



Ministère de la culture et de la communication

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

**RAPPORT D'ACTIVITE
2006/2008**

- MARS 2009 -

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
I. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : missions, composition, fonctionnement.....	4
1. Missions.....	4
2. Composition.....	4
3. Fonctionnement.....	5
II. Les travaux du Conseil supérieur en 2006/2008.....	7
1. La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit.....	7
1. Les œuvres orphelines	15
Secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : le recours aux dispositifs existants.....	21
Mécanismes transversaux.....	21
Développer la prévention et de bonnes pratiques communes à tous les secteurs.....	22
2. Les prestataires de l'Internet.....	25
L'économie de la valorisation de l'audience sur les réseaux	25
La responsabilité des prestataires de l'Internet : état des lieux juridique.....	29
Le débat sur la responsabilité des fournisseurs d'accès et de cache dans le cadre du réseau Usenet.....	30
Le débat sur le régime de responsabilité des sites contributifs du Web 2.0.	31
3. Rémunération pour copie privée et systèmes de gestion électronique des droits.....	37
4. Gestion collective transfrontalière des droits de la propriété littéraire et artistique	43
III. Annexes.....	50
1. Arrêté du 10 juillet 2000 modifié portant création du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique	50
2. Règlement intérieur du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.....	53
3. Composition du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.....	55
Membres de droit.....	56

INTRODUCTION

Au cours des deux années écoulées, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a plus particulièrement concentré son activité sur son rôle consultatif et de proposition. Il a en effet été en mesure, à l'issue d'importants travaux des commissions spécialisées qu'il a mises en place, respectivement sur la mise à disposition ouverte des œuvres et sur les œuvres orphelines, d'adopter à une large majorité des avis sur des thèmes qui, à la fois soulèvent des enjeux économiques majeurs et présentent une grande actualité.

Dans le même temps, conformément à son rôle de médiation et de recherche du consensus, le Conseil supérieur a réuni, au sein d'une commission spécialisée, les acteurs concernés par l'évolution des activités et des statuts des prestataires de l'Internet. Cette première phase de réflexion commune se poursuivra au premier semestre 2009 par une seconde étape consacrée à l'étude des solutions envisageables.

Le Conseil supérieur a, en outre, confié à des experts la réalisation de deux études portant, d'une part, sur la question de la rémunération pour copie privée et les mesures de gestion électronique des droits et, d'autre part, sur la gestion collective transfrontalière des droits de la propriété littéraire et artistique. Ces études ont pris la forme de rapports qui ont fait l'objet d'une présentation suivie d'un débat en réunion plénière du Conseil supérieur.

Enfin, le Conseil supérieur, à de nombreuses reprises, a été convié, de façon formelle ou plus informelle, à participer à la réflexion et aux travaux qui ont conduit à l'élaboration des projets de loi relatifs à la propriété littéraire et artistique (loi DADVSI, « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information », loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet).

Le Conseil supérieur a donc joué tout son rôle, d'une part, en facilitant le dialogue entre les différents acteurs du monde de la propriété littéraire et artistique, et ainsi en rapprochant souvent leurs positions, d'autre part, en participant, de façon transparente et efficace, au processus d'élaboration des décisions publiques, dans un domaine complexe et stratégique, dont la dimension européenne et internationale est considérable.

Jean-Ludovic Silicani
Président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

I. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : missions, composition, fonctionnement

1. Missions

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a été créé le 10 juillet 2000 par arrêté conjoint du ministre de la culture et de la communication et du Garde des sceaux¹. Il est placé auprès du ministre chargé de la culture. Son existence a été consacrée par l'article 17 de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Il assure des missions de concertation, de proposition, de veille et de prospective. Son travail est collégial ; la recherche du consensus entre ses membres est un de ses objectifs.

A titre principal, le Conseil supérieur est chargé de conseiller le ministre chargé de la culture en matière de propriété littéraire et artistique. Il traite des sujets dont le ministre le saisit ou dont il se saisit lui-même. Il est notamment chargé de faire des propositions et recommandations.

C'est au titre de cette mission qu'ont été rendus les deux avis adoptés au cours de la période couverte par ce rapport.

En outre, 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. Il assure ainsi, en direction tant de ses membres que des administrations concernées, une fonction de veille et de prospective qui se concrétise, par exemple, par l'établissement et l'actualisation d'une bibliographie sélective en matière de propriété littéraire et artistique disponible en ligne, par le suivi de nombreuses questions d'actualité et par un effort constant d'identification des nouvelles problématiques et des nouveaux enjeux dans les domaines relevant de sa compétence.

Le Conseil supérieur est enfin investi de la mission d'aider à la résolution des 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 ; il peut proposer au ministre chargé de la culture la désignation d'une personnalité qualifiée afin d'assurer une fonction de conciliation.

2. Composition

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique réunit des femmes et des hommes possédant des compétences variées et complémentaires². Il est présidé par M. Jean-Ludovic Silicani, conseiller d'Etat, qui exerce un mandat renouvelable de trois ans ; il est assisté par Mme Marie-Françoise Marais, conseiller à la 1^{ère} Chambre de la Cour de cassation, qui exerce les fonctions de vice-présidente.

¹ Arrêté du 10 juillet 2000 du garde des sceaux, ministre de la justice et du ministre de la culture et de la communication, portant création du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : annexe 1.

² La composition nominative du Conseil supérieur à la date de rédaction du présent rapport figure en annexe 3.

Il comprend en outre trente-sept membres représentant les professionnels du secteur de la création littéraire et artistique, nommés pour une durée de trois ans par arrêté du ministre chargé de la culture, avec le souci d'assurer une représentation aussi large et équilibrée que possible des différents acteurs. C'est ainsi que sont membres du Conseil supérieur :

- 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 ;
- un représentant des éditeurs de musique ;
- 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 ;
- un représentant des fournisseurs d'accès et de services en ligne ;
- cinq représentants des consommateurs et des utilisateurs ;

Chacun des membres titulaires peut être remplacé par un suppléant nommé selon les mêmes conditions.

A ces trente-deux professionnels s'ajoutent huit personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique. A ce titre, le Conseil supérieur rassemble : Mme Valérie-Laure Benabou, professeur agrégé de droit à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Mme Josée-Anne Bénazéraf, 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, Mme Isabelle Falque-Pierrotin, conseiller d'Etat, déléguée générale du Forum des droits sur l'internet, Mme Joëlle Farchy, professeur d'économie à l'université Paris I, M. Jean BERBINAU, ingénieur général des télécommunications, M. André Lucas, professeur agrégé de droit à l'université de Nantes, M. Jean Martin, avocat à la Cour, chargé d'enseignement à l'université Paris- Dauphine, M. Pierre Sirinelli, professeur agrégé de droit à l'université Paris I, doyen honoraire de la faculté Jean-Monnet.

Sont en outre membres de droit du Conseil supérieur sept représentants des différents ministères intéressés : ministère de la culture et de la communication, ministère de la justice, ministère de l'éducation nationale, ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et ministère des affaires étrangères.

3. Fonctionnement

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique 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 la période couverte par le présent rapport d'activité, soit de septembre 2006 à décembre 2008, le Conseil supérieur s'est réuni à 6 reprises en séance plénière.

Ces séances font l'objet de comptes rendus qui, dans un souci de transparence et d'efficacité, sont, de même que les avis communiqués au ministre, mis en ligne dès leur approbation sur le site Internet du Conseil supérieur (<http://www.cspla.culture.gouv.fr/>).

Pour ses travaux, le Conseil supérieur, dont le secrétariat général est assuré par la direction de l'administration générale du ministère de la culture et de la communication (sous-direction des affaires juridiques, bureau de la propriété littéraire et artistique), s'appuie sur des commissions spécialisées désignées en son sein (avec, le cas échéant, le renfort de personnalités qualifiées extérieures), chargées de traiter des sujets qu'il s'est vu confier par le ministre chargé de la culture ou dont il s'est saisi lui-même. Ainsi, sur la période couverte par le présent rapport d'activité, trois commissions spécialisées se sont régulièrement réunies et ont élaboré chacune un rapport. A la suite de ces travaux, deux projets d'avis ont été adoptés par le Conseil supérieur réuni en séance plénière les 21 juin 2007 et 10 avril 2008³ ; les travaux de la commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet sont quant à eux appelés à se prolonger, au cours d'une seconde phase, lors du premier semestre de l'année 2009.

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique peut entendre des experts extérieurs ou toute personne dont la collaboration est utile à ses travaux ; il a ainsi été procédé, sur la période 2006/2008, à de nombreuses auditions, tant par les commissions spécialisées que par le Conseil supérieur réuni en séance plénière.

³ Les rapports des commissions, qui, contrairement aux avis, ne font pas l'objet d'une approbation par le Conseil supérieur, et n'ont donc qu'une valeur d'information, sont toutefois mis en ligne et donc accessibles au public.

II. Les travaux du Conseil supérieur en 2006/2008

1. La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit

En France comme dans de nombreux pays, les auteurs et titulaires de droits voisins peuvent définir les conditions d'exploitation et de réutilisation de leurs œuvres et prestations en ligne par l'intermédiaire de licences qu'ils délivrent directement sur la base de contrats-types. Ces mécanismes offrent, entre autres, un cadre juridique pour la diffusion sur Internet de tout type de contenu créatif.

La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit soulève cependant de nombreuses questions, qui ont été abordées dans le cadre d'une commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique présidée par Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy, professeurs des universités. La commission a rassemblé des représentants des sociétés de gestion des droits d'auteur, des acteurs du monde du « libre », des représentants de l'administration et des chercheurs. Ses travaux ont débouché sur l'adoption, par le Conseil supérieur, lors de sa séance plénière du 21 juin 2007, de l'avis n°2007-1 reproduit ci-dessous.

Un phénomène polymorphe

La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit est un phénomène qui revêt des formes extrêmement variées. La commission s'est attachée à cerner tout particulièrement les caractéristiques des diverses licences ouvertes. De nature contractuelle, celles-ci constituent l'un des outils les plus couramment utilisés pour permettre l'ouverture et le partage d'œuvres dans le respect du consentement de l'auteur.

Bien que l'objectif essentiel poursuivi soit, en première approche, d'assurer la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre, les motivations des partisans des licences ouvertes se révèlent à l'examen très diverses, à la fois techniques, idéologiques, artistiques et économiques. Leur réalisation ressort notamment du sentiment que le droit de la propriété intellectuelle n'a pas suivi les évolutions de certaines expressions artistiques contemporaines et qu'il est mal adapté aux œuvres évolutives ou impliquant une collectivité élargie d'auteurs. S'ajoute l'impression que l'utilisation actuelle du droit d'auteur protégerait trop les intermédiaires et ferait obstacle à la libre diffusion du savoir et des connaissances.

Les licences permettant une mise à disposition ouverte ne répondent pas à un standard unique, puisqu'elles résultent des figures contractuelles choisies par les parties. Selon la terminologie retenue par la commission, alors qu'une licence « libre » permet l'exercice de quatre libertés (utilisation/usage, copie, modification et diffusion des modifications), une licence « ouverte » désigne celle qui permet l'exercice d'une au moins de ces libertés.

Parmi les caractéristiques communes des licences ouvertes, il faut en particulier relever celles qui sont volontaires en ce sens qu'elles sont l'expression d'une volonté non contrainte de l'auteur ; à la différence des licences obligatoires, aucune règle ne lui impose de conférer une autorisation d'usage des libertés proposées. Elles sont, d'autre part, non exclusives : l'auteur s'adresse à un très large public, et exerce ses droits dans le but qu'autrui fasse usage de son œuvre sans appropriation personnelle. L'autorisation ainsi donnée l'est à quiconque, ce qui exclut toute concurrence dans l'usage de cette licence.

Plusieurs confusions sont à éviter. Ainsi, le terme libre ne s'apparente pas à celui de « gratuit » (free en anglais dans les deux cas) et bien que les formes de mise à disposition ouverte soient souvent réalisées à titre gratuit, elles n'impliquent pas la gratuité systématique. Par ailleurs, les œuvres « libres » ne sont pas des œuvres libres de droit : leur usage est défini par les conditions que la licence prévoit.

Il est possible de repérer plusieurs modèles de licences ouvertes parmi les plus utilisées, pour le logiciel ou pour les autres œuvres. Il s'agit notamment des licences de la FSF (Free software fondation), des licences *Creative Commons*, les plus répandues dans le monde, ou d'Art libre, en France. Leurs philosophies sont proches, mais leurs fonctionnements diffèrent. Les licences *Creative Commons* se singularisent notamment par la possibilité de choisir entre plusieurs options.

Des logiques économiques contrastées

La commission a constaté dans un deuxième temps que les licences ouvertes, qui ne se caractérisent pas nécessairement, on l'a vu, par la gratuité ou l'absence de finalités économiques associées, recouvrent des réalités variées alliant, au gré des secteurs, idéologie du partage, ludisme technologique ou modèles d'affaires efficaces, en proposant des périmètres de libertés très inégaux.

En matière de logiciels libres, marché le plus ancien, l'économie est essentiellement fondée sur les services associés. Ainsi, pour nombre d'entreprises, la participation à des logiciels libres leur permet de se positionner sur un marché⁴, de rechercher une plus forte complémentarité⁵, ainsi que de verrouiller ou « déverrouiller »⁶ un marché. Des entreprises comme IBM, emblèmes de modèles « propriétaires » ont apporté leur soutien à Linux à partir de la fin des années 1990, d'autres entreprises ont constitué une activité économique centrée sur le logiciel libre. Les libertés consenties par les licences impliquent la gratuité de fait des logiciels. Mais la gratuité n'étant qu'une conséquence de la liberté de copie et de diffusion et non une obligation, des entreprises privées peuvent, en toute légalité, construire une activité commerciale de services autour des logiciels libres. Ces modèles se retrouvent dans la production de logiciels non libres (verrouillage, biens et services complémentaires), pour lesquels les rendements croissants d'adoption sont importants. L'économie des logiciels libres s'insère donc dans l'économie générale des logiciels tout en présentant des particularités. Elle repose largement sur la fourniture de services notamment de maintenance autour des progiciels ou la création, plus embryonnaire, de logiciels sur mesure en utilisant des briques logicielles qui existent déjà. Les entreprises spécialisées ont centré leurs activités sur la valeur ajoutée en proposant des applications complémentaires, des formations, de l'assistance, etc.

Dans le domaine de l'éducation ou de la recherche, le financement est essentiellement public, par des voies directes ou indirectes. Dans les secteurs culturels, les licences ouvertes relèvent souvent de situations d'innovation collective de la part de « consommateurs-producteurs » dont les contributions « granulaires » permettent à chacun d'apporter une contribution limitée à un coût modeste. En matière musicale, s'est notamment développée une pratique des licences ouvertes, à compter de 2002 et surtout 2005, où leur usage par des micro labels de musique a explosé⁷. Ces licences permettent une collaboration entre musiciens et facilitent l'accès à des nouveaux marchés, notamment étrangers. (exemple, de dogmazic.net). Mais à côté de modèles coopératifs, innovants et non exclusifs, nombre de modèles d'affaires du « libre » sont en fait des cas particuliers de modèles répandus dans le monde de l'économie

⁴ Open Cascade, Dockéos.

⁵ Red Hat, IBM, ACT et Gnat.

⁶ IBM, Firefox, Open Cascade.

⁷ Selon une recherche empirique opérée à partir des moteurs de recherche *yahoo* ou *google* : le nombre d'items sous contrats *Creative Commons* était de 45 millions en décembre 2005 ; ce chiffre était de 140 millions en juin 2006. En France, on peut estimer ce chiffre entre 500 et 700 000.

numérique. Il existe ainsi des *licences doubles*, permettant une utilisation gratuite jusqu'à une certaine limite, et payante ensuite⁸. Ce modèle, qui permet de mieux valoriser des « biens d'expérience » (c'est à dire ceux dont le consommateur ne reconnaît la valeur qu'après consommation), n'est qu'un cas particulier de modèles économiques connus sans que des licences ouvertes ne soient utilisées ou mentionnées⁹.

Au-delà de pratiques diverses, plusieurs caractéristiques récurrentes des situations où le recours à des licences ouvertes sont identifiables : l'existence d'une communauté soudée ou d'une marque reconnue ; un travail collaboratif et évolutif ; la construction d'une notoriété individuelle ou collective. Les licences ouvertes paraissent particulièrement bien adaptée au développement d'œuvres multi-auteurs, décentralisées et évolutives.

Dans le cas d'œuvres évolutives, l'approche « classique » du droit de la propriété intellectuelle crée en effet des difficultés : la multiplication des ayants droits et une protection trop forte en amont tendent à limiter la diffusion et à accroître le coût de la création en aval. A cette situation de sous-utilisation, la gestion collective est classiquement la première réponse : la gestion des droits est déléguée à un guichet unique, ce qui permet de réduire les coûts de transaction et de coordination de la rémunération entre les ayants droit. Les licences ouvertes constituent une autre réponse privilégiant une solution décentralisée, chacun fixant la part de libéralité par défaut. A certains égards, les licences ouvertes ne constituent cependant pas une réponse économique totalement efficace à la difficulté de gérer les œuvres évolutives car si les coûts de gestion sont nuls, les coûts de recherche ne sont pas moins importants puisqu'il n'existe, pour l'heure, aucun guichet unique. Tous les problèmes liés à la multiplicité des ayants droit ne sont donc pas réglés.

L'essentiel des formes licites de mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit se réalise grâce à des licences dont certaines sont standardisées. La plupart de ces licences – en tout cas les plus utilisées – ont été rédigées dans le cadre du droit américain. Leur adaptation à des droits de natures et d'histoires différentes est susceptible de poser difficulté. La commission s'est ainsi attachée à formuler un diagnostic, d'une part, sur la compatibilité des licences ouvertes avec le droit existant (droit civil, fiscal, propriété intellectuelle) et, d'autre part, sur certaines faiblesses liées à l'organisation même des licences ouvertes.

Quelle compatibilité avec le droit civil et le droit fiscal ?

Des questions de qualification des licences ouvertes au regard du droit civil se posent. Plus encore, des difficultés apparaissent en termes de durée des engagements, de possibilités de résiliation, d'opposabilité aux acteurs de la chaîne des modifications intervenant sur les conditions de la mise à disposition, ainsi que de validité des clauses limitatives de responsabilité. S'agissant de la durée des engagements, celle-ci n'est le plus souvent pas stipulée dans les « licences », ce qui pose le problème de la prohibition des engagements perpétuels. La résiliation ou la révocation sont, quant à elles, théoriquement possibles, mais elles s'avèrent en pratique difficiles, faute pour celui qui entend se retirer de connaître l'ensemble des cocontractants. Il est néanmoins envisageable de stipuler dans les contrats non seulement une durée limitée mais encore des causes de résiliation, lesquelles peuvent accompagner la circulation des œuvres par un système de mesures d'information sur le régime des droits. La sécurité juridique de l'ensemble des acteurs passant par une intangibilité des conditions de mise à disposition des auteurs amont, toute modification éventuelle posera le problème de son opposabilité aux tiers. Tout particulièrement, la question demeure posée s'agissant d'une œuvre par essence évolutive qui constitue un objet différent à chaque étape contractuelle. Au-delà du problème de la connaissance des éventuels changements dans les

⁸ Par exemple : les sites *magnatune.com* et *beatpick.com*.

⁹ Par exemple : le site *music.download.com*

termes de la mise à disposition d'un état de l'œuvre, le problème sera de décider si l'œuvre dans un état postérieur conserve encore suffisamment de ressemblances avec l'œuvre antérieure pour lier l'auteur aval au regard d'un ou des auteurs amont.

La compatibilité des licences ouvertes avec les règles actuelles du droit fiscal, tant pour les personnes morales que physiques, n'est pas évidente car l'administration s'attache à la finalité lucrative de l'activité de création, qui est absente pour ces licences. S'agissant notamment des conditions relatives au créateur d'une oeuvre, le code général des impôts définit ce dernier comme une personne ayant une activité susceptible de générer un revenu. Cette définition vaut aussi pour la prise en charge par la sécurité sociale. Un auteur qui ne vit pas de son activité est soumis à un régime fiscal beaucoup moins avantageux que l'auteur exerçant de manière professionnelle. De même, il ne bénéficiera pas du régime spécifique de sécurité sociale – même si, dans ce dernier cas, les commissions compétentes font parfois des efforts pour maintenir un auteur dans le système. Il existe alors une difficulté pour entrer dans le régime.

Mise à disposition ouverte et droit d'auteur

La commission a tenu à souligner que les licences ouvertes ne s'inscrivent pas en rupture théorique avec le droit d'auteur. Elles n'ont pas d'ailleurs donné lieu à des contentieux probants sur ce point. La logique du consentement de l'auteur y est respectée, l'auteur étant au centre du dispositif. Toutefois, des difficultés de mise en oeuvre existent, singulièrement au regard du respect du droit moral. S'il n'existe pas de problème fondamental pour certaines composantes du droit moral – droit de divulgation, de paternité – l'exercice du droit de retrait et de repentir et du droit au respect de l'intégrité de l'oeuvre est susceptible de poser des difficultés au regard de la conception traditionnelle du droit d'auteur qui s'appuie davantage sur une vision statique de l'œuvre que sur son potentiel d'évolution.

Il existe ainsi une contradiction essentielle entre le droit de retirer l'œuvre et l'autorisation donnée aux tiers d'utiliser, de modifier l'œuvre et de diffuser l'œuvre modifiée. Comment alors gérer la situation de ceux qui ont apporté, entre temps, des modifications à l'œuvre ? A supposer que la décision de l'auteur originaire puisse ainsi s'imposer aux auteurs seconds, il semble que les conditions d'exercice du droit de retrait supposeraient alors un dédommagement préalable de tous ceux qui subiraient un préjudice du fait de ce retrait si on leur reconnaît la qualité de cessionnaire des droits. L'ampleur de la tâche (coûts de transaction et paiement des dommages intérêts) est donc de nature à neutraliser tout exercice du droit de retrait. Par ailleurs si le retrait émane d'un auteur d'une œuvre seconde, il va de soi que ce retrait ne saurait avoir d'influence sur le destin des œuvres amont.

