

Les artistes-interprètes pris en otage!

L'été est la saison des textes de lois ou des propositions rapidement introduites, comme un dernier devoir avant le départ en vacances, comme pour tromper la vigilance de ses destinataires, eux-mêmes pressés de quitter pour un temps les soucis professionnels. La Commission européenne n'a pas failli à la règle en publiant cet été une nouvelle proposition de directive visant à modifier la directive sur la durée des droit d'auteur et droits voisins⁽¹⁾, et plus spécifiquement à allonger la durée des droits sur les phonogrammes de 45 ans supplémentaires. Pour autant ce texte n'est pas passé inaperçu et a plutôt suscité une opposition assez immédiate du public, des médias et du monde académique.

Cette proposition de directive trouve ses origines dans les demandes de l'industrie du disque d'aligner la durée de protection des droits voisins en matière de musique sur «le plus haut niveau international», ce que cette industrie équivaut à la durée applicable aux enregistrements sonores aux États-Unis. Une telle revendication apparaît déjà dans les réponses à la consultation de 2004 sur la révision de l'acquis communautaire, consultation qui pourtant, malgré la mention de cette problématique dans les sujets ouverts à la discussion, estimait qu'il était

sans doute prématuré et contraire à l'opinion majoritaire d'étendre la durée des droits voisins⁽²⁾. Une étude commandée par la Commission a également considéré qu'une telle extension ne pouvait être justifiée ni économiquement ni juridiquement⁽³⁾. Un lobbying intense est malgré tout parvenu à faire fléchir ces réserves: dès le mois de mars 2008, la Commission annonçait une proposition de directive sur le sujet pour l'été et s'en est tenue aux délais annoncés. Tout indique que l'intention de l'exécutif européen est de profiter de la présidence française pour faire adopter le texte avant la fin de l'année, ce qui accélérerait grandement le délai normalement plus long d'adoption des directives à l'échelon européen.

L'outrance du texte et de ses propositions pourrait malgré tout entraver la rapidité souhaitée par le législateur européen. Car l'extension de la durée des droits voisins, dans le domaine musical, n'est pas une simple opération arithmétique mais met en jeu des questions fondamentales d'équilibre entre la réservation par un droit intellectuel, économiquement justifiée, et la nécessité de préserver un domaine public qui constitue le socle de tout le système de la propriété intellectuelle. Elle demande en conséquence un véritable débat et une vérification approfondie des besoins d'un tel allongement de la protection et

des effets réels de celui-ci sur le plan économique et culturel. La proposition de directive que la Commission européenne nous a offerte cet été ne satisfait certainement pas à ces exigences et ne parvient en tout cas pas à convaincre du bien-fondé d'une telle extension des droits.

I. Une extension injustifiée de la durée de protection des artistes-interprètes

L'objectif principal de la proposition de directive est d'allonger la durée de protection des droits voisins sur les enregistrements sonores, qu'il s'agisse des droits dont bénéficient les artistes-interprètes ou de ceux des producteurs de phonogrammes, de 50 ans à 95 ans. Les arguments avancés à l'appui de cette extension de la durée sont divers mais reposent essentiellement, à en croire la première phrase de l'exposé des motifs, sur la volonté d'«améliorer la situation sociale des artistes-interprètes ou exécutants, en particulier celles des musiciens de studio».

Est ainsi appelée à la rescousse la figure du musicien de studio, condamné à la misère l'heure de la retraite ayant sonné, puisque les rémunérations pour droits voisins relatifs aux prestations accomplies dans sa jeunesse se sont soudainement tariées. La proposition de directive évoque

(1) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, 16 juillet 2008, COM(2008) 464/3.

(2) Commission staff working paper on the review of the EC legal

framework in the field of copyright and related rights, 19 juillet 2004, SEC(2004) 995, p. 10.

(3) Institute for Information Law, «The Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy», 2006, p. 83-137, disponible sur <http://www.ivir.nl>. Voir également «UK Gowers Review of Intellectual Property», 2006, dispo-

nible sur http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/e/pbr06_gowers_report_755.pdf; Centre for Intellectual Property and Information Law, «Review of the Economic Evidence relating to an Extension of Copyright in Sound Recordings», disponible sur http://www.cipil.law.cam.ac.uk/policy_documents/.

particulièrement les musiciens anonymes qui, contrairement aux interprètes renommés, cèdent leurs droits au producteur contre une rémunération forfaitaire et ne perçoivent, au cours des cinquante ans de protection de leur droit en tant qu'artiste-interprète, que les rémunérations équitables pour radiodiffusion, location, prêt ou copie privée. Les participants aux sessions d'enregistrement de la fin des années 1950 et des années 1960 voient aujourd'hui l'expiration de leurs droits, et partant le terme de cette source de financement, approcher à grands pas. Selon la Commission européenne, une extension de la durée de leurs droits pourrait soulager leur situation sociale en leur apportant, tout au long de leur vieillesse, une rémunération supplémentaire et bienvenue.

