée au respect de deux conditions, dont l'interprétation fut largement débattue.

Sans entrer dans ces controverses, on relèvera d'abord que la reproduction ne peut pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre. La notion d'exploitation normale est cependant laissée à l'appréciation des législateurs nationaux.

Lorsque la première condition est satisfaite, il convient ensuite d'examiner si la disposition ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. On s'accorde à reconnaître qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'auteur éprouve ou non un préjudice mais d'apprécier si ce préjudice a un caractère injustifié. Encore une fois, l'appréciation du caractère injustifié laisse un grand pouvoir d'interprétation aux législateurs nationaux. Il faudra, dans chaque cas d'espèce, évaluer s'il y a un intérêt raisonnable à exiger que le mode d'exploitation soit subordonné au consentement de l'auteur ou qu'il ne soit autorisé que moyennant le paiement d'une rémunération équitable (18).

La proposition de loi Lallemant fait application de ces principes.

La copie réalisée par une personne, pour son usage privé (19), est licite et elle constitue une exception au droit exclusif de l'auteur, conformément à l'article 14,3 de la proposition (20). Les rédacteurs de la proposition ont estimé que ce nouveau mode d'exploitation des oeuvres a des effets préjudiciables pour les ayants droit, ce qui justifie l'introduction d'une contrepartie sous la forme d'un droit à rémunération (21).

---

(18) En ce sens, W. NORDEMANN, K. VINCK, P. HERTIN, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruxelles, 1983, p. 108.

(19) Il conviendrait de préciser si les usages personnel et interne sont visés par le texte de loi.

(20) Cette copie est encore une exception aux droits exclusifs reconnus aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs et aux organismes de radiodiffusion, conformément à l'article 67, 2 de la proposition (*op. cit.*, p. 31).

(21) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 10 -11.

Le montant de cette rémunération est fixée à 8 p. c. du prix de vente pratiqué par le fabricant ou l'importateur de supports d'enregistrement; ce taux peut être modifié par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, après que l'avis des exécutifs des Communautés et des organisations représentatives des ayants droit ait été pris. La rémunération sera payée lors de la mise en circulation des supports vierges sur le territoire national. En outre, il appartient au Roi de définir les modalités de perception du droit à rémunération, comme de décider de l'étendre aux appareils permettant la reproduction des oeuvres protégées (22).

A cela, il convient d'ajouter que la proposition de loi charge les sociétés de gestion, visées au chapitre V, de répartir les montants perçus. Il s'ensuit que les auteurs (23) doivent nécessairement être membres de ces sociétés pour obtenir leur rétribution. L'instauration d'un tel système accentue encore le phénomène de "socialisation du droit d'auteur", dans la mesure où le recours à des mécanismes obligatoires de gestion collective remet en cause le caractère individuel du droit. En outre, eu égard au fait que ces sociétés mettent à la disposition des utilisateurs, par le biais de contrats généraux forfaitaires, l'ensemble de leur répertoire, l'auteur adhérent abandonne à leur profit son droit d'autoriser ou d'interdire en contrepartie d'une rémunération (24). Il en résulte un effacement du caractère personnel du droit d'auteur (25).

Enfin, on notera que la "socialisation" du droit est encore accentuée par l'obligation d'affecter la moitié des sommes perçues à un organisme créé ou reconnu par chaque Communauté culturelle et dont l'objet est exclusivement d'aider et de promouvoir la création et la diffusion des oeuvres ainsi que de former les artistes (26).

2. Comme autre exemple de licence non volontaire, on peut citer l'article 13, al.2 de la proposition de loi relatif aux citations regroupées dans les anthologies destinées à l'enseignement. Dans cette hypothèse, il est prescrit qu'une rémunération équitable, dont les modalités sont

---

(22) Voir les dispositions du chapitre IV, *op. cit.*, p. 32-33.

(23) Ainsi que les autres ayants droit visés par l'article 73 de la proposition, *op. cit.*, p. 33.

(24) Une nuance doit cependant être établie pour les droits moraux dans les pays où les législations consacrent leur inaliénabilité.

(25) En ce sens, A. FRANÇON, *L'avenir du droit d'auteur*, in *R.I.D.A.*, 1987, n°132, p. 17.

