

**COMMISSION DE L'ARTICLE L. 311-5 DU CODE DE LA PROPRIETE
INTELLECTUELLE**

ADOPTE

COMPTE-RENDU DE LA SEANCE DU 12 AVRIL 2016

en application du décret n° 2007-873 du 14 mai 2007

Membres présents et quorum

Le Président : Jean MUSITELLI

Organisations professionnelles présentes :

Au titre des représentants des bénéficiaires du droit à rémunération : COPIE FRANCE : 10 représentants ;
AVA : 1 représentant ; SOFIA : 1 représentant.

Au titre des représentants des consommateurs : ADEIC : 1 représentant ; CLCV : 1 représentant ; CSF : 1
représentant ; Familles de France : 1 représentant ; Familles Rurales : 1 représentant ; UNAF : 1 représentant.

Au titre des représentants des fabricants et importateurs de supports : AFNUM : 1 représentant ; FEVAD : 1
représentant ; SECIMAVI : 1 représentant ; SFIB : 1 représentant.

Le Président constate que le quorum est atteint (22 membres présents et le Président) et ouvre la séance.

L'ordre du jour de la séance est le suivant : **1)** adoption du compte-rendu de la séance plénière du 8 mars 2016 ; **2)** audition du chef du service des affaires juridiques et internationales du ministère de la culture et de la communication sur l'actualité du projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, en ce qui concerne les amendements sur le dispositif de la copie privée ; **3)** définition de la composition, du mandat et du calendrier du groupe de travail sur la méthodologie des études d'usages et l'élaboration des barèmes ; **4)** audition de Mme Laurence Marion, maître des requêtes au Conseil d'État, pour une expertise juridique des textes et des jurisprudences applicables au dispositif de la copie privée ; **5)** questions diverses.

Avant de commencer les discussions, **le Président** informe les membres que le point 2 de l'ordre du jour est reporté à la prochaine séance plénière de la commission, le chef du service des affaires juridiques et internationales du Ministère de la culture et de la communication, qui devait présenter à la commission l'actualité des amendements sur la copie privée apportés au projet de loi sur la création, l'architecture et le patrimoine, ayant été retenu par d'autres obligations.

En outre, pour des raisons pratiques, l'intervention de Mme Laurence Marion se fera avant la définition de la composition, du mandat et du calendrier du groupe de travail sur la méthodologie des études d'usages et l'élaboration des barèmes.

1) Adoption du compte-rendu de la séance plénière du 8 mars 2016 :

Le Président précise que le secrétariat de la commission a joint aux convocations des membres pour la présente séance un projet de compte-rendu portant sur la séance plénière de la commission du 8 mars dernier. Le secrétariat n'a reçu qu'une demande de modification de ce compte-rendu émanant de Monsieur Van der Puyl (Copie France).

Le Président demande aux membres s'ils souhaitent apporter d'autres modifications au projet de compte-rendu ou s'ils ont des observations à formuler.

Monsieur Bonnet (Familles de France) précise que, n'ayant pas pu être présent à la séance du 8 mars, il préfère s'abstenir de voter l'approbation du compte-rendu.

Le Président en prend acte et soumet le projet de compte-rendu au vote de la commission.

Le compte-rendu portant sur la séance plénière du 8 mars 2016 est adopté à la majorité des membres présents de la commission. Une abstention est exprimée.

Le Président souhaite la bienvenue à Madame Laurence Marion, maître des requêtes au Conseil d'État, et la remercie d'avoir accepté, malgré une sollicitation tardive, de faire une présentation sur les textes et la jurisprudence applicables au dispositif de la copie privée à la demande de la commission. La commission devra en effet adopter de prochaines décisions actualisant les barèmes de rémunération, qui devront être en accord avec le droit applicable et les dernières décisions prises par le Conseil d'État et la Cour de Justice de l'Union Européenne sur le sujet.

La présentation de Madame Laurence Marion sera suivie d'une discussion avec les membres, au cours de laquelle ceux-ci pourront lui poser des questions.

2) Audition de Mme Laurence Marion, maître des requêtes au Conseil d'État, pour une expertise juridique des textes et des jurisprudences applicables au dispositif de la copie privée :

Madame Marion remercie le Président et les membres de la commission de la recevoir et commence sa présentation.

1. Quelques remarques d'ordre général sur le cadre juridique

La rémunération pour copie privée est une question juridiquement épineuse, passionnelle, car elle fait intervenir une multiplicité d'acteurs aux intérêts contradictoires : les titulaires de droits de propriété intellectuelle, les commerçants, le public... Depuis quelques années s'ajoute une difficulté supplémentaire dans les bouleversements technologiques qui ont profondément renouvelé la grille de lecture traditionnelle et l'usage des supports de copie. Il appartient à la commission, dans un contexte sans cesse fluctuant, non seulement de tirer les conséquences de ces évolutions mais plus fondamentalement de reconstruire totalement le dispositif, ce qui est en soi un exercice délicat, qui peut devenir insurmontable dans le contexte de divergence d'intérêts rappelé plus haut.

