



koan

NEWS

MEDIA & TECHNOLOGIES

July 2009

- Les jeux et concours media en péril ? Le projet de loi Devlies
- Spelen en mediawedstrijden in gevaar? Wetsontwerp Devlies
- La décision « Pirate Bay » Une stratégie inverse à celle de la riposte graduée
- Vos contrats d'emploi sont-ils au point pour la rentrée ?
- Zijn uw arbeidsovereenkomsten aangepast voor de hervatting van het jaar ?

1. LES JEUX ET CONCOURS MEDIA EN PERIL ? LE PROJET DE LOI DEVLIES

Le secteur des jeux de hasard et concours connaît actuellement une sérieuse remise en question. Le secrétaire d'Etat à la lutte contre la fraude, Carl Devlies, entend contrôler **l'ensemble du marché des jeux de hasard**¹: casino, poker, paris,..., mais également les jeux de hasard en ligne ainsi que les jeux et concours « média », à savoir: les jeux qualifiés ou susceptibles d'être qualifiés de « jeux payants » diffusés à la radio, à la télévision, dans les journaux ou périodiques.

Un nouveau projet de loi a été déposé en ce sens en mars dernier². Ce projet s'inspire de la même philosophie ayant servi de fondement à la législation actuelle³; soit **l'interdiction de principe des jeux de hasard** sauf exceptions strictement encadrées par le biais d'un système de licences délivrées par la Commission des jeux de hasard.

Le projet de loi veut ainsi réguler les jeux « média » via l'octroi préalable d'une licence (nouvelles licences « G1 » et « G2»). La licence G1 permettrait l'exploitation des jeux de hasard dans des programmes télévisés dits de « Call TV » - actuellement déjà très réglementés-, tandis que la licence G2 permettrait l'exploitation des jeux et concours sur les autres médias (radio, télévision, presse).

Ainsi, les chaînes de télévision, de radios, les médias de presse écrite et l'ensemble des annonceurs devraient-ils désormais requérir l'octroi d'une licence « G2 » auprès de la Commission des jeux de hasard pour l'exploitation de leurs jeux et concours payants. Les modalités exactes d'octroi et de fonctionnement de cette licence ne sont pas encore connues, elles devront être déterminées par Arrêté Royal.

En l'état actuel des choses, et selon nos informations, l'obtention d'une licence serait valable pour un an moyennant le paiement d'une somme oscillant entre 50 et 100 euros par dépôt de dossier reprenant les indications complètes relatives au contenu du jeu, à la durée, à la cible visée, aux modalités de traitement des plaintes, etc. Il s'agit donc de nouvelles contraintes financières et administratives qui reposeront sur les organisateurs de jeux et concours dans les médias tels que visés par le projet de loi.

En outre, dans sa version actuelle, le projet de loi ne prévoit pas de licence complémentaire pour l'exploitation « en ligne » de ces jeux et concours payants. En d'autres termes, le projet, ne reconnaît pas le web comme un média à part entière.

Ainsi, dans le libellé actuel du projet de texte -à moins que ce ne soit un oubli ou une erreur- un radiodiffuseur qui se serait vu octroyer une licence G2 pour diffuser des jeux et concours payants en TV et en radio, se verrait refuser l'accès à internet pour ces mêmes activités.

En effet, le projet de loi entend contrôler la prolifération des jeux de hasard en ligne par une politique de licences strictes qui ne pourront être délivrées qu'à ceux qui exploitent déjà des jeux de hasard dans « le monde réel ». C'est-à-dire: les casinos, les exploitants de salles de jeux et les organisateurs de paris⁴.

De même, le projet ne reconnaît pas comme média le cinéma ou l'affichage... Ces « supports médias », n'ayant pas accès à la licence G2, ne pourront donc pas être le réceptacle de jeux et concours payants!

.../...

¹ On entend par « jeu de hasard » au sens de la Loi du 7 mai 1999: « tout jeu ou pari pour lequel un enjeu de nature quelconque est engagé, ayant pour conséquence soit la perte de l'enjeu par au moins un des joueurs ou des parieurs, soit le gain de quelque nature qu'il soit, au profit d'au moins un des joueurs, parieurs ou organisateurs du jeu ou du pari et pour lequel le hasard est un élément, même accessoire, pour le déroulement du jeu, la détermination du vainqueur ou la fixation du gain ».

² Le projet de loi a été approuvé le 27 mars 2009 par le Conseil de Ministres. Il a été examiné en commission de la Justice de la Chambre (séance du 23 juin 2009). Le projet de loi a également été notifié à la Commission européenne pour examen, l'avis de la Commission étant attendu à partir du 26 juin 2009.