(26) Article 73, §2 in fine de la proposition de loi, *op. cit.*, p. 33.

fixées par arrêté royal, doit être versée à l'auteur ou à ses ayants droit. Les rédacteurs de la proposition semblent avoir considéré que, lors de la réalisation de ce type d'ouvrage, constitué de façon substantielle par des emprunts à des oeuvres protégées, il était équitable d'attribuer une rémunération aux auteurs des oeuvres citées. Ne ressort pas clairement de l'exposé des motifs, la raison de la limitation de cette disposition aux seules anthologies "destinées à l'enseignement".

Enfin, on pourrait se demander s'il ne conviendrait pas d'instaurer un droit à rémunération au profit du journaliste lorsqu'un journal fait usage de la faculté qui lui est laissée de reproduire un article publié dans un autre journal (27)? L'introduction d'une telle règle permettrait de mieux concilier la liberté de l'information et la nécessité d'octroyer à l'auteur une rémunération pour l'utilisation de son oeuvre.

## II. Appréciation critique du phénomène de multiplication des licences non volontaires

Face au phénomène de la généralisation des licences non volontaires, que nous avons exemplifié à partir de la situation belge mais qui est un phénomène commun aux différents pays qui nous entourent (28), deux attitudes ont été adoptées par les auteurs de doctrine.

Les uns, adoptant une attitude que l'on qualifiera de "pragmatique", soulignent le caractère nécessaire de cette adaptation à la réalité (29), mettent en évidence le compromis d'intérêts sous-jacents à cette solution, insistent sur le changement dans la continuité que cette solution offre par rapport au modèle du droit d'auteur, tel qu'il arrive à maturité à la fin du 19<sup>e</sup> siècle.

D'autres, dont la position apparaît, si pas dogmatique, du moins plus "traditionnelle", montrent l'inadéquation du système qui se met en place par rapport aux principes du droit d'auteur (30), dénoncent le

---

(27) Article 14 de la loi du 22 mars 1886 et article 27 de la proposition de loi, *op.cit.*, p.22.

(28) Pour cette raison, notre analyse s'appuiera largement, dans les développements qui suivent, sur la littérature étrangère, tant française qu'allemande et américaine.

(29) P. F. LIECHTI, *op. cit.*, p. 385.

(30) C'est ainsi qu'on a qualifié les licences non volontaires comme une forme de "dégénérescence" du droit d'auteur. (B. REINHART, *Vom Einfluss der Technik auf die Entwicklung des subjektiven Urheberrechts*, in *UFITA*, 1987, 106, p. 227).

renversement de priorité des intérêts, s'alarment devant les ruptures que ce système provoque au niveau de la systématique (31) ou de la structure (32) de la propriété littéraire.

Reprenons plus en détail les principaux arguments qui ont été invoqués par les uns et par les autres.

## A. Position "pragmatique"

### 1. Licences non volontaires et exigences pratiques

C'est assurément avant tout des exigences pratiques (en contradiction avec les impératifs d'ordre systématique) qui motivent l'introduction du mécanisme des licences non volontaires dans la matière du droit d'auteur.

Dans le schéma classique, l'auteur, muni de son droit exclusif (de reproduction), doit s'engager dans une négociation avec les intermédiaires économiques, en vue de transférer son droit et de bénéficier en échange du paiement de royalties. Cette négociation directe peut être rendue très difficile, voire irréalisable, dans certains cas. Pensons ici non pas à l'écrivain qui négocie avec son éditeur mais plutôt à la société de distribution TV par câble qui doit contracter avec une foule de producteurs, éventuellement étrangers, de programmes audiovisuels -à condition encore que seuls les producteurs détiennent des droits sur l'oeuvre- et arrêter avec eux les différentes modalités de chaque diffusion. Songeons surtout aux auteurs qui devraient négocier avec chaque consommateur, détenant un appareil d'enregistrement sonore ou audiovisuel, l'autorisation de reproduire leur oeuvre diffusée à la radio ou à la TV. Dans cette hypothèse, on aperçoit bien que les coûts de transaction (33), c'est-à-dire les coûts engendrés par la

---

(31) W. NORDEMANN, *Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche? Zur Systematik moderner Urheberrechtsordnungen*, in *GRUR*, 1979, p. 280-283.

(32) B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins, Commentaire de la loi du 3 juillet 1985*, Paris, 1987, p. 75: "par l'instauration d'une licence légale [pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes]...le législateur de 1985...a...mis silencieusement en place une autre structure de la propriété littéraire".