L'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective

Les travaux de la commission ont montré que l'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective est, en l'état des pratiques, problématique. Si la volonté de complémentarité est forte de la part des utilisateurs de licences ouvertes qui souhaiteraient une conjugaison de ces licences avec l'adhésion à une SPRD, celles-ci considèrent que les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement, notamment en raison du fait que les apports se font par « répertoire » et non œuvre par œuvre ; offrir à l'auteur le choix de fragmenter œuvre par œuvre au sein de sa production présente et à venir risquerait de distraire de la gestion collective les opérations les plus profitables et de complexifier les opérations de gestion.

Pour autant, les différentes sociétés ont adopté des attitudes différenciées à l'égard des licences ouvertes, certaines ayant décidé d'autoriser leurs membres à mettre à disposition de manière ouverte les œuvres du répertoire dans des conditions limitées : sur leur site personnel uniquement, sans lien vers un site exerçant une activité commerciale. D'autres envisagent, malgré les apports effectués, de ne pas faire obstacle à ce que l'auteur utilise une licence ouverte pour une ou plusieurs de ses œuvres à la condition

que les utilisations commerciales en soient exclues. Le système reposerait en fait sur une « tolérance », c'est-à-dire un engagement de la SPRD de ne pas se prévaloir de ses apports pour faire obstacle à cette forme de diffusion, aucune règle n'imposant à la société de faire un plein usage de ses apports. Le mécanisme de tolérance s'accompagnerait d'un renforcement de l'information des membres de la société de gestion collective.

Des difficultés liées essentiellement à la mise en oeuvre des licences

La commission a encore recensé plusieurs difficultés liées essentiellement à la mise en oeuvre des licences. La complexité de la chaîne contractuelle en est une. Il en va ainsi également de la multiplication des types de contrat, qui nécessite dorénavant d'assurer la combinaison des licences – ou si l'on veut, leur « interopérabilité ». Les licences ouvertes peuvent reposer sur des philosophies différentes, singulièrement quant au degré de protection de la liberté – la licence *Art Libre* suit le modèle du *copyleft*, c'est-à-dire qu'elle tend à faire entrer tous les usagers dans la logique du fonds commun, tandis que toutes les licences *Creative Commons*, n'ont pas cette clause.

Les questions de la loi applicable et du caractère éclairé du consentement sont aussi particulièrement importantes. Une autre difficulté vient de la détermination délicate de la ligne de partage entre usages commerciaux et non commerciaux, notions imprécises sur lesquelles il n'existe pas de consensus. La définition des usages commerciaux est extrêmement floue, prenant parfois en compte l'« intention ou l'objectif d'obtenir ... », sans qu'existe de notion générique. Une écoute musicale dans un bar constitue-t-elle un usage commercial ? En dépit même de grilles de lecture proposées par les licences *Creative Commons*, il n'est pas permis de répondre aisément à cette question pour ce type de licences. En outre, les utilisateurs des licences libres ne sont pas tous d'accord sur la définition des usages commerciaux. Qu'en est-il en cas d'usages promotionnels, politiques, professionnels ? Ici encore aucune définition ne permet de répondre. Ainsi, la BBC, utilisatrice de licences libres, considère que tout usage professionnel relève d'un usage commercial.

La commission a par ailleurs déploré certaines insuffisances dans l'établissement et la traçabilité de la preuve, ainsi que la faible effectivité de la sanction, faute de mécanismes d'aide et de contrôle. Une aspiration à une rationalisation des procédures techniques d'information sur le régime des droits a toutefois été dégagée parmi plusieurs membres de la commission, relevant qu'un tel système était particulièrement utile pour les licences ouvertes qui n'exigent pas un contact direct avec l'ensemble de la chaîne des ayants droit. Il est apparu qu'une amélioration de l'accès à telles informations contribuerait, par conséquent, à accroître la sécurité juridique. A ce titre, il a été suggéré de tendre vers une définition standardisée des métadonnées relatives au régime des droits, de veiller à leur sécurisation et de créer ou d'étendre des outils permettant le référencement de ces informations par les moteurs de recherche. Ces métadonnées juridiques auraient vocation à être intégrées dans les œuvres numérisées et à suivre leur destin. Le système pourrait également contribuer à la création d'une base de données d'informations sur le régime des droits.

Des propositions articulées selon quatre axes

Au terme des ces analyses, la commission a proposé une série de propositions, synthétisées dans l'avis reproduit ci-dessous, qui s'articulent autour de quatre axes :

- assurer le consentement éclairé des auteurs et améliorer l'information des utilisateurs des licences ouvertes ;
- améliorer la compatibilité entre licences ouvertes ;

- assurer la coordination des initiatives publiques relatives à la diffusion d'œuvres sous licences ouvertes ;
- prolonger la réflexion sur le rôle du droit moral.

Avis n°2007-1 du CSPLA relatif à la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit

Saisi par le ministre de la culture et de la communication de la question de la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 26 juin 2007, l'avis suivant :

I. ANALYSE

1. Les licences permettant une mise à disposition ouverte ne répondent pas à un standard unique, puisqu'elles résultent des figures contractuelles choisies par les parties. Une tentative d'identification peut toutefois être entreprise à l'aide de plusieurs critères et des usages. Selon la terminologie retenue par la commission spécialisée du Conseil supérieur, alors qu'une licence « libre » permet l'exercice de quatre libertés : utilisation/usage, copie, modification et diffusion des modifications, une licence « ouverte » désigne celle qui permet l'exercice d'au moins de ces libertés. Le présent avis porte sur ces licences ouvertes.
2. Elles ne sont toutefois qu'un des aspects du phénomène de mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit, qui revêt des formes extrêmement variées. Elles constituent l'un des outils, de nature contractuelle, permettant l'ouverture et le partage d'œuvres dans le respect du consentement de l'auteur.
3. Bien que l'objectif essentiel poursuivi soit, en première approche, d'assurer la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre, les motivations des partisans des licences ouvertes se révèlent à l'examen très diverses, à la fois techniques, idéologiques, artistiques et économiques.
4. Un certain flou terminologique se fait jour, notamment à raison de l'origine étrangère de nombreuses licences. Plusieurs confusions sont à éviter. Ainsi, le terme libre ne s'apparente pas à celui de « gratuit » (free en anglais dans les deux cas) et bien que les formes de mise à disposition ouverte soient souvent réalisées à titre gratuit, elles n'impliquent pas la gratuité systématique. Par ailleurs, les œuvres « libres » ne sont pas des œuvres libres de droit : leur usage est défini par les conditions que la licence prévoit.
5. Il est possible de repérer plusieurs modèles de licences ouvertes parmi les plus utilisés, pour le logiciel ou pour les autres œuvres. Il s'agit notamment des licences de la FSF (Free software foundation), des licences *Creative Commons*, les plus répandues dans le monde, ou d'Art libre, en France. Leurs philosophies sont proches, mais leurs fonctionnements diffèrent. Les licences *Creative Commons* se singularisent notamment par la possibilité de choisir entre plusieurs options.
6. Ces licences connaissent un succès croissant et le nombre d'œuvres mises à disposition par ce biais augmente de manière exponentielle. Toutefois, les logiques économiques varient en fonction des secteurs concernés. En matière de logiciels libres, le marché le plus ancien, l'économie est essentiellement fondée sur les services associés. Dans le domaine de l'éducation ou de la recherche, le financement est essentiellement public, par des voies directes ou indirectes. Dans les secteurs culturels, il existe à côté de modèles coopératifs, innovants et non exclusifs, des modèles commerciaux plus classiques répandus dans l'économie numérique.
7. Au-delà de pratiques diverses, plusieurs caractéristiques récurrentes des situations où le recours à des licences ouvertes paraît pertinent sont identifiables : l'existence d'une communauté soudée ou d'une marque reconnue ;

un travail collaboratif et évolutif ; la construction d'une notoriété individuelle ou collective. La mise en place de ces licences contribue notamment à l'émergence d'œuvres multi-auteurs, décentralisées et évolutives.

8. Des questions de qualification des licences ouvertes au regard du droit civil se posent. Plus encore, des difficultés apparaissent en termes de durée des engagements, de possibilités de résiliation, d'opposabilité aux acteurs de la chaîne des modifications intervenant sur les conditions de la mise à disposition, ainsi que de validité des clauses limitatives de responsabilité.
9. La compatibilité des licences ouvertes avec les règles actuelles du droit fiscal, tant pour les personnes morales que physiques, n'est pas évidente car l'administration s'attache à la finalité lucrative de l'activité de création, qui est absente pour ces licences.
10. Les licences ouvertes ne s'inscrivent pas en rupture théorique avec le droit d'auteur. Elles n'ont pas d'ailleurs donné lieu à contentieux probant sur ce point. La logique du consentement de l'auteur y est respectée, l'auteur étant au centre du dispositif. Toutefois, des difficultés de mise en œuvre existent, singulièrement au regard du respect du droit moral. S'il n'existe pas de problème fondamental pour certaines composantes du droit moral – droit de divulgation, de paternité – l'exercice du droit de retrait et de repentir et du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre est susceptible de poser des difficultés au regard de la conception traditionnelle du droit d'auteur qui s'appuie davantage sur une vision statique de l'œuvre que sur son potentiel d'évolution.
11. L'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective est, en l'état des pratiques, problématique. Si la volonté de complémentarité est forte de la part des utilisateurs de licences ouvertes qui souhaiteraient une conjugaison de ces licences avec l'adhésion à une SPRD, celles-ci considèrent que les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement, notamment en raison du fait que les apports se font par « répertoire » et non œuvre par œuvre. Pour autant, les différentes sociétés ont adopté des attitudes différenciées à l'égard des licences ouvertes, certaines ayant décidé d'autoriser leurs membres à mettre à disposition de manière ouverte les œuvres du répertoire dans des conditions limitées.
12. Le Conseil supérieur a encore recensé plusieurs difficultés liées essentiellement à la mise en œuvre des licences. La complexité de la chaîne contractuelle et l'absence d'interopérabilité entre les licences ouvertes sont les premières. Les questions de la loi applicable et du caractère éclairé du consentement sont aussi particulièrement importantes. Une autre difficulté vient de la détermination délicate de la ligne de partage entre usages commerciaux et non commerciaux, notions imprécises sur lesquelles il n'existe pas de consensus.
13. Le Conseil supérieur a déploré certaines insuffisances dans l'établissement et la traçabilité de la preuve, ainsi que la faible effectivité de la sanction, faute de mécanismes d'aide et de contrôle.

II. RECOMMANDATIONS

1. Assurer le consentement éclairé des auteurs et améliorer l'information des utilisateurs des licences ouvertes

Il semble utile de favoriser, en premier lieu, l'amélioration de tout dispositif d'information utile au consentement éclairé des auteurs, afin que ceux qui choisissent de mettre à disposition leurs œuvres sous licence ouverte connaissent mieux la portée de leur décision.

En second lieu, le Conseil supérieur estime indispensable de perfectionner l'information sur les droits des tiers, notamment à travers une meilleure pédagogie du droit existant et, dans cette perspective, de faciliter la découverte de l'information légale concernant les œuvres. Il convient de soutenir toute initiative en ce sens venant des différents acteurs de la création, voire d'organiser les conditions de la réalisation de ces objectifs.

Toute amélioration des procédures de gestion numérique des droits et des dispositifs relatifs à l'information sur le régime des droits, particulièrement utiles dans le cadre des licences ouvertes, doit être encouragée.

Une telle réflexion devrait être menée au plan européen ou international pour appréhender pleinement ce phénomène.

2. Améliorer la compatibilité entre licences ouvertes

Au regard de la multiplicité des licences ouvertes et de leurs modes de fonctionnement différenciés, il apparaît souhaitable de favoriser toute initiative visant à améliorer la compatibilité entre les différents systèmes contractuels, notamment au travers d'une meilleure identification de ces derniers. Un travail consistant à inventorier l'existant contribuerait à fournir une documentation importante sur les pratiques. En favorisant une plus grande transparence sur le contenu des licences, une réelle concurrence pourrait ainsi s'opérer au profit de l'ensemble des agents économiques. Il convient de tendre vers une rationalisation des processus d'élaboration et de gestion des licences – une sorte d'ingénierie des licences – en faisant émerger des outils juridiques et techniques idoines et pérennes.

3. Assurer la coordination des initiatives publiques relatives à la diffusion d'œuvres sous licences ouvertes

Le Conseil supérieur a constaté la dispersion des différentes initiatives publiques en matière de diffusion des connaissances, plusieurs modèles de licences étant développés séparément sans que soit discutée la possibilité de rassembler ces projets sous l'égide d'un mécanisme unique ou, le cas échéant, d'assurer en amont la compatibilité de ces différentes licences entre elles.

L'amélioration des procédures d'information inter-services et l'émergence d'une politique publique de la diffusion ouverte des savoirs semblent donc devoir être entreprises. En raison de son expertise dans le champ du droit d'auteur et de la communication, le ministère de la culture pourrait être pilote, dans le cadre d'une action interministérielle chargée de coordonner des initiatives et de rendre compatibles les pratiques. Il pourrait, par exemple, proposer des modèles types de licences ainsi que des chartes d'utilisation et/ou entreprendre des rapprochements entre licences existantes dans le respect du droit applicable. L'harmonisation de ces mécanismes contribuerait à améliorer la visibilité des publications et créations dans un contexte international. Par ailleurs, l'articulation entre la liberté de mettre en œuvre des licences ouvertes et le statut d'agent public doit être clarifiée.

4. Prolonger la réflexion sur le rôle du droit moral

Les travaux du Conseil supérieur ont montré que le droit moral était susceptible de fournir une protection juridique aux auteurs mettant à disposition ouverte leurs œuvres, en marge même de toute licence. Le droit français, au contraire du copyright qui ignore ce système, offre avec le droit moral une base légale fondant nombre des actes souhaités par les auteurs et protégeant ces derniers contre tout détournement de leur volonté. En effet, le droit de divulgation autorise l'auteur à choisir les modes de communication de l'œuvre au public. Les tiers doivent donc respecter ce choix unilatéral, sans même le détour de la force obligatoire du contrat. Pareillement, le droit à la paternité est garanti directement par la loi et ne résulte pas d'un consentement des tiers. Le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre permet à l'auteur qui aurait mis unilatéralement son œuvre à disposition de s'assurer que les restrictions qu'il a formulées quant aux modifications seront respectées, le cas échéant par la voie judiciaire.

Au demeurant, le caractère d'ordre public du droit moral, sa perpétuité et son inaliénabilité constituent autant de garanties que la volonté de l'auteur sera respectée malgré le transfert ou l'expiration des droits patrimoniaux. Il n'existe donc pas en principe de risque que la mise à disposition ouverte soit réalisée par un cessionnaire sans l'aval de l'auteur.

En dépit de ces éléments, le Conseil supérieur a également pu mettre en lumière des points de friction entre les pratiques de licences ouvertes et certaines prérogatives du droit moral telles que le droit au retrait et au repentir et le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, s'agissant notamment de l'effectivité de leur mise en œuvre. Si ces points de friction ne conduisent pas nécessairement à l'incompatibilité des licences ouvertes avec le droit moral, l'application de certaines d'entre elles, qui offrent une possibilité de modifier et de rediffuser les modifications, peut par exemple se heurter à une interprétation stricte du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Il convient donc de poursuivre la réflexion sur ce point, notamment en s'inspirant des règles dégagées dans le domaine audiovisuel.

Au terme de ces travaux, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique estime que ce premier travail de repérage devrait être approfondi afin de mieux cerner une réalité mouvante dans un marché encore immature. Certaines questions soulevées méritent incontestablement des travaux complémentaires.

2. Les œuvres orphelines

La commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique relative aux œuvres orphelines s'est réunie d'octobre 2007 à avril 2008, sous la présidence de Jean Martin, avocat à la cour.

Ses réflexions, qui se sont appuyées notamment sur les travaux menés par le groupe d'experts de haut niveau mis en place par la Commission européenne, ont débouché sur l'adoption d'un avis lors de la séance plénière du Conseil supérieur du 10 avril 2008.

Les enjeux multiples liés à l'exploitation des œuvres orphelines

La commission a souhaité tout d'abord souligner les enjeux multiples soulevés par les œuvres orphelines. Ils revêtent aujourd'hui un caractère sensible compte-tenu de l'émergence de nombreux et importants projets de numérisation et de mise en ligne à grande échelle d'œuvres, destinés permettre l'accès le plus universel possible à toute la richesse et à la diversité du patrimoine culturel. Ces projets sont partiellement paralysés par l'existence d'œuvres orphelines. L'exploitation de ces œuvres, protégées par la propriété littéraire et artistique, est impossible sans l'autorisation légalement requise des titulaires de droits, laquelle ne peut être obtenue lorsque ces derniers sont inconnus ou introuvables, sauf à s'exposer aux peines du délit de contrefaçon.

Sur le plan juridique, la difficulté tient à la nécessité de concilier, d'une part, la sécurité juridique d'autorisation d'exploitation de ces œuvres, alors que, par construction, leur auteur n'a pu donner de consentement à cette exploitation, d'autre part, la cohérence du droit de la propriété littéraire et artistique, construit sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins qui repose sur l'autorisation du titulaire de droits. A cet égard, la commission a écarté, d'emblée, l'instauration d'un régime d'exception, autorisant une utilisation spécifique et strictement définie en contrepartie d'une rémunération forfaitaire compensatrice. Elle a notamment estimé qu'il n'était pas opportun d'allonger la liste des exceptions au droit exclusif d'autoriser la mise à disposition de son œuvre. En outre, un tel régime serait incompatible avec les exigences communautaires, qui prévoient notamment une liste limitative des exceptions dans la directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001, relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁰.

D'un point de vue économique, il s'agit tout d'abord d'éviter les effets d'éviction. La mise en place d'un mécanisme très incitatif sur le plan tant juridique que financier, simplifiant l'obtention des autorisations d'exploitation pour les œuvres orphelines, pourrait avoir des effets secondaires sur les

¹⁰ L'article 5-5 de cette directive dispose que : « Les exceptions et limitations prévues [au droit exclusif de reproduction ou de communication au public] ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». Ce principe communément dénommé « test en trois étapes », qui figure déjà dans la convention de Berne, s'impose aux législateurs nationaux pour la définition précise des exceptions ou limitations qu'ils entendent mettre en place.

œuvres protégées non orphelines. Il s'agit simultanément de favoriser les économies d'échelle : dans la mesure où la qualification d'œuvre orpheline ne peut intervenir qu'après des recherches effectives et sérieuses, il paraît nécessaire de s'interroger sur les moyens d'éviter la duplication de ces efforts, afin de favoriser les économies d'échelle en mettant à disposition de tous les utilisateurs potentiels le résultat des recherches déjà effectuées.

Sur le plan financier, la gestion des œuvres orphelines aura un coût qu'il sera nécessaire d'équilibrer pour les organismes qui, le cas échéant, seraient chargés de la gestion des droits attachés à ces œuvres.

Enfin, la commission a recherché des solutions préventives pour éviter la multiplication des situations d'« orphelinat » : il s'agit à la fois d'éviter l'apparition de nouvelles œuvres orphelines et de résorber le stock existant.

Définir les œuvres orphelines : « Des œuvres protégées et divulguées, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses »

La commission s'est ensuite attachée à proposer de la notion d'œuvre orpheline une définition à la fois rigoureuse et susceptible de s'appliquer à la diversité de situations qu'elle recouvre.

Selon cette définition, l'œuvre orpheline est tout d'abord une œuvre protégée, qui ne peut donc pas, en vertu du droit de la propriété littéraire et artistique, être exploitée sans autorisation, l'exploitation non autorisée d'un œuvre constituant une contrefaçon.

Lorsque les ayants droit ne sont pas identifiés, ou bien lorsqu'ils sont connus mais qu'il s'avère impossible de les localiser, leur volonté ne peut pas s'exprimer, ou plus exactement ne peut être recueillie. Il est donc impossible d'obtenir de leur part une autorisation d'exploitation de l'œuvre. A ce titre, l'œuvre orpheline se distingue en principe de l'œuvre anonyme car en vertu de l'article L. 113-6 du code de la propriété intellectuelle, les auteurs d'œuvres anonymes sont représentés dans l'exercice de leurs droits « par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité », de sorte que les droits attachés à ces œuvres sont exercés par un représentant de l'auteur ou de ses ayants droit.

La commission a toutefois considéré que pour remplir les critères de la définition, une action de recherche sérieuse et avérée devait avoir été menée. Celle-ci incombe à l'utilisateur potentiel puisque c'est le projet d'utilisation qui déclenche les recherches. Le caractère dérogatoire d'un dispositif dispensant de l'autorisation du titulaire de droit sur l'œuvre orpheline—laquelle peut revenir dans le droit commun si son ou ses ayant(s) droit est ou sont retrouvé(s)—justifie que les recherches de titulaires de droits soient suffisamment poussées pour estimer qu'à la date de ces recherches, la volonté de ces derniers ne peut être connue, par exemple faute de pouvoir les joindre. En effet, s'il s'agit de permettre, d'une manière ou d'une autre, d'autoriser un utilisateur à exploiter une œuvre sans le consentement d'un titulaire de droits, une telle dérogation à un principe essentiel de la propriété littéraire et artistique et, plus généralement, du droit de propriété, doit, compte tenu de sa gravité, être soumise à des conditions strictes.

Différentes situations peuvent être à l'origine d'œuvres orphelines, dont certaines s'avèrent d'une particulière complexité

En effet, si le cas dans lequel l'auteur ou l'unique titulaire de droits n'est pas identifié ou n'est pas joignable paraît relativement simple, la commission considère que les cas probablement les plus nombreux d'œuvres orphelines proviennent de situations dans lesquelles plusieurs ayants droit sont en jeu. S'agissant par exemple des œuvres de collaboration, si l'on ne peut disposer de l'accord de tous les ayants droit pour

une exploitation, faute de pouvoir identifier ou joindre l'un d'entre eux, alors que le consentement de chacun est requis, l'oeuvre ne peut être exploitée.

Pour sa part, le régime légal de l'oeuvre collective et de la présomption de cession ne règle pas nécessairement toutes les questions, en raison du périmètre limité de l'attribution du droit d'auteur sur l'oeuvre collective et de l'exclusion de certains droits de la présomption de cession prévu par le législateur pour l'oeuvre audiovisuelle.

Ces difficultés surgissent également lorsque ne sont pas seulement en jeu des droits d'auteur, mais également des droits voisins dès lors que les prestations et fixations à ayants droit multiples posent des problèmes d'identification. Ces questions sont particulièrement sensibles pour les artistes-interprètes du secteur de la musique, car les enregistrements ne permettent pas toujours d'identifier tous les artistes et notamment les artistes non principaux, ce qui oblige à des recherches très étendues.