³ Notamment la loi du 7 mai 1999 relative aux jeux de hasard.

⁴ Le projet de loi introduit un nouveau système de « licences complémentaires » (A+, B+ et F1+) relative à l'exploitation de jeux en ligne pour trois catégories d'opérateurs uniquement. Ainsi, les licences complémentaires A+, B+ et F1+ ne pourront être accordées qu'aux titulaires de licences principales A et B - déjà existantes dans le cadre de la législation actuelle - ainsi qu'aux titulaires d'une nouvelle licence F1.

- La licence A autorise l'exploitation d'un casino (établissement de classe I) ;
- La licence B autorise l'exploitation de salles de jeux automatiques (établissement de classe II) ;
- La licence F1 permet l'exploitation de l'organisation de paris.

En outre, les licences A+, B+ ou F1+ ne seront accordées aux titulaires de licences A, B ou F1 que pour des activités identiques à celles exploitées dans le monde réel (un exploitant de casino qui dispose d'une licence supplémentaire ne pourra offrir que des jeux de casino via l'Internet et non, par exemple, des paris).



Il convient donc de s'interroger sur l'impact d'une telle réforme qui prévoit l'ouverture aux nouvelles technologies au profit de quelques exploitants du « monde réel », sans possibilité pour tout autre opérateur d'y avoir accès et ce, alors même que le lancement de la Loterie Nationale sur Internet est prévue pour la fin 2009. Ces seules restrictions soulèvent déjà de vives critiques tenant à l'évidente discrimination dont sont victimes les opérateurs médias.

D'autres dispositions du projet de loi soulèvent des questions de compatibilité avec le droit européen et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), en particulier, au regard des principes de libre prestation de services, de liberté d'établissement, de liberté professionnelle et du droit de travailler⁵.

Le projet de loi prévoit notamment l'obligation pour un opérateur étranger, déjà autorisé dans un autre Etat membre, d'obtenir une nouvelle licence en Belgique pour exercer ses activités. Ces restrictions sont de nature à constituer un moyen non nécessaire ou, à tout le moins disproportionné, face aux principes de protection des consommateurs et de défense de l'ordre social mis en exergue par le projet de loi.

En effet, conformément à la jurisprudence constante de la CJCE, les Etats membres doivent prendre en compte les garanties présentées par les opérateurs européens, notamment lorsque ceux-ci sont déjà titulaires de licences octroyées par les autorités de régulation des jeux dans d'autres Etats Membres, et ce, afin d'éviter la répétition

de démarches ou de restrictions purement administratives au sein du Marché intérieur.

Une approche contraire serait totalement incompatible avec la dimension européenne des jeux de hasard et la nature transfrontalière de l'Internet.

La Commission a d'ores et déjà émis de sérieuses critiques à l'égard de projets similaires en cas d'adoption dans d'autres Etats membres (par exemple la France). Le 29 juin dernier, elle vient également d'émettre de sérieuses critiques à l'encontre du projet de loi Devlies, tout en prolongeant le délai de STAND STILL (période au cours de laquelle le projet ne peut être adopté par le parlement), jusqu'au 30 juillet 2009.

Les remarques –pour le moins pertinentes– de la Commission n'empêchent cependant pas le législateur de poursuivre son travail (voir www.lachambre.be).

Au delà de cette date, le processus législatif pourra se poursuivre. Si par impossible, le gouvernement belge ne devait pas tenir compte des critiques fournies par la Commission, cette dernière pourrait poursuivre le gouvernement belge en manquement.

OLIVIA BATTARD
oba@koan.be

AGNÈS MAQUA
am@koan.be

⁵ Il est admis que les Etats membres peuvent limiter le principe de la libre prestation de services quand les restrictions envisagées poursuivent des objectifs de protection de l'intérêt général et quand les moyens employés pour poursuivre ces objectifs sont nécessaires et non disproportionnés. Ont déjà été admis comme raison d'intérêt général en matière de jeux de hasard et de paris la protection des consommateurs (Ex. : limiter « la tentation du jeu », prévenir les citoyens contre des dépenses excessives pour des jeux d'argent, etc.) et la défense de l'ordre social (Ex. : empêcher les risques de crime et de fraudes créés par le jeu).