Feignons de croire un instant qu'il s'agit bien là de l'objectif principal de ce texte. L'amélioration de la situation sociale et financière peut-elle toutefois être exaucée d'un simple coup de baguette d'extension des droits? Loin de nous de vouloir nier la pauvreté de la grande majorité des artistes-interprètes ou exécutants, ou les difficultés sociales auxquelles ils peuvent être confrontés, ou d'ignorer que la protection de ceux-ci par des droits voisins est partiellement justifiée par des considérations sociales⁽⁴⁾. Croire cependant qu'il suffirait d'un quasi-doublement de la durée de protection de leurs prestations pour résoudre cet appauvrissement en fin de carrière est au mieux naïf (laissons à la Commission européenne le bénéfice de la bonne foi) et au pire, mensonger.

Une étude montre que déjà à l'heure actuelle, les revenus des artistes-interprètes anglais basés sur les droits voisins avoisinent seulement une moyenne de 75 livres sterling par an⁽⁵⁾. Ce chiffre corrobore les difficultés relevées par la proposition de directive auxquelles sont confrontés les artistes ne faisant pas partie des stars, et fait douter qu'une simple augmentation de la durée de protection des prestations, la valeur de celles-ci et les revenus qu'elles produisent diminuant en outre normalement avec le temps, puisse à elle seule amener ce revenu à un seuil plus raisonnable.

L'étude d'impact sur laquelle se base la Commission estime pourtant que l'extension de la durée est susceptible d'apporter aux artistes-interprètes un revenu additionnel annuel s'échelonnant entre 150 à 2 000 EUR. Un calcul plus réaliste, effectué par l'association Open Rights Group à la suite d'une consultation de l'Office de propriété intellectuelle britannique, parvient en revanche à des chiffres bien inférieurs, soit à un revenu annuel de 50 centimes à 27 EUR⁽⁶⁾. Et ce calcul qui réfute les affirmations de la proposition de directive se base sur les données fournies par cette même proposition! En effet, l'estimation effectuée par la Commission oublie de tenir compte du fait, qu'elle relève elle-même par ailleurs⁽⁷⁾, que les revenus engendrés par les droits voisins sont perçus en grande partie par une minorité d'artistes-interprètes: entre 77% et 90% des sommes récoltées ne reviennent en effet qu'à 20% des artistes-interprètes,

soit aux artistes les plus connus, dont les revenus sont déjà confortables. En intégrant cette variable dans la répartition des revenus supplémentaires produits par le cadeau d'une protection supplémentaire de 45 ans, le chèque perçu par les artistes-interprètes moins connus se réduit drastiquement. De 50 centimes à 27 EUR par an, on ne peut pas décemment prétendre que cela permettra aux musiciens de studio d'affronter leur retraite en toute sérénité... Quant au revenu supplémentaire perçu par les artistes-interprètes de renom (estimé à un montant annuel de 300 à 900 EUR⁽⁸⁾), qui se partageront la plus grande part du gâteau ainsi créé, cela reste de l'argent de poche en comparaison de leur revenu habituel. Par ailleurs, l'objectif social de la proposition de directive est bien plus discutable à leur égard...

Une autre variable «oubliée» par les rédacteurs de la proposition de directive, qui n'hésitent pourtant pas à utiliser cet argument pour démontrer un autre point de leur construction⁽⁹⁾, réside dans le caractère peu probable d'une réelle augmentation du montant global des sommes perçues auprès de certains utilisateurs. Une des sources significatives de rémunération des artistes-interprètes est en effet le droit à rémunération équitable pour la diffusion et l'exécution d'œuvres musicales dans les lieux publics et principalement lors de la radiodiffusion. Or les sommes dues par les radiodiffuseurs sont calculées en fonction de leurs recettes publicitaires et non selon le volume d'œuvres ou de prestations protégées diffusées. L'augmentation de la durée

(4) Institute for Information Law, «The Recasting of Copyright...», *op. cit.*, p. 96.

(5) R. TOWSE, *Creativity, incentive and reward: an economic analysis of copyright and culture in the information age*, Edward Elgar Publishing, 2001, p. 124.

(6) Response of the Open Rights Group to the UK Intellectual Property Office, <http://www.openrightsgroup.org/2008/09/05/performers-likely-to-get-as-little-as-50¢-a-year-from-increased-term-of-copyright/>.

(7) Commission Staff Working Document, Impact Assessment on

the Legal and Economic Situation of Performers and Record Producers in the European Union, 23 avril 2008.

(8) Voy. la «Response of the Open Rights Group», *op. cit.*

(9) Voy. l'exposé des motifs de la proposition de directive, p. 9.

de protection ne tirera donc pas à la hausse le montant des rémunérations perçues au titre des droits des artistes-interprètes, à tout le moins pour une part importante de celles-ci. En revanche, le nombre d'ayants droit prenant part à la répartition de ces sommes devenant plus important en raison de l'extension de la durée de protection, le gâteau, de taille sensiblement identique, devra probablement être partagé entre bien plus de bouches. Ne devrait-on pas en déduire logiquement que cette extension risque, pour une part des rémunérations perçues, de diminuer le revenu de chaque artiste-interprète? La Commission se garde bien pourtant de tirer toutes les conséquences de cette constatation.

