

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social
et au Comité des Régions sur les
contenus créatifs en ligne dans le marché unique
COM(2007) 836 final

Questions politiques et réglementaires soumises à consultation

Contribution d'EUROKINEMA

A titre préliminaire, il convient d'observer que l'approche de la Commission Européenne reflétée tant dans sa communication que dans la présente consultation reste très –trop ?- globalisante : en effet, il n'existe pas une "industrie de contenu en ligne" en tant que telle. Cette dernière est, par essence, composite : droits musicaux en ligne, presse, œuvres audiovisuelles représentent des économies et des industries différentes qu'il n'est pas possible de confondre dans un seul paradigme "industrie du contenu en ligne". Les observations émises ici ne peuvent valoir que pour le secteur cinématographique et, dans une moindre mesure, pour le secteur de la production d'œuvres audiovisuelles.

Gestion numérique des droits (DRM)

L'interopérabilité est une question majeure tant pour les consommateurs que pour les titulaires de droits. A défaut d'interopérabilité, les consommateurs doivent être informés des limites imposées par les systèmes de contrôle d'usages¹ mis en œuvre par les DRM (systèmes de gestion numérique des droits), car contenus numérisés et appareils de lectures sont de plus en plus liés dans le cadre de logiques d'intégration verticale du type de celles d'Apple avec le service en ligne iTunes (service en ligne de musique et désormais de vidéo) et les baladeurs iPod (baladeurs numériques audio et désormais vidéo).

Pour les titulaires de droits, l'interopérabilité est un facteur d'extension du marché potentiel dans l'environnement en ligne. Pour autant, elle ne doit pas remettre en cause la possibilité pour ceux-ci de protéger adéquatement leurs œuvres numérisées, ni justifier le contournement des mesures techniques mises en œuvre pour assurer cette protection. Le développement de systèmes universels interopérables (considérant 54 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information) ne doit pas remettre en cause cette protection, ni la mise en œuvre d'outils DRM qui permettent par exemple une exploitation territoriale des droits, laquelle constitue un élément déterminant de l'exploitation économique des œuvres cinématographiques et audiovisuelles en Europe.

Il semblerait toutefois que pour ce qui concerne l'audiovisuel et le cinéma, la problématique de l'interopérabilité se pose avec moins d'acuité que pour d'autres secteurs, compte tenu de la tendance au développement de licences VOD sur des bases non exclusives (un même film sera alors susceptible d'être disponible sur différentes plateformes VOD), et d'un moindre nomadisme (par ex. le transfert sur baladeur) – à tout le moins pour l'instant – que pour d'autres types de contenus.

Concernant les mécanismes alternatifs de résolution des litiges, il semble qu'il faut se garder –autant que faire se peut- de mettre en œuvre des dispositions spéciales qui dérogent à l'application de la loi et à la saisine du juge, qui constituent dans toute démocratie un principe de base de la protection des citoyens. Des dispositions spéciales dérogeant à l'application de la loi et à la saisine du juge déplaceraient les problèmes sans les résoudre nécessairement de manière plus efficace. Tel est pourtant le choix qui a été fait dans la législation française via la création d'une nouvelle autorité indépendante, l'ARMT², dans le souci d'unifier rapidement la jurisprudence face à un contentieux pressenti –à tort- comme massif. Or, il apparaît à l'expérience qu'il existe un décalage extrêmement significatif entre, d'une part, la passion qui entoure parfois les débats théoriques sur l'interopérabilité et les DRM, et, d'autre part, la réalité des problèmes rencontrés et des contentieux qui sont susceptibles d'en découler, qui peuvent parfaitement en tant que de besoin être résolus par la législation existante³. Ainsi en France, l'ARMT, après plus d'un an d'existence, n'a à ce jour été saisie d'aucun contentieux de cette nature.

¹ C'est ce que prévoit désormais expressément la loi française – DADVSI du 1^{er} août 2006.

