

VOLUME **3**
NUMÉRO **2**

LES CAHIERS DE
**PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE**

JANVIER 1991

EB LES ÉDITIONS
YVON BLAIS INC.

C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada J2K 3H6
Tél.: (514) 263-1086 Fax: (514) 263-9256

Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur: un danger ou une nécessité?

Alain Strowel*

Introduction

1. Alors que plusieurs pays européens, parmi lesquels la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni, ont récemment adopté de nouvelles lois sur le droit d'auteur, ou, tout au moins, amendé leur législation en la matière¹, alors que les États-Unis ont, en 1988, à l'occasion de leur ratification de la Convention de Berne, modifié le *Copyright Act* de 1976², alors qu'en Belgique, le Parlement entame la discussion d'une proposition de loi³ destinée à revoir en profondeur la loi du 22 mars 1886, il semble opportun de reconsidérer les développements du droit d'auteur, voire de se demander si cette évolution ne remet pas en cause certains principes de base de la propriété littéraire et artistique.

À l'occasion d'une réflexion générale sur le devenir et l'avenir du droit d'auteur, A. Françon⁴ mettait en évidence les deux écueils majeurs qui guettent le système du droit d'auteur: l'extension trop poussée de la catégorie des œuvres protégées et le recours généralisé à la formule de la licence non volontaire. Négligent d'abord ici la question de l'extension de la protection par le droit d'auteur à une série de nouvelles œuvres — principalement les œuvres informatiques: logiciels, banques

© Alain Strowel, 1990.

* Assistant en droit aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, avocat au Barreau de Bruxelles, Stipendiat au Max-Planck-Institut, Munich.

1. Il s'agit, pour la France, de la loi du 3 juillet 1985, pour l'Allemagne, de la loi du 24 juin 1985 et de celle du 7 mars 1990, pour le Royaume-Uni, de la loi du 15 novembre 1988.

2. Voir le *Berne Convention Implementation Act* du 22 novembre 1988.

3. Proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, 10 juin 1988, Sénat, *Doc. Parl.*, no 329-1 (S.E. 1988).

4. A. FRANÇON, «L'avenir du droit d'auteur» dans *Ing.-Cons.*, no 12, p. 386 et s.

de données — et ses incidences sur les principes directeurs du droit d'auteur, nous nous concentrerons 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 industriel⁵, de modifier — de «saper» diraient certains — le dispositif juridique mis en place à la fin du 18^e siècle en vue de protéger les œuvres 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 œuvre. Exclusif, en ce que ce droit permet à l'auteur d'interdire à quiconque l'accès à son œuvre et de réserver à certains l'exploitation de celle-ci. Ainsi, le droit d'auteur est, à l'origine, un droit d'inspiration individualiste⁶ et libérale. Individualiste, parce qu'il s'attache à protéger les intérêts du créateur individuel et indépendant. Libéral, parce que le mécanisme du droit d'auteur est indissociable du mode d'organisation économique qu'est le marché.

Dès l'origine, ce droit protégeant les intérêts de l'auteur a été circonscrit par l'intérêt de la société. De là sa limitation dans le temps. De là aussi ces restrictions mineures au droit de l'auteur, reconnues depuis longtemps par la jurisprudence, pour des motifs tels que la liberté de citation, la parodie ou la liberté d'information : à chaque fois, l'emprunt d'un fragment de l'œuvre est autorisé, sans aucune contrepartie pécuniaire.

Plus récemment, les licences non volontaires ont contribué à développer une forme nouvelle, plus conséquente, d'atteinte au droit exclusif de l'auteur : à la condition que l'auteur ait déjà pris l'initiative de communiquer pour la première fois sa création au public, ces licences retirent à ce dernier, contre le paiement d'une rémunération, le pouvoir de s'opposer à l'utilisation de son œuvre. Le droit subjectif de l'auteur se voit, par là-même, subordonné tant à un objectif social : augmenter l'accès du public aux œuvres, qu'à un impératif économique : garantir l'exploitation des œuvres.

5. «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»?») dans *Banques de données et droit d'auteur*, colloque de l'IRPI, Paris, Librairies techniques, 1987, p. 82.)

6. Dans ce sens, F. RIGAUX, «Le droit, à la découverte de l'art» dans *Ann. dr.*, 1988, nos 3-4, p. 473 et s. N'oublions pas que la naissance du droit d'auteur est, en France, contemporaine de la consécration du droit de propriété et de l'édiction du Code civil, dont on connaît la logique individualiste.

Pour qualifier l'évolution tendant à restreindre l'exclusivité⁷ des droits de l'auteur par imposition de licences non volontaires, nous utilisons, à la suite de certains, l'expression de «socialisation»⁸ du droit d'auteur. Socialisation : le terme désigne plus généralement, si l'on consulte les dictionnaires, le processus visant à mettre en place un régime collectif ou communautaire — ainsi parle-t-on de la socialisation des moyens de production.

La question que nous nous posons — et à laquelle nous nous efforcerons de donner une réponse à l'issue de la présente étude — est celle de savoir si cette socialisation du droit d'auteur par la généralisation des licences non volontaires constitue un danger ou une nécessité pour le droit d'auteur.

Mais avant tout une précision s'impose.

2. Sous le terme générique de «licence non volontaire», on regroupe traditionnellement deux espèces de licences, qui viennent restreindre la jouissance des droits pécuniaires dont dispose l'auteur : la licence légale et la licence obligatoire. La première est définie comme «[...] une autorisation donnée par la loi d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur d'une manière déterminée, à certaines conditions et contre le paiement d'un droit d'auteur»⁹. 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'œuvres. À 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

7. Ainsi B. WAGNER-SILVA TAROUCA (*Der Urheberschutz der ausübenden Künstler und der Tronträgerproduzenten in den USA*, Munich, C.H. Beck, 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», c'est-à-dire la faculté d'exclusion de ce droit.

8. Dans la littérature américaine, l'expression semble avoir été une première fois utilisée dans ce sens par M. PRICE, «Copyright Law: The «Betamax» Decision» dans *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 Licenses» dans *Cardozo Arts and Ent. L.J.*, 1985, 4, p. 105 et s. Dans la littérature française, P. ROUBIER parle déjà en 1952 de la «socialisation du droit d'auteur» (*Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 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 et s., et notamment p. 45 : «[...] une forme de socialisation du droit d'auteur se trouve incontestablement dans le régime de la licence obligatoire [...]». On considère généralement que ce régime constitue la plus essentielle et la plus dangereuse atteinte qui puisse être portée au principe même de la protection littéraire et artistique.

9. OMPI, *Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, 1980, p. 248, no 243.

d'un octroi explicite ou bien, pour le moins, d'une notification préalable adressée au titulaire du droit d'auteur¹⁰.

Comme on le voit, la licence légale vient mettre une limitation plus sévère au droit de l'auteur que la licence obligatoire: alors que, dans la première hypothèse, la loi arrête les conditions, notamment le prix¹¹, de l'autorisation, dans la seconde, les conditions et rémunérations sont fixées par la voie de négociations contractuelles, quitte, en cas d'échec de telles négociations amiables, à ce qu'une autorité administrative ou un juge les déterminent¹².