Même en acceptant, benoîtement, les chiffres avancés par la Commission d'un revenu additionnel pouvant avoisiner les 2000 EUR par an, cela ne permettrait pas aux artistes-interprètes concernés de vivre décemment, si les recettes résultant de leurs droits voisins constituent, ainsi que semble le prétendre la Commission, leur seule ou principale source de revenu⁽¹⁰⁾.

Une extension de la durée des droits voisins pourrait également, selon la proposition de directive, remédier à des exploitations des prestations susceptibles de nuire à la réputation de

l'artiste-interprète. Si de telles utilisations surviennent 50 ans après la prestation, mais alors que l'artiste-interprète est encore vivant, ce dernier ne peut invoquer une atteinte à son droit moral désormais expiré et doit assister, marri, à des dénaturations de son travail⁽¹¹⁾. Étendre la durée de l'ensemble des droits des artistes-interprètes ne constitue pas la seule solution envisageable à cette problématique. Pourquoi ne pas calquer la durée du droit moral sur celle de la vie de l'artiste-interprète⁽¹²⁾? On pourrait éventuellement soutenir que le droit moral, en tant que droit extrapatrimonial, voire de droit de la personnalité, est logiquement indissociable de la personnalité juridique de son titulaire et s'étend par conséquent à la durée de vie de celui-ci⁽¹³⁾. N'est-il pas paradoxal que les autorités européennes décident soudainement de s'intéresser aux prérogatives morales de la propriété littéraire et artistique, elles qui se sont bien gardé, au fil des directives harmonisant le droit d'auteur en Europe, de toucher au droit moral...

II. L'objectif réel de l'extension des droits des producteurs de phonogrammes

En réalité, la soudaine sollicitude de la Commission européenne pour les artistes-interprète-

tes ne constitue qu'un cheval de Troie dans lequel se dissimule le véritable but de la proposition: l'extension des droits, et par conséquent des revenus, des producteurs de phonogrammes.

La justification annoncée de cette étrenne inattendue est la volonté de compenser les pertes de revenus subies par l'industrie phonographique en raison de «l'évaporation du marché des disques compacts et le niveau insuffisant des revenus de remplacement en provenance des ventes en ligne»⁽¹⁴⁾. Et l'exposé des motifs de détailler la situation des *majors* du disque (licenciements, diminution des recettes, réduction de la prise de risques et de la recherche de nouveaux talents...), principalement due au piratage sur les réseaux *peer-to-peer*.

Voilà bien une justification inédite de la propriété intellectuelle! Étendre la durée de droits existants dans le seul but de compenser une perte de revenus n'est qu'une logique de vases communicants: ce que l'on perd ici, il faudrait le rattraper là-bas. Le fondement économique des droits intellectuels est plutôt basé sur un objectif incitatif (droit d'auteur et brevet) ou sur une volonté de permettre de récupérer un investissement (droit voisin des producteurs ou droit *sui generis*). La détermination de la durée adéquate de ces droits est

(10) Il y a sur ce point de nombreuses contradictions dans le discours de la proposition de directive qui à la fois s'indigne de l'absence de revenus des artistes-interprètes à l'âge de la retraite, et rappelle que la majorité des artistes-interprètes durant leur vie active ne peuvent espérer vivre de leur seul talent de musicien et sont obligés d'avoir un travail salarié, *a priori* susceptible de leur garantir un droit à la pension (même si celle-ci, on le sait, reste dans de nombreux pays européens, très précaire).

(11) Voy. toutefois, Paris, 14 novembre 2007, *Communications*

– *Commerce électronique*, février 2008, p. 28, qui reconnaît l'atteinte au droit moral d'un artiste-interprète encore vivant sur des enregistrements vieux de plus de 50 ans.

(12) Institute for Information Law, «The Recasting of Copyright...», *op. cit.*, p. 97-98. Voy. également, F. BRISON, *Het naburige recht van de nitvoerende kunstenaar*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 94, qui préconise d'aligner la durée de tous les droits de l'artiste-interprète sur celle du droit d'auteur.

(13) La question de la qualification du droit moral en droit de la personnalité est controversée, le droit moral

semblant s'en rapprocher tout en s'en distinguant, voir notamment Cass. fr., 10 mars 1993, *J.C.P.*, G, 1993, II, 22161, note RAYNARD; F. BRISON, *op. cit.*, p. 388, n° 872; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 146; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 3^e éd., 2006, n° 442 et s. pour le droit moral en droit d'auteur, et n° 1026-1027, pour celui des artistes-interprètes, plus proche d'un droit de la personnalité.