² Autorité de Régulation des Mesures Techniques instituée par la loi DADVSI du 1^{er} août 2006

³ Les contentieux éventuels relatifs à l'interopérabilité des DRMS relèvent en effet pour l'essentiel de problématiques de droit de la concurrence et/ou de droits de la propriété intellectuelle (notamment l'articulation entre la protection des mesures techniques et l'exception pour copie privée prévue par la directive droits d'auteur de 2001, ou encore la mise en œuvre de l'exception de décompilation –« reverse engineering »- prévue par la directive logiciels de 1991), faisant déjà l'objet d'une régulation et d'une harmonisation au plan européen.

La question de l'accès non discriminatoire pour les PME aux DRM devrait se lire plutôt comme un remède en vue de lutter contre la propension des multinationales à développer des systèmes propriétaires. Il faudrait, à l'inverse, un accès facilité pour les PME (partage de know-how, soutien public à l'achat de licences ou brevets). Cette question mériterait un examen attentif en Europe où les industries culturelles sont constituées d'un réseau de PME souvent démunies de moyens financiers adéquats en vue d'investissements dans des actions de recherche et développement favorables à leur croissance.

Licences pour plusieurs territoires

La question des licences pour plusieurs territoires mérite d'être abordée de manière particulièrement prudente s'agissant des œuvres audiovisuelles et cinématographiques, surtout si la Commission devait envisager une recommandation au Parlement européen et au Conseil. En effet, il s'agit probablement là d'une question sur laquelle une approche globale (ou « horizontale ») de la Commission, qui ne distinguerait pas quant à la nature du secteur concerné, paraît la moins fondée.

La Commission connaît la répugnance du Parlement européen quant à un système général de licence paneuropéenne. Le Parlement a eu l'occasion de manifester à plusieurs reprises sa désapprobation face à la recommandation sur la musique en ligne, laquelle – selon le Parlement européen – ne produit aucun effet positif s'agissant de la diversité culturelle.

Avant même de s'interroger sur l'opportunité d'une licence pour plusieurs territoires, il conviendrait que la Commission s'interroge sur l'objectif éventuel qu'elle cherche à atteindre avec un tel instrument:

- a) s'agit-il de faciliter l'accès des droits à de larges plateformes (majoritairement non européennes) qui cherchent à agréger les contenus musicaux, audio et écrits ⁴?
- b) S'agit-il de créer un effet de levier visant à maximiser la disponibilité de contenu européen de façon à améliorer l'offre multiculturelle et multilinguistique d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques ?

Si telle est la manière dont doit être comprise la question des licences pour plusieurs territoires, elle est effectivement intéressante. Cette notion se heurte cependant à plusieurs faits.

La distribution cinématographique repose actuellement sur une exploitation par territoires de distribution au sein desquels les différentes « fenêtres » (salles, DVD vidéo, VOD et pay-per-view, TV payante, TV en clair, ...) permettent une exploitation scrupuleuse des droits en vue non seulement de l'optimisation des recettes visant à l'amortissement des œuvres, mais aussi et surtout – s'agissant en particulier des œuvres européennes – de garantir les exclusivités par « fenêtre » et par territoire accordées aux différents médias en contrepartie de leur **préfinancement** des œuvres. L'intérêt du producteur et du distributeur est donc de maximiser la remontée des recettes en optimisant le nombre de territoires et de fenêtres de distribution, tout en garantissant ainsi les exclusivités –notamment territoriales– accordées à chaque partenaire ou média intervenant dans le préfinancement de l'œuvre.

Comme on le sait, en Europe, et particulièrement pour le cinéma, cette distribution est progressive, territoire par territoire, sorte d'effet patchwork qui conduit, pour les films à forte notoriété et/ou soutenus par de forts investissements en promotion et marketing, à une couverture de l'ensemble des pays du marché communautaire.