Dans la doctrine, les termes de licences «obligatoires» et «légal» ne sont pas toujours employés de façon rigoureuse; ainsi, par exemple, les commentateurs anglo-saxons recourent à l'expression «compulsory licenses» (littéralement «licences obligatoires») pour désigner tantôt les licences obligatoires, tantôt les licences légales, au sens défini ci-dessus.

Cette précision faite, nous pouvons maintenant examiner quelle place réservent différentes législations aux licences non volontaires. Nous nous contenterons d'opérer un relevé rapide des dispositions en vigueur pour chacun des quatre pays choisis (États-Unis, France, Allemagne, Belgique¹³).

I. La place des licences non volontaires aux États-Unis, en France, en Allemagne fédérale et en Belgique

A. Aux États-Unis

Selon B. Ringer¹⁴, c'est aux États-Unis, plus précisément dans la loi de 1909, qu'a été introduite la toute première licence obligatoire au monde¹⁵. Ce fait n'est pas dû au hasard. En effet, l'approche américaine,

10. *Id.*, p. 50, no 50.

11. Un auteur comme R. FERNAY («Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur» dans *RIDA*, 1981, no 109, p. 163) semble considérer le fait que les tarifs sont fixés par la loi comme le critère de l'existence d'une licence légale.

12. P. LIECHTI, «Les possibilités et les limites de licences légales ou obligatoires selon la Convention de Berne» dans *Die Berner Übereinkunft und die Schweiz*, Berne, Stämpfli & Cie, 1986, p. 379.

13. D'autres exemples récents, provenant d'autres pays, permettraient assurément de mettre en lumière la socialisation du droit d'auteur; pensons à la loi anglaise de 1988, notamment dans ses dispositions relatives au contrôle administratif exercé sur les licences classées comme volontaires, mais en réalité réglementées. Comme l'écrit D. DE FREITAS («The United-Kingdom new copyright law» dans *RIDA*, janvier 1990, no 143, p. 129): «The new law is yet another example of the evolution of the concept of authors' rights in which the exclusive nature of the rights is being progressively eroded».

14. B. RINGER, «Copyright in the 1980's» dans G.P. BUSH et R.H. DREYFUSS (éd.), *Technology and Copyright. Sources and Materials*, Mt Airy, Lomond Books, 1979, p. 129.

15. *Contra*: P. ROUBIER, *op. cit.*, vol. 1, p. 69 et 72, qui décèle, dans la loi anglaise de 1842, la première licence obligatoire au profit de celui qui voulait publier une œuvre d'un auteur défunt malgré l'opposition du titulaire du droit.

qui fait reposer le droit d'auteur sur une forme de contrat social¹⁶, permet, ainsi qu'on l'a justement remarqué¹⁷, de «rationaliser et justifier plus facilement l'introduction de licences obligatoires». Dans un système où le législateur accorde, eu égard au Bien commun, un monopole, dans un régime où le droit résulte d'un acte de concession par l'État, il paraît compréhensible qu'en vue d'assurer l'intérêt public, le législateur réglemente l'exercice du privilège, et légitime qu'en vue d'éviter la non-utilisation du monopole, il impose la sanction de la licence obligatoire¹⁸.

La licence organisée dans la loi de 1909 est une conséquence à la fois de la commercialisation de diverses machines (pianos mécaniques) destinées à reproduire mécaniquement les œuvres musicales et de la crainte à l'égard de la formation d'un monopole sur ce marché. Les compositeurs de musique ne disposaient à l'époque que d'un droit sur la vente des partitions imprimées. Pour remédier à la sensible diminution des ventes de compositions écrites, consécutive à la multiplication des machines à reproduire, ceux-ci se tournèrent vers le Congrès en vue de se voir reconnaître un droit exclusif à l'égard de la reproduction mécanique. Les fabricants de rouleaux pour pianos mécaniques, inquiets de la constitution d'un large monopole¹⁹, firent de leur côté pression sur le Congrès, qui reconnut finalement des droits aux compositeurs, tout en les limitant par l'instauration d'une licence obligatoire.

En 1976, alors que le danger d'une monopolisation avait manifestement disparu, le législateur ne supprima pas pour autant — quoiqu'il l'acclimata — la licence obligatoire de 1909 concernant la reproduction des œuvres musicales au moyen d'instruments mécaniques²⁰. Selon la section 115 du *Copyright Act* de 1976, une composition musicale non dramatique qui a été reproduite sur phonogrammes avec la permission

16. Dans la conception du *copyright* américain, écrit B. EDELMAN («Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins» dans *J.D.I.*, 1987, 3, p. 563-569), «tout se passe — dans une fiction qui est née de la théorie du contrat social — comme si, d'un côté, l'auteur était le débiteur de la collectivité, qui lui a octroyé le monopole, et comme si, de l'autre côté, la collectivité était créancière de l'œuvre. Inversement, on peut dire que l'auteur est créancier de la collectivité qui lui doit un monopole, et que cette dernière en est la débitrice».

17. W. NOEL, «Compulsory licenses and copyright» dans *RIDA*, avril 1981, no 108, p. 99.

18. E.D. HIRSCH BALLIN, «Zur Zwangslizenz im Urheberrecht» dans *UFITA*, 1955, 20, p. 276.

19. De fait, le plus important fabricant de rouleaux de pianos mécaniques (L'Aeolian Company) avait à l'époque conclu des contrats avec 80 des principaux éditeurs de musique lui conférant l'exclusivité de la mise sur rouleaux des œuvres de leur répertoire. Voir W. NOEL, *op. cit.*, p. 97; R.S. LEE, «An Economic Analysis of Compulsory Licensing in Copyright Law» dans *Western New England Law Review*, 1982, 5, p. 205-209.

20. Le § 115 du *Copyright Act* de 1976 reprend dans l'ensemble les dispositions des sections 1(e) et 101(e) du *Copyright Act* de 1909, quoiqu'il vise désormais les phonogrammes.

de l'auteur peut être reproduite sur disques par une autre personne, si cette dernière le notifie au titulaire du *copyright*, qui s'est lui-même identifié auprès du Copyright Office, et paie les redevances conformément à la loi.

De plus, le législateur introduisit dans le *Copyright Act* de 1976 trois nouvelles licences²¹, cette fois à la seule fin d'adapter le droit d'auteur à certaines technologies: il s'agit des licences concernant la radiodiffusion non commerciale²², les juke-boxes²³ et les transmissions secondaires à l'aide d'un système de câble²⁴. Dans le cas de la radiodiffusion à des fins éducatives, ce qu'on appelle le *public broadcasting*, contrairement aux autres cas américains de licences non volontaires, les termes et les taux des redevances ne sont pas déterminés par la loi elle-même, et les titulaires des droits peuvent s'accorder avec les institutions de radiodiffusion pour les fixer de commun accord²⁵. On dira que cette licence se rapproche de la licence obligatoire au sens défini ci-dessus, alors que les autres constituent des licences légales.