(14) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 5.

plus délicate et doit tenir compte tant de la capacité incitative des revenus ainsi assurés, de l'amortissement des investissements et de l'intérêt corrélatif des concurrents et du public⁽¹⁵⁾. Les producteurs de phonogrammes plaignent qu'ils ont besoin d'une plus longue protection pour récupérer leur investissement dans la création, en raison de l'augmentation des coûts et de la diminution parallèle des bénéfices résultant de la piraterie croissante sur Internet. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cet argument: si les coûts, même s'ils tendent à s'accroître, n'ont pas été amortis après 50 ans, peut-on vraiment compter qu'ils le soient dans les 45 années supplémentaires⁽¹⁶⁾? Et l'argument des pertes dues au piratage numérique ne vaudrait-il pas pour l'ensemble des ayants droit: les auteurs ne pourraient-ils pas bénéficier également d'une telle augmentation de leurs droits afin d'atténuer les pertes de revenus qu'ils subissent pareillement du téléchargement *peer-to-peer*?

Sur un plan économique, l'évaluation de la durée adéquate d'un droit intellectuel doit se réaliser en comparant l'avantage incitatif ou le retour sur investissement engendré par l'allon-

gement éventuel de son terme et les coûts en résultant pour les concurrents et le public en termes d'accès aux œuvres et prestations et de la sous-utilisation qui en découlerait⁽¹⁷⁾. La proposition de directive n'accomplit pas cette analyse économique. L'eût-elle fait, elle serait probablement parvenue à une absence d'éléments en faveur de l'extension qu'elle propose⁽¹⁸⁾. À défaut d'une telle démonstration, une durée de protection élargie s'apparente davantage au dégagement d'une rente de monopole. Plutôt qu'un droit exclusif récompensant l'investissement, mais soumis au succès du marché, les producteurs de phonogrammes recevront une source de financement assurée dont les variations malencontreusement dues au piratage, seraient régulièrement modérées par la bienveillance du législateur⁽¹⁹⁾.

À côté de la faiblesse de la justification économique de l'extension de la durée de protection des phonogrammes, l'argument juridique ne fait pas meilleure figure. La raison principale de cette extension repose sur la volonté d'aligner la protection européenne sur la durée de protection des enregistrements sonores en vigueur aux États-Unis. Ce motif est rappelé, bien que de manière accessoire,

dans les objectifs poursuivis par la proposition de directive⁽²⁰⁾.

Les enregistrements sonores peuvent en effet bénéficier d'une protection plus longue outre-Atlantique que les 50 ans prévus pour les producteurs de phonogrammes européens. À la suite de l'extension de la durée du copyright par le Copyright Term Extension Act en 1998⁽²¹⁾, lorsque ces enregistrements sont réalisés dans le cadre d'un contrat de travail (*work made for hire*), qualification généralement appliquée aux relations entre musiciens de studio et producteurs lors des enregistrements sonores, la durée du *copyright* applicable à ces enregistrements est de 95 ans à partir de la première publication ou 120 ans à partir de la création. L'industrie du disque plaide pour une imitation de la copie américaine pour éviter les distorsions de concurrence sur le marché mondial des phonogrammes⁽²²⁾.

Cette régulation par analogie ne va toutefois pas de soi. En premier lieu, le droit américain ne protège pas ces enregistrements par le biais d'un droit voisin, qui viendrait récompenser l'investissement, mais par un droit d'auteur, fondé sur une logique incitative. Cette inclusion des phonogrammes dans le champ du *copyright*

(15) Voy. F. LÉVÊQUE et Y. MENIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, Paris, 2003, pp. 30 et s. pour le brevet, p. 75 pour le droit d'auteur; R.-A. POSNER, «How Long Should a Copyright Last?», *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2003, p. 1.

(16) Voy. sur ce point la démonstration effectuée par BRIEF for G. AKERLOF *et alia* as *Amicus Curiae*, *Eldred v. Ashcroft*, US Supreme Court, 20 mai 2002, p. 5-6.

(17) F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, Paris, 2008, p. 102. Voy. également W.M. LANDES et R.-A. POSNER, «Indefinitely Renewable Copyright», *University of*

Chicago Law Review, 2003, vol. 70, p. 476: «the optimal term for copyright protection is determined by balancing at the margin of the incentive effects of a longer term against both the administrative and access costs arising from the public good aspects of intellectual property».

(18) Pour une explication détaillée d'une analyse économique de l'extension des droits voisins, voy. Institute for Information Law, «The Recasting of Copyright...», *op. cit.*, pp. 103 et s.

(19) N. HERLBERGER, N. DUFFT, S.J. VAN GOMPEL et P.B. HUGENHOLTZ, «Never Forever: Why Extending the Term of Protection

for Sound Recordings is a Bad Idea», *E.I.P.R.*, 2008, p. 180.

(20) Voy. les objectifs opérationnels cités dans l'exposé des motifs, *op. cit.*, p. 8, au rang desquels figure la diminution des disparités de protection entre l'Union européenne et les États-Unis.