Le point de départ est bien connu : le contrôle de la reproduction par les titulaires de droit est un élément constant du régime juridique des droits d'auteur qui découle lui-même du droit de propriété. Mais ce principe bien établi se heurte à une difficulté pratique puisqu'il est souvent impossible de connaître l'existence d'actes de reproduction devant être soumis au droit de propriété. Cette considération pratique, à laquelle on a ajouté également la nécessité de respecter l'intimité de la vie privée des utilisateurs, a justifié l'élaboration de l'exception de copie privée. Elle doit répondre à deux exigences cumulatives, parfois redondantes, qui est l'usage dans la sphère privée et que l'utilisation ne soit pas collective (en dehors du « cercle familial »).

Précisons qu'en droit français, les consommateurs ne disposent pas d'un droit subjectif (c'est-à-dire un droit qui leur serait propre) à la copie privée : il s'agit bien dans notre système juridique d'un aménagement des modalités du régime juridique des droits d'auteur.

Le régime de la copie privée, qui est ancien en droit français, n'est plus aujourd'hui une affaire nationale depuis que la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information l'a consacré au niveau européen. Aujourd'hui, 25 pays de l'Union européenne bénéficient d'un mécanisme de rémunération pour copie privée.

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) est intervenue à plusieurs reprises pour préciser le cadre juridique. Tout d'abord par un arrêt du 21 octobre 2010, « *Padawan* », qui constitue aujourd'hui la décision de référence même s'il n'est pas toujours évident à interpréter.

Le paysage juridique a été marqué ces dernières années par une forte instabilité, à la suite de plusieurs annulations contentieuses. Ces différents recours ont toutefois permis de fixer l'interprétation par le Conseil d'État (CE) du cadre juridique de l'exception de copie privée.

Il faut signaler que l'annulation des différentes décisions par le CE reposait seulement sur deux difficultés consistant en une assiette trop large de la rémunération :

1° la première concernait l'exclusion de l'assiette de la rémunération des usages illicites des supports d'enregistrement. La CJUE a validé rétrospectivement ce qu'avait jugé le CE dans plusieurs arrêts, en particulier le 11 juillet 2008 (*Simavelec* n°298779), par un arrêt du 10 avril 2014 (affaire « *ACI Adam BV* », C-435/12).

Il n'est donc pas possible que la rémunération pour copie privée permette à ceux qui souffrent le plus des contrefaçons de percevoir une forme de compensation liée à une activité illicite de la copie privée : la copie privée a pour seul objectif de permettre une compensation de l'impossibilité de percevoir des droits légaux. Ce qui relève de l'activité illicite est étranger à l'objet de la rémunération pour copie privée. Cette approche est aujourd'hui commune à la CJUE, au législateur et au CE.

2° l'exclusion de l'assiette des matériels acquis à des fins professionnelles. C'est cette fois la CJUE qui a estimé la première que la fabrication ou l'importation d'équipements, appareils ou supports d'enregistrement manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé ne pouvait donner lieu à compensation au profit des auteurs et artistes interprètes. Le CE n'a pas pu faire autrement qu'en tirer les conséquences en annulant la décision n°11 du 17 décembre 2008 de la commission qui refondait entièrement le dispositif sans toutefois exclure de l'assiette les matériels acquis à des fins professionnelles (CE, 17 juin 2011 *Canal + distribution et autres* n°324816).

Sur ce point particulier de l'exclusion des matériels utilisés à des fins professionnelles, la CJUE a ensuite précisé le cadre juridique dans sa décision du 11 juillet 2013 dit arrêt « *Amazon* », qui a admis que pour des raisons de simplicité devant être solidement documentées, la rémunération pouvait s'appliquer à l'ensemble des supports mis en circulation, pour autant qu'un tel système soit assorti, à concurrence de ceux qui ont été en fait acquis à des fins professionnelles, d'un mécanisme de droit à remboursement effectif et ne rendant pas excessivement difficile la restitution de la rémunération payée, dans l'hypothèse où il est fait un usage strictement professionnel du support.

Sur la base de cette jurisprudence de la CJUE, le législateur français est intervenu en 2011 (en ajoutant un III à l'article L. 311-8 du code de la propriété intellectuelle) pour permettre aux redevables d'obtenir le remboursement des sommes qu'ils auraient acquittées au titre des matériels acquis à des fins professionnelles. Le CE a jugé que ce dispositif ne méconnaissait pas les objectifs de la directive (CE, 12 avril 2013, n°357120 et 357121 sté Nokia France SA et syndicat de l'industrie des technologies de l'information).

2. Les points d'attention pour les travaux de la commission

Le cadre juridique et jurisprudentiel général ayant été rappelé, **Madame Marion** aborde la présentation de trois questions particulières qui peuvent se poser à la commission et avoir un impact important sur ses prochains travaux.

1° La première question concerne la nature juridique de la rémunération pour copie privée.

Le rapprochement des différents textes, de la jurisprudence, éclairée par les conclusions des rapporteurs publics, montre qu'il ne faut pas tirer de conséquences juridiques des nuances de rédaction entre les différentes sources de droit. Le code de la propriété intellectuelle évoque certes une « *rémunération* » (article L. 311-1 et suivants) qui peut paraître, à première lecture, différente de la notion de « *compensation équitable* » qu'on retrouve en droit européen et dans la jurisprudence européenne et qui semble s'inscrire davantage dans une logique d'indemnisation.