2. SPELEN EN MEDIAWEDSTRIJDEN IN GEVAAR? WETSONTWERP DEVLIES

De sector van de kansspelen en wedstrijden ligt op dit ogenblik ernstig onder vuur. De Staatssecretaris voor de Coördinatie van de Fraudebestrijding, Carl Devlies, wil de hele markt van de kansspelen¹ onder controle krijgen: casino's, pokertornooien, weddenschappen, maar ook online kansspelen en "mediaspelen" en –wedstrijden. Die laatste zijn betalende spelletjes op de radio, televisie, in kranten of tijdschriften of spelletjes die als betalend beschouwd moeten worden.

Een nieuw wetsontwerp in die zin werd in maart neergelegd². Dit trekt van dezelfde filosofie als de huidige wetgeving³, t.z. een principiële verbod op kansspelen, behalve strikt omschreven uitzonderingen op basis van vergunningen afgegeven door de Kansspelcommissie.

Het wetsontwerp wil zo de zogenaamde "mediaspelen" regelen door de voorafgaande toekenning van een vergunning (nieuwe vergunningen "G1" en "G2"). De G1 vergunning maakt de exploitatie mogelijk van kansspelen in zogenaamde "call tv" programma's –die tegenwoordig toch al erg gereguleerd zijn– terwijl de G2 vergunning exploitatie mogelijk maakt van kansspelen via andere media (radio, televisie, pers).

Bijgevolg moeten televisiezenders, radio's, persmedia en adverteerders voortaan een "G2" vergunning aanvragen bij de Kansspelcommissie voor de exploitatie van hun betalende spelen en wedstrijden. De precieze modaliteiten van toekenning en de werking van deze vergunning zijn nog niet bekend die zullen moeten worden vastgesteld met een Koninklijke Besluit.

In de huidige stand van zaken, en volgens onze informatie, zal een verkregen vergunning geldig zijn voor een jaar middels het betalen van som tussen 50 en 100 euro per dossieraanvraag, waarin een complete indicatie over de inhoud van het spel, de duur, de beoogde doelgroep, de wijze van klachtenbehandeling, etc. uiteengezet wordt. Er zullen dus bijkomende financiële en administratieve verplichtingen op de exploitanten van spelen en wedstrijden in de media rusten, blijkens het wetsontwerp.

Bovendien voorziet de huidige versie van het wetsontwerp niet in bijkomende vergunningen voor online exploitatie van deze betalende spelen en wedstrijden. Het ontwerp miskent met andere woorden het web als een volwaardig medium.

... / ...

¹ «Kansspel» dient begrepen te worden in de zin van de Wet van 7 mei 1999: « elk spel of weddenschap, waarbij een ingebrachte inzet van om het even welke aard, hetzij het verlies van deze inzet door minstens één der spelers of wedders, hetzij een winst van om het even welke aard voor minstens één der spelers, wedders of inrichters van het spel of de weddenschap tot gevolg heeft en waarbij het toeval een zelfs bijkomstig element is in het spelverloop, de aanduiding van de winnaar of de bepaling van de winstgrootte ».

² Het Wetsontwerp werd goedgekeurd op 27 maart 2009 door de Ministerraad. Hij werd onderzocht in de Commissie Justitie van de Kamer (zitting van 23 juni 2009). Het wetsontwerp werd ook genotificeerd aan de Europese Commissie voor onderzoek. Het advies van de Commissie wordt verwacht vanaf 26 juni 2009.

³ Voornamelijk de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers



In de huidige stand van het wetsontwerp zou radiozender die een G2 vergunning zou krijgen om betalende spelen en wedstrijden uit te zenden op televisie en radio, behoudens vergissing in de tekst, met andere woorden dezelfde activiteiten niet mogen uitzenden op internet.

Het wetsontwerp wil inderdaad de proliferatie van online spelen en wedstrijden controleren met een strikte vergunningspolitiek, waarbij vergunningen alleen zullen worden afgegeven aan diegenen die reeds spelen en wedstrijden exploiteren in de "werkelijk wereld", t.t.z.: casino's, exploitanten van speelzalen, en organisatoren van weddenschappen⁴.

Het ontwerp catalogeert bioscopen of een aanplakborden overigens niet als media. Omdat deze informatiedragers geen G2 vergunning kunnen bekomen, zullen hierop dus geen spelen of wedstrijden aangeboden kunnen worden.

Men kan zich vragen stellen bij de mogelijke gevolgen van de voorgestelde hervorming, die de weg opent naar nieuwe technologieën voor bepaalde exploitanten uit de "werkelijk wereld", maar de mogelijkheid uitsluit voor alle ander exploitanten om toegang te hebben tot diezelfde technologieën en dit terwijl ondertussen de lancering van de Nationale Loterij op internet voorzien is voor het einde van 2009. Deze enige beperkingen ruïen al veel kritieken op betreffende de evidente discriminatie wier de media – exploitanten de slachtoffers zijn.