Pour cela, les producteurs, auteurs et distributeurs et agents de vente ne doivent pas ménager leurs efforts: présence des films dans les festivals, présence des agents de vente dans les marchés du film constituent un devoir permanent et continu visant à vendre les droits.

Chaque film est un prototype placé dans un marché de l'offre. Celui qui fait la meilleure offre (meilleurs acteurs, meilleurs scénarios, plus gros budgets, plus gros moyens techniques, plus gros budgets de promotion / marketing....) a des chances de l'emporter dans un marché concurrentiel. Chaque "film" n'a pas le "droit" automatique à être distribué et exploité, mais doit le conquérir par ses valeurs propres, dans un marché concurrentiel, compétitif et sélectif (chaque film est en concurrence avec d'autres prototypes). Il faut dès lors ne pas s'étonner que les 600 ou plus "films" européens ne puissent avoir accès au marché cinématographique (de même que tous les livres, toutes les musiques n'ont pas accès au marché).

En conséquence, c'est donc l'exploitation territoriale des droits qui doit être maintenue et favorisée, ce qui n'empêche d'ailleurs pas, lorsque cela est jugé pertinent, de pratiquer de gré à gré une licence

⁴ Compte tenu que les opérateurs de VOD "européens", telcos et radiodiffuseurs traditionnels s'implantent et présentent majoritairement au sein d'un territoire de distribution des droits cinématographiques (lequel correspond en principe à un Etat membre), ce qui revient à compléter l'offre des droits cinématographiques déjà disponible par le biais de la distribution en salle, DVD, Pay TV, TV en clair au sein du territoire de distribution référencé (voir l'étude EUROKINEMA/FERA "Le développement de la VOD en Europe", mai 2006 – NPA Conseil).

pour plusieurs territoires (comme c'est par exemple fréquemment le cas pour un ensemble de territoires relevant d'un même bassin linguistique).

Le risque d'une licence multi-territoires (ou paneuropéenne) qui ne serait pas volontaire est simple:

- Du point de vue de l'offre, la distribution des œuvres cinématographiques et audiovisuelles est l'objet de droits exclusifs administrés par accords contractuels (ce qui est légitime s'agissant de prototypes dont la valeur est unique et doit être protégée au maximum). Il est fort peu probable que les distributeurs et agents de vente renonceraient à ce mode économique actuellement rémunérateur des œuvres au profit d'un système de licences multiterritoriales aux effets plus qu'hypothétiques. Par ailleurs, comme cela a été évoqué supra, compte tenu de la faible capitalisation des sociétés européennes de production cinématographique et audiovisuelle, toute remise en cause de l'exploitation territoriale des droits qui est à la base du préfinancement des œuvres entraînerait immédiatement une chute drastique de la production d'œuvres européennes.
- Par ailleurs, du point de vue de la demande la "réception" d'un film sur un territoire donné implique l'optimisation de l'accès au marché (avec des agents physiques présents et établis dans le territoire de distribution pour valoriser les films). On voit mal comment un film placé dans un quelconque site en ligne⁵, sans un travail préalable de promotion et de marketing, pourrait trouver sa place dans un marché déterminé⁶.

S'agissant de la distribution en ligne, l'étude NPA réalisée par EUROKINEMA / FERA montrait un grand développement des sites de VOD sur une base nationale prestée par des opérateurs aussi divers que des opérateurs télécoms, diffuseurs TV et fournisseurs d'accès. A cet égard, il conviendrait que la Commission – puisqu'elle semble attachée à une meilleure distribution des œuvres cinématographiques en ligne – réalise une étude permettant d'évaluer la présence des films européens non nationaux dans les sites de VOD.

Il semble que plutôt que de remettre en cause un système de distribution en patchwork (dans lequel la VOD est entrain de trouver progressivement sa place⁷), il conviendrait plutôt de continuer à le renforcer (ce que la Commission fait par le biais du programme Media) en proposant un soutien pour que les offres VOD sur base territoriale soient ouvertes au maximum à l'offre de films européens non nationaux (et non un soutien à la création de plateformes VOD elles-mêmes, lesquelles se créent par l'effet du marché).