Mais il faut à ce stade rappeler la manière dont les différentes normes s'articulent entre elles. Le droit communautaire, comme tout le droit international, est situé tout en haut de la hiérarchie des normes, qui est elle-même définie par notre Constitution. Cela signifie qu'il s'impose au législateur et qu'en cas de conflit entre une loi et une norme internationale telle qu'une directive, le juge fera prévaloir cette dernière en écartant l'application de la loi. Mais il ne procédera ainsi que si la contradiction est frontale. Si ce n'est pas

le cas, le juge s'efforce d'interpréter le droit national, lorsqu'il y a marge d'interprétation, conformément aux orientations du droit international et en particulier du droit communautaire.

Ajoutons également que s'agissant des directives, chaque État dispose d'une marge de manœuvre dans la manière dont il les transpose dans sa législation. Contrairement aux règlements européens, il n'y a pas de règles uniformes applicables sur tout le territoire de l'UE. Chaque État, en revanche, s'astreint à respecter les objectifs de la directive. En la matière, la limite est l'obligation de « compensation équitable » au profit des auteurs et artistes interprètes. La CJUE, dans son arrêt « *Padawan* » en 2010, a indiqué que cette notion de « compensation équitable » devait être interprétée de la même manière dans tous les pays de l'Union européenne, indépendamment de la faculté reconnue à ceux-ci de déterminer, dans les limites du droit de l'Union, la forme, les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de la compensation.

Si le code de la propriété intellectuelle était frontalement contraire au droit européen tel qu'il figure dans la directive de 2001 et tel que la CJUE l'interprète, le CE aurait été conduit à l'écarter. Il ne l'a pas fait et les rapporteurs publics ne l'ont jamais invité à le faire. Il faut en conclure que les définitions sont en phase, même si la terminologie n'est pas exactement la même.

Il paraît aujourd'hui acquis qu'il ne s'agit pas, pour la commission, d'indemniser ni même d'évaluer le préjudice subi par les ayants droit. L'objectif n'est pas de réparer un préjudice passé mais d'accorder aux ayants droit une compensation équitable à la licence légale prévue par le code de la propriété intellectuelle. Il s'agit bien d'évaluer le préjudice « potentiel » : cela ressort clairement à la fois des conclusions du rapporteur public Édouard Crepey, mais aussi du texte de la directive à laquelle il se réfère, plus particulièrement le considérant 35 de la directive, qui énonce que :

« Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question.

Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement. »

Il est question d'un préjudice potentiel qui correspond seulement au montant que procurerait la somme des paiements d'un droit pour chaque copie privée s'il était possible de l'établir et de le percevoir : cela résulte de la jurisprudence fondatrice « *Padawan* » de la CJUE mais aussi de la décision du CE du 17 juin 2011. Ce montant est évalué par les études d'usage et l'examen des caractéristiques techniques des différents supports.

Il ne s'agit pas non plus de s'intéresser aux sommes que percevraient les auteurs et artistes interprètes en l'absence de toute exception de copie privée. Ce mode de calcul ne correspond pas à la logique de compensation équitable en droit européen ni à celle de rémunération en droit interne et il a été explicitement écarté par le CE dans sa décision de 2014.

2° La deuxième question porte sur la méthodologie de calcul.

Le montant de la rémunération est établi en particulier au regard de statistiques des usages, des études financées par le ministère de la culture et réalisées par des instituts de sondage.

La méthode de calcul est bien évidemment une question d'une sensibilité particulière.

L'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle a été modifié en 2011. Il prévoit désormais que « *le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée ou de la capacité d'enregistrement*

qu'il permet » mais aussi que « ce montant est également fonction de l'usage de chaque type de support et de la durée ou de la capacité d'enregistrement qu'il permet ».

La prise en compte de l'usage du support est une nouveauté par rapport à l'état précédent du droit qui fondait principalement le calcul de la rémunération sur le critère de la durée d'enregistrement des différents supports. Avec la prise en compte des progrès technologiques, c'est ensuite le critère de la capacité de stockage des supports qui est devenu déterminant. Ont également été progressivement pris en compte les modalités d'usage du support, c'est-à-dire la part de la capacité du support que l'utilisateur sollicite en pratique pour la copie privée. Il en résulte un calcul complexe, qui n'est pas nécessairement apparu comme transparent. Le Conseil d'État a sanctionné les décisions de la commission qui intégraient des paramètres non conformes aux prescriptions législatives. La décision n°15 a renforcé la transparence et donc l'acceptabilité des barèmes en proposant de systématiser et de rendre publique la méthode de calcul employée.

Sur ce point relatif à la méthode de calcul des barèmes, la décision du CE qui fait référence est l'arrêt du 17 juin 2011 (CE, 17 juin 2011, *Canal + distribution et autres* n°324 816). Cet arrêt est « fiché » sur ce point (cela signifie que le juge s'est explicitement prononcé sur un point de droit qui est référencé dans les tables de jurisprudence et sert donc de « précédent opposable » dans d'autres litiges).

Le Conseil d'État a ainsi indiqué que la rémunération pour copie privée devait être fixée à un niveau permettant de produire un revenu, à partager entre les ayants droit, globalement analogue à celui que procurerait la somme des paiements d'un droit par chaque auteur d'une copie privée s'il était possible de l'établir et de le percevoir. Le CE a précisé que, pour fixer la rémunération, la commission doit apprécier, sur la base de la capacité technique des matériels et de leurs évolutions, le type d'usage qui en est fait par les différents utilisateurs, en recourant à des enquêtes et des sondages qu'il lui appartient d'actualiser régulièrement. De ce point de vue, en se référant à « l'usage », la jurisprudence est en phase avec la loi telle qu'elle figure dans le code de la propriété intellectuelle.