Andere bepalingen van het wetsontwerp roepen vragen op over de verenigbaarheid met het Europees-recht en de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (EHJ), in het bijzonder betreffende de beginselen van vrijheid van dienstverlening, vrijheid van vestiging, vrijheid van beroep en recht op werk⁵.

Het wetsontwerp voorziet met name een verplichting voor buitenlandse exploitanten, die al vergund zijn in een andere lidstaat van de EU, om een nieuwe vergunning te verkrijgen voor de uitoefening

van hun activiteiten in België. Zulke beperking vormt een niet noodzakelijk, of minstens niet evenredig, middel van consumentenbescherming en de verdediging van de maatschappelijke orde.

Op basis van constante rechtspraak van het EHJ moeten de lidstaten immers rekening houden met de garanties die Europese operatoren geven, zeker als ze al in het bezit zijn van een vergunning toegekend door de overheden van een andere lidstaat, en dit om te vermijden dat bedrijven binnen de interne markt telkens dezelfde administratieve stappen moeten ondernemen en dezelfde beperkingen tegenkomen.

Elke andere benadering zou onvereenigbaar zijn met de Europese dimensie van de kansspelen en met de grensoverschrijdende aard van het internet.

De Commissie heeft reeds serieuze kritieken geuit tegenover gelijksoortige ontwerpen in andere lidstaten (bijvoorbeeld Frankrijk). Op 29 juni ll. heeft ze ook ernstige opmerkingen gemaakt aangaande het wetsontwerp Devlies, maar verleende ze gelijktijdig een verlenging van de Stand Still termijn (periode tijdens welke het ontwerp niet door het Parlement kan worden aangenomen) tot 30 juli 2009.

De nochtans pertinente opmerkingen van de Commissie beletten vooralsnog de wetgever niet zijn werk voor te zetten (zie: www.kamer.be).

Na deze datum kan het wetgevende proces doorgaan. Als de Belgische regering per impossibile geen rekening zou houden met de opmerkingen van de Commissie, kan deze de Belgische regering in niet nakoming gerechtelijk volgen.

BART VAN DEN BRANDE
bvdb@koan.be

PIETER PAEPE
pp@koan.be

MET DANK AAN LÉOPOLD MEYERS

⁴ Het wetsontwerp voert een nieuw systeem in van « aanvullende vergunningen » (A+, B+, en F1+) met betrekking tot de exploitatie van online spelen voor drie beperkte categorieën van exploitanten. De aanvullende vergunningen A+, B+, en F1+ kunnen zodoende alleen worden toegekend aan de bezitters van een initiële vergunning A en B – die al bekomen werd in het kader van de huidige wetgeving en ook aan de bezitters van een nieuwe F1 vergunning.

- Vergunning A toestaat de exploitatie van een casino (instelling van klasse I);
- Vergunning B toestaat de exploitatie van automatieken speelzalen (instelling van klasse II);
- Vergunning F1 maakt mogelijk de exploitatie van wedden organisaties.

Bovendien, de vergunningen A+, B+, en F1+ worden alleen toegekend aan bezitters van A, B of F1 vergunningen voor activiteiten die identiek zijn aan diegene exploiteert in de « werkelijke wereld » (een casino exploitant kan alleen casino spelen aanbieden via Internet et niet, bijvoorbeeld, wedden).

⁵ Lidstaten kunnen de vrijheid van dienstverlening beperken wanneer deze beperkingen een doel van algemeen belang beschermen en wanneer de gebruikte middelen om dat doel na te streven noodzakelijk en evenredig zijn. Werd al toegelaten als reden van algemeen belang in kansspelen en weddenschappen: de bescherming van de consumenten (bv. de verleiding tot spelen beperken, de consument behouden voor excessieve uitgaven aan spelgelden, etc.) en de verdediging van de maatschappelijke orde (bv. risico van misdaden en fraude bij het spel voorkomen).

