

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu de la réunion plénière
du 12 février 2013*

Ministère de la Culture et de la Communication

LISTE DES PARTICIPANTS :

Pierre-François RACINE, conseiller d'État, président

Anne-Élisabeth CRÉDEVILLE, conseiller à la Cour de cassation, vice-présidente

Personnalités qualifiées

Valérie-Laure BENABOU, professeur des universités

Josée-Anne BENAZERAF, avocate à la cour

Jean-Pierre DARDAYROL, ingénieur général des mines

Joëlle FARCHY, professeur des universités

Jean MARTIN, avocat à la cour

Christine MAUGÜÉ, conseiller d'État

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Administrations

Sophie-Justine LIEBER, conseillère en charge du numérique et des droits d'auteur au cabinet de la ministre de la Culture et de la Communication

Jean-François COLLIN, secrétaire général du ministère de la Culture et de la Communication

Jean-Philippe MOCHON, chef du service des affaires juridiques et internationales au ministère de la Culture et de la Communication

Danielle BOURLANGE, directrice générale de l'APIE et représentante du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Blandine BEAUPERE-MANOKHA, représentante de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères

Julie SAINT-PAUL, représentante de la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Jean-Claude BOLOGNE (SGDL), Olivier DA LAGE (SNJ), (Gérard DAVOUST (SACEM), Marie-Anne-FERRY-FALL (ADAGP), Pascal ROGARD (SACD), Hervé RONY (SCAM)

Membres suppléants : Valérie BARTHEZ (SGDL), Olivier BRILLANCEAU (SAIF), Thierry DESURMONT (SACEM), Thierry MAILLARD (ADAGP), Hubert TILLIET (SACD)

Représentants des auteurs et éditeurs de logiciels et bases de données :

Membres titulaires : Bernard LANG (AFUL), Jean-Claude LARUE (SELL)

Représentants des artistes-interprètes :

Membres titulaires : Xavier BLANC (SPEDIDAM), Isabelle FELDMAN (ADAMI)

Membre suppléant : Catherine ALMERAS (SFA)

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membres titulaires : David EL SAYEGH (SNEP), Jérôme ROGER (UPFI)

Membres suppléants : Marc GUEZ (SCPP), Karine COLIN (SPPF)

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Angélique DASCIER (CSDEM),

Membre suppléant : Philippine LEDUC (CEMF)

Représentants des éditeurs de presse :

Membres titulaires : Charles VALLEE (FNPS)

Représentants des éditeurs de livres :

Membres titulaires : Isabelle RAMOND-BAILLY (Editis)

Membres suppléants : Christine DE MAZIERES (SNE), Lore VIALLE-TOURAILLE (SNE)

Représentants des producteurs audiovisuels :

Membres titulaires : Juliette PRISSARD-ELTEJAYE (SPI)

Membre ssuppléants : Benjamin MONTELS (USPA)

Représentants des producteurs de cinéma :

Membres titulaires : Frédéric GOLDSMITH (APC),

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP), Jean-Claude ZYLBERSTEIN (UPF)

Représentants des radiodiffuseurs :

Aucun

Représentants des télédiffuseurs :

Membres titulaires : Pascaline GINESTE (Canal +) (représentée par Séverine FAUTRELLE)

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membres titulaires : Jean-Rémi GRATADOUR (ACSEL), Maxime JAILLET (GESTE)

Membres suppléants : Jean-Frank CAVANAGH (GFII), Giuseppe DE MARTINO (ASIC)

Représentants des fournisseurs d'accès et de service en ligne :

Membre titulaire : Jean-Marie LE GUEN (FFT)

Représentants des consommateurs :

Membres titulaires : Marie-Dominique HEUSSE (ASBU)

Membres suppléants : Alain LEQUEUX (CFPSAA)

Membres excusés :

Brice AMOR (Éditions Gallimard), Alain BAZOT (UFC – Que choisir), Françoise BENHAMOU (professeur des universités), Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN (UPF), Sylvie COURBARIEN (France Télévisions), Christophe DE LA TULLAYE (SPQR), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC), François-Xavier FARASSE (Le bureau de la radio), Sébastien FRAPIER (TF1), Catherine LEBAILLY (USPA), Sylvain NIVARD (CFPSAA), Dominique PANKRATOFF (UNAC), Patrick SERGEANT (SPM), Laurent TARDIF (SNAM-CGT), Jean-Noël TRONC (SACEM).

Assistaient également à la réunion :

Anne LE MORVAN, chef du bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la Culture et de la Communication

David POUCHARD, adjoint au chef du bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la Culture et de la Communication

Samuel BONNAUD-LE ROUX, chargé de mission au bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la Culture et de la Communication et secrétaire du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

ORDRE DU JOUR

I. Ouverture de la séance et adoption du compte-rendu de la séance plénière du 23 octobre 2012

II. Point sur l'actualité nationale, européenne et multilatérale

III. Panorama des jurisprudences récentes intéressant la propriété littéraire et artistique :

- Cour de cassation, par Mme Anne-Elisabeth Crédeville
- Cour de justice de l'Union européenne, par Mme Valérie-Laure Benabou

IV. Présentation des questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne et intéressant la propriété littéraire et artistique, par le ministère des affaires étrangères

V. Présentation des deux rapports remis sur la proposition de directive relative à la gestion collective des droits et à l'octroi de licences sur les droits d'auteur de la musique en ligne : Me Jean Martin et Mme Valérie-Laure Benabou.

VI. Point sur la commission relative au référencement des œuvres de l'esprit ; présidentes Mmes Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy, rapporteur M. Ronan Hardouin

VII. Présentation des missions confiées :

- sur les banques d'images à Mmes Anne-Elisabeth Credeville et Françoise Benhamou
- sur l'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes atteintes d'un handicap visuel à M. Olivier Henrard

VIII. Échanges sur les travaux futurs

IX. Points divers

I°) OUVERTURE DE LA SÉANCE

Le président accueille les membres du Conseil et les informe des changements intervenus dans sa composition depuis la dernière réunion.

En tant que représentante des éditeurs de musique, madame Angélique DASCIER, représentante titulaire de la Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDÉM), remplace madame Caroline FAGET.

En tant que représentante des producteurs audiovisuels, madame Catherine LEBAILLY, représentante titulaire de l'Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA), remplace monsieur Benjamin MONTELS qui devient quant à lui représentant suppléant de l'USPA, en remplacement de Monsieur Jacques PESKINE.

En tant que représentant des éditeurs de services en ligne, monsieur Maxime JAILLET, représentant titulaire du Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE) remplace monsieur Guillaume MONNET.

En tant que représentant des fournisseurs d'accès et de services en ligne, monsieur Jean-Marie LE GUEN, représentant titulaire de la Fédération française des télécoms (FFT), remplace Madame Dahlia KOWNATOR. Il leur souhaite la bienvenue.

Il souligne le profit qu'il a tiré des rencontres qu'il a conduites – et dont certaines restent à organiser – avec les organisations membres du Conseil.

Il invite les membres à formuler d'éventuelles remarques sur le compte-rendu de la séance plénière du 23 octobre.

Monsieur Thierry DESURMONT (SACEM) indique qu'à la page 30, ligne 4, dans la phrase « *quand une société de gestion collective négocie les conditions d'utilisation de son répertoire avec un exploitant, il est normal qu'on se réfère à la valeur économique que l'exploitation représente* », il conviendrait d'écrire « *que cette utilisation représente* ».

Il relève une erreur à la page 31 où il est fait mention du « *marché unique* » en lieu et place de « *guichet unique* ».

Sous réserve de ces corrections à apporter, le compte-rendu est adopté.

Le président passe la parole à monsieur Jean-Philippe MOCHON pour le point sur l'actualité européenne et internationale.

II POINT SUR L'ACTUALITÉ NATIONALE, EUROPÉENNE ET MULTILATÉRALE

Monsieur MOCHON revient sur la démarche initiée par la ministre, en coordination avec douze de ses homologues européens, en adressant un courrier conjoint à Michel BARNIER, Neelie KROES et Androulla VASSILIOU sur les enjeux de l'économie culturelle. Ce courrier, qui témoigne de l'attachement au droit d'auteur comme source de rémunération, a eu une portée réelle auprès de la Commission.

Un débat s'est tenu en décembre dernier dans le cadre d'un collège des Commissaires sur l'avenir de la politique de la Commission en matière de droit d'auteur, le mandat de celle-ci prenant fin au terme de l'année 2014. En toile de fond se profile notamment la question de la réouverture de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la Société de l'information. La Commission a décidé de repousser à 2014 le moment de se prononcer sur l'opportunité de cette réouverture, estimant qu'elle devait continuer à travailler d'ici là dans deux directions, à travers des études juridiques et économiques qu'elle mène actuellement, d'une part, et en lançant l'initiative « Licences pour l'Europe », d'autre part.

Cette initiative a été lancée le 4 février à travers quatre tables rondes : la portabilité des droits et l'accès transfrontière, les contenus générés par les utilisateurs et la problématique des licences en un clic, les institutions patrimoniales du cinéma et le « text and data mining » (exploration ou fouille de texte). Il s'agit d'exercices conduits entre les différents acteurs – ayants droit, exploitants, utilisateurs – et les États membres ne sont pas directement impliqués. Il est très important pour la Commission de savoir dans quelle mesure les acteurs répondent aujourd'hui à ces enjeux.

Les autres dossiers suivent leur cours, notamment la négociation sur la directive relative à la gestion collective. Le ministère travaille avec ses homologues européens à ce stade et est en contact avec Marielle GALLO, rapporteur principal au sein de la commission des affaires juridiques du Parlement européen.

S'agissant des travaux en cours à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), il est fort probable que se réunisse au mois de juin 2013 une conférence diplomatique sur la problématique de l'accès aux œuvres des personnes non-voyantes, en vue de négocier un traité sur le sujet. Le Conseil de l'Union européenne a donné un mandat à la Commission pour négocier. Au plan technique, un comité technique se réunira prochainement pour faire avancer le travail sur

ce texte difficile. Une mission du CSPLA est appelée à étudier le sujet.