En 1984, le Congrès a édicté le *Record Rental Amendment*, qui a créé une cinquième licence obligatoire en matière de location de phonogrammes, mais celle-ci n'a jamais été appliquée²⁶.

Le *Satellite Home Viewer Act* de 1988, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989, organise une sixième licence, puisqu'il autorise, moyennant une rémunération prédéterminée, les entreprises en matière de satellite à retransmettre les signaux des stations de télévision au profit des foyers détenant l'équipement de réception adéquat.

21. Pour plus de détails à propos de ces trois licences, voir M.B. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender, mise à jour 1989, vol. 2, § 8.16, § 8.17 et § 8.18.

22. Le § 118 accorde aux organismes de radiodiffusion, non commerciaux et à fin éducative, une licence obligatoire pour la transmission des oeuvres musicales non dramatiques, ainsi que des oeuvres picturales, graphiques et sculpturales, moyennant le paiement de redevances raisonnables fixées par le Copyright Royalty Tribunal.

23. Le § 116, construit sur le modèle § 115, fait bénéficier l'opérateur du juke-box d'une licence obligatoire l'autorisant à utiliser l'appareil en vue de diffuser publiquement des oeuvres musicales.

24. Le § 111 soumet à la licence obligatoire la transmission secondaire par câble de programmes de télévision distants et *copyrightés*, moyennant le respect de diverses formalités préalables (enregistrement du système de câble auprès du Copyright Office, dépôt semestriel d'un relevé des comptes, etc.).

25. Mis en évidence par E.H. SMITH et J.F. LIGHTSTONE, «The New Copyright Law, Public Broadcasting, and the Public Interest: A Response to «Public Broadcasting and the Compulsory License»» dans *COMM/ENT.*, 1980, 3, p. 37.

26. Cf. R. CASSLER, «Copyright Compulsory Licences — Are they coming or going?» dans *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1990, 37, p. 234. En effet, cette licence est d'application, à la condition que les titulaires des droits aient consenti à la location commerciale des phonogrammes; or, en pratique, ceux-ci n'ont jamais accordé leur consentement.

Enfin, à l'occasion de la récente adhésion des États-Unis à la Convention de Berne (entrée en vigueur le 1^{er} mars 1989), le régime de la licence non volontaire pour les exécutions musicales par juke-box n'a pas été supprimée, malgré l'opinion partagée selon laquelle cette licence n'était pas compatible avec la Convention de Berne²⁷, mais simplement assouplie²⁸.

B. En France

Si on la conçoit très précisément comme un correctif aux inconvénients possibles découlant de l'octroi d'un monopole, la licence obligatoire ne peut, à proprement parler, trouver sa place que dans les régimes qui considèrent le droit d'auteur comme un monopole²⁹. Pas étonnant, dès lors, qu'on ait pu écrire que «la licence obligatoire était étrangère au droit d'auteur français»³⁰, quand on veut bien se rappeler que le droit d'auteur est traditionnellement appréhendé en France comme une forme de propriété à caractère personnel et non comme un monopole ou privilège.

Si, en 1955, A. Françon pouvait de fait écrire que «le régime de la licence légale est inconnu en France»³¹, aujourd'hui, après que la loi du 11 mars 1957 ait été complétée par la loi du 3 juillet 1985, ce constat n'est plus vrai.

La loi de 1985 instaure tout d'abord deux cas de licences non volontaires en matière de droits voisins, qui visent les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes. Selon l'article 22 de cette loi, «lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

1° à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle;

2° à sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion³²». En contrepartie,

27. Plus spécialement avec l'article 11, al. 1) du texte de Paris, qui dispose que «les auteurs d'oeuvres [...] musicales jouissent du *droit exclusif* d'autoriser [...] la représentation et l'exécution publique de leurs oeuvres» (nos italiques).

28. Pour cette raison a été introduite la nouvelle section 116 A.

29. E.D. HIRSCH BALLIN, *op. cit.*, p. 276.

30. *Id.*, p. 276. Dans le même sens, R. MONTA («The Concept of «Copyright» versus the «Droit d'auteur»» dans *Southern California Law Review*, 1959, 32, p. 180-181) a pu écrire en parlant de la licence anglaise en matière d'enregistrements sonores d'oeuvres musicales (art. 8 de la loi de 1956): «no such compulsory mechanical license is conceivable under the droit d'auteur system; it does not exist in the French statute and statutes related thereto».

31. A. FRANÇON, *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1955, p. 126.

32. Ce qui exclut du champ d'application de la licence, comme le note C. COLOMBET («Les droits voisins» dans *Droit d'auteur et droits voisins. La loi du 3 juillet 1985*, Paris, Librairies Techniques, 1986, p. 136), la distribution par câble, lorsque les

les artistes-interprètes et les producteurs ont un droit à rémunération, dont les modalités sont définies aux articles 22 et suivants. Notons que pour qualifier cette licence, certains parlent de « licence obligatoire »³³, d'autres de « licence légale »³⁴. Nous penchons pour la qualification de licence obligatoire, dans la mesure où la rémunération n'est pas déterminée dans la loi, mais est en principe opérée par voie d'accords spécifiques entre organisations représentatives des artistes, des producteurs et des utilisateurs de phonogrammes.

À son article 31, la loi de 1985 instaure encore une licence légale³⁵ pour la reproduction à usage privé des phonogrammes et vidéogrammes, en contrepartie de laquelle est instituée une rémunération au profit des différents ayants droit de l'oeuvre. Le montant de la rémunération, qui est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement, est versé par le fabricant ou l'importateur des supports d'enregistrement (art. 33); la rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie, pour moitié, aux auteurs, pour un quart, aux artistes-interprètes et pour un dernier quart aux producteurs, tandis qu'en ce qui concerne les vidéogrammes, chaque catégorie d'ayants droit reçoit un tiers de la rémunération (art. 36).

On s'est demandé si une telle restriction au droit exclusif de l'auteur d'autoriser la reproduction de son oeuvre est conforme aux principes prescrits par l'article 9, al. 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 États de déroger au droit exclusif n'est pas absolue mais subordonnée au respect des deux conditions mentionnées à l'article 9,

phonogrammes du commerce sont inclus dans les programmes propres d'un câblodistributeur; le droit exclusif renaît alors, afin de protéger l'industrie phonographique et les artistes contre la constitution de banques de phonogrammes accessibles à leur demande par les usagers.

33. C. COLOMBET, *Propriété littéraire et droits voisins*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1988, p. 404.

34. B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, Paris, Actualité Législative Dalloz, 1987, p. 68 et s. Selon cet auteur (p. 67), l'article 22 de la loi de 1985 « est une innovation de grande importance », puisque « pour la première fois, en France, en matière de propriété littéraire et artistique », une licence non volontaire a été instituée.

35. À ce propos, les commentateurs s'accordent pour la qualification de « licence légale ». Voir H. ASTIER, « La copie privée » dans *RIDA*, 1986, no 128, p. 117; B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 79; Y. GAUBIAC, « La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 » dans *R.T.D. Comm.*, 1986, p. 494.

al. 2; la majorité de la doctrine a conclu à la conformité avec cet article d'une licence légale rémunérée en matière de copie privée³⁶.