3. LA DÉCISION « PIRATE BAY » UNE STRATÉGIE INVERSE À CELLE DE LA RIPOSTE GRADUÉE

Depuis quelques années, l'industrie de la musique et du cinéma doit faire face à l'important défi du téléchargement illégal de ses œuvres sur le réseau Internet. L'équilibre du secteur est aujourd'hui mis en péril et risque d'entraîner avec lui la qualité et la vivacité de pans entiers de la production culturelle. Le phénomène du téléchargement d'œuvres audiovisuelles a d'ailleurs pris une telle ampleur que l'on a dépassé depuis 2006 le milliard d'œuvres téléchargées par an. Pour y faire face, les majors ont alors entrepris de lutter de concert avec la justice et les législateurs contre cette violation manifeste des droits d'auteur au moyen des technologies de l'information. A cet égard, la Suède, la France et la Belgique ont adopté des stratégies contrastées. En France, le législateur vise directement le consommateur alors qu'en Suède c'est le créateur du site qui est ciblé par la justice. A l'inverse, la Belgique paraît dépasser ce clivage en concentrant la lutte contre le téléchargement illégal sur le fournisseur d'accès à Internet.

Le feuilleton législatif français « Hadopi », la récente affaire suédoise « Pirate Bay » et le prochain arrêt belge « Scarlet » nous offrent l'occasion de comparer les approches française, suédoise et belge.

Si la lutte emblématique contre les sites d'échange peer-to-peer « Napster » et « Kazaa » a effectivement contraint ces sites à cesser leurs activités illégales, elle a également aiguillonné la créativité des pirates. Le protocole « BitTorrent »¹ constitue en effet une évolution de l'échange peer-to-peer et désigne un protocole de transfert de données dans un réseau informatique qui permet à ses utilisateurs de se connecter entre eux pour recevoir et envoyer en même temps des morceaux d'un fichier sélectionné. Autrement dit, les fichiers ne sont plus téléchargés par un seul internaute mais découpés en morceaux pour être récupérés à partir de plusieurs utilisateurs différents. Le téléchargement s'effectue par le biais d'un fichier « Torrent » qui n'est, en réalité, qu'une sorte de lien permettant le téléchargement. Ce lien n'est donc pas en lui-même protégé par le droit d'auteur. L'une des ingéniosités du protocole réside dans le fait que le caractère distribué du téléchargement est tel qu'il rend très difficile l'identification des internautes pirates qui *downloadent* ou *uploadent*.

L'une des plateformes d'échange de fichiers « Torrent » les plus connues au monde est le site « The Pirate Bay ». Ce site, basé en Suède, est devenu le symbole de la lutte que mènent les majors de la musique et du cinéma contre les partisans du téléchargement libre. En 2006 déjà, *The Pirate Bay* avait fait l'objet d'une vaste opération de police aux fins de saisir tous ses serveurs. L'événement avait connu un retentissement médiatique important lorsqu'il est apparu que le Gouvernement suédois avait violé les règles constitutionnelles de la séparation des pouvoirs. Brièvement interpellés, les administrateurs du site ont relancé leurs activités un mois plus tard depuis les Pays-Bas, narguant de la sorte leurs adversaires.

Les majors telles que Sony BMG, Universal, MGM, Warner Bros, Columbia n'en sont pas restés là et ont poursuivi le bras de fer engagé. En janvier 2008, trois fondateurs du site et l'un de ses administrateurs ont été poursuivis par la justice suédoise pour *mise à disposition d'œuvres protégées et pour complicité de violation par d'autres personnes des lois protégeant les droits d'auteur*.

Lors de l'ouverture des débats, la première incrimination fera long feu dès lors que la plateforme n'héberge effectivement aucun contenu protégé par le droit d'auteur. Les quatre hommes étaient suspects d'avoir permis le téléchargement d'une vingtaine d'albums de musique, de cinq films et de quatre jeux vidéo ! Les promoteurs de « Pirate Bay » ont finalement été condamnés par la Cour de District de Stockholm au paiement d'une amende de 2,7 millions d'euros et à des peines d'un an de prison pour s'être rendu coupables de complicité de violation des droits d'auteur. La Cour a estimé que le Protocole « Bittorrent » n'était pas en soi illégal mais que c'était l'utilisation qu'en avaient fait les prévenus qui était incriminée.

Le 25 juin 2009, cette décision a été confirmée en appel alors que les promoteurs de « Pirate Bay » la contestaient au motif que le juge de première instance² avait manqué à son devoir d'impartialité en étant membre de deux associations de défense des droits d'auteur dont font partie plusieurs parties au procès.

S'il est vrai que « Pirate Bay » a annoncé son intention d'intenter une action contre la Suède devant la Cour européenne des droits de l'homme³, il est toutefois certain que cette condamnation extrêmement lourde n'atteindra pas directement le volume mondial – ni même simplement suédois – de téléchargements illégaux. Ce n'était d'ailleurs pas l'objectif des demanderesse qui espéraient plutôt une victoire hautement symbolique destinée à démontrer à la communauté de pirates des droits d'auteur que le temps du non droit était terminé.