Le président remercie monsieur MOCHON et rappelle qu'il y a eu un échange de correspondance entre madame Sylvie HUBAC, alors présidente du CSPLA et la HADOPI. Il a rencontré il y a peu Jacques TOUBON, en présence de Marie-Françoise MARAIS, qui lui a présenté l'étude de la HADOPI sur les exceptions au droit d'auteur, bâtie sur les réponses au questionnaire qui avait été élaboré l'année dernière. La HADOPI organise le 19 avril prochain un colloque international sur le thème des exceptions.

Il transmet la parole à mesdames Anne-Élisabeth CREDEVILLE et Valérie-Laure BENABOU, à qui il a demandé de faire à chaque séance plénière du CSPLA un point sur les jurisprudences les plus récentes de la Cour de cassation ou des juridictions européennes et internationales intervenues depuis la dernière réunion. Le Conseil bénéficie également de la présence d'une représentante du ministère des Affaires étrangères pour une présentation également régulière des affaires pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et concernant la propriété littéraire et artistique.

III- PANORAMA DES JURISPRUDENCES RÉCENTES INTÉRESSANT LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Madame CREDEVILLE rappelle d'abord que la première Chambre civile de la Cour de cassation a posé le 5 avril 2012 une question préjudicielle à la CJUE sur une question de compétence. Le développement du commerce électronique a poussé la doctrine et la jurisprudence à s'interroger sur les critères de détermination de la compétence des juridictions en matière de cyberdélit.

Pour déterminer la juridiction du lieu du fait dommageable, lorsque le délit est commis *via* le réseau Internet, deux critères sont envisageables. Le premier est celui de l'accessibilité : dès lors qu'un contenu mis en ligne est accessible sur le territoire d'un État, les juridictions nationales sont compétentes pour connaître du litige même si, sur le fond, elles ne pourront indemniser que les dommages subis dans cet État. Le deuxième critère est celui de la focalisation : la compétence des juridictions nationales suppose, outre l'accessibilité du site en cause, un lien de rattachement particulier avec le public de l'État concerné. Ces deux critères ont été abordés par la CJUE dans des décisions récentes qui ont tranché en faveur de la première thèse : le titulaire peut opposer ses droits de propriété intellectuelle dès lors que les produits protégés par une marque font l'objet d'une offre à la vente sur une plateforme de vente en ligne destinée aux consommateurs situés sur le territoire couvert par la dite marque.

Compte tenu de ces évolutions, la première Chambre a posé la question préjudicielle suivante :

1°) L'article 5.2. du règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit-il être interprété en ce sens qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur commise au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté d'introduire une action en responsabilité devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été à l'effet d'obtenir réparation du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie, ou bien faut-il en outre que ces contenus soient ou aient été destinés au public situé sur le territoire de cet État membre ou bien qu'un autre lien de rattachement soit caractérisé ?

2°) La question ainsi posée doit-elle recevoir la même réponse lorsque l'atteinte alléguée aux

droits patrimoniaux d'auteur résulte non pas de la mise en ligne d'un contenu dématérialisé mais, comme en l'espèce, de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant ce contenu ?

Madame CREDEVILLE revient ensuite sur les différents arrêts rendus par la Cour de cassation le 12 juillet 2012.

Dans la première espèce, lors du festival du film de Marrakech, un photographe a pris des clichés de Patrick BRUEL, qui ont été commercialisés par la société H&K avant que l'un d'eux ne soit utilisé sans autorisation par le site Aufeminin.com et repris par le moteur de recherche Google images. Le photographe et la société H&K ont alors assigné en référé les sociétés Aufeminin.com et Google, la photographie étant demeurée accessible sur leurs sites respectifs, aux fins de voir constatée la contrefaçon et obtenir la suppression de la photographie et réparation du préjudice subi. Le tribunal a ordonné la suppression de la photographie, puis la cour d'appel a considéré que la société avait engagé sa responsabilité pour avoir porté atteinte aux droits patrimoniaux et moraux du photographe.

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la Cour de cassation a énoncé que la notion d'inclusion fortuite dans un autre produit contenue dans les dispositions invoquées de la directive 2001/29 doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté, ce qui n'était pas le cas de la reproduction de la photographie sous forme de vignette, et non par rapport à une activité de prestation de services. La responsabilité des sociétés Google a été retenue pour avoir manqué à leurs obligations de retirer les images contrefaisantes aussitôt après avoir reçu notification de ses droits par l'auteur.

L'arrêt a fondé l'atteinte portée aux droits moraux de l'auteur par les sociétés Google sur l'absence de mention de son nom dans la réduction de la photographie sous forme de vignette.

La responsabilité de l'hébergeur était également un moyen invoqué dans cette affaire. Pour refuser aux sociétés Aufeminin.com et Google le bénéfice des dispositions de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 et leur faire interdiction de poursuivre les agissements incriminés sous astreinte, l'arrêt de la cour d'appel avait retenu que, dûment informées des droits du photographe, elles n'ont pas pris les mesures utiles de nature à prévenir de nouvelles mises en ligne de la photographie litigieuse et qu'il importait peu que cette photographie soit accessible à partir d'une adresse différente de celle portée dans un constat dès lors qu'il incombait au prestataire d'un service d'hébergement ayant reçu notification de l'œuvre à laquelle il est porté atteinte et des droits de propriété intellectuelle qui la protègent, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher qu'elle soit à nouveau mise en ligne.

La Cour de cassation a estimé « *qu'en se prononçant ainsi, quand la prévention et l'interdiction imposées à la société Aufeminin.com, en tant qu'hébergeur, et aux sociétés Google, en tant que prestataires de services de référencement, pour empêcher toute nouvelle mise en ligne de l'image contrefaisante, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des reproductions illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées* ».

Un autre arrêt rendu le 12 juillet 2012 concerne des documentaires produits par les sociétés The Factory et Canal + et qui étaient accessibles gratuitement et dans leur intégralité, en *streaming* et en téléchargement, sur le site vidéo Google.fr. Un constat a été dressé à la demande de la société Packfilm, chargée de la distribution du documentaire, à l'appui duquel la cessation de la diffusion a été demandée.

La Cour de cassation a considéré que le fait pour un hébergeur d'offrir à l'internaute, au-delà de la mise en œuvre d'une simple fonctionnalité technique, la possibilité à partir des liens vers d'autres sites de visionner un film sur son propre site sans l'autorisation des titulaires de droits constitue une contrefaçon.

Une troisième décision rendue le même jour avait pour point de départ le constat effectué par huissier à la demande du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) et suivant lequel la fonctionnalité Google suggestions associait systématiquement les mots-clés « torrent », « megaupload » ou « rapidshare » à la saisie de requêtes portant sur les noms d'artistes ou de titres de musique. Le SNEP a assigné les sociétés Google afin que soient supprimés les termes associés et que leur association soit interdite.

Deux questions étaient posées à la Cour de cassation. D'abord, l'orientation systématique des internautes à l'aide de la suggestion de mots-clés vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes-interprètes ou des producteurs porte-t-il atteinte au droit d'auteur ? Deuxièmement, la suppression d'une suggestion est-t-elle une mesure permettant de contribuer à la cessation de l'atteinte en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux ?

La Cour a répondu que viole les dispositions des articles L. 335-4 et L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle l'arrêt de la cour d'appel qui rejette une demande tendant à la suppression de termes supplémentaires suggérés aux internautes par un prestataire de services de la société de l'information et orientant leurs recherches vers des sites permettant le téléchargement d'enregistrements sans l'autorisation des artistes-interprètes concernés aux motifs que la suggestion automatique de ces sites, qui ne sont pas en eux-mêmes illégaux, ne constitue pas par elle-même une atteinte aux droits d'auteur ou droits voisins ; que le prestataire de services ne peut être tenu pour responsable du contenu éventuellement illicite des fichiers échangés sur le site incriminé ni des actes des internautes recourant au moteur de recherche et que la suppression des termes litigieux rendrait simplement moins facile la recherche de ces sites pour les internautes et ne serait pas de nature à empêcher le téléchargement illégal de phonogrammes ou d'œuvres protégés. Au contraire, selon la Cour de cassation, ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits d'auteur ou droits voisins et les mesures sollicitées, même s'il n'y a pas lieu d'en attendre une efficacité totale, tendent à prévenir ou à faire cesser cette atteinte en supprimant l'association automatique de mots-clés et en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux.

On notera par ailleurs qu'une autre décision relative à la société Google et les recherches associées en matière de droit de la presse sera rendue le 19 février 2013¹.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt relatif au licenciement d'un pensionnaire de la Comédie française qui a saisi le conseil des prud'hommes pour obtenir des dommages et intérêts, consécutifs à des communications au public non autorisées de ses prestations pour un film. La Cour de cassation a estimé que le producteur audiovisuel est celui qui a l'initiative et la responsabilité de l'œuvre, mais que la Comédie française ne pouvait être regardée comme ayant la qualité de producteur des œuvres en cause, s'appuyant sur la volonté des parties telle qu'exprimée par contrat.

La Chambre criminelle s'est prononcée, quant à elle, en matière de contrefaçon le 25 septembre 2012 : « *tout service de communication au public en ligne d'œuvres protégées sans avoir obtenu les autorisations requises et toute mise à disposition d'un logiciel ayant cette finalité entre dans les prévisions des articles L. 335-4 et L. 335-2-1 du code de la propriété intellectuelle.*

¹ http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/195_19_25486.html. Un particulier avait assigné les sociétés Google Inc. Et Google France du chef de diffamation à la suite de l'apparition, lors de la saisie des termes sur le service « Google Suggest » : « pierre X. [nom tronqué] » ou « pierre X. » des mots ou propositions de requêtes, dans la rubrique « recherches associées » : « Pierre X. viol, Pierre X. condamné, Pierre X. sataniste, Pierre X. prison, Pierre X. violeur ». Son action fut rejetée par les juges d'appel. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en estimant que « la cour d'appel a retenu à bon droit que les critères de prudence dans l'expression et de sérieux de l'enquête se trouvaient réunis au regard d'un procédé de recherche dont la fonctionnalité se bornait à renvoyer à des commentaires d'un dossier judiciaire publiquement débattu ».

L'hébergeur ne peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pénale prévue par l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 s'il avait effectivement connaissance de l'activité illicite ou si dès le moment où il en a eu connaissance il n'a pas agi promptement pour retirer les informations stockées ou en rendre l'accès indisponible ».