(33) Sur cette notion, voir la très abondante littérature américaine consacrée à "l'analyse économique du droit" et parmi d'autres : R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *J. Law and Econ.*, 1960, 3, p. 1-44 (les coûts de transaction y sont décrits p. 18 comme suit: "In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people

nécessaire identification des cocontractants potentiels, par la négociation proprement dite et par le contrôle de l'application de l'accord, seront prohibitifs.

"La première raison pour recourir à une licence non volontaire est l'élimination des coûts de transaction" (34). En effet, cette formule, que l'on peut interpréter comme une présomption qu'un contrat a été conclu, épargne aux parties en cause une négociation, et les coûts que cette dernière entraîne.

Reste évidemment à vérifier -ce qui va bien au-delà de notre présent propos- si, dans chaque cas particulier, les coûts de transaction sont effectivement réduits par la formule de la licence non volontaire (35).

---

that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed and so on"); G. CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comment*, in *J. Law and Econ.*, 1968, 11, p. 67-73.

(34) M. M. HYMAN, *op. cit.*, p. 111-112.

(35) Une telle étude a été entreprise aux Etats-Unis à propos de la licence en matière de TV par câble. Selon S. M. BESEN, W. G. MANNING et B. M. MITCHELL (*Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coase Theorem*, in *J. Law and Econ.*, 1978, 21, p. 67-95), cette licence n'a pas conduit à une limitation sensible des coûts de transaction. Voir encore à ce propos : S. R. ROSS, *The Compulsory Licence: How Did We Get There and How Does It Work?*, in *Communications and the Law*, 1989, 11, p. 20-21; M. M. HYMAN, *op. cit.*, p. 124 et sv. Quant à la licence et à la rémunération pour copie privée, telle qu'elle a été introduite dans la loi allemande de 1985, R. PETHIG (*Copyrights and Copying Costs: A New Price-Theoretic Approach*, in *JITE*, 1988, 144, p. 462-495) en a fait une intéressante analyse économique, qui en démontre "l'efficacité" (p. 492). Ajoutons encore que l'adoption des différentes formes de licences non volontaires dans le Copyright Act de 1976 a été précédée, comme il est courant aux Etats-Unis, où l'approche des questions juridiques est en général moins imprégnée de dogmatisme, d'une analyse économique de ces mécanismes. Voir W. M. BLAISDELL, *The Economic Aspect of the Compulsory Licence, Study n° 6*, in *Subcomm. On Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Comm. On the Judiciary*, 86th Cong., 1st Sess., p. 91 et sv.

## 2. Licences non volontaires et constellation des intérêts

"Dans la conception traditionnelle" du droit d'auteur, du moins continentale (36), "il n'y a, écrit F. W. Grosheide, qu'un intérêt qui compte: l'intérêt de "l'auteur" individuel, les limitations prévues par la loi et par contrat sont tolérées comme des exceptions à interpréter de façon très stricte" (37).

Avec l'apparition du mécanisme des licences non volontaires, la constellation des intérêts pris en compte par le droit d'auteur s'est modifiée. "Nombreux sont ceux qui considèrent...les systèmes de licences légales ou obligatoires dans le domaine du droit d'auteur comme un contre-poids, voire un compromis légitime entre les intérêts des auteurs et ceux du public ou des consommateurs qui réclament un accès libre à la culture et à l'information" (38). D'autres notent que ces licences sont le résultat d'une "balance" (39) ou d'un "compromis" entre "les intérêts traditionnellement protégés des créateurs et les pressions exercées par les représentants des nouvelles industries utilisatrices" (40) d'oeuvres protégées. Donc, d'un côté, les intérêts des auteurs sont préservés, puisque ces licences prévoient une rémunération à leur profit; de l'autre, l'intérêt du public est pris en compte par la garantie que l'oeuvre sera accessible et celui des intermédiaires économiques par l'assurance que l'oeuvre peut être exploitée (41).

---

(36) Sur la différence quant à la représentation des intérêts garantis par le régime continental du droit d'auteur et par le régime anglo-saxon du copyright, voir A. STROWEL, *L'évolution du droit d'auteur à la lumière de la nouvelle configuration des intérêts en jeu*, in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (éd.) *L'intérêt en droit*, Bruxelles, à paraître.