Les œuvres incluant d'autres œuvres éventuellement orphelines posent le même type de question, de même que celles relevant de la littérature grise, notamment les œuvres non publiées (mémoires), qui sont souvent mal référencées dans les outils bibliographiques. Il apparaît que la plupart des blocages concernent moins des œuvres « intégralement » orphelines que des œuvres dont l'un (ou plusieurs) ayants droit n'ont pas été identifiés ou localisés, alors que d'autres titulaires de droits le sont. Or, même si une œuvre n'est que partiellement orpheline, son exploitation est bloquée. Cependant, l'adoption d'un dispositif destiné à résoudre la difficulté posée par l'absence de certains titulaires de droit ne doit pas avoir d'incidence sur les autres droits attachés à l'œuvre, dont les titulaires sont identifiés et joignables. L'autorisation de ces derniers pour exploiter l'œuvre devra donc être obtenue selon les procédures habituelle¹¹.

Le phénomène est difficile à quantifier

La commission a constaté qu'il s'avère particulièrement délicat de mesurer la quantité des œuvres orphelines. Cette difficulté, rencontrée dans d'autres pays¹², s'explique tant par la diversité des secteurs et des situations que par l'existence de droits orphelins, qui ne sont pas toujours identifiables aisément. La difficulté est d'autant plus grande que la condition d'œuvre orpheline n'est pas définitive. Les travaux de la commission ont cependant permis d'établir un diagnostic différencié selon les secteurs en cause.

Si des questions d'identification d'artistes-interprètes peuvent toutefois se poser, notamment pour des programmes antérieurs aux années cinquante, les œuvres orphelines constituent un phénomène limité dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique.

Les œuvres orphelines sont nombreuses dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe

¹¹ Après s'être interrogée sur la pertinence de l'expression « droits orphelins », qui permet de recouvrir la diversité des réalités juridiques appréhendées, œuvres, prestations d'artistes interprètes, prestations de producteurs – notamment les cas dans lesquels un seul titulaire, ou quelques titulaires de droits, manqueraient – la commission a souhaité retenir l'expression d'« œuvres orphelines » : s'il s'agit d'une commodité de langage, elle n'en est pas moins utilisée tant dans les travaux européens qu'internationaux, notamment en anglais (« orphan works »).

¹² Aux Etats-Unis et au Canada, où des réflexions ont été menées sur les œuvres orphelines et ont débouché, au Canada, sur la mise en place d'un système ad hoc de gestion des droits, le diagnostic s'est également heurté à l'impossibilité de quantifier les œuvres orphelines. Ainsi, le responsable du Bureau des droits d'auteur des Etats-Unis, dans un rapport sur les œuvres orphelines, indique que le phénomène est difficile à évaluer et à décrire de façon exhaustive. Les mesures sont d'autant plus délicates que les utilisateurs identifient parfois comme orphelines des œuvres qui ne le sont pas. Les travaux européens n'ont pas expressément abordé la question de la mesure des œuvres orphelines.

Le secteur de l'écrit, dont le champ, dans le cadre des travaux de la commission, couvre celui des œuvres publiées, quel qu'en soit le support, est particulièrement confronté au cas des œuvres orphelines. Des œuvres peuvent se trouver orphelines en cas de disparition de l'éditeur par exemple, ou bien dans le cas d'œuvres à auteurs multiples ou d'œuvres incluses dans d'autres œuvres. Par ailleurs, les œuvres plus anciennes sont fragiles dès lors qu'elles ne comportent pas d'identifiants ISBN (International Standard Book Number) ou ISSN (International Standard Serial Number).

L'image fixe connaît une spécificité importante, qui tient, d'une part, au nombre considérable d'œuvres (ainsi, un photographe peut diffuser des dizaines de milliers de clichés dans une carrière), d'autre part, à l'intégration très fréquente d'images dans des ouvrages. Or les œuvres composites sont fréquemment à la source d'œuvres orphelines ou du moins partiellement orphelines. D'une manière générale, le secteur ne dispose que de peu d'outils d'identification des œuvres. Il faut en outre souligner que beaucoup d'images sont actuellement diffusées sans autorisation, avec la seule mention de « droits réservés », sans indication sur les ayants droit et sans recherche préalable et sérieuse avant exploitation. La généralisation de cet usage laisse penser qu'il ne concerne pas uniquement des œuvres orphelines.

Enfin, contrairement aux autres secteurs, l'écrit et l'image fixe sont de façon immédiate et massive confrontés à la gestion des droits d'œuvres orphelines dans le cadre des projets de numérisation massive actuellement en cours, notamment pour alimenter la Bibliothèque numérique européenne. La mise en place d'un mécanisme efficace et assorti de garanties suffisantes s'avère donc particulièrement urgente et importante pour ces deux secteurs.

Ces différences de situations ont donc conduit la commission à adopter une approche sectorielle, tout en préservant la cohérence au regard des principes de la propriété littéraire et artistique et en cherchant à identifier les points de convergence. En effet, alors que les besoins sont importants et immédiats dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, le faible nombre d'œuvres orphelines dans les secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique ne justifie pas d'envisager, pour ces secteurs, d'autres dispositifs que ceux qui existent

Secteurs de l'écrit et de l'image fixe : une réforme législative nécessaire pour recourir à la gestion collective obligatoire

En effet, l'importance du phénomène des œuvres orphelines dans ces secteurs bloque la mise à disposition du public de ces œuvres, notamment dans le cadre de projets de numérisation à l'échelle européenne. Or le code de la propriété intellectuelle ne prévoit, à l'heure actuelle, qu'un mécanisme de recours au juge qui n'est pas adapté à la situation. Ce mécanisme, prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle, permet dans certains cas de demander au juge de prendre toute mesure appropriée pour pouvoir assurer l'exploitation d'œuvres, notamment lorsqu'il n'y a pas d'ayants droit connus.

Mais cette procédure, prévue pour l'exploitation ponctuelle d'œuvres, paraît peu praticable dans le cas d'une demande massive (grands projets de numérisation en cours) et nécessiterait d'être aménagé. En outre, le recours systématique au juge peut s'avérer coûteux et long, compte tenu des risques d'engorgement des juridictions. Le recours à des méthodes conventionnelles ne paraît pas non plus approprié dès lors que les titulaires de droits des œuvres orphelines ne peuvent pas, par construction, être représentés. Dans une telle hypothèse, il serait nécessaire, en tout état de cause, d'obtenir une validation de ces accords par le législateur.

La commission a donc privilégié, pour les secteurs concernés, la mise en place d'un nouveau dispositif spécifique de gestion collective obligatoire. La base de ce système reposera sur une gestion collective obligatoire des droits des œuvres orphelines, assurée par des sociétés de perception et de

répartition des droits. La représentation « d’absents » et la gestion de leurs droits requièrent des garanties. D’une part, il paraît nécessaire de faire figurer dans le code de la propriété intellectuelle la définition de l’œuvre orpheline présentée ci-dessus. D’autre part, un régime de contrôle renforcé s’impose. Les sociétés candidates devront donc obtenir un agrément spécifique auprès du ministère chargé de la culture, sur le modèle de ce qui se pratique déjà pour la gestion du droit de reproduction par reprographie (article L. 122-12 du code de la propriété intellectuelle) ou pour la gestion de la rémunération au titre du droit de prêt en bibliothèque (article L. 133-2 du même code).

Pour obtenir cet agrément, les sociétés candidates devront remplir, outre les critères retenus habituellement, des critères spécifiques à la gestion des droits des œuvres orphelines : obligation d’appliquer, par secteur, les standards permettant de retenir la qualification de recherches « avérées et sérieuses », engagement de participer à un portail Internet commun qui sera mis en place, où les informations et les bases de données permettant d’identifier les œuvres orphelines seront mutualisées, engagement de mettre à jour leurs bases de données, notamment en fonction des recherches effectuées par des utilisateurs potentiels, afin d’améliorer l’information disponible.

Le portail commun comporterait l’ensemble des informations nécessaires aux utilisateurs potentiels d’œuvres orphelines. Il présenterait ainsi les démarches à suivre, selon les secteurs, pour obtenir les autorisations nécessaires, indiquerait les interlocuteurs pertinents (en l’occurrence, les différentes sociétés de perception et de répartition agréées), et permettrait la consultation des informations et bases de données existantes afin de faciliter les recherches d’œuvres. Ce site devrait ainsi permettre de constituer un inventaire des sources d’information existantes et de faciliter l’accès aux bases de données pertinentes. La création d’un portail commun s’inscrit dans la lignée des réflexions européennes en cours au sein du groupe d’experts de haut niveau, qui prévoient notamment la création, dans chaque Etat membre, de « centres de libération des droits » (« right clearance centers ») favorisant les recherches et l’obtention d’autorisations d’exploitation d’œuvres orphelines.

La définition des critères permettant de qualifier des recherches de « sérieuses et avérées », pourrait relever d’une commission paritaire, instituée par voie réglementaire et composée de représentants d’utilisateurs, d’ayants droit et de l’administration. Les sociétés de gestion collective agréées devront s’assurer que les utilisateurs potentiels d’une œuvre orpheline auront mené leurs recherches avérées et sérieuses, en conformité avec les critères déterminés par la commission paritaire.

Ce dispositif est apparu apte à répondre aux besoins d’intérêt général d’accessibilité et de diffusion des œuvres orphelines tout en étant compatible avec les principes qui fondent la propriété littéraire et artistique. Toutefois, une réforme législative est nécessaire. Il faudra en effet introduire dans le code de la propriété intellectuelle de nouvelles dispositions définissant la notion d’œuvre orpheline et habilitant les sociétés de gestion collective à délivrer des autorisations au nom des titulaires de droits « absents » et à fixer le montant de la rémunération correspondante. Le législateur posera le principe et les conditions essentielles de l’agrément de ces sociétés, notamment la création d’un portail commun de gestion et de prévention des œuvres orphelines.

Sous réserve d’un complément à l’analyse effectuée, la commission a estimé, en premier lieu, que le dispositif proposé, reposant sur une habilitation légale assortie de garanties dont le respect conditionne l’agrément ministériel des sociétés de gestion collective, elles-mêmes d’ores et déjà soumises à des procédures de contrôle, ne rendait pas nécessaire l’intervention préalable du juge. Le contrôle du juge sur les autorisations accordées pourra cependant s’effectuer à tout instant, à la demande de toute personne y ayant un intérêt, qu’il s’agisse de l’utilisateur, ou du titulaire de droit qui se manifesterait ultérieurement. Le juge exercera donc, lorsque les parties intéressées en éprouveront le besoin, un contrôle *a posteriori*.

Les sociétés de perception et de répartition des droits délivreront les autorisations d'exploitation pour les œuvres orphelines relevant de leur secteur. Compte tenu du caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline, dès lors que des ayants droit peuvent réapparaître à tout moment, la commission a considéré que deux questions étroitement liées doivent être résolues : celle de la qualité en laquelle les sociétés agréées interviendront et celle de la sécurité juridique des autorisations.

La qualité à agir des sociétés agréées

La commission a écarté l'idée d'une cession expresse des droits des œuvres orphelines aux sociétés de gestion agréées par une disposition législative : l'éventualité de la réapparition des ayants droit et la protection constitutionnelle du droit de propriété ne permettent pas d'envisager une disposition si dérogatoire au droit de la propriété littéraire et artistique dans le cas des œuvres orphelines.

Un modèle inspiré de la gestion d'affaires, prévue à l'article 1372 du code civil paraît plus adapté aux enjeux présentés par les œuvres orphelines. L'adaptation, par voie législative, de ce modèle à la gestion des droits des œuvres orphelines permettrait, en cas de contestation d'une autorisation par des ayants droit réapparus, de s'en remettre au juge afin qu'il apprécie si la société agréée a géré les droits en cause en « bon père de famille ».

La commission a cependant relevé que les sociétés agréées ne gèreront que les droits patrimoniaux attachés aux œuvres orphelines : le droit moral a en effet, en vertu de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, un caractère personnel et inaliénable. Les sociétés agréées devront néanmoins, si elles estiment que certains projets apparaissent contraires au respect du droit moral, refuser l'autorisation d'exploitation. Par ailleurs, au cas où une œuvre orpheline serait exploitée alors même qu'aucune autorisation préalable n'aurait été obtenue, les sociétés agréées devraient pouvoir saisir le juge, sur le fondement de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle.

Des autorisations d'exploitation stables, non exclusives, accordées pour une durée limitée

La réapparition de l'ayant droit entraîne, *de facto*, la disparition de la condition d'œuvre orpheline. Il paraît nécessaire d'assurer un minimum de sécurité juridique aux autorisations délivrées : une autorisation d'exploiter une œuvre orpheline ne pourra être remise en cause par la seule réapparition de l'ayant droit, sauf intérêt légitime avéré. Cela ne préjuge pas de la possibilité pour ce dernier de recourir au juge, s'il l'estime nécessaire. En revanche, sous réserve des autorisations délivrées et pour leur durée limitée, la maîtrise de ses droits doit lui être reconnue dès sa réapparition, pour toute nouvelle exploitation. Par ailleurs, l'ayant droit pourra faire valoir ses droits patrimoniaux auprès de la société ayant perçu les droits.

La commission a en conséquence jugé raisonnable de prévoir que les autorisations auront une durée limitée, afin de prendre en compte le caractère relatif, dans le temps, de la condition d'œuvre orpheline : une œuvre peut sortir de cette condition, soit parce que ses ayants droit réapparaîtront spontanément, soit parce que de nouvelles recherches pourraient aboutir à les identifier et/ou à les localiser. Il reviendra à chaque société agréée d'apprécier au cas par cas la durée de l'autorisation accordée. Un projet nécessitant des investissements importants pourrait ainsi bénéficier d'une durée permettant d'amortir ces investissements.

La commission estime par ailleurs que les autorisations accordées ne pourront pas être exclusives. En effet, si la possibilité de consentir une exclusivité peut présenter l'avantage de favoriser les investissements des opérateurs (en l'occurrence, les recherches préalables et la numérisation), elle n'apparaît cependant pas compatible avec l'objectif d'intérêt général de facilitation de l'accès aux œuvres.

Une question demeure en suspens : celle du champ géographique de l'autorisation. A ce stade, il a paru préférable à la commission d'attendre l'avancée des travaux européens sur ce point, puisque les solutions adoptées par les différents Etats membres devront être interopérables. Une concertation au niveau européen paraît donc indispensable pour définir la position à adopter sur cette question.

Rémunération, perception et utilisation des rémunérations

Le niveau de la rémunération à verser en contrepartie de l'autorisation sera fixé, dans les conditions du droit commun, par voie de négociation entre la société agréée et l'utilisateur. Compte tenu du dispositif choisi, c'est également au niveau des sociétés agréées que s'effectuera la perception des rémunérations. Les sommes perçues devront être conservées afin de pouvoir, le cas échéant, être reversées aux ayants droit qui réapparaîtraient. La question qui se pose est celle de la prescription applicable à ces sommes. Il a paru logique à la commission d'aligner la durée de prescription sur celle d'ores et déjà prévue au dernier alinéa de l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit une prescription décennale. Il est en outre nécessaire de prévoir qu'une fraction des sommes perçues soit affectée au financement du dispositif, afin que les sociétés agréées puissent couvrir les frais de gestion des œuvres, de participation au guichet commun et de maintenance des bases de données.

Secteurs du cinéma, de l'audiovisuel et de la musique : le recours aux dispositifs existants

Pour ces différents secteurs, caractérisés notamment par une gestion collective volontaire quasiment généralisée, des bases de données extensives et des mécanismes de concentration des droits auprès du producteur, la mise en place d'un dispositif *ad hoc* pour gérer les droits des œuvres orphelines est apparue peu pertinente. Il semble préférable de recourir, au cas par cas, aux dispositifs existants.

Outre la gestion collective volontaire qui, en appui de la gestion collective individuelle, permet la gestion de la quasi-totalité des droits dans ces secteurs, ces solutions sont principalement de deux ordres : la voie du recours au juge prévue par les articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle (voir infra à propos des aménagements envisageables de ce mécanisme), d'une part, et les accords collectifs, d'autre part.

Le recours à des accords collectifs peut s'avérer utile dans les secteurs considérés, pour la gestion de droits voisins dont les titulaires ne seraient pas identifiables.

L'Institut national de l'audiovisuel (INA), qui dispose d'un fonds de 1,2 millions d'heures d'archives audiovisuelles, est investi d'une mission de service public qui consiste à conserver et à valoriser ce fonds d'archives nationales. Au titre de cette mission de service public, l'INA a la possibilité, inscrite à l'article 44 de la loi du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), de conclure, avec les artistes-interprètes ou avec les organisations représentatives des salariés, des accords régissant les conditions d'utilisation de ces archives, pour tout mode d'exploitation. Ces dispositions, dérogatoires au régime des droits exclusifs des artistes-interprètes prévu aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, permettent donc la conclusion d'accords par l'INA afin de faciliter l'exploitation de ses archives. Or le champ de ces accords peut comprendre des œuvres orphelines. En ce cas, les sommes correspondant à la rémunération des ayants droit inconnus ou introuvables sont versées sur un compte bloqué et peuvent être débloquées si l'ayant droit revient.

Mécanismes transversaux

La commission a estimé utile de prévoir l'aménagement du dispositif de recours au juge prévu par le code de la propriété intellectuelle, afin d'inclure de façon expresse dans son champ les œuvres orphelines, et de recommander de bonnes pratiques applicables à tous les secteurs, notamment en matière de prévention des œuvres orphelines.

La rédaction de l'article L. 122-9 pouvant prêter à penser que le recours au juge n'est possible que lorsque l'auteur est décédé, il pourrait être utile d'aménager la rédaction de cet article afin de lever cette ambiguïté : la diversité des cas d'œuvres orphelines conduirait nécessairement à saisir le juge alors que le sort de l'auteur n'est pas connu. Il pourrait également être utile d'indiquer, pour le seul cas des œuvres orphelines, le type de mesure attendu (par exemple, comme dans le cas du CNC, la possibilité d'accord avec une société agréée).

S'agissant de l'intérêt à agir, l'introduction de nouvelles dispositions instituant une gestion collective obligatoire pour la gestion des droits des œuvres orphelines, préconisée par la commission, permettra aux sociétés agréées de se prévaloir de leur mission de gestion des droits attachés à ces œuvres.

Développer la prévention et de bonnes pratiques communes à tous les secteurs

- Encourager de bonnes pratiques en matière de tarification

Selon la commission, plusieurs critères doivent entrer en ligne de compte pour fixer le niveau de cette rémunération lors des négociations entre les utilisateurs potentiels et les sociétés de perception et de répartition des droits: type d'utilisation envisagée, nombre d'autorisations demandées, recherches menées par le demandeur ou utilisation de recherches déjà effectuées.

Il est par ailleurs nécessaire de veiller à ce que l'exploitation d'œuvres orphelines ne concurrence pas artificiellement l'exploitation d'œuvres sous droits non orphelines. Afin de préserver l'équilibre entre les deux types d'œuvres, les conditions de rémunérations des droits doivent demeurer comparables, sous réserve des possibilités de modulation précédemment évoquées.

-L'amélioration des dispositifs préventifs

La commission considère tout d'abord nécessaire de promouvoir les solutions techniques qui permettront, à l'avenir, d'identifier les œuvres et tout particulièrement les œuvres disponibles en format numérique, grâce à l'intégration de métadonnées. Tous les secteurs ont exprimé leur intérêt à la réalisation de cet objectif. Certains ont fait des suggestions sectorielles.

En deuxième lieu, la diminution du nombre des œuvres orphelines existantes suppose de faciliter, lorsque cela n'est pas déjà le cas, l'accès aux bases de données et plus généralement aux informations existantes, de mettre à jour de façon systématique ces informations et de favoriser les échanges d'information sur les œuvres orphelines. Il est donc nécessaire de veiller à ce que les bases de données soient inventoriées, mises à jour et accessibles.

Enfin, il serait utile de mettre en place, notamment sur le site du portail unique pour les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, un espace permettant aux différents acteurs de fournir des informations sur les œuvres orphelines permettant de mutualiser les données sur des ayants droit qu'ils auraient pu identifier ou localiser.

Avis n°2008-1 du CSPLA relatif aux œuvres orphelines

Saisi par la ministre de la culture et de la communication de la question, tant juridique qu'économique, de l'exploitation des œuvres orphelines, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 10 avril 2008, l'avis suivant.

Aux termes des travaux de la commission sur les œuvres orphelines qui se sont tenus d'octobre 2007 à mars 2008, les constats qui ont émergé des discussions (I), conduisent à proposer un certain nombre de recommandations (II).

I. Synthèse du diagnostic

1. De nombreux et importants projets de numérisation et de mise en ligne à grande échelle d'œuvres sont engagés pour permettre l'accès le plus universel possible à toute la richesse et la diversité du patrimoine culturel. Ces projets sont partiellement paralysés par l'existence d'œuvres orphelines. L'exploitation de ces œuvres, protégées par la propriété littéraire et artistique, est impossible sans l'autorisation légalement requise des titulaires de droits, laquelle ne peut être obtenue lorsque ces derniers sont inconnus ou introuvables, sauf à s'exposer aux peines du délit de contrefaçon.

2. Les deux dispositifs légaux susceptibles d'être mobilisés pour surmonter cette contradiction ne sont pas adaptés à toutes les situations. Le recours au juge prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle est, en l'état, juridiquement incertain et répond à des situations individuelles. Les accords collectifs validés dans le cadre d'un dispositif d'extension prévu par la loi ne permettent pas, en raison de certaines difficultés, de répondre à tous les besoins.

3. Le diagnostic est nuancé selon les secteurs : si les œuvres orphelines sont d'une importance considérable dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, il n'en va pas de même dans ceux de la musique, du cinéma et de l'audiovisuel. La commission a donc conclu à l'utilité de dégager des solutions pour faire évoluer cette situation, mais de façon différenciée selon les secteurs.

4. Toutefois, la commission souligne la nécessité de concilier l'intérêt général de l'accès au patrimoine culturel avec le respect des principes essentiels du droit de la propriété littéraire et artistique. Ses recommandations sont donc fondées sur un équilibre qui a déjà été dégagé par le législateur, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

5. La définition de l'œuvre orpheline doit être claire et sécurisante, tout en permettant d'appréhender la variété des situations rencontrées. Ainsi, doit être regardée comme orpheline l'œuvre protégée et divulguée, dont un ou plusieurs titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses.