On a encore remarqué que cette licence légale, inconnue aux États-Unis³⁷, a une forme inversée par rapport aux licences légales classiques, en ce sens qu'elle est motivée par la paralysie d'un droit (le droit de reproduction dans la sphère privée), alors que la licence légale vient normalement paralyser un droit qui, sans elle, devrait et pourrait s'exercer³⁸. Il faut reconnaître cependant que la plupart des licences non volontaires ont été introduites à la suite de la diffusion de nouvelles technologies rendant les droits d'auteur ineffectifs et inapplicables (voir *infra* II A. 1); elles sont donc généralement justifiées par l'atrophie des droits.

C. En Allemagne

C'est par un amendement introduit le 22 mai 1910 que la loi allemande a pour la première fois reconnu une licence obligatoire; il s'agissait, tout comme aux États-Unis en 1909, d'une licence en matière de reproduction mécanique (voir les art. 22-22c) de la loi de l'époque).

Sous le régime nazi, le mécanisme de la licence légale a été encouragé³⁹. Cela ne surprend pas, quand on se rappelle que l'idéologie nationale-socialiste conçoit l'oeuvre comme une expression de l'esprit du peuple et l'auteur comme un modeste intermédiaire. Dans cette conception, le droit de l'auteur, loin de se présenter comme droit naturel et individuel, est au contraire « un droit dont l'existence est liée à la société, c'est-à-dire un droit qui n'existe que par et pour la société, et qui trouve seulement dans celle-ci sa source et son épanouissement »⁴⁰. Par voie de conséquence, le peuple doit pouvoir jouir de ce qui lui revient. Ici, le lien entre le mécanisme de la licence non volontaire et une

36. F. GOTZEN, « La reprographie et les enregistrements de sons ou d'images en droit d'auteur » dans F. GOTZEN (éd.), *Reprographie*, Anvers, Kluwer, 1978, p. 56-67; OMPI, *Guide de la Convention de Berne*, Genève, 1978, par. 9.11. B. EDELMAN, (*Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 80) est plus partagé.

37. Notons toutefois que des propositions tendant à créer ce type de licence pour copie privée ont été introduites devant le Congrès américain au cours des années 1982 et 1983 (Voir R. CASSLER, *Copyright Compulsory Licences — Are they coming or going?*, op. cit., p. 236).

38. B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 79.

39. Dans ce sens, P. ROUBIER, op. cit., p. 74; A. FRANÇON, *La propriété littéraire...*, op. cit., p. 126.

40. P. ROUBIER, op. cit., p. 74. Comme l'écrivait à l'époque H. DESBOIS (« L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique » dans *R.T.D.C.*, 1939, p. 26) dans la conception allemande des années 30, « le droit d'auteur doit, non pas séparer l'artiste créateur du peuple dans lequel et avec lequel il vit, mais tout au contraire le lier organiquement à ce peuple; le droit d'auteur, d'après sa vraie nature, n'est pas individualiste et absolu, mais relatif, en liaison avec la société » (Voir en outre les pages 38 et 39 de cet article).

conception socialisante, en l'occurrence extrême, apparaît clairement au jour. Quoiqu'elles aient été largement partagées, ces idées en vogue à l'époque n'ont pas été traduites dans les textes juridiques⁴¹.

Il a fallu attendre la loi du 9 septembre 1965 pour qu'apparaisse en Allemagne fédérale une série de licences non volontaires. L'article 61 de cette loi reprend tout d'abord, de façon presque inchangée, les dispositions introduites en 1910 à l'égard des producteurs de phonogrammes, obligeant ces derniers à accorder, à des conditions équitables, aux producteurs concurrents les droits de réaliser et de mettre en circulation des supports sonores. Mais, ainsi qu'on l'a fait remarquer, cette licence obligatoire a une portée pratique nulle du fait qu'elle n'est pas applicable lorsque le droit d'utilisation concerné est pris en charge par une société de perception, ce qui est généralement le cas⁴².

La législation allemande connaît encore plusieurs licences légales aux articles 46, 47, 49, 52, 53 et 54.

L'article 46, dénommé le *Schulbuch-Paragraph*, autorise la reproduction et la mise en circulation de recueils composés d'oeuvres d'un grand nombre d'auteurs, lorsque ces recueils sont utilisés en vue d'assurer l'enseignement ou le culte et à condition qu'une rémunération équitable soit payée à l'auteur. L'article 47 permet aux institutions d'enseignement de reproduire des oeuvres, qui sont diffusées dans le cadre de programmes scolaires, sur un nombre limité de supports de sons ou d'images. Ces enregistrements ne peuvent être utilisés que pour l'enseignement et doivent être effacés au plus tard à la fin de l'année scolaire suivant leur enregistrement, à moins que l'institution paie aux ayants droit une rémunération équitable. Conformément à l'article 49, sont autorisées la reproduction et la mise en circulation de commentaires diffusés sur les ondes et d'articles parus dans la presse, lorsque leur contenu concerne des questions d'actualité politique, économique ou religieuse; en contrepartie, l'auteur a droit à une rémunération équitable; son droit ne peut, enfin, être mis en oeuvre que par le biais d'une société d'auteurs. L'article 52, profondément remanié par la loi du 24 juin 1985, affaiblit également le droit exclusif par l'instauration d'une licence légale, motivée par l'intérêt qu'il y a à garantir l'accès aux oeuvres protégées par le droit d'auteur. Selon cet article, est autorisée, moyennant le paiement d'une rémunération équitable, l'exécution publique d'une oeuvre publiée, lorsque l'organisateur de cette exécution ne poursuit pas de but lucratif, que l'entrée est gratuite et que les artistes-interprètes ne reçoivent aucune rémunération⁴³.

41. Voir F. MELICHAR, «Vor §§ 45 ff.» dans G. SCHRICKER (éd.), *Urheberrecht Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 1987, p. 616-617.

42. A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Commission des C.E., Collection Études, série Secteur culturel no 2, 1976, p. 85, no 219.

43. Voir en outre l'al. 1, phrase 4 et l'al. 2 de cet article 52.

Par la loi de 1965, la R.F.A. possédait, vingt ans avant la France, un régime de licence légale pour copie privée. Ce régime, organisé de façon assez minutieuse aux articles 53 et 54, a été amendé en 1985. Désormais, le premier de ces deux articles régit la liberté de reproduire, le second l'obligation de rémunérer.

Selon l'article 53, al. 1, sont libres les reproductions faites en nombre limité et à usage privé. L'alinéa 2 de cet article régit les reproductions à usage personnel particulier. Il s'agit ici des usages internes dans des services publics, des écoles, des bibliothèques, des entreprises, etc. Les reproductions sont dans ce cas autorisées, si elles servent un but scientifique, si elles sont faites à des fins d'archivage, s'il s'agit d'émissions utilisées en vue d'un cours relatif à des questions d'actualité, si elles portent sur des petites portions d'oeuvres ou, enfin, si elles ont été faites à partir d'oeuvres épuisées. L'alinéa 3 concerne les oeuvres imprimées, dont de petites parties peuvent être reproduites à condition de servir à des fins d'enseignement ou d'examen. Aux alinéas 4 et 6 sont prévues des exceptions à la liberté de reproduire, notamment en cas de reprographie de livres ou revues dans leur entièreté.