(37) F.W. GROSHEIDE, *Auteursrecht op maat*, Deventer, 1986, p. 2.

(38) P. F. LIECHTI, *op. cit.*, p. 377.

(39) M. M. HYMAN, *op. cit.*, p. 126.

(40) P. GOLDSTEIN, *Preempted State Doctrines, Involuntary Transfers and Compulsory Licences: Testing the Limits of Copyright*, in *UCLA L. Rev.*, 1977, 24, p. 1128, note 83. Et l'auteur de citer B. RINGER (*Copyright and the Future of Authorship*, in *Lib. J.*, 1976, 101, p. 229, 231): "Now, and even more in the future, the compromises seem likely to consist of compulsory licensing".

(41) Si l'intérêt public est souvent invoqué à l'appui des licences non volontaires, il faut néanmoins bien voir que ces licences, du moins certaines d'entre elles, profitent avant tout aux industriels. Ainsi E. DEL BIANCO (*Le droit d'auteur et ses limites*, Lausanne, 1951, p. 168) notait, à propos de la licence obligatoire

En d'autres termes, ces licences seraient en fait un compromis entre l'existence d'un droit exclusif et l'absence de tout droit (42).

### 3. Licences non volontaires et nature des droits de l'auteur

Avec le système des licences non volontaires, on peut soutenir que se développe, à côté des deux catégories classiques de droits reconnus à l'auteur: les droits moraux et les droits pécuniaires, une troisième catégorie de droits: les droits de l'auteur à une rémunération. Alors qu'un ouvrage de doctrine, comme celui de C. Colombet (43), maintient la traditionnelle répartition bipartite des droits, un auteur comme E. Ulmer (44) montre bien qu'il faut encore distinguer une forme supplémentaire de droits, qu'il appelle les "Vergütungsansprüche", et parmi lesquels se rangent les droits découlant des licences non volontaires. Ce qui conduit en définitive à revoir l'ordonnement doctrinal de la matière du droit d'auteur.

En droit américain, l'introduction de licences non volontaires peut même sembler contraire à l'ordonnement constitutionnel de la matière. En effet, la clause constitutionnelle (45) relative au droit d'auteur prévoit que le Congrès est autorisé "à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en accordant, pour un temps limité, aux auteurs...*un droit exclusif* [nous soulignons] sur leurs oeuvres écrites...". Certains ont donc affirmé que dans la mesure où certaines dispositions de la loi sur le droit d'auteur créent un droit non exclusif,

---

en matière de reproduction d'oeuvres musicales au moyen d'instruments mécaniques, que celle-ci "n'est certes pas dictée par l'intérêt de la collectivité, mais uniquement par l'intérêt de l'industrie des instruments mécaniques".

(42) P. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1128. Dans le même sens, P. F. LIECHTI (*op. cit.*, p. 378) parle d'une "voie médiane entre le droit exclusif et absolu de l'auteur et la libre utilisation des oeuvres protégées". Sur ce point encore, voir: R. OMAN, *The Compulsory Licence Redux: Will it Survive in a Changing Marketplace?*, in *Cardozo Arts and Ent. L. J.*, 5, 1986, p. 39 et 50.

(43) C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, 4e éd., 1988.

(44) E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York, 3e éd., 1980, p. 278 et sv.

(45) Il s'agit de l'article 1, Sec. 8, cl. 8 de la Constitution des Etats-Unis: "The Congress shall have Power...To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries".

ou, ce qui revient au même, une licence non volontaire, elles sont inconstitutionnelles (46).

Plutôt que de considérer qu'une troisième catégorie de droits apparaît, d'autres auteurs stigmatisent la transformation opérée par le système des licences, en ce qu'il aboutit à substituer au droit exclusif des auteurs un droit à une simple indemnisation pour le préjudice subi (47) (plutôt, diront-ils, qu'un droit à rémunération).

Nous voilà, avec cette remarque, amenés à aborder les critiques que les auteurs dits "traditionnels" adressent à la formule des licences.

## **B. Position "traditionnelle"**

### **1. D'une logique du droit naturel à une logique de l'utilité**

Selon F.W. Grosheide (48), "l'idéologie et la conception juridique sous-jacentes à cette variante moderne" du droit d'auteur qu'est la licence non volontaire, "sont utilitaristes et mettent l'accent sur l'intérêt des consommateurs".