6. A partir d'une définition commune, la variété de situations appelle des solutions sectorielles différencierées : pour l'écrit et l'image fixe, le recours à la gestion collective obligatoire est considéré comme le plus approprié, en particulier en matière de numérisation et de mise en ligne ; pour la musique, le cinéma et l'audiovisuel, les dispositifs existants sont considérés comme répondant aux besoins.

II. Compte tenu de ces observations, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique émet les recommandations suivantes.

1. L'introduction, dans le code de la propriété intellectuelle, d'une disposition définissant l'œuvre orpheline : l'œuvre est orpheline lorsqu'un ou plusieurs titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins sur une œuvre protégée et divulguée ne peuvent être identifiés ou retrouvés malgré des recherches avérées et sérieuses.

2. L'aménagement du recours au juge prévu aux articles L. 122-9 et L. 211-2 du code de la propriété intellectuelle, afin d'intégrer expressément dans leur champ les œuvres orphelines.

3. Pour les secteurs de l'écrit et de l'image fixe, la mise en place d'un régime de gestion collective obligatoire, en particulier en matière de numérisation et de mise en ligne. Ce dispositif permettra à des sociétés de gestion collective agréées par le ministère de la culture de délivrer les autorisations requises. L'agrément ministériel sera subordonné aux critères habituels et à l'adhésion à un portail commun destiné à faciliter l'accès et la mise à jour des ressources documentaires sur les œuvres orphelines. Les critères de la définition légale de l'œuvre orpheline, et donc la qualification de recherches avérées et sérieuses, pourraient être fixés par décision d'une commission paritaire réunissant des représentants des ayants droit, des utilisateurs et de l'administration.

4. Pour les secteurs de la musique, du cinéma et de l'audiovisuel, les dispositifs existants sont considérés comme répondant aux besoins.

5. La mise en œuvre d'une politique de prévention des œuvres orphelines, avec le concours des divers intervenants de la chaîne de la création et de la détention des droits, par l'amélioration, lorsque cela s'avère nécessaire, de l'identification des auteurs et des ayants droit, notamment en facilitant le développement et l'accès aux informations.

3. Les prestataires de l'Internet

Le régime de responsabilité des prestataires techniques de l'Internet, c'est-à-dire des intermédiaires assurant la transmission et/ou le stockage d'informations fournies par des tiers, est l'une des questions clé de la régulation de l'Internet. Le cadre juridique aujourd'hui applicable découle de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹³ qui a prévu, pour certaines activités délimitées des prestataires intermédiaires, un régime de responsabilité limitée : définies aux articles 12 à 15 de la directive que transpose le chapitre II « prestataires techniques » de la loi du 21 juin 2004, dite « loi pour la confiance dans l'économie numérique » (LCEN) ces activités sont le « simple transport » (transport d'information et fourniture d'accès), le cache et l'hébergement.

Présidée par Pierre Sirinelli, professeur des universités, et vice-présidée par Joëlle Farchy, professeur des universités et Josée-Anne Bénazéraf, avocate à la cour, la commission spécialisée du CSPLA chargée d'étudier l'évolution des activités et des statuts des prestataires de l'Internet a réuni et/ou consulté les principaux acteurs concernés à savoir, les professionnels du secteur (fournisseurs d'accès, moteurs de recherche, services communautaires et/ou du web 2.0, prestataires non techniques tels que les régies publicitaires...), les représentants des ayants droit, des experts techniques, économiques et juridiques, des représentants des administrations. Pour des raisons de temps, des choix ont dû être opérés quant aux thèmes étudiés. L'attention s'est portée essentiellement sur les questions relatives aux services du Web 2.0. Les mêmes contraintes ont conduit à considérer que le rapport, présenté lors la séance plénière du CSPLA du 4 juillet 2008, devait constituer un état des lieux et un socle ouvrant la voie à de nouvelles analyses.

Conformément au souhait des membres de la commission, ce premier travail de réflexion commune se poursuivra au premier semestre 2009 au cours d'une seconde étape consacrée à l'étude des solutions envisageables.

L'économie de la valorisation de l'audience sur les réseaux

Dans un premier temps, la commission a cherché à cerner les modèles économiques des intermédiaires dont les activités ont comme conséquence de mettre à disposition ou de valoriser des objets physiques et/ou des contenus immatériels protégés par la propriété intellectuelle.

Sur le plan économique, on a en effet assisté, depuis l'adoption de la directive, à un essor considérable des services de la société de l'information. Le développement remarquable des sites communautaires du « web 2.0 », qui permettent la diffusion ou l'échange de contenus et d'informations émis par les internautes eux-mêmes, est au cœur de ce renouvellement. Malgré des caractéristiques communes, ces services présentent une grande variété : portails communautaires, sites de partage de vidéo ou de photos, plates-formes de commerce électronique, encyclopédies collaboratives en ligne...

Bien qu'il n'existe pas de définition unique de la notion, le rapport propose de considérer que le web 2.0 désigne un ensemble d'applications et de nouveaux usages d'Internet, qui traduit une évolution à la fois technique, sociale et économique.

D'un point de vue technique, le web 2.0 repose sur des technologies dont la finalité est de rendre Internet véritablement interactif (RSS, Wiki, Ajax, Flash). Sur le plan sociologique, le web 2.0 s'appuie sur la diffusion ou l'échange d'informations et de contenus émis par les internautes eux-mêmes. De simple

¹³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur ; JOCE 17 juill., n° L 178, p. 1 et s.

"visiteur-consommateur", l'internaute devient un véritable contributeur pouvant alimenter tout ou partie du contenu d'un service web.

Sur le plan économique, le Web 2.0 fait basculer d'un modèle distributeur à un modèle issu de l'économie des réseaux, fondé non sur le contrôle de l'accès mais sur l'abondance des ressources disponibles et l'extension du nombre des utilisateurs. Ce modèle, qui favorise une relation plus directe entre auteurs et public, n'implique pas la disparition de toute intermédiation : il est au contraire indissociable de l'apparition de nouveaux intermédiaires qui ont essentiellement pour fonction de capter l'attention des internautes en les guidant dans cette économie de l'abondance. Offrant la potentialité d'associer à tout service utile la création de nouveaux marchés, l'existence d'externalités¹⁴ de réseau intergroupes, caractéristiques d'un marché biface¹⁵, combinée à la puissance des effets clubs du numérique est au cœur de l'économie du gratuit sur Internet. Le gratuit traduit donc avant tout une transformation de l'économie de la demande et non pas principalement la baisse des coûts marginaux de diffusion et de reproduction.

Si les positionnements et stratégies des acteurs de l'Internet demeurent évolutifs – surtout au sein des prestataires du web 2.0 qui, pour beaucoup, accèdent tout juste à la rentabilité – certains modèles économiques sont eux clairement identifiés. Caractéristique de l'économie des marchés bifaces, le modèle consistant à offrir des services gratuits financés par la monétisation de l'audience auprès des annonceurs publicitaires est le plus répandu parmi les prestataires étudiés. Compte tenu de la diversité des activités et des métiers de ces prestataires, d'autres modèles économiques peuvent toutefois être observés, qui, dans la réalité, se combinent généralement entre eux : abonnement payant, location de capacités de stockage, services premium payants (ou freemium¹⁶), modèle fondé sur l'intermédiation, à l'image des places de marché virtuelles, tarification de services de matching, économie du don ou du bénévolat.

Le financement publicitaire est le modèle dominant.

Si le modèle biface publicitaire est un modèle classique, il permet sur Internet d'obtenir une valeur ajoutée supplémentaire. Internet a en effet favorisé un renouvellement de la communication publicitaire. L'interactivité offerte, la capacité de suivi et de ciblage des comportements et centres d'intérêts des internautes, la possibilité de segmenter l'offre géographiquement ou encore les nouvelles techniques du marketing viral sont, selon les professionnels, des facteurs d'efficacité de la publicité qui passe d'un modèle de masse des médias classiques à une publicité beaucoup plus individualisée. L'attractivité d'Internet pour les annonceurs serait également liée à la possibilité de mesurer avec précision l'efficacité de l'investissement publicitaire consenti (transformation en actions diverses sur le site concerné : achat, demande de catalogue...).

¹⁴ Une externalité désigne le fait que l'activité d'un agent économique affecte positivement ou négativement le bien être d'un autre agent sans qu'aucun des deux ne reçoive ou ne paie une contrepartie marchande pour cet effet. En l'absence de contrepartie marchande, le responsable de l'externalité ne tient pas compte dans ces décisions de l'influence de ses actes sur le bien être des autres.

¹⁵ Un marché biface (ou multiface) est un marché dont l'agencement entretient, voire nécessite, l'existence de deux (voire de plusieurs) clientèles très différentes mais interdépendantes l'une de l'autre pour les produits qui y sont échangés. Dans un marché biface, une plate-forme – un point de rencontre – (station de radio, journal, site web...) offre un service d'intermédiation à deux types de clientèles à qui elle propose un produit joint ; la plate-forme intermédiaire n'est pas neutre économiquement puisqu'elle permet aux agents de maximiser les gains de leurs transactions en internalisant les externalités intergroupes alors que les agents eux-mêmes sont incapables d'internaliser l'impact de leur utilisation de la plate-forme sur le bien être des autres utilisateurs.

¹⁶ Comme l'indique la contraction des mots Free et Premium, l'utilisation des services de base est gratuite, l'accès aux services premium étant, lui, payant. Ces services premium peuvent être liés à la vente d'un abonnement (c'est le cas de Flickr), ou constituer des services ponctuels associés permettant d'enrichir l'expérience de l'utilisateur (vente de biens virtuels sur Facebook ou Habbo Hotel, visibilité sur Hot or Not, accès à de l'information supplémentaire sur LinkedIn, par exemple).

Le modèle économique des plates-formes de partage de vidéos est celui de la valorisation d'une audience auprès des annonceurs publicitaires. Né en 2005, Dailymotion est un site français permettant à tout internaute de poster et de partager gratuitement ses propres vidéos. La plate-forme, qui attire dans l'hexagone autant d'internautes que YouTube, compte aujourd'hui parmi les 60 premiers sites mondiaux et rassemble 13 millions d'utilisateurs inscrits ; 15 000 vidéos sont mises en ligne chaque jour sur le site ; 667 millions de vidéos y sont vues chaque mois.

Ce modèle de captation et de monétisation d'audience sur les réseaux - hors le cas particulier des prestataires qui s'inscrivent dans une économie du don ou du bénévolat - est le plus couramment répandu parmi les prestataires étudiés par la commission. De nombreuses plate-formes (moteurs de recherche, plates-formes de partage et de commerce en ligne ...) se réclament à cet égard du modèle économique de la « longue traîne », décrit par Chris Anderson :¹⁷ il s'agit pour elles de valoriser auprès des annonceurs l'agrégation de micro audiences générées par les milliers de pages du site mais aussi de permettre à des annonceurs de toute taille de faire de la publicité. La modèle repose à la fois sur la diversité très importante des contenus proposés et sur l'optimisation des coûts de production ou de publication en ligne du contenu, grâce à une forte automatisation du processus. Certains membres de la commission ont préféré souligné l'importance d'une audience globale. Ils considèrent que les plates-formes en cause relèvent d'un modèle de subventions croisées dans lequel les contenus donnant lieu à une valorisation publicitaire – c'est-à-dire les contenus édités de la page d'accueil et les vidéos des partenaires de ces sites - servent à financer l'activité d'hébergement des vidéos sans publicité.

La multiplication des actions judiciaires dirigées contre des prestataires de l'Internet

La commission a constaté la multiplication ces deux dernières années des actions judiciaires dirigées contre des prestataires de l'Internet pour des atteintes aux droits de propriété intellectuelle qu'il s'agisse du droit d'auteur, de droits voisins ou des droits de propriété industrielle (notamment droit des marques, dessins et modèles, brevets).

De nombreuses problématiques ont été évoquées à ce titre lors des travaux de la commission, notamment la vente de contrefaçons d'objets physiques sur Internet, ou encore la mise à disposition non autorisée de productions immatérielles protégées par le droit d'auteur. La commission s'est ainsi intéressée au cas des plates-formes communautaires, qui ont été mises en cause par certains ayants droit pour la diffusion non autorisée d'oeuvres ou d'extraits protégées ; ces plates-formes ont également été accusées d'être le réceptacle d'oeuvres dites "dérivées", reproduisant, sans l'accord d'un ayant droit, le texte, le son, l'image ou la vidéo d'un auteur, d'un artiste, d'un producteur ou d'un distributeur. En l'absence à ce jour d'une étude précise du phénomène, les évaluations évoquées devant la commission (entre 2 et 10 % des contenus postés sur les sites en cause) restent largement hypothétiques et sont fortement contestées par les sites concernés. La réalité du phénomène n'est toutefois pas niée et la multiplication des actions judiciaires comme les efforts entrepris par les plates-formes en cause pour endiguer le phénomène conduisent à penser que celui-ci est loin d'être négligeable.

Des industries de contenus encore en marge du processus de valorisation des audiences qu'elles contribuent à fédérer.

Dans cette économie de l'audience et du trafic, ce qui compte n'est pas l'information, le contenu lui-même, devenu une « commodité »¹⁸, mais la gestion des flux et le contrôle des interfaces par lesquelles

¹⁷ Anderson, Chris (2004), "The Long Tail", Wired, at: http://wired.vig.wired.com/wired/archive/12.10/tail_pr.html. L'idée développée par Chris Anderson est que les produits qui sont l'objet d'une faible demande, ou qui n'ont qu'un faible volume de vente, peuvent collectivement représenter une part de marché égale ou supérieure à celle des best-sellers lorsque, grâce à Internet et à la baisse des coûts marginaux de diffusion et de stockage, les canaux de distribution peuvent proposer beaucoup plus de choix que dans le monde physique.

¹⁸ Une commodité est un élément considéré a priori comme sans valeur alors même qu'il reste indispensable à la production d'un service à valeur ajoutée.

l'utilisateur entre sur le réseau. Faute de contrôler l'accès au réseau, les partenaires des industries culturelles, qui contribuent à capter l'audience des internautes au profit de nombreux prestataires, ne perçoivent pas les transferts financiers associés, ce qui correspond à un problème économique classique d'externalité. Il n'est en outre pas exclu que les effets de substitution entre médias sur le marché publicitaire jouent également en défaveur des industries culturelles dans la mesure où les médias classiques participent largement, en matière audiovisuelle, au financement de la création.

Le rapport souligne toutefois que l'analyse selon laquelle les industries culturelles demeuraient systématiquement tenues à l'écart du processus de valorisation des audiences qu'elles contribuent à fédérer mérite d'être nuancée. D'une part, les affirmations selon lesquelles les techniques de cache et les services d'agrégation de contenus entraîneraient des pertes d'audience pour les sites d'origine font l'objet de plusieurs critiques. Il est tout d'abord souligné que l'existence même des services de moteurs de recherche est de nature à augmenter la fréquentation des sites référencés dont le contenu est rendu plus accessible, de sorte que l'effet global sur leur fréquentation est difficile à déterminer. D'autre part, les négociations en cours entre certaines grandes plates-formes de partage et différents médias ou industries de contenus laissent penser que, sans abandonner leur dimension communautaire, ces sites envisagent également de devenir le support d'une offre légale de contenus et de développer de nouveaux modèles hybrides de monétisation de l'audience. A la faveur des partenariats ainsi noués, les producteurs et les sociétés d'auteur pourraient donc eux aussi bénéficier à l'avenir des nouveaux modes de consommation des œuvres sur les réseaux sociaux.

L'audience : une source de revenus mais également de coûts pour les prestataires

Si la plupart des prestataires partagent un modèle d'audience, cela ne doit pas laisser penser que leurs intérêts économiques sont toujours convergents, pas plus qu'il ne faut supposer que la multiplication des productions contrefaites contribue systématiquement positivement à la valorisation financière de ces intermédiaires. Le rapport souligne par exemple que les intérêts des opérateurs de télécommunications et des prestataires du web 2.0 ne sont pas nécessairement convergents. D'une part, les FAI qui font payer seulement quelques dizaines d'euros par mois pour un abonnement, aspirent à devenir eux-mêmes des distributeurs de contenus afin de s'assurer, grâce à des services complémentaires visant à augmenter le chiffre d'affaire moyen par utilisateur, une rentabilité à long terme. D'autre part, si les sites du web 2.0 contribuent à stimuler la demande pour des accès à haut débit (et maintenant à très haut débit), au bénéfice des opérateurs de télécommunication, ils représentent également une source de coûts directs pour ceux-ci, à travers la consommation de bande passante. Ces éléments expliquent que malgré les sommes déjà importantes acquittées à ce titre par les grands sites communautaires, les moteurs de recherche ou les plate-formes d'échanges de vidéos comme YouTube, les opérateurs de télécommunication sont conduits, ainsi qu'il a été vu plus haut à envisager une facturation additionnelle du transport de données effectuée pour ces sites à forte audience et à tenter d'obtenir une meilleure association aux revenus publicitaires.

Au terme de ce constat, la commission a estimé que l'un des principaux enjeux économiques réside dans l'articulation à trouver entre la résolution d'un problème d'externalité – les prestataires bénéficiant, grâce à leur modèle de monétisation de l'audience, de l'activité des titulaires de droits qui ont supporté les risques de la création – et la nécessité de tenir compte des coûts nécessaires à la captation de cette audience afin de ne pas pénaliser une économie numérique en plein essor et de permettre à la création de bénéficier de réelles opportunités de diffusion. Pour beaucoup de ces prestataires, la solution passera sans doute par des règles de partage des fruits de la valorisation de l'audience avec ceux qui contribuent à la créer. Pour d'autres, la solution ne réside pas dans un transfert de valeur mais plutôt dans des

pratiques permettant de lutter contre la vente de produits contrefaisants, notamment sur les sites de commerce en ligne.

La responsabilité des prestataires de l'Internet : état des lieux juridique

Alors que l'utilisation de certains services du web 2.0 conduit à la multiplication des contentieux dans le domaine de la contrefaçon, les difficultés d'interprétation rencontrées et la diversité des solutions retenues, en s'écartant parfois des constructions juridiques posées par les textes, invitent à se demander si le cadre juridique actuel permet d'appréhender correctement une situation économique, technique et sociale différente de celle qui existait au moment de la négociation de la directive, à la fin des années 1990.

Examinant les principales dispositions de la directive sur le commerce électronique et de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, la commission a constaté notamment que contrairement à ce qui a pu parfois être soutenu, la LCEN, comme la directive du 8 juin 2000 qu'elle transpose, n'institue pas une exemption de responsabilité au profit des prestataires techniques ; il est plus exact de parler de régimes d'irresponsabilité conditionnelle -ou selon le point de vue, de responsabilité aménagée - bénéficiant à certaines activités délimitées de ces prestataires. Ainsi les fournisseurs d'hébergement peuvent-ils voir leur responsabilité engagée notamment pour des faits de contrefaçon ou pour des infractions au droit de la presse s'ils ne respectent pas les prescriptions des articles 6-I, 2° ou 6-I, 3° de la loi. En revanche, à rebours de l'évolution du droit de responsabilité, qui a fait une place de plus en plus importante à la notion de risque, le régime de responsabilité ainsi défini n'est pas un régime de responsabilité pour risque¹⁹ mais seulement pour faute prouvée.

Dans la mesure où les régimes de responsabilité ainsi institués sont attachés à des activités délimitées, il ne suffit pas à un intermédiaire technique d'exercer une activité principale dans un domaine pour se voir appliquer le régime qui correspond à celle-ci dans toutes ses fonctions : à chaque activité son statut, ce qui peut conduire, pour une même entité, à l'application d'un régime distributif de responsabilité. A cet égard, la commission a relevé que la LCEN ne consacre pas un régime juridique spécifique des éditeurs de contenus ; il n'y est question que des « éditeurs de services de communication au public en ligne », ces derniers n'étant envisagés que sous l'angle de l'obligation d'identification évoquée ci-dessus. La fonction d'éditeur n'est pas définie. Il apparaît en outre qu'en vertu des 6-I,2° et 6-I,3° de la LCEN, le bénéfice du régime de responsabilité limitée de l'hébergeur exclut toute intervention éditoriale sur les contenus hébergés : lorsque le destinataire du service agit « sous l'autorité ou le contrôle de la personne du prestataire », celui-ci perd, par son contrôle du contenu, sa qualité d'hébergeur au sens de la LCEN et par là même le bénéfice du régime de responsabilité aménagée défini par cette loi.

La commission a par ailleurs observé que la directive a été conçue comme un instrument incitatif, destiné à favoriser la mise en place de l'infrastructure de la société de l'information. Ses dispositions relatives au régime d'irresponsabilité conditionnelle - ou selon le point de vue, de responsabilité aménagée - des prestataires poursuivent clairement l'objectif de permettre à des opérateurs d'intervenir sur les réseaux sans que leur responsabilité ne puisse être aisément ou systématiquement engagée. La construction mise en place repose donc sur des considérations techniques, économiques, politiques, industrielles et sociales datant de la deuxième moitié des années 1990. La directive a été envisagée par ses concepteurs comme une construction intentionnellement incomplète et provisoire, ainsi que l'indiquent son article 21 et certains de ses considérants. Son contenu peut dès lors être appelé à évoluer, dans un sens comme dans un autre, en fonction du changement du contexte. Or il est indéniable que les données qui ont présidé à son élaboration ne se retrouvent plus exactement aujourd'hui. Les ayants droit estiment à cet égard que les changements économiques et techniques intervenus depuis justifient un réexamen profond

¹⁹ Risque « créé » ou risque « profit ».

des règles du droit positif, tandis que les acteurs de l'Internet font valoir que le souhait de permettre l'accès du plus grand nombre aux moyens d'expression, d'échange et d'information en ligne demeure d'actualité.

Le débat sur la responsabilité des fournisseurs d'accès et de cache dans le cadre du réseau Usenet

Certains ayants droit ont souhaité ouvrir un débat, qu'ils estiment nécessaire, sur l'adéquation du statut des FAI à l'exploitation des œuvres sur l'Internet. Les délais impartis aux travaux de la commission n'ont cependant pas permis d'engager cette réflexion et les débats se sont concentrés, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, sur les questions spécifiques soulevées par les services du Web 2.0. De ce point de vue, les FAI n'apparaissent pas, *a priori*, réellement concernés sur le plan juridique tout au moins. Economiquement et techniquement, ils sont en revanche susceptibles d'en connaître les répercussions. Dans la grande majorité des cas, le régime de responsabilité des FAI du fait de leurs activités classiques de fourniture d'accès au réseau Internet, mais aussi, de cache, ne fait donc pas spécifiquement débat au regard des activités du Web 2.0 et l'application des dispositions précitées des articles 12 et 13 de la directive du 8 juin 2000 ainsi que de l'article 9-I de la LCEN ne soulève donc pas de difficulté particulière.