L'article 54 règle les droits à rémunération, là où il y a reproduction au sens des alinéas 1 à 3 de l'article 53. Contrairement à la France, la redevance en cas de copie sonore ou audiovisuelle est due, en Allemagne, à la fois sur les supports de sons et d'images et sur les appareils (voir al. 1). Contrairement encore à la loi française, l'article 54, al. 2, prévoit une rémunération pour les photocopies, qui est due à la fois par le fabricant et certains grands utilisateurs d'appareils à photocopier. Dans la révision de 1985, le législateur a lui-même pour la première fois déterminé le niveau de la rémunération légale (voir art. 54, al. 4), alors qu'il se contentait auparavant de prévoir une «rémunération équitable».

Ajoutons encore que l'article 11 de la loi allemande sur les sociétés de gestion (*Wahrnehmungsgesetz*), qui oblige celles-ci à concéder, à des conditions équitables, des droits d'usage à quiconque le demande, a, en pratique, pour effet de rapprocher le droit exclusif de l'auteur, membre d'une telle société, d'un simple droit à rémunération⁴⁴.

44. W. NORDEMANN, K. VINCK et P. HERTIN, *Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, W. Kohlhammer, 1988, 7^e éd., p. 466. Néanmoins, dans le cas où les sociétés d'auteurs gèrent des droits exclusifs, et non de simples droits à rémunération, le montant de la rémunération doit encore être fixé dans les contrats. Subsiste donc une différence entre les simples droits à rémunération et les droits pécuniaires, qui sont pris en charge par les sociétés d'auteurs. Cf. E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 3^e éd., 1980, p. 280.

D. En Belgique

À l'heure actuelle, alors que la loi belge du 22 mars 1886 est toujours d'application, la Belgique ne connaît pas la moindre licence non volontaire en matière de droit d'auteur.

Si la proposition du sénateur Lallemand⁴⁵ devait être adoptée, le régime belge comporterait des licences non volontaires assez semblables à celles introduites par la loi de 1985 en France. La proposition prévoit ainsi une licence légale⁴⁶ en matière de copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles⁴⁷ et une licence obligatoire en matière de droits voisins⁴⁸.

On peut encore trouver un type de licence non volontaire à l'article 13, al. 2, de la proposition de loi, relatif aux citations regroupées dans les anthologies destinées à l'enseignement. La disposition prescrit que dans ce cas, « une rémunération équitable, dont les modalités sont fixées par arrêté royal, doit être versée à l'auteur ou ses ayants droits ».

Notons encore que les différentes parties intéressées ont eu recours, en matière de télédistribution, à une formule, qui, si elle diffère de la licence légale et échappe ainsi aux critiques s'attachant à ce système (voir *infra*), n'en manifeste pas moins la « socialisation » du droit d'auteur : il s'agit du contrat collectif dit du câble⁴⁹, associant l'ensemble des télédiffuseurs établis en Belgique et les représentants des différentes

45. Voir la référence *supra*.

46. Voir à ce propos : M. DEMEUR, « La copie privée » dans *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 177-202.

47. Notons simplement que, comme on l'a soutenu (C. DOUTRELEPONT et A. STROWEL, « La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité ? » dans *R.I.E.J.*, 1989-22, p. 139), la « socialisation » du droit d'auteur est ici encore accentuée par l'obligation d'affecter la moitié des sommes perçues sur le prix de vente des supports d'enregistrement à un organisme créé ou reconnu par les autorités publiques compétentes et dont l'objet est exclusivement d'aider et de promouvoir la création et la diffusion des œuvres ainsi que de former les artistes (article 73, §2 *in fine* de la proposition de loi).

48. À son article 56, la proposition impose une licence obligatoire aux artistes-interprètes formulée comme suit : « pour toute communication d'un phonogramme au public, en ce compris la radiodiffusion et la réémission, une rémunération équitable destinée aux artistes ou exécutants sera versée, selon le cas, par l'organisme de radiodiffusion, par le câblodiffuseur ou par celui qui l'a communiquée au public ». Pour une critique de cette disposition, voir 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 ? » dans *RIDA*, 1987, no 134, p. 133 et 137.

49. Le premier accord entre la S.A.B.A.M. (représentant toutes les sociétés d'auteurs étrangers membres de la C.I.S.A.C.), l'A.G.I.C.O.A., représentant l'industrie du film, les organismes de radiodiffusion et l'union professionnelle des télédiffuseurs a été conclu le 21 juin 1983 ; il devait expirer le 31 décembre 1988, mais il a été prorogé et puis modifié par un avenant du 9 février 1990.

catégories d'ayants droit. Comme on l'a souligné⁵⁰, ce contrat type s'écarte de la licence non volontaire, vu que les auteurs, représentés par leurs sociétés, conservent une portion de maîtrise⁵¹ sur la circulation de leurs œuvres ; il prouve de même que le recours à la licence légale n'est pas une nécessité dans ce domaine. Reste qu'en l'occurrence, le passage par le mécanisme de la gestion et de la négociation collective des droits va, tout comme le procédé des licences non volontaires, dans le sens d'une érosion du caractère exclusif et individuel du droit d'auteur.

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

Face au phénomène de la généralisation des licences non volontaires, 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 réalité⁵², 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^e 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'auteur⁵³, dénoncent le renversement de priorité des intérêts, s'alarment devant les ruptures que ce système provoque au niveau de la systématique⁵⁴ ou de la structure⁵⁵ de la propriété littéraire.

50. A. DIETZ, « Problèmes liés à l'expansion du câble et du satellite » dans *Les journées du droit d'auteur*, op. cit., p. 154 et note 4 ; N. DE TAEYE, « Les arrêts Coditel et C.A.I. Amstelveen et leurs conséquences pratiques en Belgique et aux Pays-Bas : les accords sur le câble » dans *Les journées du droit d'auteur*, op. cit., p. 294-295 ; M. DEMEUR, op. cit., p. 183.

51. Dans ce sens, N. DE TAEYE, op. cit., p. 301.

52. P.F. LIECHTI, op. cit., p. 385.

53. Pour certains, les licences non volontaires constituent une forme de « dégénérescence » du droit d'auteur (B. REINHART, « Vom Einfluss der Technik auf die Entwicklung des subjektiven Urheberrechts » dans *UFITA*, 1987, 106, p. 227 ; E.D. HIRSCH BALLIN, op. cit., p. 280) ou un régime « parasite » par rapport au droit d'auteur (J.J. TIMMEL, « Public Broadcasting and the Compulsory License » dans *COMM/ENT*, 1980, 3, p. 28 : « the compulsory license [...] constituted an inappropriate interference with the traditional functioning of the copyright system and the artistic and economic freedom of those creators whose works are subject to its provisions »).

54. W. NORDEMANN, « Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche ? Zur Systematik moderner Urheberrechtsordnungen » dans *GRUR*, 1979, p. 280-283.