(21) Extension qui a suscité son lot de controverse et de désaveu public. Voy. également sur ce point la décision de la Cour suprême américaine dans la décision *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

(22) Réponse du B.P.I. au Staff Working Paper on Copyright Review, cité par Institute for Information Law, «The Recasting of Copyright...», *op. cit.*, p. 83.

s'explique par le faible niveau d'originalité exigé pour bénéficier de la protection et par la doctrine particulière des *work made for hire* qui permet à des producteurs de s'arroger directement le droit d'auteur dans certaines circonstances. Avant d'aligner la protection des droits voisins européens sur celle du *copyright* américain, il faudrait être plus attentif aux différences de logique et de régime qui distinguent les deux types de protection.

Ensuite, l'extension de la durée du droit d'auteur aux États-Unis fut elle-même motivée par un alignement sur la durée prévalant dans l'Union européenne. Il suffirait que le résultat arithmétique de l'allongement de la durée envisagée ici crée de nouveau, en raison des règles de calcul différentes pour certaines créations, un écart entre les protections, pour que le législateur américain emboîte le pas et relance la course à la durée, surenchère qui aboutirait en définitive à un renouvellement constant des durées des droits.

Enfin, la comparaison des délais entre l'Union européenne et les États-Unis n'a pas beaucoup de sens dans un marché international très concentré, partagé seulement par quatre multinationales. Ainsi que le relèvent très justement certains auteurs critiques de la proposition de directive⁽²³⁾, en raison de la territorialité de la propriété intellectuelle, tous les bénéficiaires d'un droit sur des phonogrammes bénéficient de la même durée de protection sur un marché donné, États-Unis ou Europe, sans que la distorsion décrite se réalise véritablement, au-delà d'une différence sur le papier.

Il est piquant de constater que la Commission évite de calculer les revenus ainsi engendrés pour l'industrie du disque, contraire-

ment à sa démonstration chiffrée pour les artistes-interprètes. La rhétorique de la *major* un peu plus riche de quelques millions aurait-elle moins bonne presse que celle de l'artiste-interprète pauvre et vieillissant?

L'étude anglaise précitée estime que chacune des quatre sociétés productrices de phonogrammes qui se partagent la majorité du marché pourrait récolter annuellement de 200 000 à 4 millions d'euros de cette extension. En raison de la concentration ayant opéré dans ce secteur, le gâteau de l'extension des droits n'est en effet à partager qu'entre quatre grands et quelques petits producteurs, ces derniers se partageant une part bien minime, à l'inverse du gâteau des artistes-interprètes, à la fois plus petit, les droits voisins ayant été généralement cédés aux producteurs, et devant rassasier des milliers d'ayants droit.

En combinant les chiffres et les calculs, eux-mêmes fournis par la Commission européenne, la part des rémunérations perçues à la faveur de cet allongement des droits par les producteurs de phonogrammes, en tant quecessionnaires de ces droits, devrait se monter à 90%, contre 10% pour les artistes-interprètes⁽²⁴⁾. Rappelons encore que, de ces 10%, 8 à 9% échouent aux artistes les plus réputés et les plus fortunés (qui regroupent moins de 20% de l'ensemble des artistes-interprètes). En conclusion, seuls 1 à 2% des recettes engendrées par l'extension des droits voisins aux artistes-interprètes échouent donc dans le porte-monnaie des artistes qui en auraient le plus besoin et qui constituent la cible voulue de la proposition de directive. Il y a de quoi se poser des questions sur les intentions réelles de ce texte ...

III. Les fausses mesures en faveur des artistes-interprètes et du domaine public

L'extension de la durée s'accompagne de mesures permettant, selon la Commission, à la fois de rendre effectif le bénéfice que devraient en retirer les artistes-interprètes et de diminuer le préjudice pour le domaine public. À l'analyse, pourtant, ce double vœu risque de rester pieux.

La première mesure consiste en la création d'un fonds «social» alimenté par les producteurs de disques, dont bénéficieraient les artistes pendant la durée d'extension de leurs droits. Il est prévu que les maisons de disques versent dans ce fonds 20% des revenus gérés pendant la période de protection additionnelle, les plus petites d'entre elles pouvant être dispensées par les législateurs nationaux de contribuer à cette manne. Seuls les musiciens de studio ayant cédé leurs droits exclusifs bénéficieraient de cette source de revenus supplémentaires.

C'est donc bien que la Commission européenne elle-même ne fait pas confiance à la seule extension de la durée des droits des artistes-interprètes pour les enrichir de manière satisfaisante, étant prévu que ce fonds triplerait à lui seul le bénéfice que chaque interprète retirerait d'une prolongation de la période de protection de ses droits. Les 27 EUR avancés par l'étude précitée comme le montant maximum annuel dont bénéficieraient les musiciens de studio du fait de cette extension, intègrent déjà le fonctionnement de ce fonds. Cette somme, bien loin de produire un plantureux revenu, permet de douter de la panacée que constituerait la création de ce fonds.