Le Conseil d'État a explicitement jugé que si cette méthode de fixation des rémunérations repose nécessairement sur des approximations et des généralisations, elle doit toujours être fondée sur une étude objective des techniques et des comportements et ne peut reposer sur des hypothèses ou des équivalences supposées.

Le CE s'est bien inscrit dans le prolongement de l'arrêt « *Padawan* » de la CJUE qui a admis que la rémunération pouvait avoir un caractère forfaitaire (ce qui la sépare bien de la notion de préjudice indemnisable puisqu'en droit français un préjudice est intégralement réparable). Il faut donc comprendre que la rémunération pour copie privée, si elle doit être fondée sur des critères juridiquement exacts et aboutir à un résultat conforme aux objectifs de la directive, peut n'être assise que sur des approximations de la réalité des pratiques.

Comme le CE, dans cette décision, a annulé la décision qui était attaquée, il n'était pas tenu de se prononcer sur l'ensemble des moyens qui lui étaient présentés et en particulier sur la pertinence de l'étude TNS Sofres. On peut toutefois se référer aux conclusions du rapporteur public, Delphine Hédary, qui ne font pas jurisprudence mais qui donnent quelques indications sur ce qu'aurait pu juger le CE s'il avait pu se prononcer sur ce point :

- a) le CE ne contrôlerait qu'une différence manifeste évidente entre l'objectif posé par les textes et la réalité analysée par les études et sondages : c'est conforme à ce qu'il a l'habitude de faire dans ce type de situation ;
- b) Delphine Hédary indiquait toutefois que les barèmes établis sur la base de cette étude ne paraissaient ni manifestement excessifs, ni inexacts ni inéquitables ;
- c) elle précisait enfin qu'il serait souhaitable que ces éléments soient actualisés et s'efforcent d'approcher aussi bien que possible la réalité des techniques et des comportements.

La question s'est à nouveau posée à l'occasion du contentieux qui a donné lieu à la décision du 19 novembre 2014 (*sté research in motion UK Ltd et autres* n°358734). Cette fois-ci, comme le Conseil d'État a rejeté la requête, il a été conduit à examiner l'ensemble des moyens soulevés. Et il a jugé qu'il ne ressortait pas des

pièces du dossier que la méthode utilisée pour la réalisation des deux études sur lesquelles se fondait la décision attaquée ait été obsolète.

C'est la seule portée du jugement de 2014, qui juge qu'en 2012 la méthode n'était pas obsolète. Elle pourrait en revanche l'être devenue en 2016, mais nous comprenons des conclusions des différents rapporteurs publics à la fois qu'il faut veiller à l'actualisation des données, mais aussi qu'il faudrait apporter la démonstration, pour que la reconduction de la méthode entraîne l'annulation de la décision qui se serait appuyée dessus, que le choix d'une autre méthode aurait été plus pertinent et aurait donné des résultats très différents.

Globalement, on peut dire que les grandes lignes de la méthode ont été validées, ou plutôt n'ont pas été censurées, mais que le Conseil d'État exige une actualisation de celle-ci.

Le CE n'a en revanche pas donné d'indications précises sur ce que devait comporter ou non cette méthode, il s'est contenté de vérifier qu'elle n'était pas manifestement en décalage avec la réalité.

3° La troisième question porte sur la détermination du barème.

A deux reprises (2011 et 2014), les rapporteurs publics se sont étonnés de ce que les modifications d'assiette et en particulier l'exclusion des copies de source illicite avaient « par un heureux hasard » été exactement compensées par la réévaluation à la hausse des taux de compression des fichiers téléchargés et stockés et avaient abouti à une reprise à l'identique de certains barèmes.

Le CE n'en a pas tiré de conséquences, mais il semble qu'il faudrait veiller à ne pas reproduire ce tour de passe-passe qui peut compromettre l'idée d'une évaluation réaliste des tarifs et du barème. Comme le relevait le rapporteur public Édouard Crepey « *la stabilité du barème par rapport à un point de départ qui n'a jamais été réellement validé, est un indice qui peut rendre suspicieux sur sa pertinence, mais elle n'établit pas par elle-même son caractère grossièrement erroné au point d'arrivée* ».

Par conséquent, **Madame Marion** appelle la commission à tenir compte, dans ses travaux futurs, de cet étonnement du juge administratif qui pourrait, à l'avenir, ne plus s'accommoder d'une intangibilité des barèmes, même dans le cadre d'un contrôle d'erreur manifeste.

Le Président remercie Laurence Marion pour cette présentation très claire et utile pour les futurs travaux de la commission. La discussion est à présent ouverte, il invite les membres de la commission qui le souhaitent à prendre la parole.

Madame Demerlé (SFIB) observe que le concept de « préjudice potentiel » est assez choquant d'un point de vue juridique, puisqu'un préjudice est en principe avéré et doit être compensé pour son intégralité. Le fait de devoir construire une notion hybride entre celle d'indemnisation d'un préjudice et celle de rémunération relève donc une gymnastique d'esprit compliquée.