55. B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., 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 ».

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 (et non des impératifs d'ordre systématique) qui motivent l'introduction 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 redevances. 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 de télévision 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 télévision. Dans cette hypothèse, on aperçoit bien que les coûts de transaction⁵⁶, c'est-à-dire les coûts engendrés 1) par la nécessaire identification des cocontractants potentiels, 2) par la négociation proprement dite et 3) par le contrôle de l'application de l'accord⁵⁷, seront prohibitifs.

D'où l'affirmation que : « la première raison du recours à une licence non volontaire est l'élimination des coûts de transaction »⁵⁸. La formule de la licence obligatoire, que l'on peut interpréter comme une présomption

56. 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 » dans *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 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 »).

57. Voir R.S. LEE (*op. cit.*, p. 214), qui distingue trois composantes de ces coûts : les coûts d'information liés à l'obtention et à la communication de l'information nécessaire pour entamer la phase de négociation, les coûts de la négociation proprement dite, s'achevant avec la signature du contrat, et les coûts de mise en oeuvre de l'accord.

58. M.M. HYMAN, *op. cit.*, p. 111-112. Dans le même sens : P. GOLDSTEIN, *Copyright Principles, Law and Practice*, Boston, Toronto, Londres, Little, Brown & Company, 1989, vol. 1, p. 18-19.

qu'un contrat a été conclu, épargne en effet 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. Une telle étude a été entreprise aux États-Unis à propos de la licence en matière de télévision par câble⁵⁹. La conclusion de cette analyse est que cette licence n'a pas conduit à une limitation sensible des coûts de transaction. On ne doit pas oublier que le système des licences non volontaires requiert d'être administré par un organisme redistributeur des montants perçus, ce qui peut entraîner des coûts d'administration non négligeables. C'est pour cette raison que plusieurs commentateurs américains ont d'ailleurs critiqué la création et le fonctionnement du Copyright Royalty Tribunal⁶⁰. Quant à la licence et à la rémunération pour copie privée, telle qu'elle est prévue dans la loi allemande de 1985, R. Pethig⁶¹ en a fait une intéressante analyse économique, qui en démontre « l'efficacité »⁶².

Il faudra encore se demander, pour chaque cas, s'il n'existe pas de moyen alternatif, par exemple technique, en vue de remédier aux coûts de transaction. Au moment où le développement des techniques de dissémination des oeuvres engendre assurément une sensible augmentation des coûts de transaction, les nouvelles technologies, notamment en matière de transfert de données et de paiement électronique, accroissent parallèlement la possibilité de limiter ces coûts transactionnels⁶³. Dans le domaine de l'informatique, écrivait P.

59. S.M. BESEN, W.G. MANNING et B.M. MITCHELL, « Copyright Liability for Cable Television : Compulsory Licensing and the Coase Theorem » dans *J. Law and Econ.*, 1978, 21, p. 67-95. Voir encore à ce propos : S.R. ROSS, « The Compulsory License : How Did We Get There and How Does It Work ? » dans *Communications and the Law*, 1989, 11, p. 20-21 ; M.M. HYMAN, *op. cit.*, p. 124 et s. 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 États-Unis, d'une analyse économique de ces mécanismes. Voir W.M. BLAISDELL, « The Economic Aspect of the Compulsory License, Study no. 6 » dans *Subcomm. on Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Comm. on the Judiciary*, 86th Cong., 1st Sess., p. 91 et s.

60. Voir, par exemple, J.J. TIMMEL, *op. cit.*, p. 28.

61. R. PETHIG, « Copyrights and Copying Costs : A New Price-Theoretic Approach » dans *JITE*, 1988, 144, p. 462-495.

62. *Id.*, p. 492.

63. Cette fluctuation dans les coûts transactionnels implique, comme l'a bien souligné D. LADD (« Comment faire face au bouleversement du droit d'auteur dans le monde ? » dans *DdA*, 1983, p. 289), qu'il faut réexaminer régulièrement le niveau de ceux-ci, de façon à vérifier si se justifie le maintien de la licence non volontaire, autrement dit l'intervention des pouvoirs publics dans le fonctionnement du marché. Selon R. CASSLER (*Copyright Compulsory Licences — Are they coming or going ?*, *op. cit.*, p. 250), la modification de la licence obligatoire en matière de juke-box, introduite à l'occasion et à cause de l'adhésion des États-Unis à la

Goldstein⁶⁴, les développements techniques, qui semblent requérir des licences obligatoires, sont ceux-là mêmes qui fournissent aussi les canaux et instruments permettant de négocier librement des licences volontaires.

2. Licences non volontaires et constellation des intérêts

« Dans la conception traditionnelle » du droit d'auteur, du moins continentale⁶⁵, « il n'y a, affirme 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 »⁶⁶. Si cette affirmation est quelque peu forcée, les limitations des droits, notamment dans la durée, prouvant à suffisance que le droit d'auteur ne néglige pas l'intérêt de la société, on doit cependant admettre que les intérêts des auteurs sont au centre de l'institution juridique de la propriété littéraire et artistique, telle qu'elle s'est développée à partir du 18^e siècle. Les dispositions des lois classiques en droit d'auteur — et la loi belge de 1886 en est une — sont donc protectrices de ces intérêts ; elles sont conçues, non en vue d'arbitrer les conflits entre les diverses parties (auteurs, éditeurs et public), mais dans une optique « essentiellement protectionniste »⁶⁷.

Le mécanisme des licences non volontaires n'apparaît par contre plus comme visant avant tout à protéger les intérêts de l'auteur, mais comme le résultat d'un compromis⁶⁸ entre divers intérêts, plus spécifiquement d'un double arbitrage entre trois catégories de personnes intéressées.

D'une part, « nombreux sont ceux qui considèrent [...] les systèmes de licences légales ou obligatoires dans le domaine du droit d'auteur comme un contrepoids, 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 »⁶⁹. D'autre part, on estime

que ces licences sont le résultat d'un « compromis » ou d'une « balance »⁷⁰ entre « les intérêts traditionnellement protégés des créateurs et les pressions exercées par les représentants des nouvelles industries utilisatrices »⁷¹ 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 pourra être exploitée⁷².

3. Licences non volontaires et systématique des droits

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. Colombet⁷³, maintient la traditionnelle répartition bipartite des droits, un auteur comme E. Ulmer⁷⁴ montre bien qu'il faut encore distinguer une forme supplémentaire de droits, qu'il appelle les *Vergütungsansprüche* — littéralement les « droits à rémunération » —, et parmi lesquels se rangent les droits découlant des licences non volontaires. Ce qui conduit en définitive à revoir l'ordonnancement doctrinal de la matière du droit d'auteur.

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 subi⁷⁵ (plutôt, diront-ils, qu'un droit à rémunération).

Convention de Berne, est due également à la constatation que les coûts de transaction étaient dans ce cas peu élevés.

64. P. GOLDSTEIN, « Preempted State Doctrines, Involuntary Transfers and Compulsory Licenses: Testing the Limits of Copyright », dans *UCLA L. Rev.*, 1977, 24, p. 1139 et l'exemple concret qu'il donne à la note 127.