Enfin, le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 15 janvier 2013 qui répondait à une question prioritaire de constitutionnalité dont il avait été saisi le 17 octobre 2012 par la Cour de cassation. Cette question était posée par la Société SFR au sujet de l'article 6 de la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

Cet article, qui tire les conséquences de l'annulation par le Conseil d'État le 17 juin 2011 de la décision de la commission « copie privée », valide des rémunérations perçues en application de cette décision au titre des supports autres que ceux acquis notamment à des fins professionnelles. Les rémunérations validées sont celles ayant fait l'objet d'une action contentieuse introduite avant le 18 juin 2011 et n'ayant pas donné lieu à une décision de justice passée en autorité de la chose jugée.

Le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence constante relative aux lois de validation qui doivent notamment poursuivre un but d'intérêt général suffisant. En l'espèce, la validation visait à limiter, pour les instances en cours, la portée de l'annulation prononcée par le Conseil d'État afin d'éviter qu'elle ne prive les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins de la compensation attribuée au titre de supports autres que ceux acquis notamment à des fins professionnelles et dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée.

Le Conseil constitutionnel a jugé que de tels motifs financiers à l'occasion d'instances portant sur des sommes dont l'importance ne peut être établie ne peuvent être regardés comme suffisants pour justifier une telle atteinte aux droits des personnes qui avaient engagé des procédures contentieuses avant la date de la décision du Conseil d'État. Il a donc jugé contraire à la Constitution le paragraphe II de l'article 6 de la loi du 20 décembre 2011.

Le président remercie madame CREDEVILLE et passe la parole à madame Valérie-Laure BENABOU.

Madame BENABOU remercie le président et souligne pour commencer l'abondance de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). 14 décisions ont été rendues en

2012 en matière de droit d'auteur, de droits voisins et de droit *sui generis* du producteur de bases de données, et le nombre de questions préjudicielles actuellement pendantes montre que ce mouvement n'est pas en train de faiblir.

Deux décisions qui concernent les principes généraux s'appliquant à la propriété intellectuelle ont été rendues en 2012.

Un arrêt du 22 janvier 2013 de la CJUE dans l'affaire « Sky Österreich », C-283/11, a été rendu à propos de l'application de la Charte des droits fondamentaux aux droits de propriété intellectuelle. Il ne s'agissait pas d'une question en interprétation mais en appréciation de validité : la Cour de justice devait se prononcer sur la conformité de l'article 15 paragraphe 6 de la directive 2010/13 « Services de médias audiovisuels » aux articles 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux ainsi qu'à l'article 1^{er} du protocole additionnel. Cet article 15 prévoit le droit pour tout organisme de radiodiffusion télévisuelle de bénéficier, pour la réalisation de brefs reportages d'actualité, d'un accès à des événements présentant un grand intérêt pour le public qui font l'objet d'une transmission exclusive.

Il s'agissait en l'espèce de l'Europa League, événement très coûteux en termes d'acquisition des droits et dont les extraits étaient facturés, en application du texte autrichien, à 700 € la minute. L'organisme ayant acquis les droits sur cet événement considérait l'article 15 de la directive 2010/13 comme spoliateur de son droit de propriété. La question fut donc posée de savoir si cette situation était constitutive d'une expropriation indue du propriétaire du droit exclusif sur la retransmission de l'événement sportif.

Dans son arrêt, la Cour de justice considère qu'une rivalité est instaurée par le texte de la directive et que par conséquent on ne peut pas considérer qu'il y a un droit acquis de la part de l'organisme de radiodiffusion qui s'apparenterait à un droit exclusif. On disqualifie en quelque sorte le droit exclusif sur le périmètre de ces usages. Partant, l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux ne s'applique pas. D'autres éléments importants concernent l'articulation du droit exclusif et de la liberté contractuelle, puisqu'il existe ici en quelque sorte un tarif forcé de par la loi. La Cour de justice considère qu'au travers d'un test de proportionnalité, il n'y a pas de violation de cette liberté d'entreprendre du titulaire de droits en raison des obligations qui pèsent sur lui par le texte.

Cette décision amène à s'interroger sur son éventuelle extension aux exceptions de la directive 2001/29. Il est vrai qu'ici un droit d'accès est organisé de façon positive sans être formulé

en termes d'exception, mais la question pourrait se poser de savoir si dans l'espace aménagé par les textes sur les exceptions aux droits d'auteur et aux droits voisins, le titulaire peut arguer d'un droit exclusif et contractualiser ou non cet usage.

Une décision du 12 juillet 2012, dans une affaire « Compass-Datenbank », C-138/11, concernait l'application ou non du droit de la concurrence au titulaire d'une base de données exerçant son droit *sui generis* dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Il s'agissait d'une base de données de registre du commerce et des sociétés, qui a été développée en Autriche, et à laquelle l'entreprise Compass demandait un accès pour réaliser son annuaire. La loi autrichienne organisait l'accès à travers toute une série de conditions, que l'entreprise requérante contestait du point de vue de l'abus de position dominante. Pour que ce dernier soit reconnu, il faut que l'opérateur soit dans une situation où il exerce une activité économique. La question posée était donc de savoir si l'opérateur public gestionnaire de la base, en conditionnant l'accès à la base de données à certaines conditions, exerce une activité économique. La CJUE a considéré que tel n'était pas le cas, le fait d'exercer un droit exclusif n'est pas en soit constitutif d'une activité économique, encore faut-il que le contexte dans lequel intervient cet exercice participe d'une activité économique.

Plusieurs décisions ont été rendues concernant les conditions de la protection, notamment sur la notion d'originalité, notamment la décision de la 3^e Chambre du 1^{er} mars 2012 « Football Dataco I », C-604/10, sur l'originalité des bases de données et la décision du 2 mai 2012 dans une affaire « SAS Institute c/ World Programming », C-406/10, sur les questions d'originalité du logiciel et du manuel d'utilisation qui l'accompagne.

Ces deux décisions réaffirment l'application du critère d'originalité tel qu'il est dégagé de plus en plus par la Cour de justice, qui en opère une subjectivation croissante. À partir de l'idée de « création intellectuelle propre », qui figure dans les directives d'harmonisation et qui a été érigé en critère autonome de droit de l'Union applicable à l'ensemble des œuvres de l'esprit par l'arrêt « Infopaq », ces deux décisions étayaient ce critère et considèrent que l'originalité doit se traduire par une liberté créatrice traduisant la touche personnelle du créateur. Ceci intervient étonnamment dans des domaines où les œuvres sont très techniques, puisqu'il s'agit de bases de données et de logiciels.

Par ailleurs, dans l'arrêt « Football Dataco I », la Cour relève qu'un État membre n'est pas habilité à protéger une base de données par le droit d'auteur en vertu d'autres critères et détermine

donc que les harmonisations réalisées par les directives sont maximales. Ce faisant, la Cour de justice rogne la compétence des États membres à intervenir dans les domaines qui sont habituellement les leurs.

La décision du 9 février 2012 dans l'affaire « Luksan », C-277/10, était relative à la titularité du réalisateur principal en tant qu'auteur d'un film et concernait également le bénéfice de la rémunération pour copie privée que cet auteur peut revendiquer.

Deux décisions rendues le 15 mars 2012, dans les affaires « Del Corso », C-135/10, et « Phonographic Performance Limited », C-162/10, avaient trait à la notion de communication au public, à propos de la diffusion de phonogrammes dans un cabinet dentaire, d'une part, et dans un hôtel, d'autre part.

L'arrêt « Usedsoft » du 3 juillet 2012, C-128/11, rendu en Grande chambre, concernait le droit de distribution du logiciel et la question de l'épuisement éventuel de ce droit dans une opération de téléchargement. La Cour de justice a considéré que la concession d'une licence d'utilisation de logiciel à durée illimitée assortie d'un acte de téléchargement constitue une vente de la copie du logiciel qui autorise l'acquéreur, en vertu du principe de l'épuisement des droits, à la revendre. Il s'agit d'un bouleversement jurisprudentiel puisqu'on retient traditionnellement que le droit de distribution s'applique à la distribution classique de supports matériels. La distribution physique et la distribution immatérielle sont ici assimilées, de sorte que le mécanisme d'épuisement des droits a lieu de s'appliquer dans le numérique.

L'arrêt appelle néanmoins certaines réserves, tenant notamment au fait que l'épuisement des droits pourrait ne s'appliquer qu'à l'hypothèse d'une distribution dématérialisée d'une œuvre logicielle, à l'exclusion de celle des autres types d'œuvres. Cette décision soulève néanmoins la question de l'apparition d'un marché de l'occasion numérique, bien que certaines précautions soient adoptées. L'épuisement n'intervient que si l'acquéreur initial a détruit la copie d'origine au moment du transfert au sous-acquéreur et, en cas de licence multi-postes, le licencié ne peut procéder à la scission de la licence pour aliéner une des copies utilisées par la licence, ce qui limite le jeu de l'épuisement.

L'ordonnance « Infopaq II » du 17 janvier 2012, C-302/10, a été rendue à propos des exceptions, notamment de l'exception de reproduction provisoire et transitoire, et du triple test.

L'arrêt « Sabam c/ Netlog » du 16 janvier 2012, C-360/10, insiste sur la responsabilité des intermédiaires techniques et les conditions dans lesquelles on peut demander un filtrage.

La décision « Football Dataco II » du 18 octobre 2012 traitait de questions de droit

international privé, relatives notamment à la compétence juridictionnelle et à la localisation de l'acte de réutilisation de données issues d'une base couverte par un droit *sui generis*. Il était question en l'espèce de l'extraction d'une partie d'une base de données localisée dans un État membre pour être réutilisée dans un autre. La question posée était de savoir s'il y a réutilisation des données extraites, et sur quel territoire, et si la juridiction saisie, en l'occurrence anglaise, était compétente, alors que l'extraction est intervenue initialement sur le territoire allemand.

Il existe une jurisprudence abondante de la CJUE sur la compétence juridictionnelle ; le critère de l'accessibilité est en général récusé par la CJUE, qui s'oriente plutôt sur la théorie de la focalisation. La jurisprudence « Olivier Martinez » en matière de protection de la vie privée avait laissé penser qu'un autre critère était possible, avec la notion de centre des intérêts de la victime qui permettait une action en justice facilitée. La Cour de justice n'adopte pas cette option et réitère cependant ici le critère du faisceau d'indices, utilisé dans la théorie de la focalisation. Il était question ici non de droit d'auteur mais de l'extraction d'une base de données ; on peut se demander si on peut étendre cette solution *mutatis mutandis* aux droits d'auteur.

La différence qui pourrait justifier des solutions différentes tient, selon madame BENABOU, au fait qu'en matière de marques, la communication de l'information portant la marque est préalable à une autre opération dont la localisation peut se faire de façon différée par une acquisition de biens. Alors que lorsqu'on est dans un acte de représentation de l'œuvre, cette représentation vaut « consommation », de sorte qu'il n'y a pas d'autre critère de rattachement subséquent qui pourrait être dégagé.

Le président remercie madame BENABOU et confie la parole à madame Blandine BEAUPERE-MANOKHA, représentante de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères.

Madame BEAUPERE-MANOKHA présente les affaires préjudicielles actuellement pendantes en matière de propriété littéraire et artistique dans lesquelles le gouvernement français est intervenu. Elles concernent deux thématiques : d'une part, la rémunération pour copie privée, d'autre part, la notion de communication au public au sens de la directive 2001/29.

Elle rappelle que la procédure préjudicielle est une procédure de juge à juge, qui permet aux juridictions des États membres de saisir la Cour de justice – voire les y oblige, lorsqu'il s'agit de juridictions suprêmes – lorsqu'elles se posent des questions en matière d'interprétation ou de

validité des actes de l'Union.

La procédure préjudicielle a pris avec le temps de plus en plus de place dans le contentieux communautaire, et si la France intervenait encore très peu dans les affaires préjudicielles dans les années 80, elle fait aujourd'hui partie des États qui interviennent le plus devant la Cour de justice. Ceci est dû, d'une part, au fait que les juridictions françaises posent de plus en plus de questions préjudicielles et que le gouvernement français choisit d'intervenir systématiquement quand les questions sont posées par des juridictions françaises et, d'autre part, au fait que le gouvernement français intervient de plus en plus fréquemment dans les questions préjudicielles posées par les juridictions des autres États membres.

La France est ainsi actuellement présente dans 54 affaires préjudicielles pendantes (16 françaises et 38 étrangères), sur un total de 543 affaires préjudicielles pendantes devant la Cour. La direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères assure seule la représentation de la France devant les juridictions communautaires, se chargeant de rédiger les observations écrites déposées devant la Cour et d'y prononcer les plaidoiries.

La décision d'intervenir dans une affaire préjudicielle est toutefois le fruit d'un travail interministériel approfondi, conduit sous l'égide du Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE), en lien avec la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères.

Ce qui motive l'intervention est au premier chef l'incidence que l'arrêt de la Cour de justice sera susceptible d'avoir sur notre législation nationale, car il est fréquent qu'un arrêt préjudiciel nous oblige à modifier notre droit, ou le fait que l'affaire en cause pose une question de principe, donnant à la France l'occasion de tenter d'influencer la Cour de justice dans le sens de sa conception du droit.

En matière de propriété littéraire et artistique, la France est intervenue dans la plupart des affaires récentes posant des questions de principe: les affaires préjudicielles britanniques C-403/08 et C-429/08, *The Football association Premier League e.a.*, en matière de radiodiffusion, et l'affaire préjudicielle allemande C-128/11, *UsedSoft*, concernant l'épuisement du droit de distribution en cas de téléchargement d'un programme d'ordinateur au moyen d'Internet. Un peu auparavant, elle est notamment intervenue dans les affaires préjudicielles espagnoles C-467/08, *Padawan*, sur la rémunération pour copie privée, et C-306/05, SGAE, sur la notion de communication au public.

Actuellement, la France est présente dans quatre affaires préjudicielles en matière de propriété littéraire et artistique. Les deux premières concernent la rémunération pour copie privée : il s'agit des affaires C-521/11, *Amazon International Sales e.a.*, et C-463/12, *Copydan Bandkopi*. Deux

autres concernent la notion de communication au public au sens de la directive 2001/29/CE : il s'agit des affaires C-607/11, *ITV Broadcasting* et C-466/12, *Svensson e.a.*

S'agissant de la rémunération pour copie privée, la directive 2001/29 permet aux États membres de prévoir une exception au droit d'auteur pour la réalisation de copies privées mais les oblige dans ce cas à prévoir une compensation dite « équitable » pour les auteurs. Cependant, cette directive dit très peu de choses des modalités que doit revêtir cette compensation, l'essentiel figurant dans de simples considérants de la directive. Ainsi, des systèmes très différents coexistent dans les différents États membres, de sorte que les interprétations données par la Cour de justice dans le cadre des affaires préjudicielles revêtent une importance particulière.

L'arrêt rendu le 21 octobre 2010 dans l'affaire espagnole *Padawan*, dans laquelle le gouvernement français était intervenu, a obligé la France à revoir son système, en excluant de la rémunération pour copie privée les supports destinés à un usage exclusivement professionnel.

L'affaire C-521/11, *Amazon.com International Sales e.a.* s'inscrit directement dans la suite de l'affaire *Padawan*. Elle pose notamment la question de savoir si l'exclusion des usages professionnels de la compensation équitable implique que la compensation équitable ne peut être appliquée qu'aux personnes physiques. En outre, elle pose la question de savoir s'il est compatible avec la directive 2001/29 que la compensation équitable perçue par une société de gestion collective soit reversée pour moitié non pas directement aux ayants droit, mais à des établissements sociaux et culturels. Enfin, elle pose la question de savoir si la directive 2001/29 s'oppose à ce qu'une société de gestion collective exige le paiement de la compensation équitable lorsque la mise en circulation des supports d'enregistrement a déjà donné lieu au paiement d'une rémunération appropriée dans un autre État membre.

Dans ses observations, le gouvernement français a défendu une interprétation de l'arrêt *Padawan* selon laquelle cet arrêt n'implique pas que la compensation équitable ne pourrait être exercée qu'auprès des personnes physiques. Le gouvernement français a soutenu que cet arrêt se bornait à obliger les États membres à prévoir un mécanisme d'exonération et/ou remboursement de la compensation équitable quand des supports sont utilisés à des fins autres que de copie privée.

Par ailleurs, le gouvernement français a soutenu que la directive 2001/29 laisse aux États membres une marge d'appréciation pour prévoir soit un mécanisme d'exonération, soit un mécanisme de remboursement de la redevance pour copie privée, sachant que les États membres sont, en vertu de la jurisprudence de la Cour, soumis à une obligation de résultat en ce qui concerne l'effectivité de la perception de la compensation équitable (arrêt du 16 juin 2011, *Stichting de*

Thuiskopie, C-462/12, point 34).

De la même manière, le gouvernement français a soutenu que la directive 2001/29 laisse aux États membres une large marge d'appréciation pour décider de l'affectation du produit de la compensation équitable.

Enfin, le gouvernement français a soutenu que la circonstance qu'une redevance ait déjà été acquittée dans un autre État membre est sans incidence sur l'obligation pour l'État membre dans lequel sont fournis des supports d'enregistrement de percevoir lui-même le montant de la redevance pour copie privée, en dédommagement du préjudice subi par les ayants droit sur le territoire de cet État membre. Les conclusions de l'avocat général dans cette affaire seront présentées le 7 mars prochain, et l'arrêt devrait suivre environ 3 mois plus tard.

La seconde affaire pendante concernant la copie privée, dans laquelle le gouvernement français est sur le point de déposer des observations écrites, est l'affaire C-463/12, Copydan Bandkopi. Il s'agit d'une affaire préjudicielle danoise, qui concerne l'application de la redevance pour copie privée à la vente de cartes mémoire pour téléphones mobiles. La juridiction de renvoi a profité de ce litige pour poser un grand nombre de questions à la Cour de justice, qui balayent presque tous les sujets relatifs à la rémunération pour copie privée.

La première concerne les sources et les supports qu'il est possible de prendre en compte pour appliquer la compensation pour copie privée, et, en particulier, s'il est possible de prendre en compte des fichiers qui ont déjà donné lieu au paiement d'une redevance au titulaire de droit, s'il est possible de prendre en compte des supports faisant l'objet de mesures techniques de protection, s'il est possible de prendre en compte des fichiers téléchargés illégalement et s'il est possible de prendre en compte des supports appartenant à un tiers.

La deuxième question porte plus précisément sur la manière dont les États membres doivent tenir compte de la possibilité d'utiliser des mesures techniques efficaces dans leur législation sur la compensation équitable. Elle fait écho à une question similaire déjà posée dans une autre affaire préjudicielle pendante, VG Wort (affaires C-457/11 à C-460/11), dans laquelle certains États membres ont défendu que la simple possibilité d'utiliser des mesures techniques empêchant la copie privée prive les États membres de la possibilité d'appliquer la redevance pour copie privée, quand bien même de telles mesures ne seraient pas utilisées. Le gouvernement français interviendra donc pour réfuter une telle position, qui a également été rejetée par l'avocat général Mme Sharpston dans ses conclusions présentées le 24 janvier dernier dans cette affaire.

La troisième question porte sur l'interprétation du 35^{ème} considérant de la directive 2001/29,

qui prévoit que « *Certains cas où le préjudice du titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement* ». La juridiction de renvoi demande s'il faut exclure de la compensation équitable les supports qui ne sont utilisés qu'à titre résiduel pour la copie privée. La quatrième question, qui est très proche, porte également sur la possibilité d'appliquer la redevance pour copie privée aux équipements dont la fonction principale n'est pas la copie privée.

Là aussi, le gouvernement français défendra une approche large du champ d'application de cette redevance, rappelant que, dans son arrêt *Padawan*, la Cour de justice a admis que la simple possibilité d'effectuer des copies privées à partir d'un équipement donné permettait de lui appliquer la redevance pour copie privée, sauf dans le cas où il ne peut y avoir présomption d'usage à titre privé.

Une cinquième question, à laquelle le gouvernement français ne répondra pas, porte sur la possibilité d'appliquer la redevance pour copie privée à certains équipements alors que d'autres, qui sont plus massivement utilisés à des fins de copie privée, n'y sont pas soumis.

Enfin, une sixième question porte à nouveau sur les modalités possibles d'exonération et/ou remboursement en cas de vente à des professionnels.

Deux autres questions préjudicielles portent sur la notion de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29. La première affaire, *C-607/11, ITV Broadcasting*, porte pour l'essentiel sur la question de savoir si, lorsque des auteurs ont autorisé la diffusion de leurs œuvres pour une radiodiffusion terrestre gratuite destinée à être reçue sur le territoire d'un État membre, le fait pour un autre organisme de radiodiffusion de fournir un service sur Internet par lequel des abonnés peuvent recevoir le contenu de cette radiodiffusion au moyen d'un flux Internet constitue une communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29, ce qui implique qu'elle doit être autorisée par les titulaires de droit.

Dans ses observations, le gouvernement français s'est appuyé notamment sur la distinction opérée par la Cour de justice dans ses arrêts *SGAE* et *Football Association Premier League* entre un simple moyen technique permettant d'améliorer la réception d'un signal et la fourniture parallèle de ce signal. Dans cette affaire, l'organisme de radiodiffusion intervient en connaissance de cause afin de donner accès à l'œuvre selon un mode de réception différent de celui envisagé dans le cadre de l'émission d'origine. Il réalise donc un acte de communication au public.

La seconde affaire pendante concernant la notion de communication au public est l'affaire préjudicielle suédoise *C-466/12, Svensson e.a.*, qui fait directement écho aux discussions récentes

entre le gouvernement et Google. En effet, dans le litige au principal, des journalistes suédois ont formé un recours contre un site de référencement fournissant des liens hypertexte conduisant vers leurs articles en estimant que la communication de leurs articles par le biais de ces liens devrait leur ouvrir un droit à rémunération.

La juridiction suédoise interroge donc la Cour de justice pour savoir si la fourniture de liens hypertexte permettant un accès à une œuvre constitue un acte de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29 et si, à cet égard, il faut prendre en compte le fait que les articles ont été initialement publiés sur Internet avec l'autorisation du titulaire du droit sur un site ouvert à tous.

La question se pose donc de savoir comment la Cour de justice va transposer sa jurisprudence en matière de radiodiffusion aux publications sur Internet et si elle va reconnaître que la fourniture d'un lien hypertexte qui, à la différence d'une simple référence dans un livre, permet un accès direct à l'œuvre, constitue un acte de communication au public.

En particulier, on peut se demander comment la Cour va appliquer le critère de « public nouveau » qu'elle avait dégagé en matière de radiodiffusion. Va-t-elle considérer que le public qui accède aux articles via des liens hypertexte constitue un public nouveau par rapport au public des internautes qui accède aux articles sur le site de presse où la publication a été autorisée par leur auteur ?

Dans ses observations écrites, le gouvernement français a choisi de distinguer entre deux types de liens. D'une part, le gouvernement français a soutenu qu'il y avait nécessairement acte de communication au public quand le site fournissant les liens ne se contente pas de renvoyer vers le site de presse mais qu'il s'approprie le contenu publié sur ce site soit en le reproduisant sur son propre site, soit en permettant l'ouverture d'un fichier contenant directement les articles publiés sur ce site. D'autre part, le gouvernement français a soutenu que lorsque le site fournissant les liens renvoie vers le site de presse où la publication de l'article a été autorisée, il n'est pas non plus exclu qu'il y ait acte de communication au public. Il convient alors d'apprécier s'il y a acte de communication au public en fonction d'un certain nombre de critères, parmi lesquels figure le caractère lucratif ou non du site fournissant les liens.

Enfin, la juridiction de renvoi pose une question de principe qui concerne la possibilité pour les États membres de protéger plus amplement le droit d'auteur que ne le prévoit la directive 2001/29.

Le gouvernement français a répondu positivement à cette question, en faisant valoir

notamment que si la directive 2001/29 définit de manière exhaustive les limites et exceptions à l'application du droit d'auteur, en revanche, elle n'empêche pas les États membres de prévoir pour les auteurs une protection plus large que celle prévue par la directive. Il est loin d'être certain, toutefois, que la Cour de justice suive ce raisonnement.

Le président remercie vivement madame BEAUPERE-MANOKHA pour sa remarquable contribution et invite maître Jean MARTIN et madame BENABOU à présenter leurs rapports respectifs sur la proposition de directive relative à la gestion collective.

*PRÉSENTATION DES DEUX RAPPORTS SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE
RELATIVE À LA GESTION COLLECTIVE*

Maître MARTIN remercie monsieur Samuel BONNAUD-LE ROUX, rapporteur de la mission, pour son concours et rappelle le contexte de celle-ci. La proposition de directive avancée par la Commission européenne vise à améliorer la transparence et la gouvernance des sociétés de gestion collective, qui sont des objectifs que le Gouvernement français, les SPRD et la commission de contrôle se sont fixés depuis un certain nombre d'années.

Plusieurs réunions collectives ont été organisées séparément, d'une part, avec les sociétés de gestion collective et, d'autre part, avec les utilisateurs, avant que ne soit engagée une discussion commune. Des entretiens bilatéraux ont également été conduits pour approfondir certains sujets. Le rapport final se veut l'avis d'une personnalité indépendante ayant recueilli largement les analyses des acteurs.

Si les objectifs de la Commission sont incontournables, la démarche entreprise témoigne, à la lumière de l'analyse du texte, de certaines rigidités.

Les principales remarques du rapport ne consistent donc pas à critiquer les objectifs de la Commission, qui sont au contraire approuvés, mais à faire part de réticences sur les modalités de leur mise en œuvre au regard de certains éléments. La diversité des secteurs économiques et des modes de gestion en Europe est difficilement compatible avec la rigidité du texte.

L'optimisation de la gouvernance d'une société peut passer par la définition d'un centre de gravité du pouvoir ou par une balance des pouvoirs, que les membres peuvent exercer dans la transparence.

Il est nécessaire que la Commission, même si elle souhaite un cadre global ferme, laisse une marge de manœuvre aux États pour leur transposition en fonction de la diversité de situations. Le rapport de maître MARTIN vise donc essentiellement à améliorer le texte.

Par exemple, le droit communautaire reconnaît l'existence de la gestion collective volontaire mais aussi de la gestion collective obligatoire. Les fondamentaux économiques et juridiques de ces deux modes de gestion ne sont pas les mêmes. Penser qu'un seul modèle peut s'appliquer à ces deux modèles n'est pas raisonnable : il fallait donc proposer que le texte distingue ces deux modèles.

Un second exemple : pour permettre aux associés d'une société de gestion collective d'exercer leur droit de contrôle sur la gouvernance, la seule solution est-elle de faire élire le gestionnaire par l'assemblée générale ? Il n'existe pas de précédent dans le monde de sociétés où le gestionnaire serait conduit à faire campagne devant tous les associés ; toutes les lois de la démocratie ne peuvent s'appliquer au bon fonctionnement d'une société.

Il a été constaté lors des discussions avec les acteurs que la liberté des apports est importante, mais elle ne doit pas être contre-productive pour l'optimisation de la gestion. Or, la Commission propose une fragmentation quasi-infinie des droits, qui peuvent être apportés à toute société, sur n'importe quel territoire, en tout ou partie. C'est une vision idéale mais peu rationnelle. Les utilisateurs, notamment dans le secteur audiovisuel, ont besoin de lisibilité et d'une possibilité d'acquérir les droits sur une filière d'exploitation et des segments de marché, avec des coûts de transaction réduits au maximum. C'est pourquoi la liberté de l'ayant droit, qui est consacrée dans le texte, doit avoir pour corollaire l'efficacité économique.

L'esprit des recommandations formulées va dans le sens d'une évolution du modèle unique actuel, trop contraignant, vers des propositions de modèles multiples, tout en restant dans le cadre des objectifs de la Commission.

Le président remercie maître MARTIN et invite l'assistance à réagir.

Monsieur Hervé RONY (SCAM) juge le rapport excellent et considère que tout en formulant des critiques, il évite l'écueil de laisser penser que le texte ne doit pas aller jusqu'au bout de sa légitimité politique. Il ne faut pas en effet délégitimer la démarche entreprise par la Commission sous prétexte que le texte est mauvais – ce qu'il est pour le moment, notamment du fait de l'absence de concertation en amont.

Il formule deux remarques sur le contenu du rapport. D'abord, il faut limiter au maximum la question de la possibilité pour un associé d'avoir un pouvoir pour l'assemblée générale, la gestion démocratique d'une SPRD passant par une très grande rigueur en la matière. Ensuite, sur la question de la gestion financière et la capacité des SPRD d'affecter une partie des produits financiers à la gestion, le rapport adopte une formulation un peu alambiquée pour signifier qu'il n'y voit pas d'inconvénient.

Monsieur Thierry DESURMONT (SACEM) félicite maître MARTIN pour ses travaux, dont il partage l'idée générale, à savoir que la directive va trop loin dans le détail et s'avère sur un certain nombre de points inutilement contraignante.

Il soulève plusieurs points du rapport méritant d'être discutés. La recommandation n° 6 suggérant de soumettre à l'application de la directive les entreprises opérant sur le territoire européen même si elles n'y sont pas établies devrait, à l'image de la recommandation n° 7, réserver la nécessité d'une adaptation à raison des caractéristiques particulières des organismes concernés par cette recommandation, afin d'aménager les modalités d'application et éviter d'imposer à des sociétés étrangères de modifier leur gouvernance interne.

Monsieur DESURMONT s'interroge sur l'instance évoquée à la recommandation n° 8 dans la formulation suivante : *« sous le contrôle de l'instance de conciliation interne à la société judiciairement prévue dans la proposition de directive »*.

À la page 17 du rapport, la phrase *« Sous réserve de certaines clarifications, le dispositif ne présente pas la rigidité ou la lourdeur qu'on pourrait lui prêter après une première analyse »* n'est pas très conforme à l'esprit du rapport, selon monsieur DESURMONT, qui insiste justement sur la nécessité de donner plus de flexibilité aux sociétés de gestion collective.

À la page 19, s'agissant des conditions de nomination des dirigeants, dont la directive prévoit que c'est l'assemblée générale qui détient ce pouvoir mais a la possibilité de le déléguer, cela devrait figurer dans le point précédent, 6.1.12. Le rapport n'a pas en revanche abordé la question de la rémunération des dirigeants. Sur cette question, contrairement à la nomination et à la révocation des dirigeants, la directive ne permet de délégation, ni au conseil de surveillance ni au conseil d'administration. Il est très regrettable que la proposition de directive prévoie que la rémunération des dirigeants des sociétés de gestion collective doit nécessairement être fixée par l'assemblée.

Monsieur DESURMONT considère que la proposition de directive va trop loin sur les questions de gestion financière et trouve le rapport de maître MARTIN très tolérant à cet égard. Considérer qu'il est normal que l'assemblée générale s'occupe de la politique générale en matière d'investissement et que le conseil d'administration traiterait des modalités est délicat, les frontières étant fines entre les deux. Il pense que les questions relatives aux prélèvements et investissements sont fondamentalement des actes de gestion dont la responsabilité doit être attribuée aux organes de gestion de la société.

Monsieur DESURMONT manifeste son désaccord vis-à-vis de la demande d'élargissement de la prévention des conflits d'intérêts aux membres de l'organe de surveillance. Le dispositif prévu

par la proposition de directive est d'une très grande lourdeur, et il faudrait éviter de l'alourdir. Il existe en France dans le code de commerce des règles visant à prévenir de tels conflits d'intérêts et qui sont applicables aux SPRD. Il faudrait ici, en application du principe de proportionnalité, laisser le législateur national traiter la question.

Concernant l'article 15.2, qui précise que les tarifs appliqués pour les droits exclusifs reflètent la valeur économique des droits négociés et du service fourni par la société de gestion collective, monsieur DESURMONT approuve l'idée du rapport de maître MARTIN selon laquelle les sociétés de gestion collective ne facturent pas des services mais agissent exclusivement pour le compte de leurs ayants droit.

En revanche, il conteste formellement la suggestion du rapport, qu'il juge dangereuse, qui permettrait aux sociétés de gestion collective de définir les rémunérations qu'elles demandent aux usagers en tenant compte du fait qu'elles mènent une action sociale et culturelle, et pourraient donc en quelque sorte répercuter sur eux le coût de cette action. Tel n'est pas le cas à la SACEM par exemple. L'action sociale et culturelle est prise en charge par les membres, qui décident de la mettre en œuvre par prélèvement sur les sommes perçues. Il pense en outre que cela est contraire à la jurisprudence de la CJUE, plusieurs arrêts (« Sena », C-245/00, « Kanal 5 », C-52/07, « Premier League », C-403/08 et C-429/08) ayant été rendus sur la question de la valeur économique des droits sans que la Cour n'accepte jamais de consacrer un tel critère.

Enfin, à la page 28, lorsqu'il est mentionné que la directive imposerait aux SPRD de mettre en place un organe de règlement des litiges indépendant et impartial, il souligne que l'article 35 dispose que « *Les États membres veillent à ce que les litiges entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs à propos des conditions existantes ou envisagées de concession des licences, des tarifs ou d'un éventuel refus de concéder une licence puissent être soumis à un tribunal et, le cas échéant, un organe de règlement de litiges indépendant et impartial* ». Il n'y a donc aucune obligation de créer une telle instance mais une faculté est laissée aux États membres, afin que les exploitants contestant les tarifs proposés par une SPRD puissent avoir recours à un tribunal.

Monsieur Pascal ROGARD (SACD) juge le rapport de maître MARTIN excellent. Il souligne n'avoir jamais vu auparavant, en ce qui concerne l'audiovisuel, un texte élaboré de pareille manière par la Commission européenne, sans aucune concertation en amont. La Société des auteurs audiovisuels (SAA), qui regroupe 27 sociétés de gestion collective de l'audiovisuel en Europe n'a pas été consultée. Le texte est profondément déséquilibré puisqu'il se contente de calquer des

systèmes existants pour la musique aux sociétés du secteur audiovisuel. Toutes les sociétés de gestion collective de droits musicaux sont sur le même système, car elles regroupent aussi bien des individus que des éditeurs de musique, dont certains sont des filiales des grandes maisons de disques, alors que les sociétés d'auteurs audiovisuels ne regroupent que des personnes physiques. La diversité des situations n'a absolument pas été prise en compte par les rédacteurs de la proposition de directive.

Les critiques formulées par maître MARTIN ont été reprises par le Parlement français puisqu'une motion a été adoptée à l'initiative de madame MORIN-DESAILLY pour critiquer le non-respect du principe de subsidiarité.

Il considère qu'en ce qui concerne la SACD, l'Autorité de la concurrence française a adopté un certain nombre de règles et ne voit pas pourquoi un texte émanant de Bruxelles viendrait imposer des règles différentes.

Certains points ont été éclaircis depuis l'ouverture des discussions. Sur les produits financiers, la Commission a dit qu'elle ne refusait pas qu'ils soient affectés en déduction pour financer les frais de gestion.

Sur les questions de contrôle des sociétés, a été bâti en France un système qui fonctionne. Une commission permanente placée auprès de la Cour des comptes contrôle chaque année toutes les SPRD, et adresse des rapports complets au Parlement, qui comportent à chaque fois une partie générale et une politique particulière qu'elle contrôle sur un an. Il considère aberrant qu'on impose la superposition d'un second système de contrôle aux sociétés de gestion collective, qui tendrait à ce qu'elles soient davantage contrôlées qu'une entreprise cotée en Bourse.

Il soupçonne la Commission de vouloir déstabiliser les sociétés de gestion collective pour favoriser la gestion commerciale, les opérateurs de marché gérant des droits d'auteur n'étant d'ailleurs soumis ici à aucune règle, alors que les SPRD, qui sont des mutuelles créées par les auteurs pour les défendre, sont assujetties à des règles très contraignantes.

Madame Philippine GIRARD-LEDUC (CEMF) remercie maître MARTIN pour son excellent rapport et souligne qu'il a su prendre en compte tous les points de vue, aussi bien ceux des grandes sociétés que ceux des petites, notamment en ce qui concerne les seuils d'exemption.

Le président demande si la fonction de surveillance telle qu'elle est évoquée dans la

proposition de directive renvoie implicitement ou non à un schéma conseil de surveillance – directoire.

Monsieur DESURMONT précise que la directive exige simplement que soit créée une fonction de surveillance, mais pas forcément un organe proprement dit, même si dans un autre article il est fait expressément mention d'un conseil de surveillance. Cela est logique parce qu'on imagine mal comment une fonction de surveillance peut être exercée au sein d'une société si aucun organe n'en est chargé. C'est une des ambiguïtés fondamentales de la directive. Dans la quasi-totalité des SPRD françaises, un conseil d'administration est responsable de la gestion globale de la société, le directeur général agissant sous son autorité ; il serait aberrant de créer un organe de surveillance au sein même du conseil d'administration pour qu'il se surveille lui-même. Comme l'a relevé maître MARTIN, si les sociétés se voyaient obligées de créer un nouvel organe, cela conduirait presque toutes les sociétés françaises à modifier leurs statuts en profondeur.

Monsieur MOCHON explique que le point a été soulevé lors des discussions au sein du Conseil de l'Union européenne et auprès de la Commission, qui a une réponse très ambiguë pour le moment.

Monsieur RONY indique que d'après le compte rendu d'une réunion tenue entre Maria MARTIN-PRAT, chef d'unité du droit d'auteur à la Commission, et la SAA, il n'y aurait aucune obligation de créer un organe de surveillance pour les sociétés disposant déjà d'un conseil d'administration.

Maître MARTIN pense qu'il est bon que sur ce sujet la Commission ne soit pas allée trop loin et relève qu'il existe une diversité de solutions, comme la présence, par exemple dans les grandes sociétés cotées en Bourse, de quelques personnalités indépendantes au sein du conseil d'administration qui assument cette fonction.

Il considère que les surveillants de la société doivent eux-mêmes être soumis à la même éthique et aux mêmes règles que les autres dirigeants d'une société.

Monsieur ROGARD rappelle que la commission de contrôle des SPRD a imposé à celles-ci l'usage des conventions réglementées. À chaque fois qu'il peut y avoir implication d'un administrateur dans une action de la société, cela doit être approuvé par l'assemblée générale.

Il réaffirme l'idée selon laquelle la Commission entend pénaliser les sociétés de gestion collective, en laissant totalement libres les opérateurs de marché.

Monsieur Xavier BLANC (SPEDIDAM) remercie maître MARTIN pour la qualité de son travail et dit partager les inquiétudes manifestées par les autres représentants des sociétés de gestion collective. Il y a eu également une absence totale de concertation en ce qui concerne les artistes-interprètes.

Il s'interroge sur le statut du rapport de maître MARTIN : les membres du CSPLA peuvent-ils apporter des modifications ou intervenir sur le fond ?

Le président rappelle que dans le cadre d'une mission, le rapport n'engage que son auteur. Les débats au sein du Conseil ont lieu pour que chacun puisse prendre parti sur les propositions qui sont faites. Il est toujours possible de faire des observations écrites dans le but d'éclairer l'auteur, voire le gouvernement auquel le rapport est destiné.

Monsieur DESURMONT demande si les rapports sont rendus publics.

Le président indique que les rapports ont été mis en ligne sur le site du CSPLA.

Madame Isabelle FELDMAN (ADAMI) remercie maître MARTIN pour son rapport et indique que l'ADAMI réagira par écrit sur le texte.

Le président transmet la parole à madame BENABOU pour une présentation de son rapport sur le second volet de la proposition de directive.

Madame BENABOU rappelle que son rapport traite du titre 3 de la proposition de directive, qui est relatif à la concession par les sociétés de gestion collective de licences multiterritoriales sur des droits en ligne d'œuvres musicales. Le champ d'application de cette partie du texte est plus circonscrit que celui de la première puisqu'elle ne concerne que le secteur musical et les droits d'auteur.

Sur ce sujet, il n'existe pas ici à son sens de problème de subsidiarité dans la mesure où le texte traite des questions qui ont un impact clairement transfrontière. La méthode a consisté à organiser des consultations des acteurs intéressés, dont certaines ont été communes avec celles organisées par Maître Jean MARTIN.

Le bilan dressé peut paraître critique ; il s'inscrit néanmoins dans une perspective historique, qui compose la première partie du rapport, afin de relater toutes les initiatives prises par la Commission dans ce domaine pour favoriser la délivrance de licences en ligne.

On constate que ces différentes initiatives non seulement n'ont pas prospéré mais ont aussi contribué à déstabiliser le marché des sociétés de gestion collective du secteur musical, notamment à la suite de la recommandation d'octobre 2005, qui a laissé un paysage chaotique aussi bien pour les sociétés que pour les utilisateurs.

Il semble qu'au regard de ses objectifs légitimes, la Commission ne propose pas un texte qui soit de nature à les atteindre, parce qu'elle ne se départit pas d'une logique concurrentielle, qui consiste à penser que la fragmentation des apports est une chose bénéfique pour les auteurs, et donc pour le marché. Il est paradoxal que la directive incite, d'une part, à la mobilité des ayants droit dans les deux premiers titres de la directive tout en essayant, d'autre part, de créer un mécanisme de réagrégation des contenus dans le titre 3 pour obtenir les licences les plus étendues possibles.

Un grief majeur fait au texte est le fait qu'il envisage la concession de licences de manière abstraite sans prendre en considération la qualification des catégories juridiques nécessaire pour délivrer les autorisations d'exploitation. La qualification du « simulcasting » par exemple n'est pas la même selon les différents États membres ; en France, la solution « Simulcast » n'est pas applicable puisqu'il existe une rémunération équitable.

Un auteur est ainsi incité à fragmenter au sein de son répertoire les différents usages qui peuvent être faits de ses droits, sans que les catégories de ces droits aient été déterminées, de sorte que la mobilité des auteurs risque de rester purement théorique.

Sur le plan technique, le principe directeur proposé pour remédier à l'éclatement du marché est de constituer des « méta-sociétés » de gestion collective, qui prendraient en charge de plus petits répertoires apportés par de petites sociétés, lesquelles ne seraient pas en mesure de délivrer des licences multiterritoriales parce qu'elles ne remplissent pas les critères fixés par la directive pour les « méta-sociétés ». Ces dernières ont une obligation de « *must carry* », c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas refuser de prendre en charge ces petits répertoires. Ce dispositif a vocation à répondre à un des griefs majeurs formulés contre la recommandation de 2005, à savoir le danger pour la diversité culturelle de l'absence des petits répertoires au sein des licences étendues. Si l'intention est louable, le dispositif est insuffisamment clair pour parvenir à remplir l'objectif poursuivi.

Par ailleurs, la Commission, dans sa définition des sociétés de gestion collective visées par la directive, mentionne les sociétés à caractère mutualiste et non les exploitants commerciaux. Est conservée aussi la possibilité prévue par la recommandation de 2005 pour les éditeurs de gérer directement leurs catalogues. Les sociétés de gestion collective se voient ainsi soumises à des obligations générales posées par les deux premiers titres et aux obligations spéciales du titre 3, tandis qu'aucune exigence n'est fixée vis-à-vis de la gestion commerciale. Il faudrait à tout le moins, d'un point de vue aussi bien éthique que concurrentiel, que les objectifs de transparence, de fiabilité et de facturation figurant dans ce troisième titre, soient également imposés aux personnes qui gèrent individuellement les mêmes titres musicaux.

Le président remercie madame BENABOU pour son travail, et relève avec intérêt son initiative d'un « *executive summary* » en anglais au début de son rapport. Il indique avoir demandé aux auteurs du rapport sur l'informatique en nuage de préparer un résumé en anglais pour en assurer la plus large diffusion. Il ouvre la discussion sur le rapport de madame BENABOU.

Monsieur DESURMONT remercie madame BENABOU pour son rapport et relève quelques corrections formelles à apporter.

Au point 27, il y a une inexactitude dans la mention d'« entités communes à la GEMA, SGAE et PAECOL », qui doit être remplacée par « entités communes à la GEMA ou Sony /ATV (PAECOL) », car PAECOL est l'équivalent de CELAS, qui concerne EMI.

En note 75, il convient de remplacer les mots « GESAC-CISAC » par « GESAC-ICMP ».

En note 76, il y a une erreur de retranscription de l'article 33, qui concerne le principe de

proximité à l'égard des radiodiffuseurs.

Il présente ensuite son désaccord avec le paragraphe 65 du rapport, qui exprime l'idée que l'option d'un portail unique, rejetée par la Commission, pourrait être défendue moyennant quelques aménagements dans la mesure par exemple où un bouquet de droits pourrait être délivré par plusieurs entités différentes entre lesquelles subsisterait une éventuelle concurrence sur les coûts de gestion. Il est ainsi envisagé par le rapport que le même contenu, pour le même territoire, puisse se voir autoriser par plusieurs sociétés, ressuscitant ce faisant la décision « Simulcasting ».

La SACEM et l'ensemble des sociétés d'auteurs européennes ont toujours été opposées à l'application de ce système. Monsieur DESURMONT conteste la validité d'une distinction dans le montant global de la rémunération demandée aux exploitants entre le prix d'accès au répertoire et le coût de gestion et de fonctionnement de la société.

Il se dit très réservé à l'égard des paragraphes 84 et 124, qui envisagent d'appliquer le concept de facilités essentielles à propos de la « *Global repertoire database* », en cours de constitution. A supposer que les critères d'application soient remplis, les conséquences pourraient être très lourdes et regrettables. Si Google pouvait à ce titre avoir accès à la base de données pour proposer la même chose que ce que font les sociétés de gestion collective, il n'est pas certain que cela fasse avancer la situation.

Il partage le diagnostic général du rapport, à savoir que la Commission européenne a semé le désordre depuis un certain nombre d'années et essaie de réparer les dégâts causés par la recommandation de 2005. Le titre 3 de la proposition de directive ne règlera probablement pas la question, d'une part, parce qu'il ne fera pas disparaître la fragmentation des répertoires, même si on peut penser qu'il en limitera l'ampleur, et, d'autre part, parce que dans l'exercice de réagrégation des répertoires, les sociétés de gestion collective se trouveront dans une situation difficile au regard des règles du droit de la concurrence.

Il ne faut pas non plus noircir le tableau. Le rapport, au paragraphe 123, explique qu'il faudrait différencier les tarifs des licences pour éviter les doubles paiements. Aujourd'hui, lorsqu'une société délivre une autorisation pour un répertoire partiel, elle définit la rémunération qu'elle demande en fonction du répertoire en question et n'entend pas couvrir des répertoires qu'elle n'autorise pas. Il peut y avoir des problèmes pratiques de chevauchement, mais il ne s'agit pas d'une question de principe.

Madame BENABOU explique, s'agissant du paragraphe 123, que sa préoccupation était le

fait que l'obligation de « *must carry* », dans le dispositif proposé, est envisagée à titre non exclusif. Si tel est le cas, il lui semble que les petites sociétés auraient un intérêt à obliger les différents grands gestionnaires à gérer leurs répertoires pour être présentes dans les différentes offres, de sorte qu'il y aurait lors de la réagrégation des répertoires des chevauchements potentiels et des risques de double paiement sur un même répertoire.

Monsieur DESURMONT comprend l'existence d'un risque théorique mais pense qu'il ne se produira pas en pratique. Il rappelle que cette disposition a été imposée par la DG concurrence de la Commission.

Monsieur Marc GUEZ (SCPP) indique que les accords « Simulcasting » existent toujours dans le domaine des droits voisins. 3 contrats sont en vigueur, respectivement pour le « simulcasting », le « webcasting », ainsi que le « webcasting » semi-interactif et le « podcasting ». Ils fonctionnent très bien, de sorte que la Commission a décidé de ne pas traiter les droits voisins dans les licences multiterritoriales. Il approuve l'idée que la solution proposée pour les droits d'auteur dans la proposition de directive ne réglera pas le problème de la fragmentation des droits.

Monsieur DESURMONT souligne que les producteurs de phonogrammes réagiraient mal si on souhaitait leur imposer le système « simulcasting » pour le téléchargement et les diffusions à la demande. On veut imposer cette approche aux sociétés d'auteur pour toutes les formes d'exploitation, là où les producteurs de phonogrammes ne sont pas en gestion collective pour tout ce qui concerne les activités interactives et sont donc tout à fait à l'abri de l'approche « simulcasting ».

Il partage le constat de monsieur ROGARD, à savoir que la Commission européenne s'acharne sur les sociétés de gestion collective, dont le pouvoir de négociation est de moins en moins important, sans se préoccuper des grandes majors de l'édition phonographique qui, sous le prétexte qu'elles ne pratiquent pas de gestion collective, restent à l'abri de pratiques anticoncurrentielles qu'on pourrait leur imputer.

Monsieur ROGARD estime que la Commission adopte l'attitude du pompier pyromane, en ayant fait exploser un système de délivrance des droits musicaux qui fonctionnait tout en voulant

d'un autre côté faciliter un accès fluide aux droits.

Madame GIRARD-LEDUC remercie madame BENABOU pour son rapport. Elle ne partage pas ses préconisations relatives à la soumission des éditeurs de musique à des obligations comparables à celles qui sont imposées aux SPRD. Les sociétés de gestion collective gèrent pour le compte des ayants droit tandis que les éditeurs de musique sont des sociétés commerciales qui gèrent les droits pour leur propre compte. Elle souligne que maître MARTIN, à la page 13 de son rapport, différencie la situation des gestionnaires individuels de celle des SPRD.

Monsieur GUEZ répond sur le point soulevé par monsieur DESURMONT en soulignant que le fait que les droits soient en gestion collective ou individuelle ne change pas le problème. Par ailleurs, le droit de la concurrence s'applique à toutes les sociétés quelles qu'elles soient, y compris les majors. Cela s'est vérifié à l'occasion de l'acquisition par Universal d'EMI, puisque la firme a été obligée de consentir des cessions importantes, de sorte qu'en France la quasi-totalité du répertoire d'EMI échappe à Universal.

Madame BENABOU explique que son intention était de dire qu'à partir du moment où on considère qu'il faut remplir certaines conditions de rapidité, de facturation et d'identification du répertoire pour que des droits en ligne soient accordés, il n'y a pas de raison pour cantonner de telles obligations aux gestionnaires collectifs, alors que sur un même titre il peut y avoir à la fois de la gestion collective et de la gestion individuelle.

Monsieur ROGARD estime que les textes portés par la Commission reflètent une idéologie mercantile, qui est en train de détruire tous les mécanismes de soutien de la culture.

Monsieur Jérôme ROGER (UPFI) s'exprime ici au nom des producteurs phonographiques qui sont également éditeurs de musique. Il souligne que la fragmentation des répertoires gérés par les sociétés d'auteurs issue de la recommandation de 2005 et des travaux en cours peut conduire à terme à une fragilité dans la représentation, dans la défense des intérêts et dans les coûts de gestion concernant les répertoires défendus par des éditeurs de musique indépendants. C'est une préoccupation majeure d'Impala (Syndicat européen des sociétés phonographiques indépendantes)

qui doit être prise en compte.

Maître MARTIN indique qu'il a tenu à préciser dans son rapport l'évidence selon laquelle un éditeur n'est pas une société de gestion collective, car ils n'ont pas les mêmes fonctions juridiques, et qu'il n'y a pas de différence sur ce point entre le rapport de madame BENABOU et le sien.

Il existe néanmoins une zone de recouvrement en ce qui concerne les bonnes pratiques qui sont mises en place dans les rapports entre l'éditeur et l'auteur dans les différents secteurs de la création. Il faudrait en trouver mention dans les textes communautaires comme c'est déjà le cas dans les pratiques existantes.

Le périmètre de la proposition de directive pose question parce qu'il organise une distorsion de concurrence, en ne faisant pas entrer dans le champ des obligations – au demeurant non contestables mais contraignantes – les acteurs concurrents des sociétés de gestion collective : agents, sociétés commerciales, et éditeurs, qui sont amenés également à gérer des droits.

Le président remercie les différents intervenants pour ces échanges et rappelle que le Gouvernement en tiendra compte en vue des négociations sur la proposition de directive.

Il indique que la rencontre programmée avec Pierre LESCURE, qui ne pouvait, en raison des contraintes de calendrier propres à sa mission, se tenir lors de la présente séance, aura vraisemblablement lieu dans la seconde quinzaine du mois d'avril ; les membres en seront informés dans les meilleurs délais.

Il confie la parole à madame BENABOU pour un point d'étape sur la commission « référencement ».

Madame BENABOU indique que lors de la dernière séance plénière, Joëlle FARCHY avait présenté les questions économiques et sociologiques abordées par la commission, et qu'il lui appartient à son tour de présenter les avancées sur le terrain juridique. Cela s'avère en réalité impossible, compte tenu de l'état de maturation des réflexions de la commission et des initiatives prises en parallèle en dehors de son cadre.

Les présidentes ont décidé de différer la date de remise des travaux en raison de la poursuite de la médiation SCHWARTZ dans le secteur de la presse, qui a récemment abouti, et dont les conséquences méritent d'être tirées. Il est nécessaire par conséquent qu'une réunion se tienne sur ce point pour déterminer quels éléments subsistent des revendications des éditeurs de presse après cette médiation.

Par ailleurs, d'autres ayants droit mènent des réflexions sur le référencement, qui se situent un peu en marge de la réflexion sur le terrain du droit d'auteur, en recherchant des pistes pour faire participer les moteurs de recherche au partage de valeur à propos des œuvres vers lesquelles les internautes sont dirigés. Certaines initiatives, par exemple, sont fondées sur la théorie de l'enrichissement sans cause, tandis que d'autres opérateurs cherchent à passer des accords globaux avec Google.

La réunion de ces différentes positions ne s'est pas encore opérée au sein de la commission. De nombreux ayants droit ont fait preuve d'une légitime prudence quant à leur position, soit parce qu'ils développaient au sein de leur organisation une réflexion poussée, soit parce qu'ils étaient dans l'attente des différents développements qui sont apparus récemment. La question principale de la prochaine – et sans doute ultime – réunion de la commission sera de décider avec les membres qui la composent s'il est opportun que le rapport fixe des orientations fermes, ou au contraire s'il est nécessaire de ne pas arrêter une position. Il serait possible d'écrire un texte relevant plusieurs constats sans pour autant adopter une position juridique.

Les questions auxquelles la commission doit répondre sont particulièrement complexes, de sorte qu'il est délicat de savoir s'il convient d'adopter une approche commune ou sectorielle. Par ailleurs, faut-il être pragmatique et s'attacher à rester dans les orientations du marché, ou bien faire des préconisations juridiques sur le droit existant ou à créer ? Quand bien même un positionnement juridique s'avérerait opportun, se situerait-il sur le terrain des droits d'auteur ou des droits voisins ?

La commission n'est pas complètement libre sur de tels développements puisque la question est actuellement posée à la CJUE de savoir, premièrement, si un lien hypertexte est un acte de communication au public et, deuxièmement, à supposer que les textes définissant la communication au public ne soient pas suffisamment larges pour accueillir le lien, si un État membre est libre de définir unilatéralement une notion de communication au public qui soit apte à appréhender cette notion ?

Monsieur MOCHON précise que la question est ainsi formulée : peut-on protéger « plus amplement » le droit de communication au public ?

Madame BENABOU souligne que la marge des États membres est, selon elle, assez contrainte compte tenu du cadre communautaire. La question de savoir s'il faut distinguer selon que le lien renvoie vers un contenu licite ou illicite peut-elle être prise en compte, par exemple ? Une juridiction norvégienne a jugé à cet égard que le lien doit être considéré de façon objective et qu'il n'y a pas lieu de différencier les solutions juridiques selon que le lien est licite ou non.

À ce stade des réflexions, madame BENABOU juge délicat et préjudiciable d'apporter une réponse globale, pour des situations qui sont d'une finesse beaucoup plus grande que la question de savoir si un lien est couvert par un droit exclusif. Il existe en effet de multiples types de liens : simples, profonds, des liens qui donnent directement accès à l'œuvre, vers la copie cache d'un site, des liens qui constituent eux-mêmes tout ou partie d'une œuvre : toutes ces hypothèses peuvent entraîner des traitements différents.

L'heure est encore au positionnement des différents acteurs. Il est temps que les membres de la commission expriment leur position ou leur souhait de ne pas se positionner sur ces questions.

Madame Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP) saisit cette occasion pour préciser la position des représentants des arts plastiques, graphiques et visuels sur le sujet. L'ADAGP a fait une intervention devant la commission en décembre 2012 pour expliquer la spécificité du référencement en matière d'image fixe, notamment sur le moteur de recherche Google Images. La spécificité porte d'abord sur l'utilisation des œuvres elles-mêmes : un lien peut conduire à l'œuvre elle-même via des affichages intermédiaires qui détournent de façon importante le trafic des sites présentant les œuvres des répertoires des sociétés de gestion collective des arts visuels. Au surplus, Google pointe

parfois vers des œuvres en haute définition, ce qui est préjudiciable pour les répertoires.

Lorsque l'ADAGP a eu vent de la démarche entreprise par les éditeurs de presse vis-à-vis de Google, elle a regretté de n'y avoir pas été associée et a estimé qu'il était opportun, dans le cadre de la commission « référencement », de saisir l'occasion pour présenter ses positions. Un courrier adressé à la ministre est resté sans réponse, de sorte que l'ADAGP n'a pu être entendue par la mission SCHWARTZ.

L'ADAGP et la SAIF souhaitent que la commission « référencement » approfondisse désormais pleinement le sujet et que le répertoire des arts visuels, qui subit de graves préjudices, soit pris en compte.

Monsieur ROGARD demande si l'accord passé entre les éditeurs de presse et Google est public.

Le président indique qu'il est confidentiel.

Madame FARCHY demande à madame FERRY-FALL ce qu'elle entend par « aller au bout ».

Madame FERRY-FALL indique que le secteur de l'image fixe a présenté sa position, qu'il l'avait déjà fait à l'époque de la commission présidée par Pierre SIRINELLI en 2008 sur le Web 2.0. Même s'il n'existe pas dans ce secteur d'industrie puissante qui puisse relayer ces demandes, de nombreux auteurs sont concernés et méritent que leurs demandes soient prises en compte.

Le président passe au point suivant de l'ordre du jour, savoir le lancement par le Conseil supérieur de deux missions, la première sur l'exception au droit d'auteur au profit des personnes atteintes d'un handicap visuel, et la seconde sur les banques d'images sur Internet (ou « microstocks »). Pour celle-ci, mesdames BENHAMOU et CREDEVILLE seront assistées de monsieur Christophe POURREAU, maître des requêtes au Conseil d'État.

Madame CREDEVILLE indique qu'un calendrier d'auditions est programmé pour les mois de février et mars.

Monsieur Bernard LANG s'étonne du fait que le sujet n'ait trait ici qu'aux banques d'images alors que le problème peut concerner toute banque d'œuvres, quel que soit le secteur de la création concerné.

Madame CREDEVILLE lui répond que c'est ici le secteur de la photographie qui est en jeu, mais qu'il peut tout à fait être entendu dans le cadre de la mission s'il le souhaite.

Monsieur Alain LEQUEUX souligne que la Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes (CFPSAA), qu'il représente, se félicite du lancement de la première mission. Seuls 5 % des ouvrages écrits sont disponibles aujourd'hui pour les personnes handicapées ; afin d'améliorer cette situation, la possibilité de faciliter la circulation des œuvres adaptées au-delà des frontières est cruciale. Celle-ci dispenserait les associations d'avoir à entreprendre tout le travail d'adaptation lorsqu'il a déjà été fait, le plus souvent par des bénévoles, dans d'autres pays comme la Suisse ou la Belgique.

POINTS DIVERS

Le président indique que le Conseil supérieur lancera de nouvelles missions ou commissions, dans les mois à venir, mais juge souhaitable d'attendre la remise du rapport de Pierre LESCURE pour voir quelles en seront les orientations. La rencontre avec ce dernier aura lieu lors de la prochaine séance plénière.

Il rappelle qu'à la suite de l'arrêt « Usedsoft » de la CJUE, très remarqué, un travail pourrait être conduit à propos du concept d'occasion dans l'univers numérique.

Il remercie les membres et clôture la séance.