Elle souhaite à présent soumettre à Laurence Marion les questions que se pose encore le collège des industriels. Au titre de la première question, ceux-ci souhaitent savoir si la rémunération pour copie privée est cessible, car il leur semble que dans l'un des derniers arrêts de la CJUE (dit « *Reprobel* »), la Cour a rappelé que le droit à la rémunération des artistes est un droit qui leur est propre et que par conséquent, leur droit à la rémunération pour copie privée ne peut être cédé. Sur ce point, Madame Demerlé estime que cette jurisprudence est de nature à remettre en question les bénéficiaires de la rémunération pour copie privée en France.

En outre, le collège des industriels s'interroge sur les limites du cercle de famille.

Enfin, la question de la prise en compte des mesures techniques de protection se pose également. Pour le collège des industriels, ces mesures techniques de protection, dans la mesure où elles empêchent catégoriquement la copie de certaines œuvres, ne sont pas suffisamment prises en compte par la commission. Elle souhaite connaître l'avis de Laurence Marion sur ce point.

Sur la prise en compte des mesures techniques de protection, **Madame Marion** observe que si une œuvre ne peut pas être copiée, il paraît difficile de la soumettre au barème.

S'agissant de la question du cercle de famille, il lui semble que celle-ci n'est pas tranchée, tant au niveau du droit national qu'au niveau du droit communautaire. Mais elle reconnaît que ce sujet est important parce qu'il conditionne la portée de l'exception de copie privée.

S'agissant de la première question sur la cessibilité de la rémunération pour copie privée, Laurence Marion considère que, dans la mesure où le droit français s'inscrit, dans le cadre de l'exception de copie privée, dans une logique de rémunération forfaitaire rattachée de surcroît au droit de la propriété à travers la réglementation sur la propriété littéraire et artistique, et non dans une logique de préjudice qui supposerait une réparation intégrale du préjudice subi, il peut s'inscrire dans une logique de cession puisque la rémunération pour copie privée apparaît alors comme une sorte de créance. Néanmoins, elle reconnaît n'être pas spécialiste de la question, notamment des cessions de créances attachées au droit d'auteur. Elle précise que cette réponse n'engage qu'elle et qu'en tout état de cause, le CE n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question.

Monsieur El Sayegh (Copie France) précise que l'arrêt du Conseil d'État du 17 juin 2011 n'a pas annulé la décision n°11 de la commission en raison d'une irrégularité des barèmes de rémunération mais en raison de la circonstance que cette décision avait été prise en application d'une législation nationale non conforme au droit européen. Il rappelle que la décision n°11 avait été adoptée par la commission antérieurement à l'arrêt « *Padawan* » de la CJUE, sur le fondement duquel le Conseil d'État avait ensuite annulé cette même décision n°11.

Madame Marion le confirme.

Monsieur El Sayegh (Copie France) a en outre quelques observations à faire sur les trois points soulevés par la représentante du SFIB.

S'agissant de la question du caractère cessible de la rémunération, il indique qu'il a pour sa part une lecture très différente de l'arrêt *Reprobel*. Selon lui, celui-ci ne statue pas sur le caractère cessible de la compensation, il dit simplement qu'une loi nationale ne peut pas priver l'un des ayants droit visés à l'article 2 de la directive 2001/29 de son droit à rémunération pour copie privée lorsque l'exception de copie privée est introduite dans la législation nationale.

Cet article 2 de la directive fixe la liste des titulaires originaires du droit de reproduction : les auteurs, les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les radiodiffuseurs. Les éditeurs n'y figurent pas.

La loi belge, que la CJUE a jugé non conforme au droit européen dans l'affaire « *Reprobel* », prévoyait non pas une cessibilité de la rémunération pour copie privée de l'auteur mais un partage *ab initio* de cette rémunération entre l'auteur et l'éditeur d'une œuvre littéraire. La question ne portait donc pas sur le caractère cessible ou non de la rémunération. Il était question pour la CJUE de déterminer s'il était possible de priver l'un des bénéficiaires de la rémunération pour copie privée de manière arbitraire, et la CJUE a répondu par la négative.

Pour répondre plus précisément à la représentante du SFIB, il rappelle que le droit à la rémunération pour copie privée trouve son origine dans le droit de reproduction du titulaire de droits, qui, par définition, est cessible.

L'exception de copie privée constitue une sorte d'expropriation du droit de reproduction du titulaire, qui est justifiée par la mise en balance de différents intérêts et libertés fondamentales, et la rémunération pour copie privée constitue une indemnisation en contrepartie à cette expropriation. La perception de la rémunération pour copie privée constitue en outre une obligation de résultat pesant sur les États membres, selon une jurisprudence établie en 2011 par la CJUE.

Il observe que les éditeurs sont des cessionnaires de second rang du droit de reproduction et que ceux-ci sont par conséquent expropriés de ce droit de reproduction lorsque l'exception de copie privée s'applique. Or, il estime que, juridiquement, on ne peut pas être exproprié d'un droit sans en être indemnisé. Il est donc selon lui tout à fait légitime que les éditeurs perçoivent de la rémunération pour copie privée.