65. 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, « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents » dans P. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, *Droit et intérêt*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1990, vol. III, p. 233-288.

66. F.W. GROSHEIDE, *Auteursrecht op maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 2.

67. A. BERENBOOM, « Le droit d'auteur dans l'audiovisuel : inventaire des problèmes à la veille d'une réforme » dans *Les Journées du droit d'auteur*, op. cit., p. 86.

68. B. RINGER, *Copyright in the 1980's*, op. cit., p. 129 ; R.S. LEE, op. cit., p. 209.

69. P.F. LIECHTI, op. cit., p. 377.

70. E.H. SMITH et J.F. LIGHTSTONE, op. cit., p. 36 et 38 ; M.M. HYMAN, op. cit., p. 126.

71. P. GOLDSTEIN, op. cit., p. 1128, note 83. Et l'auteur de citer B. RINGER (« Copyright and the Future of Authorship » dans *Lib. J.*, 1976, 101, p. 229, 231) : « Now and even more in the future, the compromises seem likely to consist of compulsory licensing ».

72. 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, Nouvelle Bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1951, p. 168) notait, à propos de la licence obligatoire 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 ».

73. C. COLOMBET, op. cit.

74. E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, op. cit., p. 278 et s.

75. B. EDELMAN, op. cit., p. 76.

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. Licence non volontaire et principe du droit exclusif

Comme l'écrivait H. Desbois⁷⁶ : « la licence légale [...] d'un point de vue juridique est incompatible avec le principe du droit d'auteur : dans la mesure où la publication ne requiert plus le consentement de l'écrivain ou de l'artiste, l'oeuvre appartient au domaine public ».

En droit américain, l'introduction de licences non volontaires a pu même sembler contraire à l'ordonnement constitutionnel de la matière. En effet, la clause constitutionnelle⁷⁷ 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 [nos italiques] sur leurs oeuvres écrites [...] ». Certains ont donc affirmé que dans la mesure où certaines dispositions de la loi sur le droit d'auteur créent une licence non volontaire, c'est-à-dire un droit non exclusif, elles sont inconstitutionnelles⁷⁸.

La dérive par rapport à la règle du droit exclusif semble, aux yeux de certains observateurs attentifs à l'évolution, inéluctable, quoique funeste. Ainsi B. Ringer prédisait-elle que le droit d'auteur allait s'écarter du modèle du droit exclusif pour se transformer en un système, dans lequel l'auteur se voit garantir une rémunération pour son travail mais est, en contrepartie, privé de contrôle sur l'usage qui est fait de son oeuvre⁷⁹. Ainsi R. Fernay craignait-il que, dans un avenir, peut-être assez proche, le droit d'auteur allait devenir « sous toutes ses formes et partout dans le monde une licence légale généralisée »⁸⁰. Alors que le réalisme est souvent invoqué pour abandonner le principe du droit exclusif et

76. H. DESBOIS, *L'évolution des droits de l'auteur...*, op. cit., p. 41.

77. Il s'agit de l'article 1, sec. 8, cl. 8 de la Constitution des États-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 ».

78. Voir B. SCHAFFER, « Are the Compulsory Licenses Provisions of the Copyright Law Unconstitutional? » dans *Communication and the Law*, 1980, 2, p. 1-24 ; S.L. BACH, « Music Recording, Publishing, and Compulsory Licenses: Toward a Consistent Copyright Law » dans *Hofstra Law Review*, 1986, 14, p. 400. Mais, selon M.B. NIMMER (op. cit., § 1.07, p. 1-43) : « Since Congress manifestly has the power either to grant complete exclusivity or no protection at all, it would seem that it may properly invoke protection between these two polar positions ».

79. B. RINGER, *Copyright in the 1980's*, op. cit., p. 129. Cet auteur d'ajouter (p. 132) : « We have reached the point where any new rights under the copyright law apparently cannot be exclusive rights. If a new technological development makes new forms of exploitation possible, compulsory licensing seems to offer the only solution ».

80. R. FERNAY, op. cit., p. 169.

justifier le recours à la licence non volontaire⁸¹, ce dernier auteur soulignait « qu'en définitive le réalisme est aujourd'hui de s'accrocher aux vieux principes »⁸².

2. Licence non volontaire et évolution du droit d'auteur

a. D'une logique du droit naturel à une logique de l'utilité

Selon F.W. Grosheide⁸³, « 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 ». P. Roubier confirme que le mouvement de socialisation des droits intellectuels trahit le fait que le fondement de ces droits ne se trouve « plus dans le droit naturel, mais dans une idée d'utilité sociale »⁸⁴.

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 »⁸⁵, autrement dit à l'ensemble des consommateurs⁸⁶. Comme l'a justement remarqué S. Stewart⁸⁷, 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 »⁸⁸.

b. 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

81. Ainsi, par exemple, M. DEMEUR (op. cit., p. 184) écrit : la licence légale est « la seule solution réaliste : rien ne sert de déplorer, par principe, un régime de licence légale qui, bien conçu, est susceptible d'assurer aux auteurs et à leurs ayants droit une valorisation non négligeable des oeuvres exploitées, lorsque le régime du droit exclusif a perdu toute consistance face au développement technologique au point de devenir un principe vide de sens parce que méconnu de tous ».

82. R. FERNAY, op. cit., p. 173.

83. F.W. GROSHEIDE, op. cit., p. 160.

84. 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.

85. P.F. LIECHTI, op. cit., p. 383.

86. 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 » dans *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 1986, 10, p. 412 et 417, selon qui le mécanisme de la licence obligatoire suppose que l'intérêt de la société est suprême.

87. S. STEWART, « International Copyright in the 1980's Part II: Crisis in the 1980's » dans *EIPR*, 1981, 9, p. 264.

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

sont préférables aux taux administrés par des agents publics»⁸⁹. Le droit de contrôle de l'auteur est justifié du point de vue économique, puisque, là où ce droit existe, le prix est régi par la loi de l'offre et de la demande⁹⁰. Inversement, les licences non volontaires court-circuitent le fonctionnement du marché et le système de fixation des prix.

De plus, elles risquent de compromettre «le mécanisme d'investissement en plaçant un plafond artificiel aux montants qui peuvent être récupérés sur le marché»⁹¹. En effet, selon P. Goldstein, qui adopte une approche économique du droit d'auteur, l'investissement d'un agent privé dans le développement et la production d'une oeuvre sera proportionné aux bénéfices escomptés. Le système des licences pourrait donc comporter le risque de rétrécir 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. C'est ce qu'on pourrait appeler l'effet de raréfaction des oeuvres engendré par la licence non volontaire.

c. D'une culture classique à une culture de masse

Selon B. Edelman, «cette innovation historique» qu'est la licence non volontaire «est due à deux réalités complémentaires, qui tiennent à la notion même de culture de masse»⁹². Le fait que la culture soit devenue «de masse» exige en effet que tout soit mis en oeuvre pour assurer sa diffusion, ce qui commande bien entendu le recours aux licences non volontaires. De plus, le mécanisme de la licence manifeste le fait que «le public lui-même semble avoir une sorte de «droit acquis» à cette diffusion»⁹³. À l'inverse, le régime classique du droit d'auteur fait de l'auteur le souverain maître de la diffusion de ses oeuvres.

d. D'un droit réel à un droit de créance

Comme l'a écrit G. Koumantos⁹⁴, «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 contre l'utilisateur, n'assurant au titulaire que ce qu'il est convenu d'appeler une rémunération équitable». Encore faut-il ajouter que ce droit de créance à une juste rémunération, ce lien d'obligation

89. P. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1128.

90. W. NORDEMANN, *op. cit.*, p. 282.

91. P. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1135.

92. B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 67.

93. *Id.*, p. 68.