La question s'est en revanche posée de l'activité de certains FAI dans le cadre du réseau Usenet à la faveur d'un jugement rendu par le TGI de Paris le 5 février 2008. Usenet est un système en réseau de groupes de discussion (Newsgroups) hiérarchisé et structuré par thèmes. L'accès au réseau Usenet s'effectue par l'intermédiaire de serveurs spécialisés (dits "serveurs NNTP" ou "serveurs Usenet") sur lesquels sont stockées les données "postées" par les utilisateurs abonnés à tel ou tel Newsgroup. Originaiement réservé à l'échange de textes, Usenet a vu se développer des « hiérarchies » alternatives « alt. » où tout un chacun peut créer un groupe, puis « alt.binaries » où les pièces jointes sont autorisées, permettant, avec une efficacité et une rapidité bien supérieures aux systèmes de pair à pair, le téléchargement de fichiers en particulier audio, photo et vidéo.

Free revendique pour les activités de son serveur le statut de fournisseur d'accès, en l'occurrence, au réseau Usenet, et de cache²⁰, concernant les contenus temporairement stockés pendant une durée qu'elle a précisé être de 12 jours. Ces qualités lui ont été reconnues par un jugement du TGI de Paris (3^{ème} chambre 1^{ère} section) du 5 février 2008, dans une affaire qui opposait Free au Syndicat National de l'Edition et à certains éditeurs qui lui reprochaient de reproduire et de mettre à disposition des bandes dessinées contrefaisantes.

Les représentants des ayants droit ont néanmoins contesté le fait que Free et, plus généralement les serveurs Usenet, puissent bénéficier des régimes spécifiques de limitation de responsabilité respectivement prévus pour les fournisseurs d'accès et les caches. S'agissant notamment de l'activité de fournisseur de cache, les ayants droit considèrent que les activités des serveurs Usenet ne correspondent ni à la lettre ni à l'esprit du régime exceptionnel instauré par le législateur pour répondre à la seule nécessité pratique d'éviter un encombrement du réseau, et non pour permettre aux abonnés de certains FAI d'accéder à des contenus dont chacun connaît le caractère massivement illicite. L'opposition radicale des points de vue respectifs des représentants des FAI et des ayants droit n'a pas permis à la commission de trancher cette question de la qualification des activités exercées par les serveurs Usenet et de la détermination corrélative du régime de responsabilité qui s'y applique.

²⁰ Le cache est un procédé technique destiné à fluidifier la communication sur les réseaux. Dans son rapport sur le projet de LCEN Monsieur Dionis du Séjour, commentant les trois caractéristiques du cache dans la définition qu'en donne la directive (et qui se trouvent reprises à l'identique dans la LCEN), précisait : "le stockage opéré dans ces dispositifs est *automatique, intermédiaire et temporaire* (Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sociales, de l'environnement et du territoire sur le projet de Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 12 février 2003, p. 37.)

Le débat sur le régime de responsabilité des sites contributifs du Web 2.0.

Par application de la LCEN, le prestataire d'hébergement n'est responsable d'un contenu du site qu'il héberge que pour autant que, dûment averti de l'existence de contrefaçons sur le site hébergé, il serait resté passif alors qu'il avait les moyens de faire cesser le trouble. La responsabilité n'interviendrait (éventuellement) qu'a posteriori, en raison de l'inaction de l'hébergeur averti du trouble suivant les démarches que la loi impose. En revanche, si la qualification de fournisseur d'hébergement ne peut être retenue, le responsable du site contributif doit, en raison de son rôle actif, répondre immédiatement des contenus proposés sur son site. Tout manquement aux règles de la propriété littéraire et artistique lui est directement imputable. L'enjeu de la qualification de l'activité incriminée est donc fondamental.

L'article 6-I, 2° de la LCEN relatif à la fourniture d'hébergement envisage deux activités. La première est celle qui bénéficie du régime de limitation de responsabilité : il s'agit du stockage des informations fournies par un tiers, en l'occurrence, par un service de communication au public en ligne. La seconde constitue la finalité de l'activité de stockage : il s'agit de la mise à disposition du public desdites informations par celui qui les a fournies (le service de communication au public en ligne).

Le débat porte donc exclusivement sur les activités des sites contributifs relatives aux contenus « postés » par les utilisateurs et pour lesquelles les représentants desdits sites revendiquent le régime de limitation de responsabilité prévu par l'article 6-I, 2° de la LCEN transposant l'article 14 de la directive du 8 juin 2000.

Or il est difficilement contestable que les activités en cause des sites contributifs ne se limitent pas strictement au seul stockage. Ces sites proposent en effet des outils et fonctionnalité permettant la transmission des contenus « postés » par les utilisateurs et interviennent, fût-ce de façon limitée ou purement technique, sur ces contenus. Toute la question est précisément de savoir si ces fonctions sont en quelque sorte connexes à l'activité de stockage, si elles se rattachent à celle-ci par un lien si étroit qu'elles pourraient n'être regardées que comme l'accessoire de l'activité principale de stockage - l'accessoire et le principal relevant alors du même régime - ou si, au contraire, elles doivent être appréhendées distinctement du stockage, avec deux conséquences possibles : soit ces activités distinctes du stockage emportent disqualification du régime pour l'ensemble, soit le régime de limitation de responsabilité s'appliquerait au seul stockage et les activités distinctes relèveraient du droit commun entraînant ainsi, pour un même contenu, un cumul de régimes.

La commission a constaté que les positions des uns et des autres apparaissent radicalement opposées. Pour les ayants droit, les sites contributifs exploitent des services de communication au public en ligne, activité selon eux distincte de celle de stockage, qui seule bénéficie du régime de l'article 6-I, 2° de la LCEN. La responsabilité découlant de cette exploitation doit être appréciée selon les règles du droit commun. En revanche, pour les représentants de ces sites, le critère fondamental est celui de l'origine et du choix du contenu. Ils considèrent ne pas s'écartier du régime prévu par la directive et la LCEN et conserver leur statut de fournisseur d'hébergement dès lors que les contenus sont fournis par les utilisateurs et choisis par ces derniers. En présence de ces positions inconciliables, qui, s'agissant de celles des ayants droits et des représentants des sites contributifs, peuvent l'une et l'autre s'appuyer sur des jurisprudences contradictoires²¹, la commission n'est pas en mesure de proposer une conclusion sur la qualification applicable aux sites contributifs du Web 2.0 avec lesquels, selon M. Dionis du Séjour et Mme Erhel, « on arrive à la limite du statut d'hébergeur tel qu'il est défini par la LCEN »²².

²¹ Un premier courant jurisprudentiel conduit à qualifier les exploitants de site Web 2.0 « d'éditeur » de contenus et à reconnaître à ce titre leur responsabilité. Un second courant jurisprudentiel retient au contraire la qualification « d'hébergeur » pour les sites du Web 2.0 : ces décisions refusent toute pertinence aux critères tirés de la structuration de l'information et du modèle économique et soulignent que l'activité des sites en cause ne saurait être regardée comme étant de nature éditoriale lorsque les contenus diffusés sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes.

²² Rapport d'information par la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la mise en

S'intéressant ensuite à l'économie de la responsabilité des sites contributifs au titre de leur activité d'hébergement, la commission a constaté que, quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur la qualification à retenir à propos des sites contributifs, la situation actuelle n'est satisfaisante pour personne, qu'il s'agisse du statut qui ne recueille pas l'aval des ayants droit ou des obligations imposées aux prestataires qui demeurent imprécises.

Cette situation résulte, d'une part, de l'imprévisibilité, et donc de l'insécurité juridique que les incertitudes jurisprudentielles relatives à l'interprétation du donné légal génèrent ; elle découle, d'autre part, de l'application, dans la majorité des cas, d'un régime juridique conçu pour des activités hébergement d'une certaine époque et dont l'économie ne convient ni aux ayants droit ni aux nouveaux prestataires.

En pratique, les ayants droit se retrouvent dans la situation inconfortable suivante. Constatant les actes de contrefaçon, ils ne peuvent agir directement contre l'internaute qui est à l'origine des faits avant d'avoir obtenu, dans les conditions prévues par la loi, les informations nécessaires sur l'identité de ces personnes. Désireux d'agir directement contre le prestataire technique et persuadés que l'activité en cause ne peut être qualifiée d'hébergement, les ayants droit seront malgré tout enclins, à titre de précaution, pour le cas où la qualification d'hébergement serait retenue, à s'inscrire dans la logique d'une notification au prestataire du contenu illicite prévue par la loi pour la confiance dans l'économie numérique et à procéder en conséquence à des notifications lourdes et onéreuses. Agissant de la sorte l'ayant droit n'est même pas certain qu'il obtiendra le retrait du contenu contrefaisant ou la cessation du trouble. En effet, l'hébergeur dispose de la liberté de ne pas obtempérer dès lors qu'il estime le contenu non manifestement illicite. Et cela alors même que ce prestataire n'ignore pas que l'ayant droit qui procéderait à une notification qu'il sait inexacte (dénonciation abusive) engagerait sa responsabilité.

L'examen de la jurisprudence montre que le raisonnement judiciaire n'est pas plus satisfaisant. Logiquement, le bénéfice du régime spécial d'irresponsabilité devrait conduire à l'examen de l'activité en cause en vue de l'admission (ou du refus) de la qualification d'hébergement. Le défendeur devrait alors démontrer en quoi l'activité en cause est bien une activité d'hébergement. Ce qui signifie, d'une part, mettre en avant les traits caractéristiques d'une telle activité et, d'autre part, rapporter ces traits à l'activité du site contributif en question. Or l'analyse de la jurisprudence montre que tel n'est pas le raisonnement suivi. Les tribunaux paraissent adopter la démarche inverse consistant à savoir si l'activité déployée peut être qualifiée d'« édition ». Et, dans la négative, à retenir la qualification d'hébergement.

La démarche est d'autant plus étonnante que, d'une part, le concept d'« édition de contenu » est absent de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et que, d'autre part, procéder ainsi revient à prendre le problème à rebours. La seule vraie question qui se pose est celle de savoir si les conditions d'élection du régime exceptionnel sont remplies et non pas d'adopter ce dernier au motif qu'une autre qualification (au demeurant très imprécise et incertaine) ne pourrait l'être. Enfin, on constate que la jurisprudence ne retient pas toujours les mêmes critères pour admettre ou refuser telle ou telle qualification. S'il n'est pas douteux que les situations envisagées puissent être très diverses, on ne voit cependant pas pourquoi le mode de raisonnement lui ne pourrait être intangible. Si un statut spécial existe, les conditions d'accès à ce statut doivent être solidement établies et appliquées de façon constante.

S'agissant du régime, la commission a constaté que les tribunaux ont fait évoluer le contenu des obligations imparties aux hébergeurs. Alors que le système était fondé sur une certaine neutralité du prestataire relevant du statut d'hébergeur, la commission observe que la jurisprudence impose au prestataire d'être non seulement réactif mais aussi très actif. C'est ainsi que le prestataire devra prendre des

application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, 23 janvier 2008, p28.

initiatives pour, en certains cas, prévenir le dommage ou encore vérifier le sérieux des informations données à propos de l'identité des dizaines de milliers d'internautes qui viennent poster des œuvres.

En définitive, la commission est parvenue à la conclusion que le régime des hébergeurs paraît s'épuiser à vouloir appréhender des situations qui n'étaient pas celles pour lesquelles il avait été élaboré à la fin des années 1990. Son évolution dans le sens d'un durcissement des obligations peut en outre inquiéter les hébergeurs plus traditionnels qui craignent, par contamination logique, de recevoir son application. La situation ne paraît satisfaisante ni pour les ayants droit, ni, en dépit de certaines décisions qui leur sont favorables, pour les prestataires des sites contributifs (s'agissant du régime de responsabilité), ni, enfin, pour les personnes qui exercent une activité d'hébergement limitée au stockage traditionnel.

La jurisprudence démontre dès lors l'inadéquation du statut (qualification d'hébergeur et obligations imposées aux prestataires) posé par la LCEN.

A l'occasion de l'analyse de la responsabilité des hébergeurs du fait du caractère illicite du contenu hébergé, le rapport évoque, dans l'optique d'une démarche législative, l'adoption d'une éventuelle procédure de « notice and take down » (« notification et retrait »). Il souligne en effet que, dès lors qu'il existe des personnes à la compétence incontestée pour affirmer le caractère illicite de l'œuvre hébergée et qu'il existe un délit de « dénonciation abusive » pour sanctionner les démarches infondées, il n'y a pas lieu en matière de propriété intellectuelle, de laisser une marge d'appréciation à l'hébergeur, avant de décider du retrait. Il conviendrait peut-être de transformer le texte de l'article 6-I, 4° de la LCEN en étendant les hypothèses de responsabilité pour dénonciation abusive à toute notification apparaissant *a posteriori* infondée²³. La construction demeurerait équilibrée, ménageant les intérêts des hébergeurs et des hébergés, d'une part, et des ayants droits, d'autre part. Par rapport à la situation actuelle, elle entraînerait une obligation de retrait dès la notification, mais serait susceptible d'engager la responsabilité du notifiant chaque fois que cette dernière se révélerait infondée, quelle que soit la cause de l'erreur du notifiant.

Le débat sur le régime de responsabilité des plates-formes de commerce électronique

Si toutes les plates-formes ont indiscutablement un point commun, l'activité de stockage sur leurs serveurs des offres créées par les utilisateurs, le rapport relève que les services, outils, infrastructures, procédures qu'elles offrent varient considérablement. Au-delà de la fonction de stockage, les plates-formes de commerce électronique peuvent offrir des outils ou des services différents. Certains concernent l'infrastructure de la plate-forme, d'autres des fonctions d'intervention sur les contenus, d'autres enfin des garanties proposées aux différents acteurs (acheteurs comme vendeurs). Il apparaît ainsi que les activités des plates-formes de commerce électronique dépassent très largement le simple stockage des offres publiées par les internautes, ce qui rend l'analyse juridique plus complexe. Se dégage aussi l'impression que les plates-formes sont à même, dans certains cas particuliers, d'exercer un éventuel contrôle des contenus.

Cette diversité d'activités offertes aux personnes (acheteurs ou vendeurs) qui ont recours aux plates-formes de commerce électronique a pour conséquence des divergences d'approches dans la recherche du régime juridique applicable à ces prestataires. Au-delà des antagonismes qui se sont faits jour à l'occasion

²³ Le texte actuel n'envisage la responsabilité que lorsque le notifiant sait la notification inexacte.

de contentieux, l'analyse des évolutions récentes démontre qu'il est impossible de retenir une qualification unitaire qui commanderait l'application de mêmes règles à l'ensemble des activités. A la diversité de tâches correspond une pluralité de régimes dont l'application se fait naturellement de manière distributive.

Certaines des plates-formes en cause revendiquent l'application du régime issu de la LCEN au titre de leur fonction d'hébergement. Les ayants droit, soit contestent cette qualification, soit ne l'admettent que pour les seules activités qui leur paraissent strictement relever de cette fonction. Dans ce dernier cas, ils cantonnent le régime d'irresponsabilité conditionnée précédemment décrit aux seules actions de stockage, le reste des activités relevant du droit commun. Certains prestataires admettent une telle analyse et la jurisprudence française semble clairement s'orienter vers cette dernière solution.

S'il existe indiscutablement un courant jurisprudentiel favorable à l'admission de la qualification de fonction d'hébergement, la commission a constaté que cette analyse a souvent été retenue à l'occasion d'affaires où ces qualifications n'étaient pas vraiment contestées par les demandeurs. L'approche éclatée des activités des plates-formes, qui commanderait une application distributive des régimes juridiques, semble être celle des autorités communautaires. Pourtant, certains prestataires estiment que l'activité de courtage devrait être regardée comme entrant dans le champ des fonctions de simple hébergement.

Dans un jugement récent, le tribunal de grande instance de Troyes a pour sa part considéré que les plates-formes de commerce électronique faisant du courtage peuvent relever de plusieurs qualifications juridiques :

- une qualification d'hébergement pour les contenus stockés ;
- une qualification d'éditeur de services de communication en ligne à objet de courtage.

S'agissant du régime à appliquer, les magistrats reprennent ainsi la logique souhaitant procéder à une application distributive des régimes de responsabilité où la plate-forme relèverait – pour certains faits – du régime de responsabilité des intermédiaires et – pour d'autres faits – de celui des « éditeurs de services », à savoir le droit commun. Plusieurs régimes sont donc susceptibles de s'appliquer suivant l'activité en cause et la nature du demandeur (tiers ou cocontractant, consommateur ou professionnel).

Hypothèses d'application du régime lié à l'activité d'hébergement

Le régime prévu par le 2° de l'article 6-I de la LCEN suppose aux fins d'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire pour des contenus stockés à la demande d'un destinataire du service pour mise à disposition du public par un service de communication au public en ligne, que deux conditions soient réunies : la connaissance de faits ou circonstances et la connaissance du caractère illicite de ces faits ou de cette activité.

Ce statut est, sans contestation, applicable aux contenus publiés par les internautes sur les plates-formes comme par exemple, les commentaires et/ou notation pouvant être émises par des utilisateurs en marge de chacune des transactions. S'agissant de l'activité de stockage d'offres, plusieurs interprétations semblent possibles en l'absence de décision de la Cour de cassation. Dans ces conditions, la commission préconise que ce point fasse partie des réflexions qu'elle suggère d'engager dans une deuxième phase de ses travaux.

Il n'en demeure pas moins qu'appliqué à ces contenus, le régime de la LCEN sera identique à celui décrit précédemment et nécessitera, aux fins d'engagement de responsabilité de la plate-forme, de porter à la connaissance de celle-ci l'existence de faits ou de circonstances de nature illicite. La commission considère que cette application n'est pas critiquable dès lors que la fonction alors exercée par la plate-forme s'apparente à une forme de stockage proche de celle exercée par les prestataires d'hébergement

purement techniques. L'applicabilité du régime des prestataires d'hébergement à ces intermédiaires permet également de leur imposer les diverses obligations pesant sur ces acteurs et notamment l'obligation de conserver les données permettant d'identifier le ou les personnes ayant contribué à la création des contenus. Ces obligations trouveront sans nul doute intérêt dans le cadre du droit à l'information reconnu par la loi du 29 octobre 2007 aux titulaires de droit. Il est indiscutable que ce dernier texte élargit le champ des informations qu'il est désormais possible de demander. Elles permettent non seulement aux victimes mais aussi aux diverses administrations compétentes (administration des douanes, DGCCRF, administration fiscale ou sociale) d'obtenir communication d'informations nécessaires à l'exercice de leurs missions.

Selon la commission, l'existence de ces obligations conforte dans l'idée que seuls les prestataires en cause possèdent les éléments de veille, non sur les offres mises en ligne, mais sur les profils éventuellement suspects de vendeurs inscrits sur son site. La connaissance acquise de ces profils suspects doit normalement déboucher sur une réaction directe de la part du prestataire avant mise en ligne des offres et par l'interrogation spécifique de son client.

L'application des régimes de responsabilité de droit commun

Si les plates-formes revêtent la qualification d'éditeur de services pour leur activité principale, les magistrats en ont déduit l'application du régime de responsabilité de droit commun et notamment des principes posés par l'article 1382 du code civil. Les magistrats, dans la décision précitée du TGI de Troyes, ont considéré que les plates-formes « ne sont pas dispensées de veiller dans la mesure de leurs moyens, à ce que leur site internet soit pas utilisé à des fins répréhensibles ».

La commission admet qu'il est difficile d'apprécier l'étendue des obligations qui pèseraient sur une plate-forme de commerce électronique. Elle souligne néanmoins que le raisonnement est celui de droit commun consistant à trouver le modèle de référence (bon père de famille, c'est-à-dire le prestataire diligent et avisé) pour apprécier par comparaison le comportement du prestataire dont la responsabilité est recherchée. Les juges se sont déjà livrés à pareille recherche, il y a une dizaine d'années, à une époque où aucun statut spécial n'était encore envisagé. L'examen des décisions alors rendues atteste du souci de trouver un point d'équilibre raisonnable entre les attentes légitimes et les contraintes.

Les juges estiment qu'il est nécessaire que les professionnels avisés et diligents mettent en œuvre des outils afin de détecter un contenu éventuellement illicite, ce caractère illicite devant s'apprécier au regard des compétences propres au prestataire. On peut penser que, forts de certains précédents²⁴, les juges s'attacheront aux compétences propres des acteurs de l'internet et à l'adéquation des mesures prises par ces derniers²⁵. A l'analyse de ces décisions, il apparaît que la plate-forme est tenue à une obligation de moyen et non de résultat de détecter en amont et de suspendre les offres proposant à la vente des objets contrefaisants et/ou les utilisateurs qui seraient à l'origine de ces offres et ceci en déployant des moyens conformes à l'état de l'art.

Il apparaît donc à la commission que l'application distributive des régimes de responsabilité correspond non à une volonté d'aggraver de façon systématique la situation juridique des prestataires techniques sur fond de méconnaissance par les tribunaux de leur modèle technique mais bien au contraire comme une volonté de réguler entre eux différents opérateurs commerciaux dont le plus récent est le commerce électronique.

Le filtrage préalable devient dès lors un moyen de régulation à charge du prestataire pour éviter de noyer un autre agent économique sous des offres illégales en nombre massif qu'il peut s'épuiser à

²⁴ TGI Nanterre, 24 mai 2000, UEJF c/ Multimania

²⁵ Solution à rapprocher de celles retenues par les tribunaux à propos de l'insertion de liens sponsorisés

endiguer au détriment de son propre équilibre économique. Si ce filtrage doit bénéficier du concours du titulaire de droit pour être d'avantage efficient, il ne doit pas lui incomber puisqu'il vise à éliminer du site d'e-commerce non un concurrent mais un agent négatif pour tous. Force est de constater qu'en la matière, les pratiques mises en œuvre par les principales plates-formes divergent abondamment.

Selon la commission, il serait sans doute utile d'établir **des « normes de référence »** en matière de filtrage des contenus publiés sur les plates-formes de commerce électronique afin de permettre tant le développement de cette activité qu'une protection des droits des tiers. Ces normes devraient prendre en compte plusieurs éléments.