S'agissant des œuvres cinématographiques et audiovisuelles récentes, il paraît difficile d'opérer une distinction entre marché primaire et marché secondaire. Quant à la thèse de la "long tail", pour avoir un effet économique, il faudrait qu'elle génère des millions de vente d'une œuvre donnée pour constituer une rémunération significative. Autrement, elle ne peut qu'avoir un effet de mise à disposition (effet culturel), certes important mais insignifiant économiquement⁸. Là encore, il serait préférable d'étudier les effets possibles de la "long tail" sur l'amortissement des œuvres cinématographiques et audiovisuelle, cet effet n'étant pas prouvé à l'heure actuelle (absence de données pertinentes).

Offre licite et piratage

Contrairement à ce qui est souvent énoncé, les droits de propriété intellectuelle font l'objet d'une protection adéquate, tant au niveau international que communautaire. Les traités de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WWPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty) et sur le droit d'auteur (WCT – WIPO Copyright Treaty) offrent une protection étendue à la distribution et à l'exploitation des œuvres cinématographiques dans l'univers numérique⁹.

En dépit de certaines ambiguïtés et d'une liste anormalement élevée d'exceptions¹⁰, la directive droits d'auteur dans la société de l'information constitue la base appropriée pour une extension de la protection des œuvres dans l'univers numérique. La volonté de la Commission, clairement affichée,

⁵ Les sites étant eux-mêmes un élément stratégique de la visibilité en ligne. Voir à ce propos la question du référencement des sites qui implique un fort investissement capitaliste pour obtenir un référencement crédible.

⁶ Une caractéristique des industries cinématographiques et audiovisuelle est en effet que la consommation des œuvres est largement conditionnée par leur promotion : il s'agit d'une économie de l'offre dans laquelle de nombreux prototypes sont en compétition pour accéder au marché.

⁷ Cette place étant largement conditionnée par l'optimisation des ressources qu'elle générera face aux autres fenêtres qui assurent actuellement les recettes (TV, DVD et salle).

⁸ L'assimilation à l'économie du livre (dont les coûts de production sont faibles) doit être relativisée: quelques milliers de vente en ligne peut contribuer à générer un revenu pour le livre, c'est insuffisant pour un film, compte tenu des coûts de production.

⁹ Il convient toutefois d'observer ici que la pression à la baisse de la protection de droits de propriété intellectuelle observée actuellement rendrait quasiment impossible la conclusion de ces traités dans le contexte actuel (voir ainsi la révision du traité radiodiffuseur de l'OMPI, actuellement bloqué, et pourtant destiné quasi exclusivement à protéger le signal lors du pre-broadcast entre radiodiffuseurs...).

¹⁰ lesquelles ont été réclamées par les Etats membres....

de voir les opérateurs de télécommunications respecter les DPI¹¹ lors de la révision du Paquet télécoms, actuellement en cours, contribue également à consolider le socle des DPI. Pour autant, les problèmes ne sont pas résolus. Ainsi, le développement de l'accès à l'Internet haut débit continue à permettre un large accès illégal aux œuvres protégées, et obère le développement des offres légales de contenus en ligne. La priorité est en conséquence d'apporter les remèdes appropriés au niveau européen (et de manière concomitante au niveau mondial). Au niveau européen, ceci implique une mise en œuvre effective des moyens de droits existants (directives), en coopération avec l'ensemble des intéressés (telcos, FAI, câblodistributeurs, ayants droit et public).