La mesure n'est d'ailleurs pas dépourvue d'un certain cynisme:

(23) Lettre adressée par M. Kretschmer et d'autres professeurs à Manuel Barroso, le 16 juin 2008,

disponible sur <http://www.cippm.org.uk/publications/index.html>.

(24) Voy. sur ce point, l'étude de l'Open Rights Group, *op. cit.*

la pratique de cession systématique des droits des artistes-interprètes contre une rémunération forfaitaire n'est pas du tout remise en cause, mais les producteurs sont sommés, par le détour de ce fonds, de restituer une partie des sommes perçues notamment au moyen de ces droits. Drôle de Robin des Bois que l'auteur de cette proposition de directive, qui ne rend aux pauvres l'argent qui leur été pris que 50 ans après...

Il n'est pas non plus clairement indiqué de quelles recettes ce pourcentage devra être calculé. S'agit-il uniquement des recettes engendrées sur les seuls disques dont la durée des droits est prolongée ou sur l'ensemble des recettes du producteur, quelle qu'en soit la source? L'exposé des motifs semble pencher pour la première solution⁽²⁵⁾, mais le texte même de la proposition est plus évasif.

On peut également voir dans ce mécanisme un nouveau signe d'une «mutualisation» de la propriété littéraire et artistique, au détriment de la logique initiale des droits exclusifs. La mesure proposée s'apparente en effet davantage à une «philosophie de solidarité»⁽²⁶⁾, qui ne devrait certes pas être bannie de la matière mais qui devrait rester cantonnée dans un rôle ancillaire.

La seconde mesure relève tout autant, si pas plus, du subterfuge maladroit. La proposition de directive prévoit une clause légale d'exploitation à peine de perte de droits (clauses *use it or lose it*, ou UIOLI) s'appliquant aux contrats entre les artistes-interprètes et les producteurs, afin de permettre aux premiers de récupérer leurs droits à défaut d'une exploitation de ceux-ci dans la période de protection additionnelle. Les producteurs n'exploitant plus les prestations en question perdraient

simultanément leurs droits sur le phonogramme afin qu'aucun obstacle n'entrave l'exploitation par l'interprète lui-même. L'objectif poursuivi est de favoriser une exploitation réelle des prestations et d'éviter que le bonus de la protection n'aboutisse à une réservation étendue sans bénéfice effectif.

L'intention est louable mais atteint-elle vraiment son but?

Cette récupération des droits de l'artiste-interprète sur une prestation non exploitée ne vaudrait qu'à l'expiration de la durée ancienne de protection, soit 50 ans après la date de l'exécution. Or, si l'objectif est de garantir à l'interprète une exploitation effective de sa prestation, pourquoi ne pas imposer une telle clause de résultat avant même l'expiration de cette première durée de protection? La générosité du législateur européen montre ici ses limites.

La récupération par l'artiste-interprète de ses droits est aussi relativement irréaliste. Elle concerne, rappelons-le, tous les artistes-interprètes, tant les solistes ou interprètes principaux que les musiciens de studio. Le défaut d'exploitation ne mènera à la résiliation du contrat de cession que si tous les artistes-interprètes concernés par un enregistrement s'accordent sur l'opération, ainsi que le rappelle le paragraphe 6 de l'article 10*bis* de la proposition. Le scénario envisagé par le législateur européen vise principalement des musiciens de studio engagés pour une prestation ponctuelle contre une rémunération unique. Comment espérer que, 50 ans après cette prestation conjointe, les interprètes concernés se retrouvent et s'accordent pour demander la résiliation de la cession de leurs droits au producteur défaillant, eux que la proposition

de directive elle-même qualifie d'«anonymes» ou de «non crédité», reconnaissant par là leur invisibilité? Il faudra compter, ici encore, sur l'information dont disposent les sociétés de gestion collective sur leurs membres. Les coûts de transaction occasionnés par l'opération ne seront-ils pas suffisamment dirimants pour freiner en pratique le retour des droits aux artistes?

Il faudra en outre agir vite car, dans un souci d'atténuer les effets de la prolongation, pour les utilisateurs des prestations cette fois, la proposition de directive prévoit qu'à défaut d'une exploitation par les producteurs et par les artistes-interprètes concernés un an après la première durée de protection de 50 ans⁽²⁷⁾, tous les droits voisins sur la prestation non exploitée expirent. Les artistes-interprètes n'auraient donc qu'une année pour constater le défaut d'exploitation de leur prestation, identifier leurs congénères, s'accorder sur la résiliation, la réaliser et mettre en œuvre une exploitation de leur prestation recouvrée. Presque un travail temps plein pour ces artistes à la retraite (souvenez-vous de l'hypothèse de départ...) pour espérer conserver leurs droits! Et c'est sans compter le fait que cette exploitation ne pourra se faire sans l'accord des titulaires de droit d'auteur sur l'œuvre interprétée, si celle-ci est encore protégée. Cette récupération de leurs droits, fort conditionnelle, n'est-elle pas de la poudre aux yeux pour les artistes-interprètes?