Il s'agit là d'une stratégie inverse à celle utilisée en France, en Italie, en Irlande et aux Etats-Unis. Dans ces pays, le législateur, les associations professionnelles ou les fournisseurs d'accès eux-mêmes adoptent, face au téléchargement illégal, la technique de la « riposte graduée ». Alors que la décision suédoise s'attaque à l'origine du téléchargement (les sites de peer-to-peer), la riposte graduée poursuit pour sa part les consommateurs contrevenants.

Les deux techniques ont leurs limites. Dans le cas de la décision « Pirate Bay », on peut douter de l'efficacité de la sanction. En effet, d'une part, « The Pirate Bay » n'est qu'une plateforme parmi de nombreuses autres qui n'est pas indispensable à la continuité des activités qu'elle pratique. En effet, après avoir annoncé ce 30 juin la vente de « Pirate Bay »⁴, un nouveau tracker BitTorrent, « OpenBittorrent.com » a fait son apparition sur le réseau le 2 juillet

... / ...

¹ « BitTorrent » peut aussi être défini comme un « client de partage de fichiers P2P ». En ce sens, voy. Civ. Bxl, 22 oct. 2008, n°07/15472/A, p. 10, http://www.anticounterfeiting.eu/IMG/pdf/Civ_Bxl_Sabam-Scarlet_221008-2.pdf, (juillet 2009).

² Tomas Nörström

³ G. PONCET, « The Pirate Bay veut attaquer la Suède pour violation des droits de l'homme », 26 juin 2009, <http://www.lepoint.fr/actualites-technologie-internet/2009-06-26/proces-the-pirate-bay-veut-attaquer-la-suede-pour-violation-des-droits/1387/0/356163> (juillet 2009).

⁴ A Global Gaming Factory X qui est tenue de réunir 5, 5 millions de dollars d'ici la fin du mois de juillet 2009 et d'obtenir l'accord de son conseil d'administration. Par ailleurs, la place boursière suédoise a décidé d'ouvrir une enquête après la découverte d'une activité anormale sur le titre de l'acquéreur avant l'annonce de la vente.



et permet d'*uploader* ou d'indexer un Torrent où que ce soit. D'autre part, sous l'angle symbolique, le « martyr » des quatre suédois leur confère une publicité mondiale qui contribue à assurer l'audience de leur site.

Quant à la riposte graduée, qu'illustre le projet de loi français « Hadopi » dans sa première et seconde version, de nombreuses voix se sont très tôt élevées, jusqu'au sein de la majorité présidentielle, pour redouter qu'elle se révèle inapplicable. Le projet prévoyait initialement la création d'une Haute Autorité, dite « Hadopi », chargée de sanctionner les internautes coupables récidivistes de téléchargements illégaux en les privant momentanément du droit de disposer d'une connexion Internet. Cette sanction était critiquable à différents titres. D'abord, elle était susceptible de porter atteinte à des droits fondamentaux dès lors que l'Hadopi ne présentait pas les garanties qu'offrent les juridictions de l'ordre judiciaire. En outre, la riposte des pirates du téléchargement était d'ores et déjà connue puisque commençaient à émerger des réseaux « anonymisés » qui compliquent considérablement l'identification des internautes. Enfin, l'Hadopi était probablement condamnée à être saturée de cas « faux positifs » générés artificiellement par les pirates du téléchargement au moyen d'utilisation abusive d'adresses IP d'internautes lambda. En toute logique, le projet de loi « hadopi I » adopté le 12 mai 2009 a été censuré le 10 juin 2009 par le Conseil Constitutionnel qui était opposé à la coupure de l'accès à Internet par une autorité administrative. Une nouvelle version du projet de loi appelé « hadopi II » maintient quant à lui le principe de la riposte graduée mais réserve au juge la possibilité de couper l'accès à internet dans le cadre de procédures simplifiées. Ce projet de loi a été adopté ce 8 juillet par le Sénat et devrait être voté sans difficulté à l'assemblée nationale le 20 juillet.

⁵ Civ. Bxl, 22 oct. 2008, cité, p. 10.

Malgré certaines faiblesses, il est possible que les actes forts que pose le législateur français auront une incidence sur la génération qui considère que la musique est un bien culturel gratuit.