Or, la transposition en droit national de la directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) (2002/58/CE), de la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») (2000/31/CE), voire même de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001/29/CE), introduit de nombreuses incertitudes. Le "triangle des Bermudes" au centre de ces trois directives devra être nécessairement **clarifié** pour que la protection des DPI soit homogène au niveau communautaire¹². Par ailleurs, l'ethos assez dominant que l'accès à la culture doive être "gratuit" sans conditions et sans limites facilite la dérive vers un accès massif à des formes illicites de communication, de distribution et de reproduction des œuvres, annihilant ainsi trois siècles de construction patiente d'un système conciliant protection du droit d'auteur et intérêt général¹³. S'agit-il d'un processus irréversible ?

De ce point de vue, les efforts de la puissance publique en France pour concilier les points de vue et proposer des remèdes socialement acceptables à la frénésie des actes de piratages constituent un signal très positif, à la fois:

- du fait de l'implication des pouvoirs publics (les acteurs culturels ne peuvent pas, sans le glaive et la balance de la République, mettre en œuvre les solutions appropriées car le rapport de force entre eux et les opérateurs de télécoms et fournisseurs d'accès est déséquilibré). Il revient à l'action publique d'organiser la médiation porteuse de solutions visant à réduire le piratage massif des œuvres. Pour être efficace, cette médiation doit être sanctionnée par la loi. Les accords de bonne conduite et de bonne pratique testés tant au niveau national qu'europpéen n'ont pas produit de résultats patents¹⁴.
- du fait de la solution elle-même, prônée par l'accord, mécanisme de prévention et d'éducation des impétrants pirates ou pirates confirmés par l'envoi de messages les mettant en garde sur la portée des actes qu'ils commettent et sur le caractère proportionné de la sanction finale (suspension de l'abonnement), cette procédure visant plus à dissuader qu'à réprimer.

Cette dernière reprend l'idée de « réponse graduée » qui faisait l'objet d'un très large consensus au sein des différentes composantes de la création cinématographique et audiovisuelle française, et même au delà. Les conclusions équilibrées auxquelles ont abouti les travaux de la mission Olivennes en France, qui portent à la fois sur les conditions de développement des offres légales de musique et de cinéma en ligne, sur la sensibilisation du public à la question du respect des droits d'auteur, et sur l'application d'une politique de sanctions adaptées et proportionnées, doivent pouvoir inspirer les démarches initiées dans d'autres Etats membres (tout comme les expériences conclusives d'envoi de messages d'avertissement aux internautes, mises en œuvre en Grande-Bretagne notamment, ont inspiré certaines des conclusions de cette mission).

En théorie, la mise en œuvre de mesures de filtrages constitue un moyen efficace permettant d'éviter les atteintes aux DPI en ligne. Bien que le rapport Olivennes -que la Commission cite supra- évoque la complexité d'application de ces mesures, il convient d'en poursuivre l'étude et l'expertise aux fins de mise en œuvre, en particulier en cas d'échec des politiques de coopération prévues dans le cadre des accords précités.

¹¹ Disposition introduite dans les directives "Autorisation" (annexe1, point 19) et "Service universel" (article 20 nouveau) actuellement en cours d'examen au Conseil et au Parlement européen (cf. Commissaire Reding lors de la présentation des directives télécoms au Parlement européen, décembre 2007)

¹² De ce point de vue, un exemple éclatant est la transposition par les Etats membres de la directive sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, certains Etats membres permettant une sorte de franchise permettant l'identification des contrevenants à la protection de DPI, d'autres – la majorité – prohibent de telles facilités et instaurent de facto ainsi une hiérarchie des droits entre protection des droit à la vie privée et propriété des DPI, contestable dans son principe (voir à cet égard l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Promusicae).

¹³ Le système de protection des DPI a toujours cherché à favoriser l'accès du public (exception au droit d'auteur pour la recherche, l'enseignement, domaine public, ...)

¹⁴ ainsi que l'ont bien montré, au niveau communautaire, les discussions paritaires ayants droit/télécoms dans le cadre de la proposition de Charte du cinéma en ligne)