Les tendances à la socialisation du droit d'auteur révèlent que le fondement de la propriété littéraire ne se trouve "plus dans le droit naturel, mais dans une idée d'utilité sociale" (49).

Le risque majeur est en définitive que "dans la procédure de la balance des intérêts en présence, le législateur ne peut s'empêcher de donner la priorité aux milieux qui comptent le plus grand nombre d'intéressés" (50), autrement dit à l'ensemble des consommateurs (51). Comme l'a justement remarqué S. Stewart (52),

---

(46) Voir B. SCHAFER, *Are the Compulsory Licences Provisions of the Copyright Law Unconstitutional?*, in *Communication and the Law*, 1980, 2, p. 1-24 ; S. L. BACH, *Music Recording, Publishing, and Compulsory Licences: Toward a Consistent Copyright Law*, in *Hofstra Law Review*, 1986, 14, p. 400.

(47) B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 76.

(48) F.W. GROSHEIDE, *op. cit.*, p. 160.

(49) P. ROUBIER (*op. cit.*, p. 76) écrit cela à propos du droit de l'inventeur, mais sa remarque peut s'appliquer tout autant au droit de l'auteur.

(50) P. F. LIECHTI, *op. cit.*, p. 383.

(51) Selon W. NORDEMANN (*op. cit.*, p. 283), le recours aux licences "conduit à l'avancement injustifié des intérêts des utilisateurs". Dans ce sens encore : G. KAUFFMAN, *Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents*, in *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*,

le défi du consumérisme "interpelle le droit d'auteur à sa racine même". Pour certains, si la socialisation du droit d'auteur doit se poursuivre, les droits des auteurs risquent de devenir "vulnérables à la tyrannie de la majorité" (53).

## 2. Du système du marché libre à la régulation des prix

Le système du droit d'auteur, comme d'ailleurs celui de la propriété privée, "est basé sur l'idée que les prix négociés par les agents privés sont préférables aux taux administrés par des agents publics" (54). Les licences non volontaires court-circuitent le fonctionnement du marché, qui accorde priorité aux décisions privées, et risquent de compromettre "le mécanisme d'investissement en plaçant un plafond artificiel aux montants qui peuvent être récupérés sur le marché" (55).

## 3. D'un droit réel à un droit de créance

Comme l'a écrit H. Astier (56), "ce qui était, ce qui est encore, un droit absolu et exclusif assurant à son titulaire un pouvoir sur l'oeuvre dirigé contre tous, lui assurant, plus particulièrement, le pouvoir d'interdire à n'importe qui l'utilisation de son oeuvre sans son autorisation, est en train de devenir lentement un simple droit de créance

---

1986, 10, p. 412 et 417, selon qui le mécanisme de la licence obligatoire suppose que l'intérêt de la société est suprême.

(52) S. STEWART, *International Copyright in the 1980's Part II : Crisis in the 1980's*, in *EIPR*, 1981, 9, p. 264.

(53) J. L. SWANSON, *Copyright Versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm*, in J. D. VIERA et R. THORNE (éd.), *1988 Entertainment, Publishing and the Arts Handbook*, New York, 1988, p. 27.

(54) P. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1128.

(55) En effet, comme l'explique P. GOLDSTEIN (*op. cit.*, p. 1135), le droit d'auteur laisse aux agents privés la décision de savoir combien doit être investi dans le développement et la production d'une oeuvre. Selon P. GOLDSTEIN, qui adopte, comme on le voit, une approche économique du droit d'auteur -approche par ailleurs conforme à la philosophie du système de copyright-, cet investissement sera proportionné aux bénéfices escomptés. Le système des licences pourrait donc comporter le risque de retrécir l'éventail des oeuvres offertes puisqu'aucune oeuvre ne sera produite, qui exige des mises de fonds supérieures à la rémunération plafonnée prévue dans le mécanisme de la licence.

(56) H. ASTIER, *La copie privée*, in *RIDA*, 1986, n°128, p. 113.

contre l'utilisateur, n'assurant au titulaire que ce qu'il est convenu d'appeler une rémunération équitable".