Le travail de détection des profils suspects offrant des contenus contrefaisants n'est pas de la responsabilité des titulaires de droit. Il relève de la responsabilité des plates-formes de mettre en œuvre des outils leur permettant, par elles-mêmes, de détecter lesdits comportements avec l'assistance des titulaires de droit.

-Les plates-formes ne peuvent se limiter à la détection de la présence de mots manifestant le caractère contrefaisant des produits proposés à la vente (par ex. : faux, imitation, fake, copie, clone, etc.). Elles doivent d'établir un mécanisme de filtrage permettant de suspecter le caractère contrefaisant des offres à partir par exemple de la provenance du produit, du nombre de produits identiques proposés à la vente, de la nature du produit (marque de luxe, produit informatique, etc.) ou des modalités de paiement ou de livraison, de l'état neuf des produits, de leur conditionnement.

-Le caractère contrefaisant d'un produit ne se déduit pas seulement du contenu de l'offre mais principalement de l'analyse du comportement du vendeur. Les plates-formes doivent de développer des outils permettant d'identifier les comportements suspects et de ne pas hésiter à interroger leurs vendeurs sur la licéité de leur offre ; elles pourraient également développer des outils permettant de rapprocher plusieurs pseudonymes appartenant, en réalité, à un même vendeur soit du fait de la similitude des annonces, soit de la simultanéité d'actions de la part de ce vendeur.

-Les plates-formes doivent d'assurer une veille sur les nouveaux objets contrefaisants notamment par l'intermédiaire des titulaires de droit ou de leurs fédérations professionnelles.

-Les plates-formes doivent informer les utilisateurs de ses services de leur obligation de ne pas proposer à la vente des objets contrefaisants et prévoir, contractuellement, la faculté de faire cesser la vente desdits produits ainsi que la faculté de suspendre le compte de l'utilisateur suspecté de proposer à la vente de tels produits.

Le traitement des personnes « délistées » car offrant de la contrefaçon peut être systématisé soit par la loi, à l'instar de ce qui est actuellement proposé pour le téléchargement, en instaurant une interdiction temporaire pour le vendeur indélicat de s'inscrire sur toutes plates-formes accessible en France pour une durée déterminée, soit par constitution d'un fichier des « mauvais vendeurs » interdits afin que chassés de l'une ils ne puissent s'inscrivent sur un autre.

-De même, il serait bon que soient clarifiés, soit au titre des conditions contractuelles, soit par la loi, le sort des sommes perçues par le site en cas de vente de contrefaçon, commission perçue comme prix de vente de ladite vente. La retenue de ces sommes pour garantir l'acheteur lésé et le titulaire de droit le cas échéant peut être une piste.

4. Rémunération pour copie privée et systèmes de gestion électronique des droits

Le CSPLA a conduit, sur la question de la rémunération pour copie privée, une réflexion régulièrement actualisée qui a notamment donné lieu à l'avis n°2001-2 relatif à la composition de la commission de la copie privée, au rapport de la commission spécialisée constituée en juillet 2001 sur le thème de l'adaptation du régime de l'exception pour copie privée et de sa rémunération à l'ère numérique, ainsi qu'à l'avis n°2002-3 et au rapport correspondant consacrés aux liens existants entre les usages professionnels et le mécanisme de rémunération pour copie privée. Dans le droit fil de ces précédents travaux, et dans un contexte marqué notamment par l'adoption de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, le CSPLA a confié à Jean Martin, avocat à la cour, une étude portant sur les relations existant entre la rémunération pour copie privée et les systèmes de gestion électronique des droits. Le rapport rendu par Jean Martin a été débattu lors la séance plénière du CSPLA du 26 septembre 2006.

Les mesures techniques de protection (MTP) sont destinées, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle (CPI), issu la loi n°2006-961 du 1er août 2006, « à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, d'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme ». Si les mesures de gestion électronique des droits (DRMS – Digital rights management system) peuvent empêcher ou restreindre l'accès à un contenu protégé ainsi que sa reproduction, elles offrent des fonctionnalités plus larges. On peut ainsi estimer que, alors que les MTP sont destinées à entraver l'accès ou la copie des contenus, les DRMS ont pour objet de créer un environnement dans lequel différents usages du contenu, incluant la copie, ne sont possibles que dans les conditions définies par les titulaires de droits.

Le régime légal de rémunération pour copie privée repose sur le postulat que la copie privée, autorisée par la loi, des œuvres protégées, ne pourrait en tout état de cause, ni être empêchée par les titulaires de droits, ni faire l'objet d'un contrôle ou d'un décompte permettant d'asseoir une rémunération contractuelle de ces actes. L'étude part du constat que ce postulat est remis en cause par l'implantation des DRMS et MTP, favorisée par la protection juridique qui leur est désormais garantie, tant en droit communautaire qu'en droit interne²⁶, puisque ces dispositifs permettent, en théorie, aux titulaires de droits, d'une part, de s'opposer à tout usage – notamment la copie – non autorisé des œuvres, d'autre part, de disposer des éléments d'information permettant de calculer le montant d'une rémunération proportionnelle aux usages autorisés, susceptible de faire l'objet de clauses contractuelles.

Mesures de gestion électronique des droits et rémunération pour copie privée après la loi du 1^{er} août 2006

L'étude s'est attachée dans un premier temps à exposer les relations existant, dans le cadre tracé par la directive et la loi du 1^{er} août 2006, entre le bénéfice de l'exception pour copie privée et la consécration juridique de la présence de DRMS et MTP.

L'exception de copie privée déroge au droit exclusif du titulaire des droits d'auteur ou des droits voisins d'autoriser la reproduction des contenus protégés : la copie privée constitue donc un usage des contenus protégés qui est à la fois licite et non autorisé par les titulaires de droits. La rémunération légale pour copie privée, instituée par la loi du 3 juillet 1985, est destinée à compenser le préjudice causé aux

²⁶ Articles 6 et 7 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ; articles L. 331-5 à L. 331-22 du code de la propriété intellectuelle issus des articles 13 à 18 de la loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

titulaires de droits par l'extension de cet usage. S'il s'agit d'un prélèvement à caractère privé, qui revêt la même nature que le droit de reproduction dont il constitue une modalité particulière d'exercice, il présente toutefois des originalités très marquées. Les assujettis sont les fabricants, importateurs ou personnes qui réalisent des acquisitions intracommunautaires, de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, lors de la mise en circulation en France de ces supports (alinéa 1^{er} de l'article L. 311-4 CPI). Les bénéficiaires sont les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, ainsi que, depuis la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001, les auteurs et les éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée sur un support d'enregistrement numérique (L. 311-1 CPI).

La rémunération est perçue par les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur, qui la répartissent entre les ayants droit à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet (L. 311-6 CPI). La loi fixe également, à l'article L. 311-7 CPI, une clef de répartition entre les différentes catégories d'ayants droit. La répartition est opérée par les SPRD après prélèvement de 25% de sur la recette brute, qu'elles sont tenues d'utiliser à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes (L. 321-9 CPI). Cette ressource, dont le montant s'élevait en 2005 à 38 M€ (pour un montant total de la rémunération pour copie privée s'établissant à 152 M€), représente aujourd'hui une part capitale du financement de la création française et contribue au maintien de la diversité culturelle.

Les modalités de détermination de l'assiette et du taux du prélèvement sont souples et évolutives, et tiennent notamment compte des pratiques constatées en matière de copie privée. Le législateur de 1985 a précisé que la rémunération légale présente un caractère forfaitaire (L. 311-3 CPI). La loi a créé à l'article L. 311-5 CPI une commission chargée de déterminer « les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement » de la rémunération pour copie privée. Cette commission – couramment appelée « commission de la copie privée » – avait été laissée libre par le législateur de fixer, sous le contrôle du juge, les critères servant à la détermination de l'assiette et des taux du prélèvement en fonction de la « durée d'enregistrement ». Désormais, la loi contraint la commission à intégrer dans ses décisions deux séries d'éléments : d'une part, le « degré d'utilisation » des MTP et « leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée », d'autre part, le fait que la rémunération forfaitaire ne puisse « porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière ».

L'inscription de ces critères dans le CPI concrétise la volonté du législateur de concilier, à l'exemple de la directive de 2001/29/CE, l'implantation des MTP avec l'exercice effectif de l'exception de copie privée, et ce par la préservation du caractère équitable de la rémunération pour copie privée. Posant le principe du bénéfice de l'exception pour copie privée, le législateur a veillé à ce que celui-ci soit garanti lorsque les MTP limitent le nombre de copies de contenus protégés. Dans le même temps, la loi du 1^{er} août 2006 a choisi de s'en tenir au principe de l'absence de fixation par l'État des types de supports assujettis, des taux de rémunération et des modalités de versement. La méthode souple et évolutive de détermination de la rémunération légale étant donc conservée dans son principe – c'est à dire la fixation à partir des pratiques constatées auprès des utilisateurs, par une commission réunissant les acteurs économiques – le législateur est intervenu dans deux directions pour en améliorer les modalités : ainsi la légitimité de la commission de la copie privée se trouve accrue par des obligations de transparence, tandis que le degré d'utilisation des MTP est désormais un critère légal de détermination des taux de la rémunération, dans la mesure où il emporte des conséquences sur les pratiques de copie. (article L. 311-4 CPI). L'adoption de cette disposition s'est accompagnée de l'affirmation qu'elle ne mettait pas en cause le principe même de la rémunération légale, en se bornant à agir sur son montant. Le Conseil constitutionnel a précisé que c'est non seulement le montant, mais également la répartition de la ressource qui tient compte des effets du recours aux mesures techniques de protection²⁷.

²⁷ Conseil constitutionnel, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, considérant n°52.

Le rapport souligne enfin que l'interprétation de la disposition (article L. 311-4 CPI) prohibant le double paiement s'avère délicate. Au demeurant, si la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour éviter le double paiement – cumul de la rémunération légale et de la rémunération contractuelle ou de deux rémunérations contractuelles – des actes de copie privée est évoquée par le considérant 35 de la directive 2001/29/CE, ce texte n'évoque pas la question de savoir lequel des différents prélèvements serait éventuellement « prioritaire » et évincerait l'autre pour éviter le cumul.

Les positions des acteurs en présence

La consultation conduite à l'occasion de l'élaboration du rapport a permis de constater que les acteurs en présence considèrent de façon convergente que le principe de la rémunération pour copie privée n'est pas remis en cause et que le système français est apte à intégrer le facteur nouveau que constitue le développement des DRMS et MTP.

Les parties en présence sont unanimes à estimer que le développement de DRMS fiables, qui permettent une commercialisation pilotée de façon très fine (visionnage de vidéo à la demande, circulation du titre-phare d'un album pendant les jours précédent sa sortie, etc.), devrait favoriser un développement plus rapide de nouveaux modes d'exploitation et bénéficier en définitive à l'ensemble des acteurs économiques. Leur implantation doit cependant être encadrée par la loi, pour prévenir deux dangers sur l'existence desquels toutes les parties s'accordent également.

D'une part, les DRMS et MTP ne doivent pas gêner l'usage licite des contenus par les consommateurs. L'étude relève que la loi répond en partie à ces craintes, avec notamment l'obligation d'information des consommateurs sur les restrictions à l'utilisation ou à la copie (L. 331-12 CPI) et la garantie de la mise en œuvre effective de l'interopérabilité (L. 331-5 à L. 331-6 CPI). D'autre part, les consommateurs et les SPRD font valoir que la gestion de la copie privée par les mesures techniques de protection peut poser des problèmes de protection de la vie privée, les opérateurs pouvant souhaiter, lors de l'acte de copie, vérifier l'identité du demandeur et la validité de son autorisation.

En dépit de ces préoccupations, plusieurs considérations conduisent les acteurs en présence à penser que l'exception pour copie privée et le droit exclusif d'autoriser la reproduction des contenus protégés par des DRMS et MTP sont appelées à coexister durablement, ainsi que par voie de conséquence, les deux modes de rémunération – légale et contractuelle. L'ensemble des acteurs en présence (y compris les industriels) considère que, par nature, la rémunération pour copie privée et les DRMS et MTP ont des objectifs et des champs d'application différents. Des objectifs différents, d'abord, en ce sens que la rémunération pour copie privée est destinée à compenser un manque à gagner financier lié à l'impossibilité d'exercer un droit exclusif – impossibilité qui découle, soit de raisons techniques, soit de raisons juridiques (par exemple lorsque le législateur choisit de sanctuariser l'exception de copie privée à partir d'une source télévisuelle), alors que les MTP et DRMS concernent la protection des contenus, pour en empêcher, en autoriser et en réguler l'accès et organiser la remontée des informations nécessaires à la gestion des droits exclusifs, par exemple dans le cadre des services à la demande. Des champs d'application différents, ensuite, dans la mesure où les DRMS sont précisément destinées à permettre la gestion d'un droit exclusif et n'interviennent donc pas, a priori, dans la sphère de l'exception pour copie privée.

Les acteurs en présence soulignent d'ailleurs que le champ d'application des DRMS et MTP restera nécessairement plus restreint que l'assiette de la rémunération pour copie privée. D'une part, parce que l'implantation des DRM est aujourd'hui à la fois limitée et hétérogène. D'autre part, parce que si les DRMS et MTP sont appelées à se développer, leur champ d'application ne permettra jamais de couvrir la totalité des œuvres dont la rémunération pour copie privée compense actuellement le préjudice causé aux

titulaires de droits par leur reproduction non autorisée, et cela pour plusieurs raisons. L'étude relève notamment que les actes de copie privée concernent un nombre important d'œuvres pour le secteur de l'écrit, car sur un même support, on peut stocker un plus grand nombre de documents écrits que de morceaux de musique ou de films. Or, certains usages tels que la reproduction à partir d'un support papier vers le numérique (scannage) n'apparaissent pas, à court ou moyen terme, au vu de l'état actuel de la technique, contrôlables par les DRMS et MTP. Pour les arts graphiques, l'implantation des DRMS serait trop coûteuse.

Plus largement, les professionnels interrogés considèrent que la directive et la loi, qui confortent l'exercice de l'exception pour copie privée, traduisent en définitive un choix de société. En effet, sur le terrain politique et social, l'exception de copie privée est bénéfique à la libre circulation des idées et toute remise en cause massive serait intolérable pour les consommateurs qui l'intègrent dans des proportions croissantes à leurs comportements. Sur le plan technique, la « convergence » - c'est à dire le développement d'appareils et de supports intégrant des disques durs permettant une fonction de copie aux côtés d'autres fonctions - conforte également la finalité de la copie privée. Celle-ci fait partie intégrante du comportement habituel des consommateurs de biens et services culturels qui attendent cette fonction des nouveaux matériels et supports.

Par conséquent, si la mise en œuvre des DRMS et MTP, dès lors qu'elle agit sur les usages en matière de copie, est susceptible de modifier le volume et la répartition de la rémunération pour copie privée, elle ne remet pas en cause le principe même de cette rémunération.

Les acteurs en présence considèrent enfin que le régime actuel de la rémunération pour copie privée intègre une capacité d'adaptation à ce facteur nouveau que constitue le développement des DRMS et MTP.

Au-delà de ce socle commun, certaines des parties en présence font état de préoccupations ou d'analyses propres. Le système français de rémunération pour copie privée présente, en plus de sa souplesse et de son évolutivité, une série de qualités bien identifiées qui fondent le soutien apporté à son économie d'ensemble par les titulaires de droits et les consommateurs : il s'agit notamment de sa contribution au financement de la création (38 M€ en 2005).

L'étude constate que le point de vue des consommateurs s'accorde avec l'ensemble des analyses et préoccupations développées ci-dessus. Sa spécificité réside davantage dans l'accent mis sur certains de ces aspects qui, en eux-mêmes, sont neutres à l'égard du régime de rémunération légal pour copie privée. Les consommateurs considèrent par exemple que le paiement des copies doit être adapté aux usages : à cet égard, ils estiment que, si l'exercice du droit exclusif grâce aux DRMS est a priori plus juste sur le plan individuel, les modalités de calcul adoptées par la commission de la copie privée permettent également la prise en compte, dans une mesure acceptable, des usages de copie.

L'étude met en revanche en évidence que la question du double paiement ne suscite pas une réponse unanime de la part des titulaires de droits.

Selon les représentants des titulaires de droit, dès lors que la copie privée constitue une exception au droit exclusif, elle ne peut par conséquent faire l'objet d'une rémunération sur ce fondement, sous prétexte que les DRMS le permettraient techniquement. Dans ces conditions, le paiement d'une œuvre au stade du téléchargement ne rémunère pas la possibilité de réaliser des copies privées. L'exception pour copie privée n'intervient qu'en aval, au stade de la réalisation (éventuelle) d'une copie subséquente. Il n'y a donc pas double paiement".

De leur côté, les industriels rencontrés insistent spécifiquement sur des aspects qui ne sont pas tous contradictoires avec le point de vue des titulaires de droits et les consommateurs. Ils considèrent notamment qu'à terme, la ligne de partage des deux modes de rémunération devrait épouser la nature des supports : contractuelle et proportionnelle pour les supports numériques grâce aux DRMS, légale et forfaitaire pour les supports analogiques. Avec la généralisation des DRMS, et le choix des titulaires d'opter pour ce système, la rémunération contractuelle assèchera progressivement la rémunération légale puisque le nombre de copies non autorisées diminuera.

Ils soulignent également que la copie privée ne peut donner lieu à rémunération que dans le cas où elle serait réalisée à partir d'une source licitement acquise. Si ce n'est pas le cas, l'acte de reproduction doit s'analyser comme une contrefaçon qui ne saurait donner lieu à rémunération dès lors qu'il est pénallement réprimé. Les copies ainsi réalisées doivent donc être exclues de l'assiette de la rémunération légale. A cet égard, le développement des MTP et DRMS, qui est de nature à faire obstacle à la reproduction à partir d'une source non licite, rencontre l'intérêt de l'ensemble des titulaires de droits.

Enfin, s'agissant du double paiement, la dernière phrase de l'article L. 311-4 CPI doit selon eux être interprétée en ce sens que, si l'auteur est rémunéré pour la réalisation de copies autorisées sur le fondement du droit exclusif, il n'y a pas lieu à rémunération ultérieure dans le cadre forfaitaire et légal, et ce principe peut s'appliquer à la totalité des copies réalisées si le contrat le stipule. La rémunération légale et forfaitaire pour copie privée est donc susceptible d'être totalement évincée par la rémunération contractuelle pour les œuvres auxquelles celle-ci s'applique, grâce aux DRMS.

Recommandations

En dépit des nombreux points de convergences identifiés, l'étude a constaté l'apparition de certains clivages ou incertitudes, y compris au sein d'une même catégorie d'acteurs, sur les conditions de mise en œuvre de plusieurs dispositions de la loi. Elle conclut dès lors à la nécessité d'un travail de réflexion et de concertation visant à rapprocher les points de vue des parties prenantes autour des thèmes et questions listés ci-dessous.

1. Quelle est la qualification juridique – copie privée ou pas – d'une copie dont la réalisation est autorisée, grâce à l'implantation des MTP, soit par les titulaires de droits, soit par l'Autorité de régulation des mesures techniques ?

La rémunération pour copie privée a été conçue pour compenser les conséquences dommageables de l'exception au principe de l'autorisation, par l'auteur, de la reproduction de son œuvre. La délivrance d'une telle autorisation par les titulaires de droits, grâce à l'implantation des MTP, peut donc sembler exclure la qualification de copie privée pour les copies réalisées « sous MTP ». Le législateur a pourtant prévu au nouvel article L. 331-8 CPI que la mise en œuvre des MTP ne prive pas les bénéficiaires de l'exception pour copie privée de l'exercice effectif de celle-ci. Dès lors, deux thèses sont envisageables :

- le législateur aurait entendu créer une catégorie de copies, dont le nombre est fixé par les titulaires de droit ou, à défaut, par l'ARMT, qui doivent être qualifiées, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que leur réalisation a été permise par les MTP, de copies privées, incluses par conséquent dans l'assiette de la rémunération pour copie privée. Dans cette hypothèse, seules les copies excédant ce nombre initial font l'objet d'une rémunération dans le cadre du droit exclusif – étant entendu que les copies privées « classiques », c'est à dire non autorisées, sont censées disparaître grâce aux MTP.

- le législateur aurait souhaité garantir la possibilité de réaliser un nombre minimal de copies, dont le nombre est fixé par les titulaires de droit ou, à défaut, par l'Autorité de régulation des mesures techniques, sans prendre parti sur leur qualification de copies privées au sens des articles L. 311-1 et suivants du CPI. Si on se place dans une telle hypothèse, l'esprit de la législation de 1985 – compenser le préjudice causé par la réalisation de copies que l'on ne peut empêcher – semblerait plaider en faveur d'une exclusion de l'assiette de la rémunération pour copie privée.

2. Le bénéfice de la rémunération pour copie privée est-il subordonné au caractère licite de la source à partir de laquelle la copie est réalisée?

Le second alinéa de l'article L. 331-9 laisse la possibilité aux titulaires de droits, dans la mesure où la technique le permet, de subordonner le bénéfice effectif de l'exception de copie privée à un accès licite à l'œuvre protégée. Quelles conséquences convient-il de tirer de cette disposition pour l'application de la rémunération pour copie privée, sachant qu'un grand nombre de copies sont aujourd'hui réalisées à partir de sources non licites ?²⁸

3. Quelles pourraient être les hypothèses de « double paiement », que l'article L. 311-4 CPI vise à prévenir et, en cas de superposition, laquelle des deux rémunérations serait applicable ?

Le souci de prévenir le double paiement, par les consommateurs, de la possibilité de réaliser une copie – une première fois en acquittant la rémunération pour copie privée lors de l'acquisition du support d'enregistrement, une seconde fois en rémunérant directement le titulaire des droits sur l'œuvre ou bien en acquittant plusieurs fois une rémunération contractuelle à la suite du transfert de la même œuvre d'un support à un autre – est pris en compte aussi bien par la directive de 2001 que par la loi du 1^{er} août 2006. La dernière phrase de l'article L. 311-4 CPI prévoit ainsi que la rémunération pour copie privée ne peut porter rémunération des actes de copie privée « ayant déjà donné lieu à compensation financière ».