L'exposé des motifs considère en sus que cette expiration des droits à défaut d'une exploitation par les producteurs et les artistes-interprètes apporte une solution à la question des phonogrammes dits «orphelins» soit des phonogrammes dont les

(25) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 14 parlant d'un «fonds alimenté par un prélèvement de 20% des recettes engendrées par la vente de phono-

grammes au cours de la période de prolongation».

(26) F. BENHAMOU et J. FARCHY, *op. cit.*, p. 55.

(27) Ce délai a fait l'objet d'un amendement du Parlement européen l'étendant à 5 ans, ce qui est plus raisonnable.

titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou localisés. C'est cependant une toute autre question... Un point commun aux deux situations est le manque d'efficacité économique du droit soit non exploité, soit orphelin: dans les deux cas, la diffusion dans le public ne se réalise pas, ce qui vide le droit de tout bénéfice social ou économique. L'œuvre ou la prestation concernée est stérile ou silencieuse, comme le dit joliment M. Iglesias dans un récent article⁽²⁸⁾. Ceci dit, les solutions généralement proposées pour résoudre la question des œuvres orphelines et suppléer à l'invisibilité de l'ayant droit pour promouvoir une exploitation utile de l'œuvre, ne préconisent pas un abandon des droits au domaine public⁽²⁹⁾. Ici, le défaut d'exploitation par les titulaires de droits, qui peuvent être parfaitement identifiés mais se désintéressent de leurs droits, à dessein ou non, leur retire définitivement le bénéfice de leurs droits.

L'entorse faite aux principes généraux du droit d'auteur est sans précédent: toute exclusivité du droit est niée et une obligation d'exploitation est créée, alors qu'elle n'existe même pas en droit des brevets, dont la logique pourtant est bien plus proche de celle d'un droit-fonction... À opter pour un tel changement de paradigme en droits voisins, ne pousserait-on pas le raisonnement à son comble en instaurant un système de formalités préalables à la jouissance des droits voisins, voire un mécanisme de renouvellement indéfini des droits contre le paiement de taxes? Un tel système, préconisé par certains auteurs⁽³⁰⁾, s'explique justement par l'établissement d'un lien entre la durée d'un droit et son exploi-

tation réelle, et paraît bien plus logique dans sa construction – même si, ne vous méprenez pas, nous n'approuvons pas cette idée de renouvellement indéfini du droit d'auteur ou des droits voisins – que le dispositif envisagé par le législateur européen pétri de contradictions et de petites révolutions.

Revenons un instant encore sur cette prétendue solution au problème des phonogrammes orphelines. La même critique que pour la clause d'exploitation obligatoire peut lui être adressée: si l'objectif est de favoriser l'exploitation même à défaut d'identification des ayants droit, rien ne justifie que cette solution ne vaille que pour la période de prolongation de la protection. Elle ramène en outre la question des œuvres ou prestations orphelines à la constatation d'un manque d'exploitation. Or les deux situations ne sont pas forcément synonymes: un défaut d'exploitation n'est pas toujours lié à une disparition des ayants droit. L'effet sur le public est également relatif: encore faudra-t-il que les droits d'auteur éventuellement applicables à l'œuvre interprétée soient expirés ou qu'existe une solution générale pour les œuvres orphelines, pour qu'une exploitation soit effectivement possible. Le législateur européen paraît plutôt brandir un sujet fort à la mode en droit d'auteur et revendiqué par les partisans du domaine public pour prétendre à l'équilibre de sa proposition. Ce faisant, il évacue la question complexe des œuvres et prestations orphelines et la détermination soigneuse des critères et du régime qui devrait s'y appliquer.

En définitive, le mécanisme du retour des droits aux artistes-

interprètes à défaut d'exploitation par le producteur, et son corollaire, l'expiration des droits voisins dans leur ensemble, improprement qualifié de dispositif de phonogrammes orphelines, confirme le véritable objectif de la directive, soit le cadeau d'une prolongation des droits aux seuls producteurs de phonogrammes. Que les enregistrements en question n'aient plus de valeur commerciale ou que ceux-ci n'utilisent pas leurs droits prolongés, ils retomberont dans l'escarcelle des interprètes sur lesquels pèse une obligation d'exploitation qui se révélera sans doute bien trop lourde pour eux. En réalité l'extension des droits des artistes-interprètes, censée compenser l'appauvrissement de ces derniers, s'apparente plus à une promotion commerciale alléchante, jusqu'à ce qu'on lise les conditions d'application inscrites en petits caractères...

Conclusion

Le domaine public est le grand absent de la proposition de directive, malgré les incantations qu'elle prétend faire en sa faveur. Dans la mesure où «la destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse»⁽³¹⁾, ce qui s'applique pareillement pour les droits voisins, la justification de la durée des droits intellectuels doit prendre pour point de départ le préjudice occasionné au domaine public, préjudice indispensable pour autant que la durée soit raisonnable et proportionnée à l'effet incitatif ainsi réalisé.