Loin de la riposte graduée et de la chasse aux pirates, la Belgique, pour sa part, attend que la Cour d'appel de Bruxelles se prononce en octobre 2009 dans l'affaire qui oppose la Sabam au fournisseur d'accès Scarlet. Ce dernier a été condamné en première instance⁵ à faire cesser tout téléchargement peer-to-peer illégal au moyen de sept techniques de filtrage et de blocage des échanges entre internautes. Cette décision est néanmoins contestable tant au regard de la loi relative à la protection des données à caractère personnel qu'au regard de celle sur le commerce électronique. Sur pied du premier texte, les fournisseurs d'accès ne peuvent prendre connaissance des échanges entre internautes sans respecter les conditions légales protégeant la vie privée de ceux-ci. Quant à la loi sur le commerce électronique, elle exonère, sous certaines conditions, les fournisseurs d'accès de toute responsabilité tout en les dispensant de l'obligation de contrôle *a priori* sur le contenu véhiculé. Dans la mesure où tout le secteur des fournisseurs d'accès est concerné par une telle jurisprudence, le résultat de la procédure d'appel de cette décision contestable ne manquera pas d'intéresser. L'arrêt à venir confirmera ou non la spécificité de la démarche belge dans la lutte contre le téléchargement illégal.

AXEL LEFEBVRE
axl@koan.be

AVEC LA COLLABORATION D'ANTOINE PIRET

4. VOS CONTRATS D'EMPLOI SONT-ILS AU POINT POUR LA RENTREE?
LE REGIME LEGAL EN MATIERE DE DROITS D'AUTEUR
DANS LE CADRE D'UN CONTRAT D'EMPLOI

De nombreux employés produisent des œuvres de l'esprit originales dans le cadre de leur travail. La rédaction de documents -parfois publiés-, la conception graphique, la création de visuels ou de slogans, la composition de musique constituent des exemples de création de l'esprit protégés par le droit d'auteur, pour autant qu'il s'agisse bien d'œuvres originales et non de productions strictement techniques. De nombreux employeurs pensent que la rémunération qu'ils attribuent à leurs employés suffit à leur réserver les droits sur ces œuvres créées dans l'exercice du contrat d'emploi. Il n'en est pourtant rien.

Conformément à la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après la « LDA »), le titulaire des droits patrimoniaux sur une œuvre est la **personne physique** qui en est l'auteur. **L'employeur** (personne physique ou personne morale) ne deviendra titulaire de ces droits que s'il bénéficie d'une **cession expresse des droits d'auteur dans le contrat d'emploi ou dans une convention ad hoc**. Ainsi, l'employeur n'est pas *ipso facto* titulaire des droits d'auteur sur les œuvres créées par ses employés. Au contraire, le contrat d'emploi devra prévoir, de manière spécifique, une clause de cession de droits en faveur de l'employeur. Cependant, ce type de clause n'est pas soumis au formalisme rigoureux imposé par la LDA à toute autre cession de droits d'auteur.

En effet, le régime légal relatif au contrat d'emploi en matière de droits d'auteur est un **régime assoupli**, certaines règles du régime général ne s'appliquant pas à ce type de cession. Partant, dans le cadre d'un contrat d'emploi, la clause de cession ne devra pas mentionner chaque mode d'exploitation, ni prévoir la rémunération, l'étendue et la durée de la cession pour chacun de ces modes. En revanche, la clause de cession pourra porter sur des œuvres futures et concerner des formes d'exploitation inconnues.

Il convient toutefois de noter que ce régime assoupli n'est applicable que **pour autant que l'œuvre soit créée en exécution du contrat d'emploi** (art. 3§3 LDA). Il est, par conséquent, indispensable de **définir** clairement, dans le contrat d'emploi, **les fonctions** pour lesquelles l'employé est engagé afin de bénéficier de ce régime. Par ailleurs, si l'employé est chargé, en cours d'exécution du contrat, de nouvelles fonctions sortant du cadre contractuel, il est prudent de compléter le contrat d'un avenant prenant en compte ces nouvelles tâches.

Au vu de ces éléments, nous ne pouvons que vous recommander de prévoir une telle clause de cession de droits d'auteur dès la signature du contrat d'emploi. Les clauses de cession sont bien entendu plus difficiles à négocier lorsque l'employé a déjà commencé à exécuter son contrat. Quant à la fin du contrat d'emploi, il est en général trop tard pour se préoccuper d'une quelconque cession, l'ancien employé ayant une liberté nouvelle lui permettant d'opposer à son ancien employeur des prétentions fondées sur des droits peu contestables.

Nous vous suggérons donc de profiter de la période estivale pour revoir vos contrats d'emploi et mettre ceux-ci au point pour la rentrée!