94. G. KOUMANTOS, «Défis et promesses des «mass media» pour le droit d'auteur», XXXII^e congrès de la CISAC dans *Interauteurs*, 1980, no 191, p. 57 (cité par B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 75).

personnelle⁹⁵ revêt un «caractère particulier» puisqu'il naît d'un «contrat d'adhésion auquel, paradoxe, ce n'est pas l'usager, mais le créateur qui doit se plier»⁹⁶. Plus exactement, selon nous, la licence obligatoire constitue une sorte de contrat forcé, sans limiter pour autant sensiblement la liberté de définir le contenu de l'accord⁹⁷.

D'où le risque dénoncé, et très bien décrit, par A. Kerever⁹⁸ 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 fautive et dangereuse. Le droit d'auteur doit toujours être rattaché à sa justification humaniste. Étant 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 accordée en vertu d'une intervention expresse du législateur». Comme on le voit, dans un même mouvement, A. Kerever récuse la thèse de la novation du droit d'auteur en droit de créance et condamne l'approche pragmatique, dont nous avons esquissé les traits ci-dessus.

Conclusions

Si l'on ne peut que partager l'idée, encore très récemment énoncée par A. Kerever, selon laquelle les bouleversements des techniques «conduisent nécessairement [...] à une transformation des concepts traditionnels du droit d'auteur dans le sens d'une certaine «socialisa-

95. Un auteur allemand (M. MELICHAR, *op. cit.*, p. 623) parle de l'existence d'un *gesetzliches Schuldverhältnis* entre les ayants droit et l'exploitant.

96. J.-L. TOURNIER, «Le droit exclusif du compositeur de musique : réalité ou fiction ?» dans *RIDA*, oct. 1961, no 33, p. 23.

97. M. MELICHAR, *op. cit.*, p. 628.

98. A. KEREVER, «Le droit d'auteur est-il anachronique ?» dans *Dd'A*, 1983, p. 369.

tion»⁹⁹, encore convient-il de distinguer entre les formes que prend cette socialisation.

Les développements des systèmes de gestion collective participent ainsi du phénomène de «socialisation» du droit d'auteur, car ces mécanismes remettent en cause le caractère individuel du droit. Tout en démontrant que le système des licences non volontaires, prévu par exemple aux États-Unis, «n'est pas nécessaire»¹⁰⁰, les accords négociés collectivement, tels les contrats du câble en Belgique, concourent, comme nous l'avons remarqué, à éroder le droit exclusif. Il n'en subsiste pas moins que cette variante de la socialisation, plus soucieuse «de respecter les principes originaires»¹⁰¹, recueille les faveurs de la plupart des auteurs¹⁰². À la différence des licences non volontaires, qui touchent à la jouissance du droit et aboutissent, selon les commentateurs les plus critiques, à «supprimer purement et simplement le droit exclusif»¹⁰³, selon d'autres, plus accommodants, à assurer un compromis entre l'existence d'un droit exclusif et l'absence de tout droit¹⁰⁴, les accords collectifs concernent l'exercice du droit et constituent, ce qu'on a pu appeler, une «forme moderne d'exercice du droit exclusif»¹⁰⁵.

En fin de compte, la seule position que l'on puisse raisonnablement adopter devant le phénomène de généralisation¹⁰⁶ du recours aux licences non volontaires est une attitude 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

99. A. KEREVER, «Le droit d'auteur, son présent et son avenir» dans *RIDA*, janvier 1990, no 143, p. 8.

100. A. DIETZ, *Problèmes liés à l'expansion du câble...*, op. cit., p. 154, note 4.

101. R. FERNAY, op. cit., p. 165.

102. Outre R. FERNAY, citons : J.-L. TOURNIER, op. cit., p. 49 et s. ; W. NORDEMANN, op. cit., p. 282-283 ; W. NOEL, op. cit., p. 111 et 121.

103. R. FERNAY, op. cit., p. 165.

104. 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 License Redux : Will it Survive in a Changing Marketplace?» dans *Cardozo Arts and Ent. L.J.*, 1986, 5, p. 39 et 50.

105. R. FERNAY, op. cit., p. 167.

106. Notons qu'un auteur, dans un article très récent (*Copyright Compulsory Licenses — Are they coming or going?*, op. cit., p. 231 et s.), montre que le sens de l'évolution en matière de licences non volontaires aux États-Unis n'est pas déterminé, tant ces licences ont, au cours des années 80, eu tendance, tantôt à «venir», tantôt à «partir». Reconnaissons néanmoins que, sur la longue durée, les licences non volontaires se sont multipliées, et que des propositions d'en introduire de nouvelles apparaissent régulièrement (Voir, par exemple, à propos des oeuvres de parodie : A. FRANÇON, «Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires» dans *DdA*, 1988, p. 305 ; à propos des oeuvres informationnelles : J. GINSBURG, «Creation and Commercial Value: Copyright of Works of Information in the United States», *Amsterdam draft* pour le colloque *Copyright on Information*, 29 octobre 1989, p. 64 et s.).

que pouvait constituer l'utilisation des licences, si elle devient la règle en matière de propriété littéraire, cet auteur ajoute qu'il faut 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»¹⁰⁷. Et de citer l'exemple de la rémunération en cas de copie privée papier, sonore ou audiovisuelle¹⁰⁸.

À 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 (certainement) un danger et une nécessité (parfois).

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 enfiler celle d'un droit social, dont l'existence est liée à l'intérêt de la société¹⁰⁹.

107. A. FRANÇON, op. cit., p. 387. Dans ce sens encore : E. ULMER, op. cit., p. 279-280 ; D. LADD, *Comment faire face au bouleversement du droit d'auteur dans le monde?*, op. cit., p. 288 : «Il faut accepter d'avoir recours dans certains cas au système des licences obligatoires. Sans que ce soit la meilleure méthode possible de rémunération des auteurs, ni qu'elle ait la préférence ni même la sympathie des intéressés, il s'agit parfois de la seule solution applicable».

108. Rappelons au passage que l'analyse économique de cette licence (voir l'étude pour l'Allemagne par R. Pethig citée ci-dessus) légitime précisément ce type de licence, alors que la licence américaine en matière de câble a, elle, été critiquée du point de vue économique.

109. C'est d'ailleurs dans ce sens que P. ROUBIER (op. cit., p. 75) parle de «socialisation» du droit.