Rien de tout cela ici. L'argumentation économique avancée au soutien de l'extension des droits se contredit sans cesse et ne

(28) M. IGLESIAS, «Digital Libraries: any step forward?», *A&M*, 2008, p. 345.

(29) Voy. notamment «European Joint Report on Sector-specific gui-

delines on diligence search criteria for orphan works», disponible sur http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf.

(30) W.M. LANDES et R.A. POSNER, *op. cit.*

(31) V.-L. BENABOU, «Puier à la source du droit d'auteur», *R.I.D.A.*, 2002, n° 292, p. 53.

repose sur aucune méthode éprouvée par les analyses économiques de la propriété intellectuelle. La proposition de directive sur l'extension de la durée des droits voisins donne en revanche une vision pitoyable d'une Commission européenne n'écoulant que les sirènes des *lobbys*, en l'occurrence les mégaphones de l'industrie du disque⁽³²⁾, au mépris des études qu'elle a elle-même commandées et des conclusions auxquelles elle est elle-même arrivée dans un premier temps⁽³³⁾.

Si l'objectif poursuivi était réellement l'amélioration de la situation sociale des artistes-interprètes, l'Union européenne serait plus crédible si elle se penchait plus globalement sur le financement de la culture en Europe et les conditions sociales dans lesquelles opèrent les artistes, qu'ils soient titulaires de droit d'auteur ou de simples droits voisins. La précarité guette l'ensemble des créateurs et des artistes, particulièrement lorsqu'ils arrivent à l'âge de la retraite, après une carrière de petits contrats, pas toujours générateurs de cotisations

sociales, ou de périodes de chômage cycliques. Sur le plan du droit d'auteur et des droits voisins, cela nécessiterait d'intervenir sur les conditions juridiques des contrats conclus entre les auteurs et les interprètes et leurs producteurs et d'instaurer des mécanismes contractuels impératifs protégeant les premiers en reconnaissant ainsi leur plus faible pouvoir de négociation⁽³⁴⁾. Le législateur européen n'a toutefois jamais osé s'aventurer sur ce terrain en dépit d'études démontrant la disparité des pratiques dans le marché intérieur⁽³⁵⁾.

Les artistes-interprètes pourraient faire l'objet d'une sollicitude réelle du législateur car ils sont, avec les auteurs, les véritables fournisseurs des œuvres et des objets culturels qui apportent un bénéfice culturel et économique à nos sociétés. La Commission européenne préfère les prendre en otages pour avancer d'autres revendications qui, avançant ainsi masquées, empêchent qu'on en juge la pertinence réelle⁽³⁶⁾.

C'est une stratégie cynique et fort dangereuse. Elle enfonce en

tout cas un clou supplémentaire dans le cercueil du droit d'auteur et des droits voisins, à tout le moins dans celui de son image auprès du public. La société civile s'en défendra peut-être en agissant auprès du Parlement européen pour que cette proposition ne donne pas lieu à une directive, comme elle l'a fait pour la proposition de directive sur la brevetabilité des logiciels. Le pire serait qu'un tel texte, excessif et mal torché, soit adopté et vienne perturber encore davantage les principes rationnels et équilibrés sur lesquels une propriété littéraire et artistique pouvait légitimement s'arc-bouter. La lente désagrégation des droits d'auteur et droits voisins, à laquelle elle contribuerait, reviendrait comme un boomerang à la face de ses titulaires. Est-ce vraiment ce que l'industrie phonographique souhaite? Ce n'est en tout cas pas ce que les auteurs et artistes-interprètes méritent.

Séverine Dusollier⁽³⁷⁾

(32) La lettre adressée au président de la Commission européenne, par des professeurs d'université opposés à cette extension des droits voisins (*op. cit.*, note 23), parle de «prostration spectaculaire»

(33) Lettre de B. Hugenholtz à Manuel Barroso, «Open Letter concerning European Commission's "Intellectual Property Package"», 18 août 2008, disponible sur <http://www.ivir.nl>.

(34) B. HUGENHOLTZ, «The Great Copyright Robbery – Rights allocation in a digital environment», A

Free Information Ecology in a Digital Environment, conférence organisée par la New York University School of Law, 2 avril 2000.

(35) B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, M. VERMUNT et M. BERGHUIS, «Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union», étude pour la Commission européenne, mai 2002; voy. également, M. KRETSCHMER et P. HARDWICK, «Authors' earnings from copyright and non-copyright sources: a survey of 25,000 British

and German writers», Bournemouth University, décembre 2007, disponible sur <http://www.cippm.org.uk>.

(36) Il est en effet difficile de contester les difficultés économiques auxquelles se trouve confrontée l'industrie du disque. Ce n'est toutefois pas en apportant une solution biaisée et manquant de franchise et de clarté qu'on pourra résoudre à long terme cette situation.

(37) Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur.