

**CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE
LITTERAIRE ET ARTISTIQUE
Rapport annuel 2001 / 2002**

**CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE
LITTERAIRE ET ARTISTIQUE
Rapport annuel 2001 / 2002**

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Erreur! Signet non défini.

Annexes

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE

LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Rapport annuel 2001 / 2002

1. Préface du ministre

2. Introduction du président

Chapitre I. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : une instance, des compétences, des responsabilités



I.

II. Une instance consultative

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a été créé le 10 juillet 2000 par arrêté conjoint du ministre de la culture et de la communication et du Garde des sceaux. Il est institué auprès du ministre chargé de la culture pour une durée de six ans, soit jusqu'au mois de juillet 2006.

Il doit réglementairement se réunir au moins deux fois par an sur convocation de son président et se réunit de plein droit à la demande du ministre chargé de la culture ou de deux tiers de ses membres. Au cours de l'année 2001 / 2002, ce rythme minimal a été largement dépassé, puisque le CSPLA s'est réuni à six reprises, entre mai 2001 et juin 2002.

Pour ses travaux, le CSPLA s'appuie sur des commissions spécialisées désignées en son sein, chargées de traiter des sujets qu'il s'est vu confier par le ministre chargé de la culture ou qu'il a proposés à ce dernier. Au cours de l'année écoulée, quatre commissions spécialisées se sont régulièrement réunies et ont élaboré des projets d'avis finalement adoptés par le CSPLA.

Il peut également entendre des experts extérieurs ou toute personne dont la collaboration est utile à ses travaux.

III. Des compétences.



Le CSPLA réunit des hommes et des femmes disposant de compétences variées et complémentaires.

Il est présidé par Jean-Ludovic Silicani, conseiller d'Etat, qui exerce un mandat renouvelable de trois ans. Il est assisté de Maurice Viennois, ancien président de la cour d'appel de Paris, membre de la CNIL, qui exerce les fonctions de vice-président.

Il comprend en outre 32 membres représentant les professionnels, nommés par arrêté du ministre chargé de la culture pour une durée de trois ans. Les professionnels sont répartis de façon à assurer la plus large représentation possible.

C'est ainsi que sont membres du CSPLA :

- dix représentants des auteurs ;
- deux représentants des auteurs et éditeurs de logiciels et bases de données ;
- deux représentants des artistes-interprètes ;
- deux représentants des producteurs de phonogrammes ;
- deux représentants des éditeurs de presse ;
- deux représentants des éditeurs de livres ;
- deux représentants des producteurs audiovisuels ;
- deux représentants des producteurs de cinéma ;
- deux représentants des radiodiffuseurs ;
- deux représentants des télédiffuseurs ;
- deux représentants des éditeurs de services en ligne ;
- deux représentants des consommateurs.

A ces 32 professionnels s'ajoutent 8 personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique. A ce titre, le CSPLA rassemble Josée-Anne BENAZERAF, avocate à la Cour et responsable de la commission de la propriété littéraire et artistique au sein de la commission de la propriété intellectuelle de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, Jean-Marie BORZEIX, ancien directeur de France Culture et du magazine Téléràma, Leonardo CHIARIGLIONE, directeur général de Secure Digital Music Initiative, Brigitte DOUAY, députée, responsable du Comité national anti-contrefaçon (CNAC), Marie-Anne FRISON-ROCHE, professeur à l'IEP Paris, Pierre SIRINELLI, professeur à l'université Paris-1 (Panthéon-Sorbonne), doyen honoraire de la faculté Jean Monnet, André LUCAS, professeur à l'université de Nantes, et Jean MARTIN, avocat à la Cour, chargé d'enseignement à l'université Paris-Dauphine.

Sont également membres de droit du CSPLA sept membres représentant les différentes administrations intéressées. La liste nominative des membres est donnée en annexe.

IV. Des responsabilités

Le conseil supérieur a pour responsabilité d'assurer des missions de concertation, de proposition, de veille et de prospective. Son travail est collégial ; la recherche du consensus entre ses membres est un des objectifs de cette instance.

A titre principal, le CSPLA est chargé de conseiller le ministre chargé de la culture en matière de propriété littéraire et artistique. Pour ce faire, il est saisi par lui d'un programme de travail. Il est aussi chargé de faire des propositions et recommandations dans ce domaine. Il peut en effet proposer à la ministre de la culture et de la communication d'étudier toute question relative à son domaine de compétence.

En pratique, le Conseil supérieur remplit une fonction d'observatoire de l'exercice et du respect des droits d'auteur et droits voisins et de suivi de l'évolution des pratiques et des marchés.

Le CSPLA est aussi investi de la mission d'aider à la résolution de différends relatifs à l'application de la législation en matière de propriété littéraire et artistique sur des sujets qui mettent en cause les intérêts collectifs des professions ; le Conseil peut proposer au ministre chargé de la culture la désignation d'une personnalité qualifiée afin d'assurer une fonction de conciliation.

Chapitre II. Les travaux du CSPLA en 2001/2002

Le Conseil a mené sur deux semestres les travaux qu'ils avait retenus lors de sa séance d'installation qui s'est déroulée le 11 mai 2001.

? Ces travaux ont porté essentiellement sur les adaptations que devait connaître le droit de la propriété intellectuelle à l'ère numérique.

Cela s'est traduit par le travail de trois commissions spécialisées consacrées respectivement à la création des auteurs salariés de droit privé, à celle des agents publics et à la mise en œuvre d'un guichet commun dans la gestion collective des droits.

Dans cette même optique, le CSPLA s'est penché aussi sur les modalités de transposition de la directive relative à certains droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information.

? Instance de concertation, le CSPLA s'est également intéressé à différentes adaptations que pourrait connaître le droit de la propriété littéraire et artistique pour lever certains blocages aux conséquences pénalisantes, notamment pour les auteurs.

Dans ce cadre, un avis a été rendu, sur proposition de la commission spécialisée sur le sujet, relatif au champ de la rémunération pour copie privée, tandis que différentes contributions ont été présentées respectivement sur la mise en œuvre de l'article L 212-7 du code de la propriété intellectuelle¹ (qui prévoit aujourd'hui dans son dernier alinéa que pour les contrats passés antérieurement au 1^{er} janvier 1986 pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, le droit à rémunération des artistes interprètes s'éteint à leur décès) et l'état du droit et des procédures en matière de contrefaçon et de piraterie.

NB : Tous les encadrés réalisés dans le présent rapport sont inspirés de l'ouvrage du professeur André Lucas, Propriété littéraire et artistique, 2^{ème} édition, paru aux Editions Dalloz dans la collection Connaissance du droit, qui en a permis l'utilisation.

I.

¹ Dans la suite du présent rapport, quand le mot « code » est mentionné sans autre précision, il s'agit du code de la propriété intellectuelle.

II. Adaptations de la propriété intellectuelle à l'ère numérique

A. La création des auteurs salariés : vers une conciliation des droits de l'auteur et des droits de l'employeur ?

Un salarié peut-il être un auteur ?

Dans la conception personnaliste du droit d'auteur français, l'auteur ne peut être que celui dont la personnalité s'est exprimée dans l'œuvre. Cela signifie deux choses. En premier lieu, cette qualité ne peut être reconnue ni à celui qui s'est limité à fournir l'idée ou le thème, ni au simple exécutant matériel qui se contente, par exemple, de tirer parti d'un système informatique ou de suivre à la lettre des instructions précises. En second lieu, cela signifie que le droit d'auteur ne peut naître que dans le chef d'une personne physique : en principe, une personne morale ne peut être investie à titre originaire du droit d'auteur.

Comment combiner ces principes fondateurs avec le statut salarié, qui par le seul effet du contrat de travail, place l'employé dans un lien de subordination vis-à-vis de son employeur ?

En principe, la circonstance que des œuvres aient été créées en exécution d'un contrat est indifférente. C'est ce que dit l'article L.111-1, alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle notamment pour le contrat de travail. Cette solution, fidèle aux principes rappelés plus haut, a cependant prêté longtemps à discussion. En effet, une certaine veine jurisprudentielle, relayée par une partie de la doctrine, admettait une cession implicite : les droits d'auteurs seraient réputés cédés à l'employeur par le seul effet du contrat de travail, au moins pour les besoins de l'entreprise. Pour ses tenants, cette thèse avait le mérite de la simplicité : l'idée d'une cession implicite limitée aux besoins de l'entreprise permet en effet de remédier aux conséquences trop rigoureuses de la règle posée par l'article L.111-1, alinéa 3 du code. Elle n'est plus très en cour aujourd'hui, depuis son abandon par la cour de cassation dans son arrêt du 16 décembre 1992, Gouy c/ Nortène.

Pour être complet, il faut cependant mentionner deux cas particuliers et un régime parfaitement dérogatoire au droit commun.

Les deux cas particuliers sont les suivants. Tout d'abord, l'article L.121-8 du code consacre le principe d'une cession automatique des droits patrimoniaux des journalistes. Ensuite, l'article L.113-9, alinéa 1^{er}, dispose clairement que les droits sur les logiciels créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartiennent à l'employeur.

Le régime dérogatoire par rapport au droit commun concerne les fonctionnaires. En effet, à ce jour, la situation de ces derniers est régie par un avis du Conseil d'Etat du 21 novembre 1972. Selon cet avis, qui n'a toutefois connu à ce jour aucune consécration éclatante par une décision contentieuse, les fonctionnaires mettent leurs droits à la disposition du service « dans tout la mesure nécessaire à l'exercice » de leurs fonctions et ne les conservent que pour les œuvres dont la création « n'est pas liée au service ou s'en détache » ou si elle est « sans rapport direct avec la participation de l'auteur à l'objet du service ».

Comme on le voit, la situation des auteurs salariés n'est pas saine.

En effet, le souci des employeurs, privés ou publics, d'être les titulaires des droits patrimoniaux pour les besoins de l'entreprise ou du service paraît conforme à la logique économique, qui vise à assurer une certaine sécurité de rémunération des investissements consentis pour aboutir à la création d'œuvres de l'esprit. Pour autant, il apparaît illusoire de vouloir trouver dans le droit positif tel qu'il existe aujourd'hui des régimes de cession implicite qui ne figurent ni dans leur lettre ni dans leur esprit.

Prenant acte de l'importance et de l'actualité de cette question, le CSPLA l'a inscrit à son ordre du jour. Deux commissions ont travaillé sur cette question. La première, coprésidée par le professeur Sirinelli et Me Bénazeraf, s'est intéressé aux salariés de droit privé. La seconde, présidée par le professeur Lucas, s'est attaché au sort des agents publics.

1. La création des auteurs salariés de droit privé : le difficile accord entre employeurs et salariés

Faute de se voir attribuer les droits par l'effet du contrat de travail, les employeurs doivent avoir recours à la technique de la cession contractuelle pour s'en voir investis. Or, cette dernière obéit à des règles strictes, généralement posées pour assurer une meilleure défense des intérêts des auteurs.

De nombreuses difficultés ont été recensées.

Les débats très nourris de la commission ont fait apparaître que les difficultés essentielles résidaient principalement dans les articles L.131-1 à L.131-6 du code, dans la lecture qu'en donne actuellement la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ces difficultés sont les suivantes. Elles concernent tout d'abord le principe de prohibition de la cession globale des œuvres futures, et les mentions qui doivent ainsi être obligatoirement être précisées dans les contrats d'exploitation. Elles touchent ensuite les principes qui gouvernent la rémunération, proportionnelle ou forfaitaire des œuvres créées par les salariés. Elles concernent enfin la question des modes d'exploitation imprévus ou imprévisibles, ainsi que les rapports entre l'employeur et le salarié pour la réalisation d'œuvres hors mission.

Au delà du recensement des points de divergence, aucun accord n'a pu être trouvé entre le collège des employeurs et celui des salariés

Au terme de nombreuses réunions, les débats qui ont eu lieu ont permis de faire apparaître des désaccords persistants sur deux points importants.

Le premier est relatif à la question de la rémunération des auteurs en dehors du salaire, à telle enseigne qu'aucune position commune n'est apparue, même au sein du collège des employeurs.

A dire vrai, ces divergences de vue tiennent davantage à des pratiques qu'à des positions de principe. Il n'est pas exclu qu'à terme une position commune soit envisageable. Pour cela, il conviendra auparavant de remettre en perspective la question des relations contractuelles collectives. En effet, dans certains secteurs, comme celui de la presse, des accords collectifs existants mettent en œuvre, du point de vue unanime des intéressés, des solutions socialement satisfaisantes. Reste complètement ouverte en revanche la question de la compatibilité de ces accords négociés avec les dispositifs légaux qui sous-tendent le code de la propriété intellectuelle, comme le caractère en principe individuel de la cession de droits ou le contenu de ces accords en termes de cession globale d'œuvres futures.

Le second désaccord entre employeurs et salariés est plus problématique, car il prend sa source dans une question de principe.

Les employeurs n'envisagent pas en effet de modification de l'article L.131-1 du code, qui prévoirait que la cession des droits d'exploitation sur les œuvres futures qu'ils pourraient obtenir par contrat connaissent une réserve tirée des apports réalisés au profit d'une société de perception et de répartition des droits.

Cette question, cardinale aux yeux des auteurs, est jugée incompatible avec la gestion par l'employeur des droits de l'auteur salarié dans le cadre de son contrat de travail. Selon les employeurs, l'apport des droits de l'auteur salarié à une telle société de perception et de répartition entraînerait de nombreuses difficultés insurmontables. Tout d'abord, elle aurait pour conséquence un double paiement par l'employeur : salaire d'une part et droits sollicités par la société de perception et de répartition d'autre part. Ensuite, elle priverait l'employeur de la maîtrise de l'exploitation des droits afférents aux créations de l'auteur salarié, voire rendrait impossible cette exploitation dans l'hypothèse où la société de perception et de répartition ne pourrait conférer à l'employeur une autorisation à titre exclusif. Enfin, cela mettrait en péril l'économie générale du contrat de travail, dans la mesure où l'employeur ne serait pas titulaire des droits afférents aux créations de l'auteur salarié, ces droits ne pouvant dans ce cas être comptabilisés en éléments d'actifs du fonds de l'entreprise.

Des observations pratiques ont été formulées qui auraient pu permettre de lever ce blocage de fond. Il convient tout d'abord de noter que les sociétés de gestion collective se sont engagées à réserver l'exclusivité de l'exploitation d'œuvres de salariés à l'employeur de ces derniers. Par conséquent, il n'y aurait en principe pas de gêne dans l'exploitation du fonds ainsi créé. Ensuite, force est de constater qu'à l'heure actuelle, les champs de la gestion collective et de la création salariée ne se croisent que fort peu, ce qui conférerait une coloration assez théorique à la divergence de fond entre employeurs et salariés.

Malgré cela, aucun accord n'a été, pour l'instant, possible sur une modification de l'article L.131-1 du code.

Au crédit des travaux de la commission, on peut cependant porter d'une part la naissance d'un dialogue entre deux collègues peu habitués à se dire les choses aussi franchement, et l'identification des questions qui posent litige.

3. Les droits d'auteur des agents publics : vers un bouleversement raisonné de l'état du droit ?

Les attributs du droit d'auteur : droit moral et droits patrimoniaux

Le droit d'auteur comprend des prérogatives d'ordre patrimonial et d'autres d'ordre moral.

Il existe une différence fondamentale entre ces deux attributs : les droits patrimoniaux sont limités dans le temps et peuvent faire l'objet d'une cession totale ou partielle ; le droit moral est expressément déclaré perpétuel et inaliénable.

Les droits patrimoniaux sont le droit de reproduction, le droit de représentation et le droit de suite.

Le droit moral comporte lui aussi plusieurs volets. L'existence d'un droit de divulgation est une particularité remarquable du droit français : l'article L.121-2 du code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre ». L'article L.121-4 du code reconnaît par ailleurs à l'auteur qui a cédé son monopole d'exploitation un « droit de repentir ou de retrait ». Dans l'opinion dominante, le retrait consiste à mettre fin à l'exploitation de l'œuvre, et le repentir à la modifier. Le code confère également à l'auteur un droit à la paternité de son œuvre. L'article L.121-1, alinéa 1^{er}, dispose ainsi que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom » ainsi que « de sa qualité » (titres, grades et distinctions). Enfin le code a confirmé la jurisprudence antérieure selon laquelle un auteur a droit au respect de son œuvre. Ce respect passe d'abord bien entendu par le maintien de son intégrité : le cessionnaire, le propriétaire de l'objet matériel dans lequel s'incorpore éventuellement l'œuvre, et, au-delà, les tiers, doivent s'interdire toute suppression, adjonction ou modification. Mais même lorsque l'intégrité de l'œuvre n'est pas directement en cause, le droit au respect permet de combattre les atteintes à l'esprit de l'œuvre. Tel sera le cas lorsque l'œuvre, sans être modifiée, est présentée dans un contexte qui la déprécie ou la dénigre.

La palette des attributs du droit d'auteur justifie que l'on ait pu hésiter longtemps à conférer de tels droits aux fonctionnaires créateurs d'une œuvre dans le cadre du service public.

Le CSPLA a toutefois considéré qu'il valait aujourd'hui la peine de s'interroger sur l'état du droit et les pratiques existantes, et que le mouvement de fond introduit par l'irrigation de l'administration par les nouvelles technologies de l'information et de la communication rendait le moment propice à une réflexion de fond sur le régime juridique applicable aux agents publics créateurs d'une œuvre de l'esprit.

Cette réflexion a été menée en trois temps : une analyse du cadre juridique actuel et des pratiques mises en œuvre par l'administration, un examen de leur compatibilité l'apparition des nouveaux enjeux de la société numérique, enfin un avis destiné à proposer une mise à niveau raisonnée du droit positif.

Le cadre juridique actuel : l'administration est investie à titre originaire des droits d'auteur dont la création fait l'objet même du service public

De nombreuses activités administratives donnent lieu à des créations susceptibles d'être qualifiées d'œuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, aujourd'hui codifiée dans le code de la propriété littéraire et artistique.

L'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle pose le principe que la protection du droit d'auteur peut être acquise à « toutes les œuvres de l'esprit ». Aucune catégorie n'est donc à exclure par principe, quand bien même ne serait-elle pas visée par la longue liste, purement indicative, de l'article L.112-2.

Plus précisément, sont susceptibles d'être regardées comme des œuvres protégeables certains rapports administratifs, les cours des professeurs, les articles des publications administratives, les conclusions ou réquisitions des ministères publics des divers ordres de juridiction et, assez généralement, ce qui revêt la forme d'un « écrit » ; les index analytiques ou plus généralement les bases de données ; les œuvres audiovisuelles produites par les administrations...

Toute œuvre de l'esprit n'est toutefois pas automatiquement investie des droits d'auteurs. En effet, si le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ne peuvent être pris en considération, il demeure que la protection est subordonnée à l'originalité de l'œuvre, ce qui signifie que cette dernière doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. Tel ne sera pas le cas si la forme de l'œuvre est exclusivement dictée par la fonction à remplir et ne nécessite que la mise en œuvre d'un savoir spécifique. La protection du droit d'auteur sera alors refusée. Il apparaît ainsi qu'un grand nombre de travaux réalisés par des agents publics ne sont pas protégés par la législation sur les droits d'auteur.

En premier lieu, il convient de relever que les actes appartenant par leur nature même au domaine public ne bénéficient pas de la protection relative aux droits d'auteurs : c'est le cas notamment des actes officiels que sont les textes législatifs et réglementaires ou les décisions juridictionnelles.

En second lieu, l'exigence d'originalité n'est pas satisfaite dans un grand nombre de cas. Paraissent ainsi à exclure, en raison de leur défaut d'originalité, ceux des catalogues, fichiers (manuels ou informatisés), annuaires ou bases de données dont ni la structure ni le contenu ne porte l'empreinte de la personnalité ainsi que des documents (imprimés, photographiques) réalisés selon un procédé entièrement automatique.

Il reste que n'existe pas aujourd'hui en droit positif de définition des catégories de travaux réalisés par des agents publics dans le cadre de leurs fonctions qui seraient exclus du champ de la propriété littéraire et artistique, soit parce qu'ils ont le caractère d'actes officiels, soit en raison de leur défaut d'originalité. La commission s'est donc interrogée sur l'opportunité de forger une telle définition, afin de l'intégrer le cas échéant dans le code de la propriété intellectuelle.

L'état du droit applicable aux agents publics résulte exclusivement d'un avis rendu par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat le 21 novembre 1972

Par agents publics, il convient d'entendre d'une part les seuls agents placés dans une situation statutaire et réglementaire au sens de l'article 2 de la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires, ainsi que les militaires, les magistrats et les fonctionnaires des assemblées. Ne sont ainsi visés par les travaux de la commission que les agents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs respectifs, ainsi que les agents de la fonction publique hospitalière et d'autre part les agents servant en vertu d'un contrat de droit public.

Cette définition exclut donc par principe les agents des établissements publics industriels et commerciaux qui, sauf exception, sont soumis au droit privé et auxquels s'applique le droit commun de la propriété littéraire et artistique.

L'article L.111-1, alinéa 3, du code de la propriété intellectuelle dispose que le salarié de droit privé est investi à titre originaire des droits d'auteur sur les œuvres qu'il crée dans le cadre de son travail.

Dans son avis n°309.721 « Ofrateme » rendu à la demande du ministre de l'éducation, le Conseil d'Etat a marqué sa préférence pour l'application aux agents publics d'un régime exorbitant et autonome, qui s'explique notamment par la situation statutaire et réglementaire dans laquelle se trouve l'agent public, auquel ne s'applique pas les règles de droit commun, sauf si elles le prévoient expressément.

L'état du droit applicable aux agents publics repose ainsi sur le principe binaire suivant : les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit pour celles de ses œuvres dont la création fait l'objet même du service. Pratiquement, cela signifie que l'administration est l'auteur des œuvres réalisées dans le cadre des fonctions de l'agent et avec les moyens du service, tandis que si la création est détachable du service, le code de la propriété intellectuelle trouvera à s'appliquer au bénéfice exclusif de l'auteur.

La multiplication de pratiques parfois peu respectueuses du droit et l'apparition d'enjeux nouveaux rendent nécessaire l'évolution du régime actuel.

Le caractère binaire du principe dégagé par l'avis Ofrateme ne permet pas d'appréhender toute une gamme de situations intermédiaires pour lesquelles les personnes publiques ont développé des pratiques qui leur sont propres, parfois dans le seul but de sécuriser leurs investissements en matière de droits d'auteurs.

L'avis Ofrateme définit la ligne de partage au travers du critère de détachabilité de l'œuvre par rapport à l'objet du service. Pour expédiente qu'elle soit pour le juge, cette notion n'est pas la plus simple à manier pour le praticien. Toute la gamme des œuvres intermédiaires, liées au service sans lui être totalement consubstantielles, a donc un statut qui n'est pas précisé par l'avis du Conseil d'Etat. Les pratiques les plus diverses se sont ainsi multipliées, plaçant les administrations à la marge de la légalité voire en dehors de celle-ci.

Certaines pratiques semblent se fonder sur l'intégration du mode de divulgation comme composante de l'objet du service. C'est le cas au sein du ministère chargé de l'enseignement supérieur. Pour illustrer cette logique, on peut estimer que les exigences du service public imposent que les droits portant sur un cours professoral naissent sur la tête de l'Etat dès lors qu'ils sont divulgués par oral devant un public déterminé dans un lieu donné, tandis que l'Etat ne peut s'approprier un mode de divulgation par voie de reproduction et de distribution dans le public en général. Il est toutefois difficile de trouver un tel critère dans l'avis Ofrateme. D'autres personnes publiques ont estimé pouvoir fonder leurs pratiques sur une interprétation neutralisante de l'objet dont leur statut les investit. En dehors de l'objet statutaire interprété strictement, les agents bénéficient de la titularité des droits. Lorsque leurs œuvres s'inscrivent dans le « cœur » du statut en revanche, c'est à la collectivité publique qu'ils reviennent. Une telle interprétation de l'avis Ofrateme est plausible, mais elle ne peut à ce jour s'appuyer sur aucun socle jurisprudentiel, faute de décision rendue dans cette matière.

D'autres administrations enfin n'appliquent plus de facto voire de jure l'avis Ofrateme. Toute une palette d'attitudes est observable. C'est ainsi que certaines d'entre elles appliquent l'avis Ofrateme tout en reconnaissant un des attributs du droit moral à leurs agents ; le droit de paternité est celui qui est reconnu le plus facilement dans cette hypothèse. D'autres ne l'appliquent plus, selon deux tendances radicalement antagonistes : certaines ont tendance à considérer que les agents qui font œuvre de création sont titulaires du droit d'auteur, en opérant toutefois une distinction entre certains attributs du droit moral et les droits patrimoniaux (leur nom est toujours mentionné mais ils ne sont rémunérés que si le produit de leur travail est commercialisé) ; d'autres considèrent, au contraire, que les œuvres dont la création n'est pas détachable du service sont celles créées dans une situation de subordination ou de dépendance, de sorte qu'elles ne sont que le résultat de directives données par l'administration et ne témoignent donc pas d'une originalité suffisante pour reconnaître à l'agent la qualité d'auteur ; enfin, certaines administrations reconnaissent la mise en place d'intéressements occultes rendus nécessaires par les pratiques beaucoup plus libérales existant à l'étranger.

L'avis Ofrateme apparaît en tout état de cause pour les administrations comme un moyen très efficace de sécuriser leurs investissements en matière de droits d'auteur, ce qui ne va pas sans poser de difficultés au regard du droit de la concurrence lorsque les administrations commercialisent les œuvres ainsi créées.

En raison même de l'économie générale de l'avis Ofrateme, l'administration est titulaire des droits des œuvres créées dans le cadre du service. Cela ne pose bien entendu pas de difficultés lorsque l'administration n'envisage aucune exploitation commerciale, sur un marché concurrentiel, des œuvres ainsi créées. En revanche, cela paraît discutable au regard du droit de la concurrence, lorsque ces œuvres sont exploitées par l'administration dans un but commercial. On sait en effet qu'en vertu de l'article L.410-1 du code de commerce, le droit de la concurrence, issu au plan national des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 aujourd'hui codifiée au titre IV du code de commerce, s'applique sans distinction à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

Or, les entreprises du secteur privé rémunèrent leurs salariés au titre de la législation sur les droits d'auteurs lorsqu'elles commercialisent des œuvres créées par eux dans le cadre de leur contrat de travail. Il n'est donc pas exclu que, si l'administration intervient sur le même marché sans que ces œuvres soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur, elle puisse un jour, si cela est révélateur de l'abus de position dominante ou de la mise en place d'une politique de prix prédateurs, être censurée par le juge de la concurrence.

Ce problème est d'autant plus aigu pour les établissements publics à double visage, administratifs par leur statut, mais qui pourtant se livrent à des activités industrielles et commerciales. Faut-il envisager, pour ce type d'établissements, d'appliquer l'avis Ofrateme uniquement pour les activités purement administratives, c'est-à-dire lorsque les agents interviennent réellement en tant qu'agents publics, et leur reconnaître en revanche la titularité des droits sur les œuvres destinées à une exploitation commerciale au titre des activités industrielles et commerciales de l'établissement ?

A dire vrai, le sentiment général que l'on retire de l'observation des pratiques mises en œuvre dans les administrations est que le système actuel, qui s'appuie sur une grande rigueur des principes, doublée d'une grande souplesse dans les comportements, convient à la fois aux administrations dépensières et à celle responsable du budget. Il est vrai qu'en apparence, si l'on ne tient pas compte de son opacité, on peut soutenir que le système existant atteint deux objectifs fondamentaux gouvernant une gestion publique efficace : il semble économe des deniers publics, et récompense la performance.

L'économie générale de l'avis Ofrateme semble par ailleurs remise en cause par l'apparition de nouveaux enjeux.

L'apparition de nouveaux modes de diffusion des travaux réalisés par les agents révèle les limites d'un mode de fonctionnement à l'amiable. Le volume de difficultés lié à la titularité des droits des agents publics sur leurs œuvres est directement fonction de la multiplication des supports sur lesquels cette œuvre peut être fixée. La fixation sur le seul papier n'a pas entraîné de difficultés insurmontables. Le développement de moyens plus variés au début des années 1980 a marqué le commencement des difficultés (essor de la télématique, de l'audiovisuel).

Le problème est crucial depuis que les données numérisées connaissent en théorie une capacité de diffusion infinie. A l'origine limité à quelques cas qu'il était possible de gérer avec des pratiques taillées sur mesure, l'accès aux droits d'auteur ou à une formule équivalente se pose désormais pour un nombre plus significatif de fonctionnaires, qui placent en ligne de nombreux supports ou contenus, que ce soit sous la forme de CD-Roms ou de sites web conçus sous l'égide de l'administration ou selon des procédures mixtes associant l'administration et ses agents. Au surplus, la situation actuelle se traduit par la plus grande confusion entre les régimes applicables aux agents, selon la nature publique ou privée de la personne morale qui les emploie, dès lors qu'elle est investie d'une mission de service public.

Cette interrogation interne à l'administration se double de préoccupations qui dépassent largement le cadre de la question des droits d'auteurs des agents publics mais lui donnent une actualité particulière : il faut en effet concilier ces préoccupations avec la mise en place de la politique de communication des données publiques, ainsi qu'avec la refonte à venir du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif au cumul d'activités et de rémunérations des agents publics.

Dans ce contexte, le CSPLA propose la reconnaissance d'un droit d'auteur aux agents publics, assortie de mécanismes permettant d'assurer une continuité du service public.

L'avis n°2001-1 vise plusieurs objectifs : replacer les agents publics dans une situation conforme aux principes généraux régissant le droit des auteurs, régler la question de la commercialisation de l'œuvre au regard du droit de la concurrence, garantir l'efficacité de la politique de diffusion des données publiques et fournir une plus grande sécurité juridique aux pratiques mises en œuvre par l'administration.

Afin de mettre le droit positif en accord avec le principe selon lequel les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre, il est suggéré d'ajouter à l'actuel premier alinéa une modification de l'article L.111-1 du code, qui dispose que : *« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code »*, un second alinéa ainsi rédigé : *« Hors les exceptions expressément prévues par le présent code, ni l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit ni sa qualité d'agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou de l'un de leurs établissements publics administratifs n'emporte dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er} »*.

Le renversement du principe défini par l'avis Ofrateme étant posé, il convient toutefois de maintenir pour l'administration un certain nombre de garanties afin de ne pas l'entraver dans l'exercice de ses missions de service public, au nombre desquelles figure la diffusion des données publiques.

Ces garanties devraient néanmoins être strictement cantonnées, afin d'assurer leur conformité au droit de la concurrence.

A cet effet, il est proposé un système prenant en compte la nature, commerciale ou non, de l'exploitation que l'administration envisage de faire de l'œuvre créée par un agent dans le cadre de son service. Si l'administration ne réalise pas d'exploitation commerciale de l'œuvre créée dans le cadre du service, elle bénéficierait d'un mécanisme de cession légale de cette œuvre. Parce qu'elle intéresse la transmission des droits, la disposition pourrait trouver place dans l'article L.131-3 du code qui serait complété par un alinéa dont la rédaction serait la suivante.

" Le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est, par le seul effet de la création, cédé à l'Etat, à la collectivité territoriale ou à l'établissement public à caractère administratif, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public ou d'une exploitation commerciale ".

Si l'administration fait une exploitation commerciale de l'œuvre, elle ne disposerait en revanche que d'un droit d'option. A cette fin, une disposition viendrait compléter l'alinéa précédent, dans le sens suivant.

" L'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics à caractère administratif disposent, pour exploiter ou faire exploiter en dehors du service public ou commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions d'exercice sont fixées par décret en Conseil d'Etat ".

Aucune réglementation restrictive du droit moral n'apparaît en revanche souhaitable. Le risque de voir le droit moral compromettre la mission de service public est en effet très faible, surtout sous le contrôle du juge administratif, auquel il reviendra de conjurer le risque d'abus, quelle que soit la prérogative en cause. Le problème du droit de divulgation ne se pose pas autrement que dans les relations entre un employeur et un salarié de droit privé, et on n'imagine pas que le juge puisse admettre que l'agent public se retranche derrière cet attribut du droit moral pour méconnaître les devoirs de sa charge. Le droit de repentir n'est pas en cause puisqu'il ne peut être exercé qu'après une cession contractuelle qui fait ici défaut. Le droit à la paternité ne devrait pas soulever d'objections de la part de l'administration, qui le reconnaît déjà largement. Quant au droit au respect de l'œuvre, son exercice est contrôlé par le juge et l'examen de la jurisprudence montre que l'on parvient dans ce domaine à des solutions équilibrées.

B.

C. Vers un guichet commun pour la gestion des droits.

La gestion collective des droits, comment ça marche ?

L'auteur exploite ses droits en recherchant des partenaires à qui il consent une cession. Dans certains cas, la gestion collective de ces droits est une nécessité. C'est le cas notamment pour les œuvres musicales dont les auteurs sont impuissants à contrôler individuellement l'utilisation. C'est encore plus vrai avec le développement des nouveaux moyens de communication. La soif de programmes a fait naître le besoin de répertoires que seuls des organismes d'auteurs sont en mesure de mettre à la disposition des diffuseurs, surtout si l'on tient compte des œuvres étrangères. Les enjeux sont les mêmes pour les œuvres multimedia, qui peuvent emmagasiner un tel nombre d'œuvres préexistantes que les autorisations nécessaires sont très difficiles à obtenir.

La loi parle des « sociétés de perception et de répartition des droits ». Dans le domaine des droits d'auteur, la plus ancienne est la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), constituée en société civile en 1829, qui est considérée comme l'héritière du groupement d'auteurs des écrivains de théâtre créé en 1777 à l'initiative de Beaumarchais. La Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), qui, comme son nom l'indique, ne se contente pas de gérer les droits des auteurs, mais prend également en charge les intérêts des éditeurs, s'est constituée en 1851. On peut également citer la SCAM (Société civile des auteurs multimedia) ou l'ADAGP, (la Société des auteurs dans les arts graphiques ou plastiques), dont les représentants sont tous membres du CSPLA.

Les relations entre la société et l'auteur sont de nature contractuelle, hors les cas où la loi impose la gestion collective : c'est le cas pour la gestion du droit de reproduction par reprographie (art. L.122-10 du code). En simplifiant, on peut dire que les sociétés d'auteurs bénéficient généralement d'une cession. Mais elles ne sont pas des cessionnaires ordinaires car elles exploitent pour le compte des cédants, et non pas pour leur compte, les droits qui leur sont transmis. C'est pourquoi la contrepartie de la cession n'est pas la rémunération classique, proportionnelle ou forfaitaire, prévue par l'article L.131-4 du code. Elle consiste dans l'obligation qui pèse sur la société de percevoir et de répartir, selon les modalités statutaires, les sommes dues à raison de l'utilisation des œuvres dont les droits ont été cédés.

Les relations entre la société d'auteurs et l'utilisateur sont également de nature contractuelle. Pour des raisons pratiques évidentes, la rémunération due par l'utilisateur à la société d'auteurs ne prend généralement pas la forme d'une participation proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre, mais consiste dans un forfait au sens de l'article L.131-4 du code, le plus souvent un pourcentage du chiffre d'affaires. Son montant est en principe débattu librement entre les parties. Mais il est fréquent que la négociation soit menée, en aval, avec des organisations professionnelles représentant les usagers des différents secteurs. En échange des garanties et des facilités de perception qu'elle obtient par cette voie, la société d'auteurs consent des réductions de tarif.

Comme on le voit, se pose avec une acuité particulière la question des moyens à mettre en œuvre pour faciliter la gestion et l'acquisition des droits d'auteurs, mais aussi des droits voisins en ce qui concerne les œuvres, notamment multimédia, nécessitant l'accord de plusieurs titulaires de droits.

Qui sont les titulaires des droits voisins du droit d'auteur ?

La loi du 3 juillet 1985 fait une énumération des titulaires des « droits voisins du droit d'auteur » qui présente un caractère limitatif.

Ces droits sont reconnus aux artistes-interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et aux entreprises de communication audiovisuelle, c'est-à-dire à ceux qu'un certain courant de la doctrine universitaire dénomme les « auxiliaires » de la création littéraire et artistique, qu'ils concourent à mettre à la disposition du public. On n'y retrouve pas les éditeurs, bien que ceux-ci jouent un rôle d'impulsion et de coordination qui pourrait justifier la reconnaissance d'un droit propre à ranger dans la catégorie des droits voisins. L'explication de ce choix est simple à trouver : elle tient probablement dans la réticence des intéressés eux-mêmes, qui préfèrent se contenter de leur qualité de cessionnaires des droits d'auteurs, voire revendiquer la qualité d'auteur.

Les droits voisins sont régis par un livre spécial, le deuxième, du code de la propriété intellectuelle. Cette reconnaissance a été consacrée par la directive du 19 novembre 1992 qui, en même temps qu'elle consacrait le principe d'un droit de location et de prêt, a imposé aux Etats membres de reconnaître les droits voisins déjà énumérés par la loi française.

Saisi par le ministre chargé de la culture de cette question d'un guichet commun pour la gestion des droits, le CSPLA a rendu à ce sujet l'avis n°2002-2.

Cet avis est le fruit du travail d'une commission spécialisée, présidée par le professeur Frison-Roche, qui, après avoir analysé la situation actuelle, a fait le constat que les difficultés structurelles rencontrées en matière d'acquisition de droits et de perception, accrues par le développement des technologies numérisées, invitaient à améliorer le système de gestion collective en France par un mécanisme souple de coordination.

La situation actuelle : l'association de difficultés avérées et de difficultés nouvelles.

La première série de difficultés est inhérente à la constitution des modes de gestion. Elle s'explique tout d'abord par l'importance du nombre de sociétés de perception et de répartition des droits en France

Si la doyenne de ces sociétés est la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), le domaine d'élection de la gestion collective est historiquement celui des œuvres musicales, pour le droit d'exécution publique comme pour le droit de reproduction mécanique. Désormais le domaine de la gestion collective a largement débordé le secteur des œuvres musicales pour gagner notamment les œuvres littéraires, audiovisuelles, graphiques et plastiques, photographiques ou encore multimédia, au travers de sociétés d'auteurs ou de

titulaires de droits voisins pluridisciplinaires ou limitées à une catégorie d'oeuvres déterminées. L'exercice collectif des droits attachés à ces oeuvres et objets protégés a paru justifié dès lors qu'il était fait une utilisation massive d'une grande diversité d'oeuvres, généralement de valeur économique individuelle faible et pour lesquelles la mise en oeuvre du droit moral des créateurs était difficile. C'est ainsi que plus d'une vingtaine de sociétés de gestion collective peuvent à ce jour être identifiées en France. Si la gestion collective n'a pas dans ces domaines la même prééminence que pour les oeuvres musicales, son rôle est toutefois loin d'être négligeable.

La multiplication des sociétés de gestion, à la faveur du développement de nouveaux supports et de la création par la loi de nouvelles catégories de titulaires de droits, a souvent correspondu au souhait des ayants droit d'être représentés par des sociétés qui leur paraissent proches et partagent leurs aspirations. Ainsi les missions d'intérêt général exercées par les sociétés de perception et de répartition au nom des titulaires de droits qui les composent sont-elles plus aisément acceptées lorsqu'elles sont le signe de liens de solidarité au sein d'une même communauté d'ayants droit. On note ainsi que si en France, en règle générale, les statuts des sociétés d'auteurs reconnaissent aux ayants droit et cessionnaires des auteurs la possibilité d'en être membre, conformément d'ailleurs à l'article 2 paragraphe 6 de la convention de Berne qui prévoit que « la protection des oeuvres s'exerce au profit de l'auteur ou ses ayants droit », en pratique elles évitent l'adhésion de certains membres cessionnaires ou ayants droit dont les intérêts pourraient venir en contrariété avec ceux de la société. Plus radicalement certaines sociétés telles que la SACD ou la SCAM, excluent de leurs membres les personnes morales exploitantes cessionnaires des droits sur une oeuvre.

A cette séparation entre auteurs et cessionnaires-exploitants de leurs droits, s'ajoute en pratique en France celle entre les organismes chargés de la gestion collective du droit d'auteur et ceux en charge de la gestion collective des droits voisins. C'est sur cette distinction entre la gestion collective des droits d'auteur et celle des droits voisins qu'est d'ailleurs fondée l'organisation internationale non gouvernementale regroupant et représentant les sociétés d'auteurs, la CISAC.

En France, les statuts de certaines sociétés d'auteurs admettent que producteurs et auteurs puissent se mêler en leur sein. Mais c'est en leur qualité d'ayants droit des auteurs que les producteurs sont admis à adhérer.

Difficulté supplémentaire : certains droits ne sont pas l'objet d'une gestion collective

Certains ayants droit restent en effet très attachés à une gestion individuelle des droits dont ils sont titulaires. Il en est ainsi en particulier pour les producteurs d'oeuvres cinématographiques et audiovisuels et les producteurs de phonogrammes, qui souhaitent garder la maîtrise de l'exploitation des oeuvres. Ils considèrent que, dans le cadre des articles L. 132-24 et L. 212-4 du code, la gestion individuelle permet d'arrêter des rémunérations plus en rapport avec le succès des oeuvres et d'organiser dans le temps les différents modes d'exploitation de l'oeuvre audiovisuelle. Ils estiment que les mouvement de concentration qui affectent le secteur de la création audiovisuelle et cinématographique vont dans le sens d'une simplification de la gestion individuelle par la constitution de catalogues regroupant plusieurs milliers d'oeuvres. De même, les entreprises de communication audiovisuelle gèrent individuellement le droit voisin dont elles sont titulaires sur leurs programmes en vertu de l'article L. 216-1 du code.

En outre certains droits, dont l'acquisition est nécessaire à la création de nouvelles œuvres utilisant des œuvres préexistantes, tels que le droit d'adaptation, font habituellement l'objet d'une gestion individuelle. Dans l'ensemble de ces cas, l'utilisateur des droits doit donc identifier l'ayant droit et engager avec celui-ci une négociation commerciale.

Cette situation rend complexe l'acquisition des droits, ce qui pèse sur les utilisateurs d'œuvres comme sur les producteurs d'œuvres incorporant des œuvres préexistantes. Il est vrai que certaines sociétés de perception et de répartition des droits ont été créées précisément pour faciliter la perception de droits ou de rémunérations. S'il serait faux de considérer que l'accroissement du nombre de sociétés de perception complique nécessairement l'acquisition des droits, le nombre élevé d'interlocuteurs, résultant de la multiplication des sociétés de gestion, peut toutefois compliquer la mise en œuvre effective du régime de protection des œuvres.

Les utilisateurs de certaines œuvres, plus particulièrement les œuvres musicales, doivent en effet acquiescer les autorisations nécessaires d'une part des auteurs, d'autre part de titulaires de droits voisins qui relèvent de sociétés de gestion distinctes. Les producteurs d'œuvres incorporant des œuvres préexistantes doivent pour leur part identifier les différents ayants droit ou leurs représentants à même de les autoriser à procéder à l'exploitation des œuvres ou objets protégés, puis négocier les droits correspondants.

Des difficultés inhérentes aux développements technologiques.

Si le développement des modes de communication numérisés ouvre des possibilités inédites pour la diffusion de la pensée et des œuvres, il est également porteur de difficultés nouvelles. Les œuvres numérisées soulèvent en effet des interrogations relatives à leur régime de protection comme à la mise en œuvre effective de cette protection.

Les premières difficultés sont celles relatives à la définition du régime de protection des œuvres numérisées

Cette question renvoie en fait à celle, déjà largement débattue en doctrine, de la qualification des œuvres numérisées au regard des notions habituelles du droit de la propriété littéraire et artistique. Les éléments constitutifs des œuvres numérisées (qui finalement n'apparaissent que sous la forme de 0 et de 1) sont en effet indifférenciés selon que cette œuvre est une œuvre écrite, musicale ou audiovisuelle. Or les régimes de protection des œuvres diffèrent selon la qualification retenue. Cette difficulté paraît toutefois pouvoir être surmontée car le droit d'auteur saisit non les données dans leur format numérique, mais les œuvres dans leur réalité analogique puisque la logique du droit d'auteur met en avant la communication au public. De manière plus aiguë encore se pose la question de la qualification de l'œuvre multimédia, en raison de la pluralité des contributions qui la composent.

Doivent surtout être relevées les difficultés croissantes de mise en œuvre du régime de protection et d'acquisition des droits.

Les conditions d'exploitation qu'autorisent les technologies numériques posent des difficultés accrues de protection des œuvres. Les innovations techniques ne sont en effet pas neutres sur l'effectivité du caractère exclusif des droits d'auteur et droits voisins.

L'exploitation des oeuvres de l'esprit devient en effet, en particulier dans les secteurs musical et audiovisuel, un phénomène de consommation de masse. Le développement du numérique ouvre des capacités de reproduction inconnues jusque là et accroît les risques de dénaturation des oeuvres. Gabriel de Broglie, auteur d'un rapport sur le droit d'auteur et l'Internet, relève justement que « jamais technique n'a autant facilité la copie et la transformation de l'oeuvre, qu'elle soit écrite, peinte ou composée ». Par la banalisation des moyens techniques, chacun peut être producteur, éditeur, diffuseur de services audiovisuels, par la création d'une page web ou en gravant un CD-ROM, sans nécessairement avoir conscience que des règles en matière de propriété intellectuelle doivent être respectées.

Cette diffusion de masse fait peser une pression baissière sur la protection des droits, par des usagers qui se prévalent du « droit d'accès à la culture » et par des exploitants au nom des « contraintes du marché ».

En sens inverse les créateurs d'oeuvre multimédia sont confrontés aux difficultés nées des recherches répétées des ayants droit et d'obtention des autorisations.

Au total, il semble que la simplification des procédures d'identification des oeuvres et des objets protégés, des ayants droit ou de leurs représentants et d'acquisition des droits est favorable aux titulaires de droits comme aux utilisateurs.

Les difficultés structurelles rencontrées en matière d'acquisition de droits et de perception, accrues par le développement des technologies numérisées, invitent à améliorer le système de gestion collective en France par un mécanisme de coordination.

Les principes fondamentaux de la propriété intellectuelle comme l'intérêt de la gestion collective ne paraissent néanmoins pas devoir être mis en cause.

Les difficultés précédemment analysées n'ont pas fait obstacle à la création et au développement d'industries culturelles fortes en France. En outre, la conception juridique française traditionnellement protectrice des auteurs paraît conciliable avec le développement du réseau mondial et la participation active de la France à la société de l'information. Il convient de mieux protéger les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins sans dénaturer les fondements du droit d'auteur à la française, droit de la personne et non droit des affaires.

En particulier, les singularités de l'oeuvre numérisée, qui se traduisent, ainsi qu'il a été rappelé, tant par des modes nouveaux de diffusion que par des risques sans précédent d'altération, ne justifient pas un alignement de notre droit sur le régime du *copyright* américain qui ne correspond ni à la tradition juridique européenne, ni à la conception française des oeuvres de l'esprit.

S'agissant de l'exercice collectif des droits, l'intérêt de la gestion collective là où elle est habituellement pratiquée demeure et se trouve même renforcé. La diffusion de masse des oeuvres ou objets protégés sous un format numérisé peut en effet pleinement justifier le recours à la gestion collective, qui, soumis à de nouvelles contraintes, doit évoluer. Le lien privilégié entre les ayants droit et les sociétés de gestion collective chargées en leur nom de faire valoir leurs droits, doit être maintenu.

De nouvelles formes de gestion des droits, plus coordonnées ou plus intégrées, contribueraient à faciliter l'acquisition et l'exercice des droits

Une gestion des droits plus coordonnée ou plus intégrée pourrait simplifier l'organisation aujourd'hui éclatée de la gestion de droits. Il convient d'observer que les sociétés de perception et de répartition des droits constituent une forme de gestion centralisée des droits correspondants au répertoire dont elles disposent. Les réflexions à mener portent en fait sur le degré souhaitable d'intégration ou de coordination, à examiner à la lumière du droit de la concurrence et au regard de différents paramètres. La commission européenne en a identifié principalement trois : les fonctions remplies, les types de droits concernés (droit d'auteur / droits voisins), les répertoires.

Si différentes solutions correspondant à des degrés d'intégration ou de coordination distincts peuvent être dégagées, ces solutions s'organisent autour de deux logiques de regroupement des ayants droit : soit la constitution de structures de coopération entre ayants droit, dans lesquelles ceux-ci conservent une entière liberté dans la délivrance des autorisations, soit la constitution de véritables structures de gestion collective ayant le pouvoir de délivrer les autorisations, percevoir et répartir les rémunérations.

Les expériences de gestion intégrée à caractère obligatoire

Différentes formes de gestion intégrée obligatoire ont d'ores et déjà été imposées aux titulaires de certains droits. Il en est ainsi des régimes de licence légale prévus par le code de la propriété intellectuelle. Par exemple :

- la licence légale prescrite à l'article L. 214-1 du code, pour la communication directe dans un lieu public, la radiodiffusion ou la distribution par câble simultanée et intégrale des phonogrammes publiés à des fins de commerce ; ces utilisations ouvrent droit à une rémunération que la société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), faisant office de guichet unique, est chargée de percevoir au profit des producteurs et des artistes-interprètes,

- la rémunération pour copie privée, prévue aux articles L. 311-1 et suivants du code ; cette rémunération est perçue par deux sociétés civiles, la SORECO pour la copie privée sonore et COPIE France pour la copie privée audiovisuelle au profit des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs.

Une autre forme de gestion centralisée a été consacrée par la loi du 27 mars 1997, en instituant le recours obligatoire à une gestion collective. Les articles L. 132-20-1 et L. 217-2 du code, transposant la directive du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, prévoient que le droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national d'une oeuvre, de la prestation d'un artiste-interprète, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme télédiffusés d'un Etat membre de la communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits.

Ce régime permet, à la différence des régimes de licence non volontaire, de préserver le principe du droit exclusif et l'effectivité des prérogatives qu'il confère. Une formule voisine, contribuant à une gestion plus centralisée des droits, est celle de la cession légale. L'article L. 122-10 du code, introduite par la loi du 3 janvier 1995, institue un tel régime en matière de droit de reproduction par reprographie. Cette formule, plus radicale, confère à la société cessionnaire, le centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), la pleine maîtrise du droit en cause.

Les expériences de gestion intégrée ou coordonnée à caractère non-obligatoire

Une première forme de coordination consiste en la mise en place d'une structure de renseignement sur le mode d'une base de données mise en commun.

C'est l'objet de la société allemande *Clearingstelle Multimedia (CMMV GmbH)*, issue du regroupement de l'ensemble des sociétés de gestion collective allemandes oeuvrant dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, à l'exception de la société *VG Musikedition*. L'objectif poursuivi par cette société est d'instaurer un organisme capable de centraliser les demandes de droits et de fournir les informations concernant l'identification des oeuvres préexistantes ou originales contenues dans les produits multimédia. Il s'agit d'un centre qui reçoit les informations demandées par les producteurs et transmet les requêtes aux sociétés représentant les auteurs et ayants droit. Ces dernières font revenir l'information à CMMV GmbH. L'ensemble de ces opérations est réalisé sous forme d'échanges électroniques. La participation de la quasi-totalité de sociétés de gestion collective en fait potentiellement une structure d'information efficace, agissant comme relais entre les titulaires de droits et les utilisateurs demandeurs. Toutefois, le nombre de sociétés participantes et les divergences d'intérêts entre celles-ci ont empêché le développement d'une intégration plus poussée au sein de CMMV.

Selon le même principe le Swiss Multimedia Copyright Clearance Center (SMCC) constitue un regroupement de sociétés d'auteurs, destiné à informer les producteurs d'oeuvres multimédia. Doit être enfin mentionnée la société suédoise Copyswede, structure commune aux auteurs et aux artistes-interprètes, qui agit non seulement comme centre d'information à l'égard des créateurs multimédia mais est également autorisée par ses membres à développer et organiser des systèmes en mesure de faciliter l'octroi de licences. A terme, cette structure sera peut-être appelée à délivrer des autorisations pour le compte de ses membres et percevoir les rémunérations afférentes.

En France, trois projets de plates-formes d'information et d'orientation des demandeurs comptent parmi les dix projets pilotes de « Multimedia Rights Clearance Systems », retenus dans le cadre du programme INFO 2000 de la commission européenne. Ces trois projets, VERDI (Very Extensive Rights Data Information), ORS (Open Rights System) et PRISAM, réunissent des sociétés de gestion européennes de droits d'auteurs et de droits voisins et sont en cours de fusion en un seul projet dénommé HARMONY (Harmonised European Multimedia Rights Clearance System).

Ce projet consistera à interconnecter les bases de données des différentes sociétés de gestion participantes. A partir de critères de recherche simples, l'utilisateur de cette base de données distribuée trouvera les ayants droit des oeuvres recherchées ou leurs représentants et sera orienté vers ces derniers par voie électronique. Il lui sera alors possible de procéder à l'acquisition des droits auprès de ces sociétés de gestion ou directement auprès des ayants droit, selon les modalités et les tarifs qu'elles continueront à fixer librement. Il est également envisagé que les oeuvres numérisées puissent être délivrées par voie électronique.

Tous les « guichets uniques » précédemment décrits se caractérisent par le fait que l'intégration au sein d'une structure commune s'effectue plus dans une volonté de coopération ou d'administration en commun que dans un souci de gestion commune.

Toute autre est en revanche l'approche consistant à créer un guichet unique, doté d'une structure autonome d'octroi des autorisations et de fixation commune des conditions de celles-ci. Ainsi en France, à la suite de l'expérience concluante de la SDRM dans le domaine du droit de reproduction mécanique, des sociétés de gestion collective de droits d'auteur se sont regroupées en juillet 1996 sous la forme de la société SESAM, société de perception et de répartition des droits au sens du titre II du livre III du code de la propriété intellectuelle.

SESAM est une structure permettant, au nom de ses associés dans le cadre du mandat exclusif qu'ils lui consentent ou de l'apport qu'ils lui font, de mettre en oeuvre une gestion collective commune et complète, c'est à dire autorisant les utilisations, fixant les conditions y compris tarifaires de celles-ci, percevant les rémunérations (grâce à la SDRM) et les distribuant pour répartition aux différents ayants droit selon des modalités arrêtées collectivement et globalement au sein de la personne morale. SESAM assume également une mission de contrôle des utilisations, de lutte contre la piraterie et de défense des intérêts de ses membres.

A la lumière de ces observations, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a formulé la recommandation suivante dans son avis n°2002-2.

Il propose de favoriser à terme la mise en place d'une plateforme d'information et d'orientation commune à l'ensemble des sociétés de perception et de répartition des droits, assurant, par l'interconnexion des bases de données des différentes sociétés, l'identification en une seule consultation des oeuvres ou objets protégés recherchés inscrits au répertoire de ces sociétés, des titulaires de droits et de la nature des droits susceptibles d'être acquis auprès d'eux. L'utilisateur sera orienté par voie électronique vers les titulaires de droits, auprès desquels il sera susceptible de procéder à l'acquisition des droits en ligne. La livraison des oeuvres numérisées par voie électronique pourra être également envisagée.

Il ne paraît pas utile à ce stade que des dispositions normatives organisent la mise en place d'une plateforme commune d'information et d'orientation, dans la mesure où certaines sociétés de perception et de répartition de droits dont SESAM, SCPP et PROCIREP, en liaison avec des entreprises de communication audiovisuelle comme celles du groupe France Télévision, sont déjà engagées dans la réalisation en commun d'un tel outil, dans le cadre du programme " e-contenu " de la commission européenne.

Toutefois, afin de garantir que les objectifs de simplification recherchés seront satisfaits, tout en laissant à cette initiative le temps de porter ses fruits, les sociétés participant au développement de ce projet proposent de s'engager dès maintenant envers le ministère de la culture sur la nature des services que cet outil fournira à terme, à l'issue des travaux réalisés selon l'échéancier précisé ci-dessous.

Ces sociétés accorderont l'accès à cette plateforme d'information et d'orientation, à des conditions équitables et non discriminatoires, aux autres sociétés de perception et de répartition des droits visées au titre II du livre III du code de la propriété intellectuelle, en leur donnant la possibilité de connecter leur base de données et de mettre ainsi leur propre répertoire à disposition des utilisateurs. Un pareil accès pourra être ouvert à des groupements de titulaires de droits ou à des détenteurs de droits.

Ce projet n'est pas exclusif d'autres initiatives similaires qui devront respecter les mêmes règles.

Les objectifs et le calendrier suivants ont été définis.

La plateforme d'information et d'orientation :

- permettra l'identification des œuvres et objets protégés, inscrits au répertoire des sociétés utilisant l'outil développé dans le cadre du projet, ainsi que leurs ayants droits,
- établira un lien avec les titulaires de droits ou leurs représentants,
- octroiera en ligne, lorsque cela sera souhaité par les titulaires de droits, les droits recherchés et assurera le paiement en ligne des rémunérations correspondantes,
- assurera le transfert en ligne du fichier électronique comportant l'œuvre ou l'objet protégé, si cela est techniquement possible.

Les sociétés participant au projet s'engagent à réaliser dans un délai de 18 mois à compter du lancement du projet un prototype assurant la première fonctionnalité indiquée ci-dessus. Un délai de trois ans est fixé comme objectif de réalisation de l'ensemble du projet.

Un rapport annuel sur la mise en œuvre de ce projet sera présenté au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique par les sociétés participantes.

D.

E. Comment transposer la directive relative à certains droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information ?

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique s'est au cours de l'année écoulée réuni à deux reprises pour examiner les modalités de transposition de la directive n° 2001/29 CE du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. A ce stade, le regard du CSPLA s'est porté sur deux éléments qui nourriront l'avis qu'il rendra dans les prochains mois à ce sujet.

Lors de sa séance du 20 décembre 2001, il a tout d'abord pris connaissance de la synthèse des premières orientations retenues par le ministère de la culture et de la communication. Ces premiers éléments sont disponibles sur le site Internet du Conseil supérieur (www.droitsdauteur.culture.gouv.fr), dans le compte-rendu de la réunion du 20 décembre 2001.

Lors de sa séance du 4 avril 2002, il a ensuite pris connaissance du rapport particulier des professeurs Lucas et Sirinelli, qui lui permettra de prendre position sur les principales questions posées par le texte communautaire.

1/ S'agissant des droits exclusifs harmonisés par la directive dans ses articles 2, 3 et 4, faut-il envisager une modification du code de la propriété intellectuelle ? Une lecture du texte de la directive permet toutefois en première analyse d'estimer que la pertinence et le champ d'application des droits exclusifs tels qu'ils résultent du code y sont confirmés. Aucune transposition ne serait donc nécessaire.

2/ Concernant l'article 5-1 de la directive visant l'exception obligatoire relative à la copie technique, la reprise intégrale et littérale du texte de la directive serait sans doute la méthode la plus simple de transposition, d'autant que cet article a fait l'objet d'amples débats durant toute la durée de la négociation de la directive. Il conviendrait néanmoins d'examiner si les articles L.122-5 et L.211-3 ne devraient pas être rédigés de manière plus cohérente avec les articles 11 et 13 du projet de loi sur la société de l'information, afin d'améliorer la sécurité juridique de la portée de l'exception et d'établir un champ d'application le plus homogène et indiscutable possible entre les différents textes législatifs relatifs aux intermédiaires techniques.

3/ Sur les articles 5-2, 5-3, 5-4 et 5-5, faut-il proposer l'introduction dans le code de la propriété intellectuelle de nouvelles exceptions, notamment issues de la liste des exceptions facultatives de la directive ?

4/ Sur les articles 6-1, 6-2 et 6-3, convient-il de privilégier une transposition s'inscrivant dans le régime de droit commun de la lutte contre la contrefaçon, en vue d'une mise en oeuvre plus aisée ?

5/ Sur l'article 6-4, si la faculté de copie privée et sa juste compensation semblent devoir être préservées par les mesures de protection technique mises en oeuvre par les ayants droit, la réflexion doit-elle se poursuivre pour maintenir les équilibres actuels, notamment au regard des perspectives de renforcement de la cohérence entre le droit français et celui des autres Etats membres ?

6/ Sur l'article 7, faut-il envisager un renforcement des sanctions ?

V. Autres adaptations du droit de la propriété intellectuelle.

F. Le champ de la rémunération pour copie privée.

Qu'est-ce que l'exception pour copie privée ?

L'article L.112-5 du code de la propriété intellectuelle soustrait au monopole de l'auteur « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ».

Comme on le voit, le code ne précise pas qui est le copiste. L'opinion commune commande qu'il soit celui qui réalise la copie. On peut hésiter aussi sur l'usage privé. L'exigence conduit bien sûr à exclure tout usage commercial, c'est-à-dire toute diffusion réalisée par le copiste moyennant une contrepartie financière. Au-delà, il est clair que l'usage privé ne peut être qu'un usage personnel, ce qui exclut l'usage fait à l'intérieur d'une entreprise ou d'une institution.

En pratique, le développement et la banalisation des moyens modernes de reproduction interdisent un réel contrôle de l'auteur sur la licéité de la plupart des reproductions. Au demeurant, même celles qui répondent aux exigences légales prennent une ampleur telle, avec la diminution du coût des supports, conjuguée à l'amélioration des performances des appareils d'enregistrement et de duplication, qu'elles en arrivent à concurrencer l'exploitation de l'œuvre.

Face à ce constat, il a vite été compris qu'il ne servait à rien de réaffirmer de manière incantatoire la primauté du monopole et qu'il était plus opportun d'imaginer des compensations financières.

La question a d'abord été posée pour la copie privée audiovisuelle. Elle a figuré au premier plan des préoccupations du législateur en 1985. L'accord a été assez vite obtenu sur la création d'une redevance assise sur les supports d'enregistrement vierges. Cette redevance est acquittée à la source par le fabricant ou l'importateur.

Son montant est fixé par une commission dont la composition et le fonctionnement sont prévus par l'article L.311-5 du code. Cette commission a dernièrement été réunie pour tenir compte de l'incidence des techniques numériques. Une première décision visant certains supports (Minidisc, CDR et RW audio, DVDR et RW vidéo, CDR et RW data) a été prise le 4 janvier 2001 et d'autres devraient suivre.

Dès le début du mois de juillet 2001, le CSPLA a chargé une commission spécialisée, établie en son sein et présidée par Me Martin, de réfléchir à l'adaptation à l'ère numérique du mécanisme d'exception et de rémunération pour copie privée

Cette commission a dû modifier son programme de travail en raison de l'intervention de deux textes relatifs à la copie privée :

- la directive du 22 mai 2001 a par ailleurs entériné le mécanisme d'exception pour copie privée (art. 5, par. 2 b)), en le combinant avec des dispositions relatives aux mesures techniques de protection des oeuvres et des autres objets protégés (art. 6) ;
- la loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel a en effet élargi à toutes les catégories d'oeuvres le champ de la rémunération pour copie privée, qui ne concernait auparavant que les oeuvres fixées sur un phonogramme ou un vidéogramme; cette loi a en outre ajouté les éditeurs à la liste des bénéficiaires de la rémunération alors que la loi du 3 juillet 1985 ne mentionnait que les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs.

Les travaux de la commission ont ainsi porté successivement sur deux thèmes, qui ont donné lieu à deux avis du CSPLA.

1/ Le premier avis (n°2001-2) concerne le champ d'application de l'article 15 de la loi du 15 juillet 2001 ; il propose d'adapter sans tarder la composition de la commission prévue à l'article L.311-5 du code, mentionnée ci-dessus, en attribuant deux des sièges occupés par les ayants droit actuels à deux sociétés de gestion représentant les auteurs et éditeurs des oeuvres écrites, d'une part, des oeuvres plastiques et visuelles, d'autre part.

Le CSPLA a relevé par ailleurs qu'il pourrait être utile, dans une phase ultérieure, afin que la représentation de chaque secteur d'activité au sein de la commission reflète son importance économique, de modifier le nombre des membres de la commission fixé à l'article R. 311-2 du code de la propriété intellectuelle, et de modifier l'article R. 311-1 du même code en vue de rendre possible la création de formations spécialisées dans les secteurs nouvellement représentés.

2/ Le deuxième avis (n°2002-1) se prononce lui sur le fond des modifications apportées par la loi du 27 juillet 2001, et plus particulièrement sur le champ des bénéficiaires de la rémunération pour copie privée.

Les trois points suivants ont été tranchés. Ils sont relatifs respectivement aux catégories d'oeuvres susceptibles d'ouvrir droit à la rémunération pour copie privée, à la situation des éditeurs, à la base de calcul de cette rémunération et aux conditions de fixation du barème.

Sur le premier point, le CSPLA a estimé que le champ de la rémunération pour copie privée, élargi à toutes catégories d'oeuvres sur support numérique par la loi du 17 juillet 2001, excluait les logiciels et les bases de données électroniques qui bénéficient d'un régime de droit exclusif qui n'a pas été modifié par la loi. Il a cependant été reconnu le préjudice économique subi par les éditeurs de logiciels, du fait des reproductions illégales réalisées dans

des circonstances comparables à la copie privée. Le CSPLA ajoute que les oeuvres non-logicielles, accessibles grâce à un logiciel mais dissociables de ce dernier, ouvrent à leurs auteurs le bénéfice de la rémunération pour copie privée, en application de l'article L. 311-1 du code.

Sur le deuxième point, le CSPLA a relevé que le droit à rémunération désormais reconnu aux éditeurs par la loi ne signifiait pas que le législateur avait entendu leur reconnaître un droit propre. Les éditeurs bénéficient de cette rémunération soit à titre originaire, soit en vertu d'un contrat de cession. Sur la question connexe des éditeurs étrangers, le CSPLA considère que leur statut relève de la convention de Berne du 9 septembre 1886.

Sur le troisième point, il a été estimé que la base de calcul fixée par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 (et décrite dans l'encadré ci-dessus) n'était plus adaptée aux catégories d'oeuvres mentionnées par la loi du 17 juillet 2001 qui couvre des oeuvres ne se traduisant pas par des séquences temporelles, mais par des séquences purement écrites ou visuelles, lesquelles n'impliquent pas nécessairement une durée d'enregistrement. La question a été posée du critère de calcul de la rémunération aux nouvelles catégories d'oeuvres, notamment les oeuvres écrites et visuelles, sur la base de la rédaction actuelle de la loi. En élargissant les catégories d'oeuvres concernées, le CSPLA a considéré que le législateur avait implicitement élargi la base de calcul, de sorte qu'il paraît possible que la commission de l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle fixe des barèmes distincts valant pour les nouveaux ayants droit sur la base de la capacité d'enregistrement des supports. Par conséquent, la rémunération des nouveaux ayants droit devrait s'ajouter à celle qui existe déjà.

G.

H. Le droit à rémunération des artistes-interprètes à la suite de leur décès

Certains artistes-interprètes demandent la suppression de la dernière phrase de l'article L.212-7 du code de la propriété intellectuelle qui prévoit que, pour les contrats passés antérieurement au 1er janvier 1986 pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, le droit à rémunération des artistes-interprètes s'éteint à leur décès. Cette question a été traitée dans le cadre d'un rapport réalisé par le professeur Lucas, à la demande du CSPLA².

En droit, la revendication paraît fondée au professeur Lucas. La limitation de la durée des droits à la vie de l'artiste-interprète n'est pas conforme à la directive du 29 octobre 1993 sur la durée de la protection du droit d'auteur et des droits voisins (transposée en droit français par la loi du 27 mars 1997), dont l'article 3 pose le principe que " les droits des artistes interprètes ou exécutants expirent cinquante ans après la date de l'exécution ", sans prévoir une quelconque exception pour les contrats antérieurs à la reconnaissance légale des droits voisins.

La non-rétroactivité de la loi n'est pas en cause. De même que l'allongement de la durée du droit d'auteur a, conformément à la directive précitée, conduit à " rappeler à la protection " des œuvres qui étaient tombées dans le domaine public, de même la consécration des droits voisins devait bénéficier aux interprétations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985. On peut citer en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation posant le principe en matière de droit d'auteur que " la loi qui a vocation à s'appliquer est celle qui est en vigueur à la date de l'acte qui provoque la mise en œuvre de la protection légale ".

Quand l'article L.212-7 étend aux contrats antérieurs au 1er janvier 1986 (date d'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985) les règles relatives à la présomption de cession au producteur audiovisuel des droits des artistes-interprètes, il ne déroge pas à la règle de non-rétroactivité mais se borne à donner un effet immédiat à la loi nouvelle.

La modification à envisager est très simple : il suffit de supprimer la dernière phrase de l'article L.212-7.

Les incidences de ce retour au droit commun sont faciles à mesurer. La protection des artistes-interprètes s'en trouverait évidemment améliorée, les charges des producteurs augmentées, et, dans cette mesure, la diffusion des prestations artistiques rendue plus onéreuse.

Le principal intéressé est l'Institut national de l'audiovisuel (INA), étant cependant observé que celui-ci fait déjà abstraction de la règle dérogatoire posée par l'article L.212-7 en ce qui concerne les rediffusions et les exploitations vidéographiques des prestations d'artistes-interprètes.

Les contacts pris par le professeur Lucas lui ont cependant permis de constater que les revendications des artistes-interprètes qui se sont mobilisés ne se limitaient pas au problème de l'article L.212-7.

² A la date de publication du présent rapport d'activité, les conclusions du rapport du professeur Lucas n'ont pas fait l'objet d'un avis du CSPLA.

D'abord, les intéressés demandent qu'on aligne la durée de leurs droits patrimoniaux sur celle des auteurs, pour la porter à 70 ans après leur mort. La revendication n'est pas nouvelle. Son succès passe par une modification, à mon avis improbable, de la directive précitée de 1993.

Ensuite et surtout, ils se plaignent des pratiques actuelles de l'INA. Outre que celui-ci se livrerait à des exploitations excédant la mission qui lui est assignée par la loi du 1er août 2000, il ne respecterait pas les droits de propriété intellectuelle des artistes-interprètes, dont il utiliserait les prestations en tout ou partie sans disposer des autorisations nécessaires et moyennant des compensations dérisoires au regard des sommes encaissées par lui à l'occasion de ces exploitations.

Bien que le point ne soit pas expressément abordé dans la lettre de mission, il a semblé au professeur Lucas qu'il méritait de l'être dans le rapport qu'il a remis au CSPLA tant il est central dans l'argumentation développée par les artistes interprètes. L'INA conteste outrepasser sa mission et justifie les pratiques qui lui sont reprochées sur la base du raisonnement suivant.

Dès lors que les artistes-interprètes ont passé avec les sociétés de télévision productrices des émissions concernées (aux droits desquelles il vient par suite d'une dévolution légale) des contrats de travail renvoyant à des conventions collectives fixant les modalités financières de réutilisation des prestations, il est, pour les modes d'exploitation ainsi prévus contractuellement, cessionnaire des droits de propriété intellectuelle reconnus aux intéressés par la loi du 3 juillet 1985 aujourd'hui codifiée et il n'a donc aucune autorisation à solliciter pour exploiter les prestations.

Les parties s'opposent sur l'application des différentes conventions collectives invoquées par l'INA.

Les avocats représentant les artistes-interprètes affirment qu'elles n'ont fait l'objet d'aucun arrêté d'extension et en déduisent que leurs clients, non affiliés aux syndicats signataires, ne peuvent se les voir opposer, ce que conteste l'INA, qui observe qu'en toute hypothèse, les contrats d'engagement se réfèrent expressément à ces conventions collectives qui sont ainsi entrées dans le champ contractuel. Il faut également verser au débat les objections que les artistes-interprètes concernés tirent du droit moral. Celui-ci, parce qu'il est expressément déclaré par la loi inaliénable (article L.212-2, alinéa 2), n'a pu être compris dans une quelconque cession.

Or certaines des utilisations visées (des extraits par exemple) peuvent mettre en cause l'intégrité des prestations ou l'image que l'artiste-interprète entend donner de lui-même. Ces difficultés sont trop sérieuses pour qu'il soit possible de vider la querelle d'un trait de plume. Justifient-elles une modification législative ? Le professeur Lucas ne le pense pas.

Sans doute serait-il opportun de repenser et de clarifier l'articulation entre le droit du travail et le droit de la propriété intellectuelle, qui, tout particulièrement pour les artistes-interprètes, et pour des raisons surtout historiques, entretiennent des relations complexes et parfois ambiguës.

On voit bien par exemple, et la querelle d'espèce en apporte la démonstration, que les mécanismes de négociation collective ne font pas bon ménage avec le caractère individuel des prérogatives reconnues aux intéressés.

La répartition d'un pourcentage des recettes (20%) encaissées par l'INA au prorata des cachets initiaux des artistes interprètes concernés est dans la logique de la convention collective, mais on comprend que les artistes-interprètes dont les prestations sont exploitées s'étonnent de la disproportion entre les sommes perçues par l'INA à l'occasion de cette exploitation et le montant qui leur revient au terme du calcul prévu par la convention collective.

On peut toutefois se demander si cette nécessaire mais ambitieuse " mise à plat ", propre à améliorer la lisibilité du droit, passe par une réforme législative, et si ce n'est pas plutôt sur le terrain que le droit du travail doit faire toute sa place à la dimension de droit subjectif des prérogatives reconnues aux salariés au titre de la propriété littéraire et artistique. Dans cette optique, la solution ne passerait pas par une modification du code du travail ni du code de la propriété intellectuelle (et surtout pas des dispositions de droit transitoire de l'article L.212-7), mais par la mise en œuvre de nouvelles pratiques contractuelles plus et mieux formalisées que celles qui ont eu cours jusqu'à présent, et réconciliant de façon harmonieuse les deux ordres de préoccupation.

Quant à l'empilement de conventions collectives, dont les premières ont été conclues à une époque où les artistes-interprètes ne jouissaient d'aucun droit de propriété intellectuelle, et qui sont parfois d'application rétroactive, il compromet l'impératif de lisibilité évoqué plus haut du droit, mais le mal est fait et ce n'est pas au législateur de venir l'aggraver en compliquant encore une situation déjà difficile à maîtriser.

En dehors de la voie judiciaire, que les intéressés sont évidemment toujours libres d'emprunter malgré ses inconvénients, la seule solution pour apurer le passé est celle de la négociation. Dans le cas du conflit opposant l'INA à certains artistes-interprètes, elle pourrait permettre de clarifier la question de la titularité des droits de propriété intellectuelle et de retoucher le mode de calcul de la rémunération complémentaire due aux artistes-interprètes.

Une telle négociation pourrait être opportunément encouragée par une médiation dont le principe n'est pas écarté par les protagonistes.

I.

J. Contrefaçon et piraterie : état du droit et des procédures.

Deux derniers rapports ont été présentés au CSPLA au cours de l'année écoulée. Ils ont été l'œuvre respectivement de Leonardo Chariglione et de la députée Brigitte Douay.

Ils sont ici reproduits, sachant qu'ils n'engagent que l'opinion de leur auteur, sans avoir fait l'objet d'une approbation formelle du CSPLA.

Rapport particulier de Leonardo Chiariglione (Telecom Italia Lab, Italie) portant sur la gestion et la protection des œuvres et de la propriété intellectuelle. Etat des travaux et des réflexions.
--

1) Les antécédents.

Il y a toujours eu une contradiction entre le désir d'un auteur de voir son ouvrage bénéficier de la plus ample diffusion possible et sa volonté d'en maintenir le contrôle. Dans l'antiquité, c'est parce qu'ils étaient riches, qu'ils pouvaient compter sur des mécènes qui aimaient favoriser les arts ou encore parce qu'ils étaient au service du pouvoir qui exploitait leurs talents à ses propres fins, que les écrivains créaient leurs ouvrages. A cette époque là, la célébrité était la meilleure récompense de l'écrivain et même si l'écriture procurait une rémunération tangible, cette rémunération provenait plutôt de l'acte de création lui-même que du nombre d'exemplaires vendus.

En raison des coûts élevés de la distribution, il était alors extrêmement difficile de mettre en place une entreprise comparable à une maison d'édition d'aujourd'hui. Ainsi, les gens recopiaient librement les ouvrages pour leur propre plaisir, pour diffuser la culture ou encore pour favoriser un nouveau courant religieux ou politique.

L'invention de l'imprimerie a totalement modifié la donne en permettant à ceux qui le souhaitaient de diffuser leurs ouvrages grâce à la disponibilité d'entrepreneurs prêts désormais à miser sur le succès de leurs livres et à consentir les investissements nécessaires. L'imprimerie n'a cependant pas changé du jour au lendemain l'attitude antérieure vis à vis de la copie.

La différence résidait dans le fait que l'acte de copier n'était plus accompli par des individus, mais plutôt par des entrepreneurs. Cela donna lieu à la promulgation de deux séries de lois - le "copyright" et le droit d'auteur - qui ont mis un accent différent sur la question de la protection. Le niveau technologique de l'époque ne posait pas de problème à l'applicabilité de la loi sur le "copyright".

Les protections juridiques mises en place pour résoudre les problèmes entraînés par l'imprimerie furent efficaces pour d'autres technologies et notamment celles qui donnèrent lieu à de nouvelles formes artistiques ou à de nouveaux canaux de distribution, tels que la photographie, l'enregistrement sonore et le cinéma.

En tout état de cause, il était possible de copier un ouvrage mais cette copie était généralement de qualité médiocre et exigeait très souvent des équipements très sophistiqués, que seuls les entrepreneurs - ceux qui étaient justement concernés par les lois sur le "copyright" - pouvaient se permettre.

C'est pourquoi le système mis en place avec la loi sur le " copyright " est demeuré stable.

La radiodiffusion a introduit un canal de distribution totalement nouveau pour toutes sortes d'ouvrages, alors que la télévision a permis d'accéder à de nouvelles formes d'expression artistique et a fourni de nouveaux débouchés pour les réalisations cinématographiques.

Très souvent gérée par des organismes publics, la radiodiffusion a trouvé un point d'équilibre : la perte des clients qui avaient déjà " consommé " l'ouvrage diffusé et qui n'éprouvaient plus le besoin de s'en procurer un exemplaire était compensée par l'arrivée de clients qui étaient poussés à acheter l' " original " après avoir écouté ou avoir vu sa version radio/télédiffusée.

La télédiffusion a également créé un nouveau canal de distribution pour les films.

L'enregistrement - sonore et vidéo - a ouvert la première grande brèche dans le système juridique créé par la loi sur le " copyright ". S'il est vrai que les copies obtenues à partir d'une émission étaient de qualité médiocre, l'original n'était pas pour autant meilleur. Par ailleurs, l'expérience a montré que les utilisateurs ne sont pas particulièrement concernés par la qualité, à condition que celle-ci se situe au dessus d'un niveau pas trop élevé. La célèbre affaire Universal contre Sony a jeté les bases juridiques permettant de considérer la copie destinée à l'usage personnel comme un droit du consommateur. A partir de là, la seule échappatoire pour les titulaires des droits a été offerte par l'imposition d'une taxe sur les cassettes vierges et les appareils d'enregistrement.

Le prétendu " enregistrement " sur papier s'est développé de manière indépendante, du moins en Europe où le photocopiage de matériel imprimé couvert par des droits d'auteur est illégal. La télévision par câble est née comme un appendice de la télédiffusion dans les régions où la réception était mauvaise (d'où son nom de Community Antenna Television) et a exigé pour la première fois la séparation de deux fonctions qui avaient été jusque là intégrées dans le poste de télévision : la " réception des signaux " et l' " affichage des informations ". Le décodeur (Set Top Box - STB) était un module de " réception des signaux " pour le nouveau système d'émission par câble différent de celui utilisé pour la télédiffusion VHF/UHF. En déformant le signal émis, l'opérateur CATV pouvait gérer l'accès aux programmes TV par des catégories différentes d'utilisateurs selon le type d'abonnement souscrit.

Une fonction " décryptage " a donc dû être ajoutée dans le STB. Des STB avec fonction " décryptage " étaient également nécessaires pour la réception de signaux cryptés sur les réseaux terrestres et par satellite. Des technologies semblables, capables de modifier le signal de télévision, ont été adoptées pour rendre difficile la copie des signaux télédiffusés.

2) Le traitement des signaux numériques arrive à maturité.

Depuis presque quatre décennies, une bonne partie des sociétés qui opèrent dans les domaines audio et vidéo mènent des études sur le traitement (" compression ") des signaux audio/vidéo numériques de manière à ce que le nombre de bits nécessaires pour représenter le signal puisse être réduit à des valeurs compatibles avec la largeur de bande et la capacité des systèmes de transmission et de stockage. Le standard MPEG-2, approuvé en 1994, a été la

référence pour tous les secteurs : télédiffusion électronique grand public, câble, télécommunications, informatique, etc.

Avec soixante millions de décodeurs numériques (STB) et quarante millions de lecteurs DVD, le standard MPEG-2 a permis à l'industrie de passer avec succès de la technologie analogique à la technologie numérique.

La télévision numérique MPEG-2 n'est pas une " nouvelle " forme de télévision. L'expérience de l'utilisateur n'est pas très différente de celle de la télévision analogique. Les principales différences résident ailleurs :

- le nombre de programmes disponibles sur la même largeur de bande peut être augmenté cinq à dix fois grâce à une exploitation plus efficace du spectre ;
- il est aussi possible de noter une plus grande flexibilité du fournisseur des services car les programmes TV peuvent être automatiquement gérés de manière à fournir ces services sous forme de " Near video on demand " ;
- une troisième différence réside enfin dans la capacité de fournir des guides électroniques des programmes.

Le standard MPEG-2 a été conçu pour assurer un support de base aux opérateurs de la télévision payante dans la mesure où il permet seulement la transmission des clefs de décodage aux abonnés détenteurs d'un décodeur.

Toutes les tentatives visant à favoriser un degré plus élevé de standardisation se sont heurtées à une forte résistance, d'une part, des opérateurs qui craignent de perdre le contrôle de leurs abonnés et des titulaires des droits (à cause des problèmes de sécurité et du manque d'acceptation), d'autre part du marché (à cause des coûts des appareils).

Les opérateurs sont pénalisés par les coûts élevés (il s'avère qu'aucun opérateur n'a une situation de trésorerie positive) en raison des droits relatifs au grand nombre de programmes qu'ils transmettent et des coûts des STB qu'ils doivent subventionner. Les utilisateurs sont mécontents de la nécessité d'accumuler les STB s'ils souhaitent s'abonner à plus d'un opérateur.

Les législateurs sont inquiets car les utilisateurs sont obligés d'acheter plus d'un STB et demandent un " décodeur unique ".

Une expérience totalement nouvelle pour les utilisateurs a été annoncée au milieu des années 1990 lorsque la Video on Demand (VoD) a permis un " accès sur demande " à un nombre théoriquement illimité de programmes. Les perspectives économiques incertaines ont poussé les opérateurs des télécommunication et les câble-opérateurs à abandonner leurs plans concernant la fourniture de ces services.

Le piratage, dans un environnement où un STB n'est pas directement connecté aux fournisseurs de services via le réseau constitue un problème technique très complexe. Le nombre de fournisseurs de solutions de sécurité est limité et les STB sont constamment menacés.

Lorsque les STB sont des appareils autonomes, il est possible de poursuivre en justice la production de STB pirates car on serait alors dans le cas de la " lutte contre les entrepreneurs malhonnêtes " prévue par la loi sur le " copyright ".

Mais si l'on passe dans un contexte de machines programmables, l'architecture ouverte des PC et la capacité croissante de traitement des données des processeurs permettent à n'importe quel informaticien expérimenté d'essayer de décrypter le flux TV numérique crypté. Dans ces conditions, il semble difficile de pouvoir faire respecter une loi qui criminalise les actions commises par des millions de personnes. Cela n'a jamais été essayé et les impacts sur la société pourraient être considérables.

Le DVD (Digitale Versatile Disc) a été rendu possible grâce à la norme MPEG-2 et au développement ultérieur de la technologie des disques compacts qui a permis de stocker les bits avec un débit suffisamment élevé sur les deux côtés.

La haute qualité des DVD dépend aussi du codage "à débit variable" grâce auquel un nombre plus important de bits nécessaires pour les scènes très détaillées et très complexes sur le plan du mouvement peut être lu en faisant tourner le disque plus rapidement. Les informations stockées dans les DVD sont mémorisées sous forme cryptée. Un lecteur de DVD est en mesure de décrypter les informations et de les présenter si le "code régional" du disque DVD est le même que le code régional du lecteur.

Le code régional a largement contribué à l'adoption par l'industrie cinématographique des mêmes modalités de distribution des DVD que celles des films : un lancement en "première" sur un marché suivi de la distribution progressive dans les autres pays. Il existe de nombreux lecteurs capables de lire des DVD portant des codes régionaux différents. La technologie de protection des DVD a été piratée parce que les clefs principales des logiciels de lecture des DVD n'étaient pas suffisamment protégées. Les pirates ont diffusé le programme DeCSS qui décrypte automatiquement un fichier DVD permettant ainsi de le décoder avec un PC ordinaire.

La communauté des logiciels gratuits part du principe qu'il devrait être possible de réaliser un lecteur DVD capable de décoder un fichier DVD. Ainsi, le programme DeCSS n'est pas considéré par cette communauté comme un moyen de pirater le système de protection DVD mais comme un outil pour réaliser un décodeur logiciel permettant de reproduire un DVD légalement acquis.

3) Traitement numérique des signaux, réseaux et ordinateurs

L'histoire du MP3 a commencé en novembre 1992 lorsque la norme MPEG-1 a été approuvée. Une fraction de la partie Audio de ce standard, dénommée MPEG-1 Audio Layer III fournissait une qualité transparente avec le CD d'origine à un débit binaire de 192kbit/s. La mise en place de la norme était cependant trop compliquée pour les applications de consommation et pendant quelques années son utilisation fut limitée au milieu professionnel.

Autour de 1995, plusieurs circonstances concomitantes se sont produites :

- le nombre des cartes audio pour PC a augmenté de manière vertigineuse et l'écoute d'une musique de haute qualité à partir d'un CD introduit dans le PC est devenue courante ;
- Microsoft a lancé son système d'exploitation Windows 95 permettant pour la première fois à tout le monde de copier une piste musicale sur le disque dur ;

- le nombre des processeurs Pentium Intel a augmenté sensiblement en marquant ainsi un saut de génération en termes de capacité de traitement des PC ;
- la réalisation du logiciel MPEG-1 Audio Layer III a été optimisée ce qui a permis d'exploiter les processeurs Pentium ;
- l'internet a évolué : d'un phénomène essentiellement réservé au monde universitaire, le MPEG-1 Audio Layer III a été rebaptisé MP3.

En quelques mois, des millions d'utilisateurs de PC ont commencé à extraire des morceaux de leurs CD, à les comprimer en format MP3 et à les mémoriser sur leurs ordinateurs. Les passionnés ont pu enfin composer leurs propres albums et transmettre des fichiers MP3 à leurs amis par courrier électronique. D'autres " passionnés " du web découvrirent des utilisations lucratives de cette technologie, en extrayant, à partir des CD, des milliers de fichiers musicaux, en les comprimant en format MP3 et en les publiant sur leur site web où les surfeurs d'internet pouvaient les télécharger à titre gratuit. Pendant le très lent téléchargement des fichiers, le surfeur était exposé à des messages publicitaires affichés sur le site musical. Ces espaces publicitaires étaient vendus aux sociétés intéressées.

Un autre " passionné " du web imagina un autre service : permettre à ses abonnés de mémoriser leurs fichiers MP3 dans son serveur, de manière à pouvoir les télécharger depuis n'importe où, sans devoir les amener avec eux. Un autre " passionné " décida de fournir un service qui ne comportait même pas la manipulation des fichiers MP3, mais uniquement la gestion d'un service répertoire. Toute personne ayant mémorisé des fichiers MP3 sur son propre ordinateur pouvait informer le fournisseur du service de l'existence desdits fichiers et décider de les " partager ".

Ceux qui recherchaient une chanson particulière pouvaient contacter le fournisseur de service qui leur fournissait la liste des adresses internet des éventuels fournisseurs de cette chanson. Chacun des cas susmentionnés a engendré de nombreuses actions en justice. Les préjudices ont été réparés par les tribunaux mais la question reste de savoir s'il ne faudrait pas penser à une approche plus rationnelle pour résoudre ce type de problèmes.

Il faut repenser les fondements des droits de toutes les parties - titulaires des droits d'auteur, intermédiaires et utilisateurs - et, à partir de là, élaborer un nouveau cadre juridique. Solliciter les dispositions de lois centenaires et faire référence à une situation qui n'existe plus ne sert les intérêts d'aucune des parties. A la fin de l'année 1998, l'industrie musicale a réagi au problème MP3 en mettant en place une nouvelle organisation sans but lucratif : la Secure Digital Music Initiative (SDMI). SDMI a développé la spécification " Portable Device " qui permet de protéger la reproduction, la mémorisation et la distribution de la musique numérique de manière à faire émerger un nouveau marché.

Le problème de cette spécification réside dans le fait qu'elle se borne à proposer un cadre général dans lequel de multiples solutions non-compatibles, toutes conformes aux critères de sécurité prescrits, peuvent coexister. Il s'agit là sans aucun doute d'un bon point de départ mais cette spécification est un travail accompli à moitié. Elle n'a pas donné lieu au nouveau marché de la musique numérique tant attendu comme en témoigne le dispositif portable Sony mis au point conformément à la spécification SDMI. Bien qu'il s'agisse d'un remarquable exemple de technologie évoluée, le public lui a réservé un accueil très tiède.

On ne peut demander à personne d'acheter un appareil qui ne permet d'écouter qu'une partie de la musique aujourd'hui disponible en format MP3. SDMI a abordé un problème qui préfigure le passage de la manière actuelle de publier la musique à celle qui deviendra la norme de demain. La qualité de la musique publiée à l'heure actuelle est équivalente à celle de la bande originale du studio d'enregistrement. Cela signifie que n'importe quelle musique publiée à l'avenir sera sujette à une quantité croissante d'utilisations abusives au fur et à mesure que se répandront les outils technologiques. Par ailleurs, il n'est pas concevable d'abandonner l'utilisation des CD, car il y a environ 500 millions de lecteurs CD dans le monde. SDMI a développé une technologie dite de filtrage Phase I dont l'objectif est de signaler à un appareil de reproduction qu'un certain morceau de musique a été publié dans le respect des nouvelles règles. Il s'agit d'un marquage capable de résister aux techniques de traitement des signaux les plus sophistiquées.

SDMI a également tenté de développer la technologie de filtrage Phase II dont l'objectif est d'informer un appareil de reproduction ayant détecté la présence d'un marquage Phase I que la musique en question a été comprimée sans autorisation. SDMI n'a pas encore réussi à développer une telle technologie car aucune de celles présentées n'a été en mesure de répondre aux critères qui ont été fixés. IV. Maîtriser la technologie et non pas la combattre.

Il suffit de lire les paragraphes précédents pour s'apercevoir que le monde des contenus est toujours resté en arrière par rapports aux progrès technologiques. Cela a donné naissance aux phénomènes " World Wild Web " où l'industrie et la jurisprudence ont essayé de combler un vide toujours important. Cette course continue ne résoud pas les problèmes quotidiens et ne permet pas de construire un avenir stable.

Le présent paragraphe illustre MPEG-21 " Multimédia Framework ", le plus complet projet de normalisation en vue de la création d'un cadre dans lequel chacun puisse jouer n'importe lequel des rôles de la chaîne de valeur actuelle et voir ses droits protégés grâce au soutien de technologies adéquates. Toutes les parties concernées participent actuellement à l'élaboration de ce projet. L'idée sous-jacente du MPEG-21 est de créer une infrastructure permettant à pratiquement chaque individu d'être un élément d'un réseau constitué de milliards de fournisseurs de contenus, de valeur ajoutée, de packages, de services ainsi que de consommateurs et de revendeurs. Le cadre définit le " Digital Item " comme unité d'échange.

Il s'agit d'un objet numérique structuré avec une représentation, une identification et des métadonnées standard. Un exemple de " Digital Item " est offert par la " Music Compilation " constituée de plusieurs éléments (musique, photo, vidéo, animation, graphiques, lyriques, résultats, fichiers MIDI, interview avec les chanteurs, informations relatives à la chanson, déclarations des leaders d'opinion, indices des agences, informations sur les bonnes affaires...)

Les éléments ne doivent pas forcément être statiques car le " Digital Item " pourrait fournir des informations sur le classement au hit-parade d'une chanson ou d'un album durant, par exemple, un mois. Par ailleurs, le " Digital Item " pourrait contenir des informations de navigation qui peuvent être adaptées aux préférences des utilisateurs qui sont définis comme ceux qui accomplissent des actions sur le " Digital Item " (il s'agit par exemple de créer ou fournir des contenus, les mémoriser ou les classer, faciliter ou réglementer les transactions qui découlent des actions...)