Il conviendrait de tenter de cerner le champ des hypothèses couvertes par cet article. Cette délimitation pourrait être opérée compte tenu, notamment, de la réponse apportée à la question relative à la qualification, copie privée ou non, d'une reproduction dont la réalisation est autorisée – ou tout au moins n'est pas empêchée – par les MTP.

4. Quel bilan peut-on aujourd'hui dresser de l'état de l'art s'agissant de la fiabilité des MTP et des DRM?

C'est sur la fiabilité des MTP et DRM que repose la crédibilité globale d'une compensation du préjudice causé aux titulaires de droits dans un cadre autre que celui, forfaitaire, de la rémunération pour copie privée. Près de quatre ans après le rapport de P. Chantepie, il pourrait être utile de dresser un état des lieux et de tenter une définition de la MTP efficace, dont la présence doit être prise en compte dans la détermination de la rémunération pour copie privée.

5. Comment renforcer la confiance des parties dans les moyens et les méthodes de connaissance et d'analyse des usages en matière de copie?

²⁸ Postérieurement à la remise du rapport, le Conseil d'Etat a jugé que cette rémunération ayant pour unique objet de compenser, pour les auteurs, artistes-interprètes et producteurs, la perte de revenus engendrée par l'usage qui est fait licitement et sans leur autorisation de copies d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes à des fins strictement privées, la détermination de son montant ne peut prendre en considération que les copies licites réalisées dans les conditions prévues par les articles L. 122-5 et L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle, et notamment les copies réalisées à partir d'une source acquise licitement. (11 juillet 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques*

Les débats parlementaires ont été l'occasion d'interrogations relatives à l'adaptation du système mis en place en 1985 au contexte numérique et à l'émergence des DRMS et MTP. Par ailleurs, la loi du 1^{er} août 2006 permet la coexistence et l'épanouissement parallèle du droit exclusif et de la copie privée mais semble-t-il également, au-delà, de deux logiques – contractuelle et légale – de rémunération de cette dernière. Elle crée en outre, à côté de la commission de la copie privée, une nouvelle autorité administrative indépendante organisée selon des principes radicalement différents. Ces éléments pourraient conduire à s'interroger sur les moyens de renforcer encore la pertinence des modalités de fixation de la rémunération légale pour copie dans le nouvel environnement juridique et technique.

Parmi les questions à débattre, pourraient figurer celles :

-de l'amélioration du système d'information au sujet des pratiques de copie –actuellement fondé sur des études financées par les différentes parties prenantes – et particulièrement de l'indépendance de cette information, compte tenu de la nécessité de prévenir le double paiement dans un contexte de complexité et de perméabilité des frontières entre, d'une part, droit exclusif et copie privée, d'autre part, rémunération légale et une éventuelle rémunération contractuelle ;

-des répercussions de la loi sur la perception et les clefs de répartition de la ressource au sein de chacune des catégories de titulaires de droits, compte tenu de l'implantation ou non de DRMS et MTP sur les œuvres en cause.

5. **Gestion collective transfrontalière des droits de la propriété littéraire et artistique**

Valérie Laure Benabou, professeur des universités et Anne-Gaëlle Geffroy, chercheur en économie au CERNA²⁹ ont, à la demande du CSPLA, mené à bien une étude sur la recommandation de la Commission européenne du 18 octobre 2005 relative à la gestion collective transfrontalière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique. Le rapport résultant de ce travail a été débattu lors de la réunion plénière du 26 septembre 2006 du CSPLA.

A travers cette recommandation d'octobre 2005, la Commission européenne poursuit l'objectif d'une réorganisation assez profonde du mécanisme de la gestion collective appliquée à la distribution de la musique en ligne. Il s'agit en tout premier lieu de satisfaire le besoin de licences paneuropéennes qui émane des nouveaux utilisateurs de musique en ligne. Avec la numérisation, de nouvelles utilisations commerciales sont en effet apparues : la webradio (simulcasting ou webcasting) et la musique en ligne à la demande par streaming ou téléchargement. Ces nouveaux services ne sont pas limités par les frontières nationales. La satisfaction de ce besoin est pour la Commission le moyen d'atteindre un objectif plus large : la stimulation du potentiel de croissance des services en ligne licites en Europe.

La Commission européenne lie également à cet objectif global l'augmentation de la confiance des titulaires de droits dans leurs revenus liés l'utilisation paneuropéenne de leurs œuvres. Elle souhaite voir les titulaires de droits profiter de l'impact positif de la concurrence entre sociétés de gestion collective sur la rationalisation de leur gestion et leur transparence. La gestion directe paneuropéenne est également vue comme un moyen d'éliminer les déductions successives de frais de gestion du système d'accords de représentation réciproque. Enfin, la Commission souhaite que le marché européen profite de l'impact positif général de la concurrence entre sociétés de gestion sur la rationalisation, la transparence, l'efficacité des sociétés de gestion collectives.

La solution préconisée par la Commission européenne

²⁹ Centre d'économie industrielle de MINES ParisTech

L'étude rappelle que l'étude d'impact de la Commission européenne avait envisagé trois options pour parvenir à réaliser ces objectifs.

La première aurait consisté à rester dans la situation actuelle, situation que la Commission juge insatisfaisante dans la mesure où les utilisateurs au sens large qui veulent obtenir une licence paneuropéenne multi-répertoire doivent aujourd'hui frapper à la porte des différentes sociétés de gestion collective établies dans les différents Etats membres, sans que celles-ci soient véritablement mises en concurrence.

La deuxième option aurait consisté à se tourner vers une licence paneuropéenne multi-territoire et multi-répertoire, avec la possibilité pour l'utilisateur de s'adresser à l'une quelconque des sociétés de gestion collective établies sur le territoire européen pour obtenir ce sésame à l'exploitation de la musique en ligne. C'est cette configuration qui, dans une de ses variantes, a été expérimentée par l'accord « simulcasting », adoubé par la Commission européenne avec la réserve de l'abolition de la clause de résidence économique. La suppression imposée de cette clause a conduit les sociétés de gestion collective d'auteurs à ne pas renouveler les accords de Santiago et de Barcelone et donc à rester dans le cadre du *statu quo ante*. Cette option, qui semble avoir été privilégiée par la direction générale de la concurrence de la Commission européenne, du moins pendant un certain temps, est apparemment abandonnée par la recommandation qui considère que cette configuration de marché comporte de grands risques pour les titulaires de droits, en particulier celui de voir baisser la qualité des services qui leur sont rendus par leurs sociétés de gestion et celui de voir leurs rémunérations diminuer. L'étude d'impact rappelle qu'à ce titre, cette option pourrait être également être dommageable pour les utilisateurs de musique, diminuant les incitations à la création.

La troisième option, finalement privilégiée par la Commission européenne est fondée essentiellement sur le principe de mobilité des ayants droit à travers la possibilité pour eux de fractionner leurs apports et de décider de confier une partie de leurs droits, notamment les droits en ligne à une société de gestion collective dédiée, laquelle serait habilitée à délivrer une autorisation paneuropéenne. Ce modèle conduit à ce que les sociétés de gestion collective élues puissent délivrer une licence multi-territoire mais mono-répertoire : chaque société de gestion collective aurait un répertoire qu'elle licencierait pour l'ensemble des Etats de la Communauté européenne, mais sans avoir la possibilité d'agréger les répertoires d'autres sociétés de gestion collective. Cette option répond à l'objectif de préservation des revenus des ayants droit tout en leur laissant la possibilité de choisir la société de gestion collective qui leur paraît pouvoir gérer de manière optimale leurs droits en ligne.

La portée de la recommandation

Pour les Etats membres

La Commission européenne a, pour l'heure, privilégié l'outil non contraignant de la recommandation. Ce choix s'explique par sa volonté de procéder par étapes et de laisser les acteurs s'organiser sur le marché, au regard de ses préconisations. L'étude souligne toutefois que si elle ne lie pas, la recommandation n'est pas dépourvue de tout effet juridique puisqu'elle doit servir d'outil d'interprétation pour le juge national qui doit apprécier les dispositions nationales de mise en œuvre.

Le rôle des Etats consiste donc à s'assurer que les opérateurs ne maintiennent ou n'introduisent aucune restriction à la mobilité des ayants droit, en raison de la nationalité ou de la résidence de ces

derniers et/ou des gestionnaires de droit. Ils doivent éviter d'introduire ou de maintenir au sein de leur législation toute disposition entravant cette liberté de prestation de services.

Les auteurs du rapport considèrent que cette question ne suscite pas de difficulté majeure et n'appelle en principe aucune intervention spécifique des pouvoirs publics. En effet, les mécanismes de la recommandation prennent appui sur les dispositions sous-jacentes du droit primaire que sont le principe de non discrimination à raison de la nationalité, la libre prestation de services et la libre concurrence. Ces libertés ayant été inscrites depuis longtemps dans le droit communautaire, il est douteux qu'un Etat maintienne sciemment une disposition qui serait en contravention manifeste avec ces dernières.

L'étude souligne à cet égard qu'aucun texte de droit français applicable aux sociétés de gestion collective ne lui paraît encourager de telles inégalités de traitement ou instaurer d'entrave à la libre prestation de services en tant que telle. Elle considèrent néanmoins que plusieurs questions se posent concernant, d'une part, l'articulation entre le principe de libre prestation de services des gestionnaires de droit et les obligations légales mises à la charge des sociétés de gestion, d'autre part, le contrôle de la mobilité des ayants droit et, enfin, le mécanisme de règlement des différends préconisé par la Commission.

Sur ce dernier point, la recommandation semble suggérer que les Etats membres exercent une fonction de veille afin de vérifier que ne subsistent pas des discriminations souterraines, en marge des mécanismes apparents de la gestion collective ou encore que des obstacles de fait n'entravent pas l'exercice effectif de la mobilité des ayants droit ; elle ne commande pas cependant que soit introduit de mécanisme particulier, en marge du contrôle judiciaire. Or, l'étude souligne que les procédures existantes en France, à travers la compétence du juge judiciaire largo sensu et des autorités de concurrence, semblent tout à fait à même de remplir les objectifs assignés par la recommandation. Par ailleurs les nouvelles dispositions de la loi du 1^{er} août 2006 élargissent les pouvoirs de contrôle, par le ministère de la culture, des sociétés de gestion collective, notamment en permettant à ce dernier de procéder à une saisine du juge judiciaire en cas de non-respect de ses préconisations.

En fin de compte, l'étude préconise que les pouvoirs publics prennent acte de la conformité de la législation française avec les principes directeurs de la recommandation procédant du droit primaire, et le cas échéant, organisent les conditions optimales de la mobilité des ayants droit dans le cadre d'un décret d'application de la loi du 1^{er} août 2006 visant à préciser l'article L. 321-3 code de la propriété intellectuelle, en explicitant la réglementation en vigueur au regard de laquelle les statuts sont examinés.

Pour les personnes privées

La recommandation, instrument de « droit souple » par excellence, n'est pas en principe de nature à créer directement des droits et des obligations dans le chef des personnes privées. L'étude a cependant constaté que la recommandation avait d'ores et déjà occasionné des réorganisations fortes dans le domaine de la gestion collective, à travers l'annonce de trois projets de plateformes pan-communautaires.

Il n'est à cet égard pas exclu par certains experts que le modèle préconisé par la recommandation conduise à l'émergence de trois ou quatre grandes plates-formes délivrant des licences européennes sur de « grands » répertoires. Toutefois, le risque de multiplication des transactions pourrait être évité à travers un double mécanisme de réseau. Les « méga » sociétés pourraient passer entre elles des accords de mise à disposition réciproque de leurs répertoires. Quant aux « micro » sociétés de gestion, elles pourraient, en maintenant le maillage des accords de représentation réciproque, proposer la centralisation de la

délivrance de l'autorisation à une entité ad hoc, le cas échéant mise en œuvre par une des méga sociétés ou par l'entité symbolisant leur accord de collaboration.

Selon les auteurs de l'étude, la question reste ouverte de la transposition du modèle à d'autres secteurs tels que le cinéma ou d'autres droits pour la musique. Rien dans la recommandation ne laisse entendre qu'une telle extension est à l'ordre du jour s'agissant d'autres catégories d'œuvres, l'étude d'impact s'étant focalisée sur le marché de la musique en ligne. Le Conseil de la concurrence français, dans une affaire relative aux apports de la SACD, a d'ailleurs clairement souligné que les principes applicables à la gestion collective de la musique n'étaient pas transposables aux œuvres audiovisuelles en raison de la spécificité des marchés en cause. Il n'en demeure pas moins que les réactions suscitées par la recommandation, notamment de rejet, peuvent conduire le Parlement à considérer opportune une action d'harmonisation pour la gestion collective en général, reposant pour partie sur les principes de la recommandation.

Mise en perspective de la recommandation au regard du droit communautaire

La manifestation d'intérêt des autorités communautaires vis-à-vis de la gestion collective n'est pas nouvelle et la jurisprudence communautaire a eu très tôt à connaître des questions relatives à l'organisation interne de ces entités, de leurs relations avec leurs membres ou de leurs relations avec les utilisateurs des répertoires. L'étude s'est ainsi attachée à mettre en perspective la recommandation au regard de la jurisprudence communautaire relative aux relations des sociétés de gestion collective avec leurs membres (différences de traitement relatives à la nationalité ou au domicile, conditions de transaction...) à la problématique de la fragmentation des apports, aux accords de représentation réciproque entre sociétés de gestion, notamment les clauses de restriction territoriale.

La question posée par les récents travaux de la Commission européenne est de savoir comment l'environnement numérique affecte, d'une part, les avantages de la gestion collective sur la gestion individuelle et, d'autre part, la nécessité de certains comportements concurrentiels des sociétés de gestion collective au regard de l'efficacité dans leur mission. Il s'agit de déterminer le nouveau périmètre de monopole naturel des sociétés de gestion collective : son périmètre géographique, son périmètre fonctionnel et les droits qu'il concerne.

Valérie Laure Benabou et Anne-Gaëlle Geffroy notent tout d'abord que la recommandation s'inscrit méthodologiquement à contre courant de précédentes initiatives dans la mesure où elle prétend régler la question très spécifique des licences de musique en ligne sans postuler de règles générales visant à rapprocher les systèmes. Cette approche a été sévèrement critiquée par le Parlement qui a déploré l'utilisation d'outils non démocratiques tels que la recommandation et l'absence de vision d'ensemble de la problématique de la gestion collective.

Seuls quelques éditeurs ont perçu l'intérêt de la recommandation. Les sociétés de gestion ont, par la voie du GESAC³⁰, souligné l'importance du changement de cap réalisé par la direction générale marché intérieur et services par rapport à l'option 2. Elles se sont félicitées de ce que le modèle économique proposé par la recommandation retenait la nécessité de préserver les auteurs et de ne pas céder aux tentations de la concurrence par les prix véhiculée par l'option 2. Néanmoins, elles ont déploré le manque de réalisme de l'option 3 et ont proposé une voie alternative visant à rénover les accords de représentation réciproque de telle manière à supprimer les systèmes de territorialité « forcée » au profit d'un accord sur les méthodes de perception et de répartition entre parties. Les utilisateurs institutionnels sont, quant à eux, en majeure partie mécontents du système préconisé qui ne leur permet pas d'obtenir une licence multi-territoire qui couvre l'ensemble des répertoires.

³⁰ Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs

Conséquences possibles de la recommandation en termes de politique concurrentielle et économique

Le marché des sociétés de gestion collective peut être analysé comme un marché à deux versants où les sociétés de gestion collective agissent comme des plateformes permettant aux titulaires de droits d'interagir avec les utilisateurs commerciaux. L'option 3 retenue par la recommandation compense les risques liés à l'instauration de la concurrence sur le versant des utilisateurs en l'introduisant sur le versant des titulaires de droits. Elle donne aux titulaires la possibilité de confier directement au gestionnaire de leur choix les droits en ligne de ses œuvres pour toute l'Europe, à travers les principes suivants :

- « le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, au gestionnaire collectif de leur choix, quels que soient l'Etat membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits » (article 3),
- la libre détermination des droits en ligne qu'ils confient à la gestion collective (article 5 a),
- la libre détermination de la portée territoriale du mandat des gestionnaires collectifs de droits (article 5 b),
- le droit de retirer tout droit en ligne et d'en transférer la gestion à un autre gestionnaire collectif de droits à condition de donner un préavis raisonnable (article 5 c).

La recommandation précise que les droits en ligne transférés à un autre gestionnaire de droit doivent être retirés de tout accord de représentation réciproque avec des gestionnaires de droits tiers et cela sans préjudice d'autres formes de coopération entre gestionnaires collectifs de droits.

La structure concurrentielle issue de la recommandation est donc duale. Les titulaires qui le souhaitent peuvent donner des mandats paneuropéens à un gestionnaire collectif de leur choix. Mais ils peuvent également les laisser dans le système d'accords de représentation réciproque. L'étude d'impact précisait, en effet, que le choix de confier ses droits en ligne pour l'ensemble de l'Union Européenne à un gestionnaire collectif était un choix additionnel.

Déclinant l'effet de la recommandation sur l'objectif de stimulation du potentiel de croissance des services en ligne en Europe selon la disponibilité des œuvres pour les fournisseurs de service en ligne et selon l'augmentation de la confiance des titulaires dans les revenus liés à l'exploitation en ligne de leurs œuvres, l'étude parvient à la conclusion que l'effet de la recommandation sur les titulaires de droits est positif, avec cependant la réserve qu'en l'absence d'obligation de gérer pour les sociétés de gestion collectives européennes, certains titulaires de droits pourraient être exclus de ces bénéfices. En ce qui concerne les utilisateurs en ligne de musique, les effets sont plus ambivalents. En particulier, les utilisateurs peuvent profiter de l'offre de licences fractionnées, mieux adaptées à leurs besoins. Ils profiteraient également de l'accroissement de la transparence des sociétés de gestion collective. Enfin, l'effet de la concurrence entre titulaires sur l'introduction d'innovations technologiques leur profiterait également. Cependant, d'autres effets sont moins évidents. Il n'est pas certain par exemple que les utilisateurs économiseront des coûts de transaction par rapport à l'option 1. Dans la majorité des cas, les utilisateurs devront négocier des licences avec plusieurs sociétés de gestion paneuropéennes et supporter les coûts de transaction associés. Il s'agit dès lors de savoir dans quelle mesure les utilisateurs devront faire appel à plusieurs sociétés de gestion et encourir ainsi les coûts de transaction liés à cette « domiciliation multiple ».

Au terme de leur étude, Valérie Laure Benabou et Anne-Gaëlle Geffroy ont identifié plusieurs obstacles susceptibles d'entraver la mise en œuvre de la recommandation.

Les obstacles à la faisabilité de la recommandation

Un premier obstacle à l'effectivité de la recommandation est **l'absence de catégorisation européenne unifiée des droits numériques**. La mobilité des titulaires de droits entre les différentes sociétés de gestion collective pour les droits numériques ne sera effectivement possible que dans la mesure où la définition des différentes catégories de ces droits aura été harmonisée entre sociétés de gestion collective. Or, l'harmonisation des droits, et tout particulièrement des limites et exceptions, n'est actuellement pas totale. La structure (droit exclusif/ licence légale) des droits est également de nature à engendrer des incertitudes sur le champ de l'autorisation et sur la qualité pour agir du gestionnaire européen. Par ailleurs l'absence de concertation sur les modalités de retrait (délais, modes de rémunération pour les autres droits) accroît les risques d'insécurité juridique liés à la mobilité des répertoires.

Le second point de blocage identifié par l'étude est **l'absence d'harmonisation des conditions d'exercice des sociétés de gestion collective en Europe**. Seules certaines sont, par exemple, soumises à redistribution d'une fraction des sommes prélevées à des fins culturelles. Les ayants droit pourraient donc, en toute logique et en l'absence d'harmonisation, être conduits à privilégier les sociétés de gestion collective sur lesquelles pèsent le moins de charges de ce type.

Par ailleurs, la recommandation est muette sur les conditions d'entrée dans une société de gestion collective, s'intéressant davantage aux modalités de retrait. Les principes de non-discrimination qu'elle met en exergue s'intéressent essentiellement à la question de la nationalité et de la résidence. Il n'est pourtant pas exclu que, dans le modèle préconisé, la discrimination s'opère au regard du succès d'un auteur ou d'un répertoire spécialisé. Dans les deux cas, la société de gestion, surtout si elle intervient sur un segment niche, aura le loisir de conditionner l'accès à ses prestations à des conditions plus drastiques. Ce silence conjugué au risque de concentration évoqué plus haut pourrait conduire à abandonner progressivement les principes mutualistes qui caractérisent la gestion collective. Il pourrait conduire à augmenter la « fracture numérique », seuls les ayants droit puissants ayant une chance d'être retenus dans des sociétés paneuropéennes performantes, à raison soit des coûts de transaction et des barrières à l'entrée, soit des habitudes culturelles. Il apparaît ainsi que le système préconisé doit, à tout le moins, s'accompagner de dispositions contraignantes instaurant, à l'instar du droit allemand, une obligation de contracter pour les gestionnaires paneuropéens.

L'étude souligne encore que par les effets de concentration ou par la disparition de sommes allouées à la création, la recommandation risque d'appauprir l'offre culturelle. Les utilisateurs, pour éviter de multiplier les autorisations, préféreront se cantonner à une ou deux des méga-sociétés de gestion collective et se désintéresseront par conséquent des autres répertoires, dont ils n'auront pas demandé la licence. Le risque est fort qu'on assiste dans ce cas de figure à une prépondérance de la musique et de la langue anglaises.

L'étude pointe enfin **la perte d'influence des auteurs au profit des éditeurs** dans le système préconisé. Le texte ne parle que de « titulaires de droits » et non d'auteurs, titulaires qu'il définit comme *toute personne physique ou morale qui possède des droits en ligne* (article 1 g). La diversité des positions des titulaires – auteurs, artistes interprètes, producteurs de phonogrammes – n'est pas évoquée au bénéfice d'un vocabulaire globalisant. Aucun mécanisme de protection des auteurs en tant que tels n'est d'ailleurs assuré ni au stade de l'adhésion, ni à celui du paiement des redevances. Le vocabulaire employé s'écarte encore de la notion de société de gestion collective pour préférer celle de

« gestionnaire de droits », ce qui tend à laisser penser que ces nouveaux gestionnaires géreront en direct les droits des éditeurs sans que l'auteur ne bénéficie plus de la puissance de masse de la société de gestion collective pour lui assurer une rémunération directe sur les utilisations. Une des mesures d'accompagnement de la recommandation consisterait donc à l'assortir de garde-fous empêchant la confiscation des droits de l'auteur au profit de l'éditeur (interdiction de cession des droits gérés par la société de gestion collective par l'auteur).