OLIVIA BATTARD
oba@koan.be

AXEL LEFEBVRE
axl@koan.be



5. ZIJN UW ARBEIDSOVEREENKOMSTEN AANGEPAST VOOR
DE HERVATTING VAN HET JAAR?
DE WETTELIJKE REGELING VAN AUTEURSRECHTEN
IN HET KADER VAN ARBEIDSOVEREENKOMSTEN

Dagelijks worden talloze originele werken gecreëerd door werknemers in het kader van hun professionele werkzaamheden. Werknemers stellen immers documenten op die soms zelfs gepubliceerd worden, zij maken grafische ontwerpen, bedenken logo's en slogans of ze componeren muziek. Het zijn slechts enkele voorbeelden van creatie van auteursrechtelijk beschermde werken. Het moet natuurlijk steeds gaan om originele creaties en niet om puur technische producties. Anderzijds zijn talloze werkgevers van mening dat de vergoeding die zij aan hun werknemers betalen zou volstaan om de rechten te verkrijgen op die werken die in het kader van een arbeidsrelatie zijn gecreëerd. Niets is minder waar.

Volgens de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna de "Auteurswet") moet de **fysieke, natuurlijke persoon** die het werk gecreëerd heeft ook als rechthebbende van vermogensrechten op dat **werk** beschouwd worden. De **werkgever** (natuurlijke of rechtspersoon) kan deze rechten slechts verkrijgen wanneer in de **arbeidsovereenkomst of een specifiek daartoe opgestelde cessieovereenkomst uitdrukkelijk in een overdracht van rechten voorzien wordt**. Bijgevolg zal de werkgever nooit automatisch rechthebbende worden van de vermogensrechten op de door zijn werknemers gecreëerde werken. Wel integendeel zal de arbeidsovereenkomst een specifieke **clausule** moeten bevatten die voorziet in de **overdracht van rechten** in het voordeel van de werkgever. Nochtans worden dit soort clausules niet onderworpen aan de strenge formaliteiten die de Auteurswet oplegt voor andere soorten van overdracht van auteursrechten.

Omdat bepaalde, strenge voorwaarden van de algemene overdrachtsreglementering niet van toepassing zijn op dit soort overdrachten, is de wettelijke regeling voor auteursrechten in arbeidsovereenkomsten bijzonder **soepel**. Vooreerst hoeft het zogenaamde cessiebeding in arbeidsrelaties niet elke wijze van exploitatie en de daarbij horende vergoeding, omvang en duur te bepalen. In tegenstelling tot de algemene regeling mag het cessiebeding in een arbeidskader ook slaan op toekomstige werken en op tot dan toe onbekende exploitatiewijzen.

We willen er evenwel op wijzen dat dit versoepeld regime slechts van toepassing is voor zover het **werk gecreëerd** werd in uitvoering van een arbeidsovereenkomst (art. 3 §3 Auteurswet). Om te kunnen genieten van dit soepel regime is het dan ook absoluut noodzakelijk dat de arbeidsovereenkomst voorzien wordt van een **duidelijke omschrijving** van het **takenpakket** van de werknemer. Wanneer een werknemer in de loop van de tewerkstelling bijkomende functies krijgt die niet in de originele arbeidsovereenkomst omschreven werden, is het verstandig om deze nieuwe functies en taken duidelijk te omschrijven en als bijlage bij de overeenkomst te voegen.

Bijgevolg raden wij u ten zeerste aan om bij ondertekening van de arbeidsovereenkomst een waterdichte clausule van overdracht van auteursrechten bij te voegen. Eenmaal de arbeidsovereenkomst in werking is getreden zullen dergelijke clausules immers moeilijker bespreekbaar zijn. En bij het einde van arbeidsovereenkomst zal het alleszins te laat zijn om enige overdracht van rechten te regelen; de ex-werknemer zal op dat moment niet meer contractueel verbonden zijn en kan deze zich baseren op wettelijk gegarandeerde rechten.

De vakantieperiode lijkt ons dan ook het uitgelezen moment om uw arbeidsovereenkomsten even onder de loop te nemen en de toewijzing van auteursrechten te regelen voor de hervatting van het nieuwe werkjaar!

BART VAN DEN BRANDE
bvdb@koan.be

ANDRIES HOFKENS
aho@koan.be

KOAN MEDIA & TECHNOLOGIES

Agnès MAQUA am@koan.be
Caroline FRANCCQ cf@koan.be
Axel LEFEBVRE axl@koan.be
Bart VAN DEN BRANDE bvdb@koan.be

ARE YOUR CONTACT PERSONS

KOAN LAW FIRM

100 Boulevard du Souverain
BE 1170 Brussels
Tel. +32 (0)2 566 90 00 - Fax +32 (0)2 566 90 10
www.koan.be