Il est clair que les transactions auront besoin d'une infrastructure de commerce électronique qui est en train de se former. Pour mettre ce projet en place, il est nécessaire de développer un certain nombre de technologies et notamment :

- l'identification des Digital Items (il s'agit de l'équivalent virtuel du code SBN qui doit être compatible avec un grand nombre d'exigences), la norme sera approuvée en mars 2002 ;
- la description des Digital Items (le terme " description " est un terme très large qui est parfois défini comme " métadonnées "), dans ce cas, il faut se référer aux descriptions très spécifiques associées à l'identification, la norme sera approuvée en mars 2002 en même temps que celle de l' " identification " ;
- " l'association persistante " (il s'agit d'une technologie qui permet le trafic des données telles que l'identification de manière à ce que le numéro d'identification et le contenu identifié ne puissent être séparés) ;
- le " langage des droits " (il s'agit d'un langage lu par les machines qui permet aux utilisateurs de la norme MPEG-21 de déclarer des droits vis-à-vis des contenus), la norme sera approuvée en mars 2003 ;
- la " gestion et protection de la propriété intellectuelle " (il s'agit d'une technologie qui assure la protection des contenus de manière à ce qu'un utilisateur ayant acquis un droit vis-à-vis de ces contenus puisse y accéder dans la transparence sans être obligé d'utiliser un dispositif imposé par le fournisseur des contenus en questions), la norme sera approuvée en mars 2002. D'autres technologies sont en cours de développement dans le cadre du projet MPEG-21. V. Au delà de la technologie. Dans les paragraphes précédents, nous avons illustré le rôle de la technologie mise au service de la gestion des droits par leurs titulaires.

Cependant la technologie ne peut résoudre qu'une partie des problèmes et elle contribue elle même à en créer. Le but de ce paragraphe est de récapituler ces problématiques.

a) La protection et le " droit au piratage "

La protection des contenus a toujours été basée sur des dispositifs matériels. En général, le fait de contourner ces dispositifs implique l'utilisation d'équipements professionnels dont seuls des entrepreneurs, parfois sans scrupule, disposent. Dans le passé, il était donc facile de mettre hors la loi la fabrication d'appareils uniquement destinés à contourner les mesures de protection des contenus protégés. La disponibilité de dispositifs informatiques d'utilisation générale, ouverts et rapides, permet à des millions d'utilisateurs finaux de revendiquer la possibilité de stocker des contenus protégés (par exemple en s'acquittant du tarif demandé), puis de les lire et de les utiliser grâce à des dispositifs spécialement programmés à cet effet.

Une fois que le programme de lecture a été développé par un élément du réseau, il est difficile d'empêcher sa distribution illimitée à tout autre utilisateur équipé d'un appareil programmable, par exemple via internet. Bien que la première revendication d'accès et de stockage soit légitime, il est évident que, une fois converti en clair, le contenu pourrait se retrouver sur un marché illégal. Cette contradiction est résolue par l'approche utilisée dans le projet MPEG-21. Il n'est plus suffisant qu'il y ait un dispositif qui peut décoder les contenus ; il faut aussi que le dispositif soit reconnu par le fournisseur ou distributeur de contenu comme dispositif légitime.

b) Le droit de copie

La protection des contenus permet d'abandonner définitivement le concept de copie en tant que pierre angulaire de la protection des titulaires de droits. Les utilisateurs finaux seraient naturellement autorisés à faire toutes les copies d'un contenu qu'ils veulent, ou à les rendre disponibles sur une plate-forme de partage entre pairs (peer-to-peer platform) ou encore à la diffuser auprès de leurs amis. Chaque fois qu'un utilisateur final accèdera à ce contenu, le dispositif vérifiera les règles d'usage qui y sont associées (exprimées dans le langage normalisé d'expression des droits) et reproduira le contenu en fonction desdites règles (par exemple, payer pour voir ou reproduire une seule fois lorsqu'il s'agit du cadeau d'un ami.)

c) La protection de la vie privée des utilisateurs

Pour être efficace, la protection des contenus dans un dispositif de consommation en réseau exige une identification univoque de la part du fournisseur du service ou des contenus. Cela donne lieu à une série d'inquiétudes : la possibilité pour le fournisseur d'accéder à toutes sortes d'informations que l'utilisateur final ne diffuserait autrement pas, à celle pour la police ou les autorités politiques (dans certains pays ou, à des époques moins éclairées qu'aujourd'hui), d'adopter des comportements en comparaison desquels " 1984 " ressemblerait à un club de loisirs.

d) Le droit de critiquer

Il existe cependant quelque chose que le scénario prévu ne permet pas : l'extraction d'une partie du contenu, la possibilité de le commenter ou de l'utiliser à des fins critiques. Des technologies pourraient être mises au point pour répondre à cette exigence, mais celles-ci demeurent pour l'instant trop vagues et demandent une réflexion de la société dans son ensemble.

e) Les métadonnées

Les métadonnées sont considérées comme la prochaine frontière des contenus. En effet, dans un monde où la quantité de contenus ne cesse de croître, les moyens permettant de les obtenir pourraient bientôt devenir plus importants que les contenus eux mêmes.

Il faut toutefois rappeler que, si les contenus ont leurs titulaires de droits, il en est de même pour les métadonnées : si les utilisateurs finaux n'ont pas la possibilité de créer leurs propres métadonnées à leurs propres fins, ils pourraient donc se retrouver dépossédés du droit d'être au courant de l'existence de contenus susceptibles de les intéresser.

Rapport particulier de Brigitte Douay, députée et présidente du Comité national anti-contrefaçon, relatif aux conséquences du développement de la contrefaçon.

La contrefaçon correspond à 7% du commerce mondial ; elle détruirait plus de 100 000 emplois par an en Europe et 30 000 en France. La contrefaçon est une fraude sociale (travail clandestin), douanière, fiscale et économique (évasion de la TVA, d'impôt sur les sociétés, blanchiment d'argent sale) et un vol de notre intelligence économique.

Par ailleurs, elle peut mettre en danger la vie des consommateurs. Le Comité national anti-contrefaçon a été créé en avril 1995 après l'adoption de la loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon. Il s'agit d'une instance de concertation, d'information et de confrontation des analyses et expériences réunissant les pouvoirs publics, les administrations et les industriels impliqués dans la lutte contre la contrefaçon.

L'originalité du Comité réside ainsi dans sa composition. Son premier objectif est de contribuer à l'amélioration de l'efficacité du dispositif national.

Ses missions principales sont, d'une part, de dresser un bilan des actions menées en matière de contrefaçon, notamment en assurant le suivi de la loi de 1994 et en proposant des améliorations du système existant, d'autre part, d'observer les questions de contrefaçon sous l'angle européen et international (de nombreux colloques et missions à l'étranger, notamment en collaboration avec l'INPI, ont été organisés), enfin, de développer des actions coordonnées d'information des industriels, de formation des services répressifs et de sensibilisation des consommateurs.

Le Comité national anti-contrefaçon n'est pas une administration supplémentaire. Il fonctionne sans formalisme et avec beaucoup de souplesse. Ses travaux sont dictés par les demandes de partenaires pour la création d'un groupe de travail ou la mise à l'étude d'un sujet. La contrefaçon évoluant sans cesse, il faut en effet s'adapter vite !

A l'origine, le Comité national anti-contrefaçon a mis en place trois groupes de travail mixtes, plutôt axés sur la contrefaçon " traditionnelle " : le luxe et les produits industriels. Aujourd'hui, un groupe " communication / sensibilisation / formation " et un groupe " questions internationales " continuent de fonctionner sous les présidences respectives de M.me BENHAMOU, de la Fédération de la couture, et de M. GRANGE-CABANE, président du syndicat de la parfumerie.

Par ailleurs, la contrefaçon concerne maintenant tous les secteurs de l'activité économique et intellectuelle et les criminels savent s'adapter aux nouvelles technologies et aux nouveaux modes de consommation de masse. Il est donc apparu nécessaire, dans ce contexte nouveau, de mettre en place deux autres groupes de travail :

- le groupe " PME-PMI ", présidé par M. GRALL, directeur de la chambre de commerce de Chalon sur Saône, qui a édité une série de fiches-conseil et un glossaire sur la propriété intellectuelle.
- le groupe " droits d'auteur et nouvelles technologies ", présidé par M. SAINATI, directeur général de l'association de lutte contre la piraterie audiovisuelle et dont les travaux retiennent particulièrement l'attention aujourd'hui.

Les groupes de travail de Mme BENHAMOU et de M.SAINATI échangent régulièrement leurs expériences respectives de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique et mettent en commun leurs réflexions. En installant le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique le 11 mai 2001, la ministre de la culture et de la communication a notamment demandé au Comité national anti-contrefaçon de traiter des questions juridiques liées à la contrefaçon destructrice d'une création durable. Il s'agit précisément de l'un des objets des travaux du groupe " droits d'auteur et nouvelles technologies ", dont la majorité des membres appartient au monde de la création intellectuelle et particulièrement aux domaines du son et de l'image.

En effet, les droits d'auteur et les droits voisins sur les oeuvres musicales et audiovisuelles sont aujourd'hui principalement menacées par la contrefaçon et la piraterie réalisées à l'aide des nouvelles technologies. Il faut donc savoir tirer profit de leurs expériences pour protéger les autres industries qui seront concernées dans un avenir proche. Il a également été recommandé lors des débats que les titulaires de droits voisins soient associés aux travaux.

Dans un premier rapport d'étape, en 2000, le groupe de travail a recommandé prioritairement deux actions. Il propose une extension du pouvoir de saisie des douanes à la propriété intellectuelle pour laquelle, actuellement, seule une retenue est possible pendant dix jours.

Cette mesure apparaît indispensable dans le contexte actuel d'arrivée massive de supports numériques, en particulier d'Asie. (Une saisie a ainsi eu lieu à Lyon à la fin du mois de septembre, mais que les cassettes pirates avaient été remises sur le marché car on n'avait pas retrouvé les titulaires des droits dans le délai imparti).

Il paraît aujourd'hui qu'un kilogramme de DVD pirate rapporterait plus d'argent qu'un kilo de drogue. Renforcer les sanctions prouverait que le piratage du droit d'auteur est considéré de la même façon que la contrefaçon de marque. Il propose ensuite de développer l'information auprès des utilisateurs des nouvelles technologies, et en particulier des jeunes. En effet, ceux-ci sont souvent ignorants des conséquences économiques et sociales de la contrefaçon et du fait que c'est un délit pénal qui nourrit les organisations criminelles. A travers eux, on peut également toucher les adultes.

Le Premier ministre, lors du marché international des programmes interactifs (MILIA), au mois de février 2001, avait fustigé le comportement " prédateur " d'utilisateurs peu scrupuleux et souhaité " la sensibilisation du grand public aux conséquences et aux méfaits de cet acte illégal... "

L'organisation d'une campagne d'information et de sensibilisation sur les conséquences et les méfaits de la piraterie numérique a été lancée, pour faire évoluer la perception du public et contrer la banalisation des pratiques de piraterie, en valorisant la création et en dévalorisant les pratiques de pillage.

Le dialogue entre les industriels du numérique et les ministères concernés (industrie, culture, justice et éducation) réunis au sein du Comité national anti-contrefaçon n'a pas encore abouti. Mais si les événements actuels rendent cette information encore plus nécessaire, sans doute exigent-ils aussi qu'elle soit différente.

Ils incitent à un effort de réflexion et de renouvellement des idées et des actes, notamment s'il est avéré que la contrefaçon qui alimente les réseaux mafieux alimente aussi les réseaux terroristes. Une autre recommandation de ce groupe est de responsabiliser les acteurs des réseaux électroniques dans le cadre de la loi sur la société de l'information. Lors de ses prochaines réunions, le groupe de travail prendra connaissance des réflexions menées par le réseau d'innovation dans l'audiovisuel et le multimédia (RIAM) sur le " piratage des images animées diffusées sur les réseaux ".

Le RIAM travaille en effet, à la demande de la ministre de la culture et de la communication, sur des programmes en faveur des outils modernes de gestion des droits. Il réfléchira également aux suites à donner au Livret vert sur la lutte contre la contrefaçon et la piraterie dans le marché intérieur, adopté en 1998 par la Commission européenne avec un intérêt particulier pour quelques voies d'action possible :

- l'harmonisation entre les Etats-membres des sanctions et des procédures pénales et la mise en place des procédures uniformes ;
- la spécialisation dans chaque Etat de fonctionnaires collaborant étroitement avec le secteur privé ;
- la mise en place d'un organisme unique au niveau national et d'un groupe de contact au niveau de l'Union européenne permettant des échanges d'informations, des enquêtes conjointes, la réalisation de bases de données...

Sur ce sujet, il est envisagé d'auditionner le président de l'organisme néerlandais BREIN, premier organisme dans un Etat-membre coordonnant l'action anti-piraterie de tous les ayants-droit. A ce propos, le besoin d'un élan unitaire dans cette lutte se fait fortement sentir car il y a trop de disparités nuisibles à l'efficacité. C'est pourquoi les propos tenus par le commissaire européen BOLKESTEIN au Forum européen contre la contrefaçon et la piraterie organisé à Bercy au début de l'année par la Commission européenne et la Douane française sont encourageants.

Il a confirmé que la Commission, forte des conclusions du Livre vert, devrait prochainement adopter un plan ambitieux dont l'initiative majeure serait une directive visant à rapprocher les législations des Etats-membres relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et à établir un cadre général pour l'échange d'informations et la coopération administrative entre les Etats-membres mais aussi la Commission européenne.

Ce plan devrait comprendre en outre des actions de formation pour les agents des autorités de contrôle agissant dans le marché intérieur, y compris les fonctionnaires des pays candidats, ainsi qu'une information et une sensibilisation du public. Le groupe de travail a formulé également deux recommandations complémentaires :

- il souhaite que le Comité national anti-contrefaçon soit consulté par les ministères compétents avant l'adoption de toute mesure, tant sur le plan national que communautaire, relative à la défense du droit d'auteur et des droits voisins ;
- il demande que les directives européennes responsabilisent les acteurs des réseaux électroniques afin de renforcer la protection des ayants-droit dans la nouvelle société de l'information.

Enfin, deux réunions ont déjà eu lieu afin d'informer les membres du groupe de travail de tous les systèmes d'anti-copie, de cryptage et d'identification proposés par les industriels.