III. Annexes

1. Arrêté du 10 juillet 2000 modifié portant création du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Le garde des sceaux, ministre de la justice, et la ministre de la culture et de la communication

Vu l'ordonnance no 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

Vu le décret no 82-394 du 30 mai 1982 modifié relatif à l'organisation du ministère de la culture ;

Vu le décret no 90-437 du 28 mai 1990 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements des personnels civils sur le territoire métropolitain de la France lorsqu'ils sont à la charge des budgets de l'Etat, des établissements publics nationaux et de certains organismes subventionnés ;

Vu le décret no 97-713 du 11 juin 1997 modifié relatif aux attributions du ministre de la culture et de la communication,

Arrêtent :

Art. 1er. - Il est institué auprès du ministre chargé de la culture un Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

Art. 2. - Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique est chargé de conseiller le ministre chargé de la culture en matière de propriété littéraire et artistique. Il est saisi par le ministre d'un programme de travail et chargé de faire des propositions et recommandations dans ce domaine. Il peut proposer au ministre d'étudier toute question relative à son domaine de compétence.

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 à l'exception des questions de concurrence qui relèvent du Conseil de la concurrence. Il peut provoquer le lancement d'études correspondant à ses missions et proposer toute mesure concernant la propriété littéraire et artistique française à l'étranger.

Le président rend compte des travaux du conseil au ministre chargé de la culture par voie d'avis écrits dont il lui est accusé réception et par l'établissement d'un rapport annuel. Il est informé des suites données par le Gouvernement à ses propositions et recommandations.

Art. 3. - Pour aider à la résolution des 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 supérieur de la propriété littéraire et artistique peut proposer au ministre chargé de la culture la désignation d'une personnalité qualifiée chargée d'exercer une fonction de conciliation.

Art. 4. - Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique comprend un conseiller d'Etat, président, ainsi qu'un conseiller à la Cour de cassation, vice-président. Le président et le vice-président sont nommés, pour une durée de trois ans renouvelable, par arrêté conjoint du ministre chargé de la culture et de la ministre de la justice, sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat et du premier président de la Cour de cassation.

Il comprend en outre :

1) Membres de droit :

- le directeur du cabinet de la ministre de la culture et de la communication ou son représentant ;
- le directeur de l'administration générale au ministère de la culture et de la communication ;
- le directeur du service juridique et technique de l'information et de la communication ;
- le directeur des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice ;
- un représentant du ministre de l'éducation nationale et de la recherche ;
- un représentant du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;
- un représentant du ministre des affaires étrangères.

Le directeur de l'administration générale au ministère de la culture et de la communication est assisté du sous-directeur des affaires juridiques et du chef du bureau de la propriété littéraire et artistique qui assurent le secrétariat général du Conseil supérieur.

Les représentants des ministres ci-dessus désignés sont nommés par les ministres dont ils relèvent pour une durée de trois ans renouvelable. Les directeurs d'administration centrale peuvent être suppléés par un haut fonctionnaire ou magistrat placé sous leur autorité.

2) Huit personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique nommées par arrêté de la ministre de la culture et de la communication pour une durée de trois ans renouvelable, dont trois professeurs d'université et deux avocats à la cour.

3) Trente-sept membres représentant les professionnels nommés par arrêté de la ministre de la culture et de la communication pour une durée de trois ans renouvelable et ainsi répartis :

- 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 ;
- un représentant des éditeurs de musique ;
- 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 ;
- un représentant des fournisseurs d'accès et de services en ligne ;
- cinq représentants des consommateurs et des utilisateurs.

Les représentants des professionnels peuvent se faire représenter par un suppléant désigné dans leur arrêté de nomination.

Art. 5. - Des commissions spécialisées sont créées au sein du Conseil supérieur, en tant que de besoin, par décision du président du Conseil supérieur qui désigne la personne chargée d'en présider les travaux et qui en fixe la composition. En fonction de leur champ de compétence, elles comprennent, le cas échéant, des experts extérieurs au Conseil supérieur.

Art. 6. - Le Conseil supérieur adopte son règlement intérieur sur proposition de son président. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique est assisté de rapporteurs, membres du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes, et de magistrats de l'ordre judiciaire désignés par le président du Conseil supérieur, respectivement, sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour des comptes et du ministre de la justice. En outre, les membres du Conseil supérieur peuvent être désignés comme rapporteur. Les rapporteurs rendent compte de leurs travaux ou de ceux de la commission dans laquelle ils siègent au Conseil supérieur.

Art. 7. - Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique se réunit sur convocation de son président au moins deux fois par an. Il se réunit de plein droit à la demande du ministre chargé de la culture ou des deux tiers de ses membres.

Il peut entendre, en tant que de besoin, des experts extérieurs ou toute personne dont la collaboration est utile à ses travaux.

Art. 8. - Le suivi et la coordination des travaux du Conseil supérieur sont assurés par un bureau élu par le Conseil supérieur parmi ses membres comprenant, outre le président du Conseil supérieur, président du bureau, et le directeur de l'administration générale au ministère de la culture, un représentant des personnalités qualifiées et six représentants respectifs des auteurs, des artistes, des producteurs, des éditeurs, des diffuseurs et des utilisateurs.

Art. 9. - Les fonctions de membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique sont gratuites. Il peut toutefois être alloué des indemnités correspondant aux frais de déplacement et de séjour effectivement supportés à l'occasion des réunions du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, dans les conditions prévues par le décret du 28 mai 1990 susvisé fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements des personnels civils sur le territoire métropolitain de la France lorsqu'ils sont à la charge des budgets de l'Etat, des établissements publics nationaux et de certains organismes subventionnés. En outre, les rapporteurs peuvent être rétribués sur les crédits de vacation du ministère de la culture et de la communication.

Art. 10. - Le directeur de l'administration générale au ministère de la culture et de la communication est chargé de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

2. Règlement intérieur du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Vu l'arrêté du 10 juillet 2000 publié au J.O du 18 septembre 2000, et notamment son article 6

Vues les délibérations du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 4 octobre 2001 et du 14 octobre 2004,

Article 1^{er}

La date et l'ordre du jour des séances du Conseil supérieur sont fixés par son président. Ce dernier convoque les membres titulaires et suppléants quinze jours au moins avant la date de la séance. L'ordre du jour de la séance et les documents qui s'y rapportent sont transmis dans les mêmes délais.

Article 2

Un membre titulaire qui ne pourrait être présent en informe son suppléant ainsi que le secrétariat général du Conseil supérieur. En cas d'indisponibilité du suppléant, le membre titulaire en informe le secrétariat général.

Un membre suppléant peut assister à une séance à laquelle siège le membre titulaire, mais sans prendre part au vote.

Article 3

Les experts dont l'audition serait utile sont convoqués par le président.

Article 4

Le Conseil supérieur ne siège que si les trois quarts de ses membres sont présents ou représentés par leur suppléant. Si ce quorum n'est pas atteint, le Conseil supérieur est à nouveau réuni dans un délai de huit jours ; il peut alors délibérer, si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés par leur suppléant.

Article 5

Les séances du Conseil supérieur ne sont pas publiques. Les membres et les experts auditionnés sont tenus à l'obligation de discrétion en ce qui concerne, d'une part, les documents et informations dont ils ont eu connaissance, d'autre part, le contenu des délibérations du Conseil supérieur.

Article 6

Le Conseil supérieur ne peut délibérer que sur les questions inscrites à l'ordre du jour de la séance. Toutefois, à l'initiative du président, ou, avec son accord, à la demande de douze membres une question non inscrite à l'ordre du jour peut être examinée ; si elle fait l'objet d'un avis ou d'une recommandation, elle ne peut être adoptée que par consensus.

Article 7

Le président ouvre et clôture la séance. Il dirige les délibérations, en fonction de l'ordre du jour, et veille au bon déroulement des débats, dans le respect des dispositions du présent règlement et de l'arrêté susvisé. Il décide, s'il y a lieu, des suspensions de séances.

Article 8

A l'initiative du président, ou avec son accord, tout document utile peut être lu ou distribué en séance.

Article 9

Les avis et recommandations du Conseil supérieur sont adoptés par consensus ou à l'issue d'un vote. Ils sont adressés au ministre chargé de la culture.

Les votes ont lieu à main levée. Toutefois, il peut être procédé, à la demande du président ou des deux tiers des membres présents ou représentés par leur suppléant, à un vote à bulletin secret. Les avis ou recommandations sont adoptés à la majorité simple des voix des membres présents ou représentés par leur suppléant. Si un quorum de présence des deux tiers du total des membres ou de leurs suppléants n'est pas atteint, le vote est reporté à la séance suivante. Sur proposition du quart des membres présents, un avis minoritaire est annexé à l'avis majoritaire.

Article 10

Les positions exprimées et les conclusions des débats, ainsi que, s'il y a lieu, le résultat des votes, font l'objet d'un compte rendu. Celui-ci est adressé aux membres du Conseil supérieur et approuvé lors de la séance suivante. Le compte-rendu est alors signé par le président. Il est transmis au ministre chargé de la culture.

Article 11

Le secrétariat général du Conseil supérieur est assuré par la direction de l'administration générale (sous direction des affaires juridiques, bureau de la propriété littéraire et artistique) du ministère de la culture et de la communication.

Article 12

Le président fixe les réunions du bureau du Conseil supérieur, ainsi que leur ordre du jour. Il en réunit les membres.

Article 13

Le président décide de la création des commissions spécialisées en fonction des sujets que le Conseil supérieur s'est vu confier par le ministre chargé de la culture ou que le Conseil supérieur a proposés à ce dernier. Le président désigne le président et le rapporteur de chaque commission, et fixe la composition et le calendrier de ses travaux. Le président de chaque commission décide des modalités de son fonctionnement, après avis de ses membres.

Article 14

Le président peut déléguer au vice président tout ou partie des pouvoirs tels qu'ils sont définis par le présent règlement.

Certifié conforme aux délibérations du 4 octobre 2001 et du 14 octobre 2004

Paris, le 24 octobre 2005

Le président
Jean-Ludovic SILICANI

3. Composition du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

La composition actuelle du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique résulte de deux arrêtés du ministre de la culture et de la communication du 3 mai 2007 portant nomination du président, de la vice-présidente et des autres membres et de trois arrêtés ultérieurs (du 23 novembre 2007, 31 mars 2008 et 8 avril 2008) mettant à jour le collège des représentants des professionnels.

Président et vice-présidente

Jean-Ludovic SILICANI est conseiller d'Etat, ingénieur civil des mines, titulaire d'un DEA de sciences économiques, ancien élève de l'Ecole nationale d'administration (1978-1980). Carrière : auditeur au conseil d'Etat, rapporteur à la section du contentieux et à la section des travaux publics (1980-1984), président de la mission juridique du Conseil d'Etat auprès du ministère de l'industrie et de la recherche (1983-1984), maître des requêtes au conseil d'Etat (1984-1996), directeur à l'Agence nationale de valorisation de la recherche (Anvar) (1984-1986), directeur de l'administration générale au ministère de la culture et de la communication (1986-1992), directeur général de l'établissement public de la bibliothèque de France (1992-1993), directeur du cabinet de Simone Veil (ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville) (1993), rapporteur général de la mission placée auprès du Premier ministre sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat (1993-1994), commissaire à la réforme de l'Etat (1995-1998), conseiller d'Etat (depuis 1996), en fonction au conseil d'Etat depuis septembre 1998, président de la Réunion des musées nationaux (RMN), président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) depuis 2001.

Marie-Françoise MARAIS est conseiller à la 1ère Chambre de la Cour de cassation. A ce titre, elle est en charge des questions de propriété littéraire et artistique. Précédemment, Mme Marais a été Présidente de la 4ème Chambre de la Cour d'appel de Paris, en tant que spécialiste de la propriété intellectuelle. Marie-Françoise Marais est Présidente de la CNIS (Commission Nationale des Inventions de Salariés) et membre de la CEPC (Commission d'Examen des Pratiques Commerciales). Elle vice-préside le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique.

Personnalités qualifiées

Huit personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique sont nommées par arrêté de la ministre de la culture et de la communication pour une durée de trois ans renouvelable, dont trois professeurs d'universités et deux avocats à la cour.

Pierre SIRINELLI , professeur à l'université Paris-1 (Panthéon-Sorbonne), doyen honoraire de la faculté Jean Monnet, président de l'AFPIDA (association pour la protection internationale du droit d'auteur), vice-président de l'ALAI (association littéraire et artistique internationale), directeur du CERDI (centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel), directeur du DESS de droit du numérique et des nouvelles techniques.

André LUCAS , professeur à l'université de Nantes. Responsable du DEA de propriété intellectuelle aux universités de Nantes et de Poitiers depuis 1985. Directeur du Juris-Classeur propriété littéraire et artistique. Membre depuis 1991 du groupe d'experts auprès de la commission européenne (marché intérieur).

Valérie-Laure BENABOU, professeur à l'Université de Versailles Saint Quentin, directrice du laboratoire DANTE (Droit des affaires et nouvelles technologies), directrice du master droit des nouvelles

technologies de l'information et de la communication, vice-présidente de l'AFPIDA (association pour la protection internationale du droit d'auteur)

Isabelle FALQUE PIERROTIN, diplômée de l'ENA et de HEC, est conseiller d'Etat. Elle a été directeur auprès du président de Bull (de 1991 à 1993). Elle a ensuite rejoint le cabinet de Jacques Toubon, au ministère de la culture, en tant que directeur-adjoint (de 1993-1995). Elle a ensuite été expert de l'OCDE pour le développement de la coopération internationale sur Internet (1996-1997), avant de coordonner les travaux du Conseil d'Etat sur Internet et les réseaux numériques (1998). Puis elle a assuré le suivi des propositions faites au gouvernement par le Conseil d'Etat à partir de septembre 1998. Isabelle Falque-pierrotin est chargée, en décembre 2000, de mettre en place le Forum des droits sur l'Internet dont elle préside le conseil d'orientation depuis mai 2001.

Jean MARTIN , avocat à la Cour, chargé d'enseignement à l'université Paris-Dauphine. Expert près de la commission européenne. Directeur de l'Encyclopédie du droit de la communication, auteur de nombreux articles et ouvrages sur le droit de la communication.

Josée-Anne BENAZERAF , avocate à la Cour, avocat associée au sein de la SCP Darteville-Bénazéraf-Merlet, en charge des affaires de propriété intellectuelle. 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.

Joëlle FARCHY, professeur à l'université de Paris 1, membre du Centre d'économie de la Sorbonne Paris I. Diplômée de l'Ecole normale supérieure de Cachan. Spécialisée en économie des industries culturelles.

Jean BERBINAU, ingénieur général des télécommunications, membre du Conseil Général des technologies de l'information, secrétaire général de l'Autorité de régulation des mesures techniques.

Membres de droit

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique comprend des représentants des administrations suivantes.

Ministère de la culture et de la communication

Ministère de la justice

Ministère de l'éducation nationale

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Ministère des affaires étrangères

Représentants des professionnels

Représentants des auteurs

Gérard DAVOUST (titulaire) - société d'auteurs compositeurs et d'éditeurs de musique (SACEM)

Bernard MIYET (titulaire) - société d'auteurs compositeurs et d'éditeurs de musique (SACEM)

Jacques FANSTEN (titulaire) - société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Pascal ROGARD (titulaire) - société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Guy SELIGAMANN (titulaire) - société civile des auteurs multimédia (SCAM)

Laurent DUVILLIER (titulaire) - société civile des auteurs multimédia (SCAM)

Alain ABSIRE (titulaire) - association dénommée société des gens de lettres (SGDL)

Christiane RAMONBORDES (titulaire) - société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

.Emmanuel de RENGERVE (titulaire) - syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)
.Olivier DA LAGE (titulaire) - syndicat national des journalistes (SNJ)
.Claude LEMESLE (suppléant) - société d'auteurs compositeurs et d'éditeurs de musique (SACEM)
.Thierry DESURMONT (suppléant) - société d'auteurs compositeurs et d'éditeurs de musique (SACEM)
.Hubert TILLIET (suppléant) - société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
.Débora ABRAMOWICZ (suppléant) - société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
.Marie-Christine LECLERC-SENOVA (suppléant) - société civile des auteurs multimédia (SCAM)
.Guillaume MARSAL (suppléant) - association dénommée société des gens de lettres (SGDL)
.Marie-Anne FERRY-FALL (suppléant) - société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
.Olivier BRILLANCEAU (suppléant) - société des auteurs de l'image fixe (SAIF)
.Dominique PANKRATOFF (suppléant) - Union nationale des auteurs et compositeurs (UNAC)
.Christine NICOLAS (suppléant) - syndicat national des journalistes (SNJ)

Représentants des auteurs et éditeurs de logiciels et bases de données

Marc MOSSE, (titulaire) BSA France
Jean-Claude LARUE - syndicat de l'édition des logiciels de loisirs (SELL)
Bernard LANG - Institut national pour la recherche en informatique et automatique (IRNIA)
Antoine VILLETTÉ (suppléant) - association des producteurs d'œuvres multimédia (APOM)
Daniel DUTHIL (suppléant) - agence pour la protection des programmes (APP)
François ELIE (suppléant) - Association des développeurs et utilisateurs des logiciels libres pour les administrations et collectivités locales (ADUCLACT)

Représentants des artistes-interprètes

Xavier BLANC (titulaire) - société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)
Bruno ORY-LAVOLLEE (titulaire) - société pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)
Laurent TARDIF (suppléant) - syndicat national des artistes musiciens de France (SNAM)
.Catherine ALMERAS (suppléant) - syndicat français des artistes-interprètes (SFA)

Représentants des producteurs de phonogrammes

Jérôme ROGER (titulaire) - union des producteurs phonographiques français indépendants (UPFI)
Hervé RONY (titulaire) - syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
Karine COLIN (suppléant) - société civile des producteurs de phonogramme en France (SPPF)
Marc GUEZ (suppléant) - société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP)

Représentants des éditeurs de musique

Caroline FAGET (titulaire) -Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDEM)
Claude DUVIVIER (suppléant) - Chambre syndicale des éditeurs de musique (CEMF)

Représentants des éditeurs de presse

François DEVEVEY (titulaire) - fédération nationale de la presse française (FNPF)
Marie HARALAMBON (titulaire) - syndicat de la presse magazine et d'information (SPMI)

. Vincent de BERNARDI (suppléant) - syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR)
. Charles-Henri DUBAIL (suppléant) - fédération nationale de la presse d'information spécialisée (FNPS)

Représentants des éditeurs de livres

. Vianney de la BOULAYE (titulaire) - Larousse
. François GEZE (titulaire) - syndicat national de l'édition (SNE)
. Christine DE MAZIERES (suppléant) - syndicat national de l'édition (SNE)
. Lore VIALLE- TOURAILLE - (suppléant) Syndicat national de l'édition (SNE)

Représentants des producteurs audiovisuels

. Jacques PESKINE (titulaire) - union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)
. Juliette PRISSARD-ELTEJAYE (titulaire) - syndicat des producteurs indépendants (SPI)
. Benjamin MONTELS (suppléant) - union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)
. Anne-Sophie BARD (suppléant) - syndicat des producteurs indépendants (SPI)

Représentants des producteurs de cinéma

. Marie -Paule BIOSSE DUPLAN (titulaire) - union des producteurs de films (UPF)
. Frédéric GOLDSMITH - ex-chambre syndicale des producteurs et exportateurs de films français (CSPEFF), Association des producteurs de cinéma (APC)
. Jean-Claude ZYLBERSTEIN (suppléant) - union des producteurs de films (UPF)
. Idzard VAN DER PUYL(suppléant) - chambre syndicale des producteurs et exportateurs de films français (CSPEFF)

Représentants des radiodiffuseurs

. Christophe SABOT (titulaire) - syndicat des éditeurs radiophoniques nationaux (SRN)
. Philippe GAULT (titulaire) - syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendants (SIRTI)
. Sébastien PETIT - syndicat des radios généralistes privées (SRGP)
. Emmanuel BOUTTERIN (suppléant) - Syndicat National des Radios Libres (SNRL)

Représentants des télédiffuseurs

. Philippe BELINGARD (titulaire) - association des employeurs du service public de l'audiovisuel - France télévision
. Jean-Michel COUNILLON (titulaire) - TF1
. Guillaume GRONIER (suppléant) - association des chaînes du câble et des satellites (ACCeS)
. Pascaline GINESTE (suppléant) - CANAL +

Représentants des éditeurs de services en ligne

. Marine POUYAT (titulaire) - groupement des éditeurs des service en ligne (GESTE)
. Benoît TABAKA (titulaire) - association pour le commerce et les services en ligne (ACSEL)
. Dominique VALLEE (suppléant) - groupement français de l'industrie de l'information (GFII)
. Raymond DUVAL (suppléant) - groupement français de l'industrie de l'information (GFII)

Représentants des fournisseurs d'accès et de services en ligne

Daniel FAVA (titulaire) - Association française des fournisseurs d'accès (AFA)
Laurent FISCAL (suppléant) - Vigrin Mega

Représentants des consommateurs

Patrice BOUILLON (titulaire) - association pour l'information et la défense des consommateurs salariés (INDECOSA-CGT)
Alain BAZOT (titulaire) - UFC-Que choisir
Jean DELPRAT (titulaire) - Union nationale des associations familiales (UNAF)
Marie-Dominique HEUSSE (titulaire) - Association des directeurs des bibliothèques universitaires (ADBU)
Sylvain NIVARD (titulaire) - Centre national pour la promotion des aveugles et des amblyopes (CNPSAA)
Michel DIARD (suppléant) - association pour l'information et la défense des consommateurs salariés (INDECOSA-CGT)
Julien DOURGNON (suppléant) - UFC-Que choisir
Olivier GERARD (suppléant) - Union nationale des associations familiales (UNAF)
Dominique AROT (suppléant) - Association des bibliothéquaires de France (ABF)
Alain LEQUEUX (suppléant) - Centre national pour la promotion des aveugles et des amblyopes (CNPSAA)

Renseignements pratiques sur le CSPLA

Adresse postale :

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
Ministère de la culture et de la communication
3, rue de Valois
75001 PARIS

Site Internet :

<http://www.cspla.culture.gouv.fr/>

Président :
Jean-Ludovic SILICANI

Secrétariat :

01 40 15 82 16
cspla@culture.gouv.fr