D'où le risque dénoncé, et très bien décrit, par A. Kerever (57) que nous nous permettons de citer longuement: "la question des licences non volontaires illustre les dangers d'une attitude trop pragmatique... Considérée sous un angle que l'on justifie parfois au nom du réalisme, l'existence même des licences non volontaires peut déboucher sur la vision d'un droit d'auteur «à deux vitesses». La grande «vitesse» avec le droit exclusif" et "la «petite vitesse», ou simple droit à créance... Cette conception «pragmatique» de la licence non volontaire est fausse et dangereuse. Le droit d'auteur doit toujours être rattaché à sa justification humaniste. Etant un attribut de la personne humaine, dont la création est le prolongement, toute utilisation de l'oeuvre créée n'est légitime qu'avec le consentement de l'auteur, et tout le droit d'auteur prend appui sur ce principe simple et clair, même si ses modalités d'application peuvent être complexes. Le recours aux licences non volontaires ne peut être qu'une des modalités de la mise en oeuvre de ce principe dans des cas exceptionnels où l'intérêt supérieur de la société exige que le consentement soit donné, tout comme l'utilité publique, dûment constatée, justifie l'expropriation au profit de la collectivité publique d'une propriété immobilière. Il en résulte que la cause juridique d'une redevance de licence non volontaire n'est pas un simple droit de créance, mais continue d'être le prix, la contrepartie d'une autorisation que l'auteur est réputé avoir accordé en vertu d'une intervention expresse du législateur".

## Conclusions

La seule position que l'on puisse raisonnablement adopter devant le phénomène de généralisation du recours aux licences non volontaires est en fin de compte une position profondément ambivalente.

C'est une telle position que prend d'ailleurs A. Françon, que nous citons en introduction à cet article: en effet, après avoir souligné l'écueil que pouvait constituer l'utilisation des licences, si elle devient la règle en matière de propriété littéraire (58), cet auteur ajoute qu'il faut

---

(57) A. KEREVER, *Le droit d'auteur est-il anachronique?*, in *Dd'A*, 1983, p. 369.

(58) Ce qui est très probable selon certains. Ainsi B. RINGER, l'ancienne "Register of Copyright" aux Etats-Unis, prédisait que le droit d'auteur allait s'écarter du modèle du droit exclusif pour se transformer en un système, dans lequel l'auteur

admettre "qu'il est des cas, sans doute rares, mais dont on ne saurait nier l'existence, où le recours à la licence non volontaire est la seule forme praticable que puisse revêtir le droit d'auteur" (59). Et de citer l'exemple de la copie privée papier, sonore ou audiovisuelle.

A la question de savoir si la socialisation du droit d'auteur par la généralisation des licences non volontaires est un danger ou une nécessité, nous devons donc répondre: c'est un danger et une nécessité.

Au-delà de cette question, il faut constater que la généralisation des licences non volontaires, manifestant la socialisation du droit d'auteur, c'est-à-dire l'érosion du droit exclusif de l'auteur, est typique d'une forme d'interventionnisme juridique, qui éloigne le droit d'auteur du modèle libéral et le replace dans le cadre d'un modèle social-démocrate, soucieux d'assurer des compromis entre l'intérêt privé et l'intérêt public. Parallèlement à cette évolution, le droit d'auteur troque sa qualité de droit naturel, dont l'existence découlerait d'une nature des choses, pour enfilier celle d'un droit social, dont l'existence est liée à l'intérêt de la société (60).

---

se voit garantir une rémunération pour son travail mais est, en contrepartie, privé de contrôle sur l'usage qui est fait de son oeuvre (*Copyright in the 1980's - The Sixth Donald C. Brace Memorial Lecture*, in *Bull. Cr. Soc.*, 1976, 23, p. 299; cité par M. M. HYMAN, *op. cit.*, p. 111, note 37). Cette évolution est parallèle à un autre déplacement sensible qui emporte le droit d'auteur: du droit civil vers le droit du travail.

- (59) A. FRANÇON, *op. cit.*, p. 387. Comme l'écrit E. ULMER (*op. cit.*, p. 279-280): "Eine Abschwächung der Verwertungsrechte zu blossen Vergütungsansprüchen ist daher nur in den Sonderfällen gerechtfertigt, in denen überwiegende Interessen die Freigabe der Verwertung erforderlich machen, dem Urheber aber ein Vergütungsanspruch vorbehalten bleiben muss".
- (60) C'est d'ailleurs dans ce sens que P. ROUBIER (*op. cit.*, p. 75) parle de "socialisation" du droit.