Sur la question des mesures techniques de protection, il ne voit pas comment une mesure technique de protection (MTP) pourrait interdire ce qui juridiquement est permis. Dès lors que l'exception de copie privée s'applique, le titulaire de droits ne peut pas empêcher les utilisateurs de faire des copies privées. Il ajoute que la CJUE, dans son arrêt *VG Wort* rendu en 2013, était interrogée sur la compatibilité entre l'exception de copie privée et la présence de MTP et a jugé que la présence de MTP ne rend pas caduque l'exception de copie privée. Ainsi, MTP et exception de copie privée doivent pouvoir cohabiter.

La Cour a en revanche précisé que la coexistence des MTP et de l'exception de copie privée pouvait avoir une incidence sur le niveau de la compensation.

Monsieur Elkou (AFNUM) souhaite revenir sur les propos de Laurence Marion portant sur la question de la méthode d'évaluation de la rémunération pour copie privée. Il relève de ces propos que cette méthode doit être la plus objective possible, doit aussi tenir compte de l'évolution technologique. Sur ce point, il est clair que l'époque analogique, où les usages étaient relativement simples, est révolue. Il faut aussi tenir compte de l'évolution des usages. Il a également été rappelé que le Conseil d'État serait sensible à toute erreur manifeste de la méthodologie.

Sur le concept de préjudice potentiel, le Conseil d'État, dans son arrêt de juin 2011, demande à la commission d'évaluer une somme équivalente à ce que les consommateurs auraient payé si une relation marchande avait pu être instituée pour qu'ils s'acquittent d'un droit à la copie pour chaque copie effectuée. Il est donc nécessaire de raisonner par rapport à cette fiction qui consiste à imaginer quel aurait été ce marché de la copie privée s'il avait pu être établi, donc par rapport à une situation hypothétique qui renvoie à cette idée de préjudice potentiel.

Selon lui, la commission est tout à fait en mesure, avec les outils dont elle dispose, d'évaluer ce préjudice potentiel.

Pour le collège des industriels, la méthode actuelle d'évaluation de la rémunération pour copie privée utilisée par la commission mérite d'être actualisée parce qu'elle résulte des pratiques de copies de l'époque analogique. Aujourd'hui, de nombreuses nouvelles pratiques se développent telles que par exemple la réalisation de copies à des fins de sauvegarde ou de transfert d'un équipement à un autre.

La commission devrait selon lui développer une analyse plus fine dans l'évaluation du préjudice potentiel. En tout état de cause, le collège des industriels considère que la méthode actuelle d'évaluation des barèmes est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dans la mesure où elle consiste à considérer que tous les usages sont équivalents, y compris les copies à des fins de sauvegarde ou de transfert, alors qu'une distinction devrait pouvoir être opérée entre ce type de copies et les copies classiques.

Il souhaite connaître l'avis de Laurence Marion sur ce point.

Madame Marion estime que tout ce qui peut constituer un effort pour affiner les pratiques renvoie aux préoccupations formulées par le Conseil d'État consistant à être au plus proche de la réalité de ces pratiques, sans toutefois qu'une obligation d'exhaustivité pèse sur la commission. En effet, le Conseil d'État a reconnu qu'il y avait nécessairement un degré d'approximation dans la méthode d'évaluation, qui suppose de faire des choix.

À son sens, ce que le Conseil d'État pourrait contrôler dans le cadre de l'erreur manifeste d'appréciation serait, à titre d'exemple, la pertinence des questions posées au cours des enquêtes, la manière dont sont mesurées les pratiques ou l'assiette de la rémunération.

Monsieur Guez (Copie France) souhaite revenir sur deux éléments de la discussion.

S'agissant de la notion de cercle de famille, il précise que le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur ce point mais que le juge judiciaire a indiqué, dans sa jurisprudence dite « *Mulholland Drive* », que le cercle de famille comprend les proches de la personne qui réalise des copies. Il précise que la méthode de calcul des barèmes qui fonde les dernières décisions prises par la commission tient compte de cette jurisprudence.

S'agissant des notions de copies de sauvegarde ou de transfert, il indique que le Conseil d'État ne s'est pas non plus prononcé spécifiquement sur ce point. En revanche, il précise que lors des précédents contentieux portant sur les décisions de la commission, les requérants avaient notamment plaidé, pour justifier l'annulation d'une décision, le fait que la méthode de calcul des barèmes ne tenait pas compte de ces copies de sauvegarde et de transfert mais le Conseil d'État n'a pas retenu ce motif pour annuler la décision.

Monsieur Bonnet (Familles de France) retient quelques points importants pour les consommateurs.

Sur la notion de cercle de famille, il s'interroge sur la signification qu'un jeune utilisateur peut donner à la notion de proche, notamment au regard des relations sociales que celui-ci peut développer sur internet. La commission devra donc être attentive à délimiter clairement les contours de cette notion, car il est important que les consommateurs sachent exactement ce qu'ils ont le droit de faire ou pas dans le cadre de l'exception de copie privée.

Sur la question de l'identité des barèmes en dépit des modifications de l'assiette de la rémunération, elle suscite également toujours l'étonnement des représentants des consommateurs, d'autant plus qu'ils ont le sentiment que la part illégale est souvent sous-estimée dans les usages parce qu'elle est souvent difficile à

mesurer par les consommateurs. Il relève sur ce point qu'il n'est pas toujours facile d'aller explorer des pratiques qui relèvent de la vie privée des consommateurs.

Quant aux mesures techniques de protection, il entend bien les différents arguments, mais il est avéré qu'un certain nombre d'œuvres, particulièrement les œuvres audiovisuelles, sont protégées par ces mesures et il ne voit pas très bien ce qui peut relever de la copie privée dans le cadre de l'utilisation de ces œuvres, qui sont inaccessibles à la copie.

Monsieur Van der Puyl (Copie France) souhaite compléter sur certains points.

Sur la notion de cercle de famille, il remarque que la CJUE a rendu en mars 2015 un arrêt « Copydan » dans lequel elle semble dire que la compensation pour copie privée a vocation à s'appliquer dans l'hypothèse de copies privées effectuées à partir d'un support prêté par un tiers. Cette jurisprudence reste à expertiser, néanmoins elle semble aller dans le sens d'un élargissement de cette notion de cercle de famille.

Sur la question des MTP, il précise que les études d'usages sur lesquelles se fondent les dernières décisions de la commission ont bien pris en compte l'existence de ces mesures, certaines questions posées aux sondés portant notamment sur le contournement des MTP aux fins de quantifier les pratiques de copies illicites pour les exclure de l'assiette de la rémunération. L'exclusion de ces copies de source illicite a bien été opérée dans le calcul des barèmes en vigueur. C'est donc l'objet des études d'usages de mesurer l'impact de ces mesures techniques de protection.

Enfin, il retient de la présentation de Laurence Marion qu'en termes de méthodologie, le raisonnement du Conseil d'État se fonde principalement sur les études d'usages. Le travail de valorisation des copies mesurées par les études, qui est loin d'être évident, relève en premier lieu, selon lui, de la discussion entre les membres de la commission sur la base d'études d'usages les plus fines possibles. Le collègue des ayants droit appelle de ses vœux l'élaboration par l'ensemble des membres de la commission d'une méthodologie robuste, qui permette de répondre à l'ensemble des questions qui ont pu se poser jusqu'à présent.

Madame Jannet (Familles Rurales) remercie Laurence Marion pour la clarté de sa présentation. Elle aurait néanmoins souhaité obtenir des réponses sur la nécessité de prendre en compte ou non, dans les études d'usages, les copies de sauvegarde, de synchronisation et les MTP.

Madame Marion reconnaît que la réponse à cette question ne découle pas de la jurisprudence du Conseil d'État, qui ne s'est jamais prononcé sur le sujet. Elle pense néanmoins que la commission a sans doute intérêt à se saisir de cette question dès lors qu'elle entend élaborer une méthode de calcul robuste fondée sur une analyse aussi fine que possible des usages. En outre, dans la mesure où la prise en compte de ces copies aurait nécessairement un impact sur l'assiette de la rémunération, il pourrait être reproché à la commission par le Conseil d'État, s'il était saisi d'un nouveau litige sur la copie privée, de ne pas avoir tenu compte de cet aspect dans l'élaboration de la méthodologie.

Le Président remercie Laurence Marion pour sa présentation qui a le mérite d'avoir clarifié un certain nombre d'éléments dont la commission devra tenir compte dans la poursuite de ses travaux pour l'élaboration de nouvelles décisions.

(Madame Marion quitte la séance)

3) Définition de la composition, du mandat et du calendrier du groupe de travail sur la méthodologie des études d'usages et l'élaboration des barèmes :

Le Président souhaite en premier lieu faire un bref rappel du déroulement des procédures ayant trait à la conduite des études d'usages, que la commission a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre par le passé, afin que celle-ci puisse définir un calendrier.

En se référant notamment au rapport annuel de 2010-2011 de la commission, il a pu constater que les études d'usages se déroulent en trois phases successives :

- la définition des paramètres et le lancement des études, avec la désignation du prestataire. Cette phase concerne à la fois la commission et le Ministère de la culture et de la communication ;
- la réalisation de l'étude d'usages par le prestataire sur la base du cahier des charges qui lui a été confié ;

– la présentation à la commission des résultats de l'étude par le prestataire et l'examen de ces résultats qui doit conduire à la construction des barèmes.

S'agissant de la première phase, il appartient à la commission de désigner un groupe de travail qui sera chargé d'établir un projet de cahier des charges et un projet de questionnaire à soumettre au prestataire de l'étude. Une fois ces documents établis par le groupe de travail, ils seront soumis à l'approbation de la commission réunie en séance plénière, et une fois qu'ils seront adoptés, ils seront transmis aux prestataires dans le cadre d'une consultation lancée par le Ministère de la culture. Il est précisé que la commission a vocation à étudier les propositions faites par les prestataires dans le cadre de cette consultation et que le Ministère conclura le marché avec le prestataire désigné par la commission.

Si l'on s'en tient à l'expérience passée de la commission, la durée de cette première phase est comprise entre deux et trois mois. Il faudra voir comment cela peut s'ajuster avec le calendrier de travail établi par la commission.

La deuxième phase de réalisation de l'étude par le prestataire est d'une durée assez variable, comprise entre deux et quatre mois, selon l'importance de l'enquête à mener.

S'agissant de la troisième phase de présentation et d'examen des résultats de l'étude ainsi que d'élaboration des barèmes, sa durée est plus aléatoire mais est généralement comprise entre deux et trois mois.

Il rappelle que la commission a pour le moment fixé son calendrier jusqu'au 5 juillet. La première phase des études d'usages pourrait s'inscrire dans cette période. Il est possible que certaines séances plénières programmées par la commission jusqu'au 5 juillet soient remplacées par des réunions du groupe de travail qu'il s'agit aujourd'hui de constituer.

Il propose à la commission de se fixer dans un premier temps l'objectif d'aboutir à un cahier des charges qui puisse être adopté lors de la séance plénière prévue le 31 mai, pour être transmis aux prestataires. Cela signifie que le groupe de travail aura un mois et demi pour cette phase préalable d'élaboration du cahier des charges et du questionnaire. Il reconnaît que c'est très serré, mais cela correspond à l'objectif de départ que s'était fixé la commission d'adopter une décision fixant les barèmes pour quatre familles de supports d'ici la fin de l'année 2016.

La consultation publique qui sera lancée par le Ministère sur la base du cahier des charges adopté devrait, selon toute vraisemblance, notamment au regard du coût envisageable de l'étude portant sur un périmètre large de quatre familles de supports, s'inscrire dans le cadre d'une procédure formalisée, qui constitue la procédure de marché public la plus lourde. Il est précisé que, dans le cadre de cette procédure, une période incompressible de deux mois minimum sera nécessaire entre le lancement de la consultation et le choix définitif du prestataire.

Monsieur Van der Puyl (Copie France) observe qu'il conviendrait d'éviter la période estivale et celle de la rentrée scolaire pour la réalisation de l'étude. En effet, les usages de copie privée au cours de la période estivale sont trop éloignés de la réalité des pratiques constatées sur l'ensemble de l'année et la disponibilité des sondés est très aléatoire au mois de septembre. Les impératifs de fiabilité et d'exhaustivité de l'étude impliquent donc que celle-ci soit menée courant octobre-novembre 2016.

Le Président observe que si l'étude est réalisée en octobre-novembre 2016, les résultats ne pourront être présentés à la commission qu'en décembre, ce qui ne lui permettra pas, a priori, de respecter l'objectif qu'elle s'était fixé de parvenir à une décision à la fin de l'année 2016. Il reconnaît cependant que ce glissement de calendrier paraît plus réaliste et conforme au souhait, qu'il partage avec les membres, que les études d'usages soient réalisées dans des conditions garantissant leur fiabilité.

Toutefois, il souhaite maintenir l'objectif initial selon lequel la commission devra avoir adopté le cahier des charges au 31 mai 2016.

L'ébauche de calendrier qui se dessine sur la base de ces échanges est donc la suivante :

- adoption du cahier des charges par la commission réunie en séance plénière le 31 mai ;
- lancement de la consultation par le ministère, examen des propositions des prestataires et choix du prestataire entre juin et août-septembre ;
- réalisation de l'étude sur le terrain en octobre-novembre ;

- présentation et examen des résultats de l'étude en décembre ;
- élaboration des barèmes et adoption d'une décision en début d'année 2017.

Le Président lance à présent l'appel à candidatures pour la participation au groupe de travail.

Le groupe de travail portant sur la méthodologie des études d'usages et l'élaboration des barèmes est constitué comme suit :

– Pour le collège des consommateurs : Monsieur BONNET (Familles de France), Madame MORVAN (CSF), Madame QUERITE (ADEIC), Madame JANNET (Familles Rurales), Monsieur GERARD (UNAF), Monsieur GAYRAUD (CLCV) ;

– Pour le collège des fabricants et importateurs : Monsieur ELKON (AFNUM), Madame DEMERLE (SFIB), Monsieur DIXNEUF (SECIMAVI), Monsieur LE GUEN (FFTélécoms), Monsieur PETIOT (FEVAD) ;

– Pour le collège des ayants droit : Monsieur LONJON, Monsieur CHARRIRAS, Monsieur GUEZ et Monsieur VAN der PUYL (Copie France), Madame FERRY-FALL (AVA), Madame PIRIOU (SOFIA).

Le Président propose aux membres de la commission de se réunir en séance plénière le 3 mai pour auditionner le chef du service des affaires juridiques et internationales du ministère de la culture et de la communication sur l'actualité du projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, en ce qui concerne les amendements sur le dispositif de la copie privée. Ensuite, une première réunion du groupe de travail pourrait prendre la suite de cette audition, le même jour et dans la même salle. Il conviendrait en outre de fixer deux dates supplémentaires au mois de mai pour réunir le groupe de travail.

Les membres et le Président s'accordent sur le calendrier suivant :

- mardi 3 mai 2016, 9h45 - séance plénière suivie d'une réunion du groupe de travail ;
- mardi 10 mai 2016, 10h - réunion du groupe de travail ;
- mardi 24 mai 2016, 10h - réunion du groupe de travail ;
- mardi 31 mai 2016, 9h45 – séance plénière ;
- mardi 21 juin 2016, 9h45 – séance plénière ;
- mardi 5 juillet 2016, 9h45 – séance plénière.

Le Président indique que le secrétariat transmettra à l'ensemble des membres de la commission, à titre d'exemple et pour faciliter les travaux du groupe de travail, le cahier des charges et le questionnaire qui avaient été adoptés en 2011 dans le cadre de l'étude sur les tablettes.

4) Questions diverses :

En l'absence de questions supplémentaires, le Président remercie les membres présents et lève la séance.

À Paris, le _____

Le Président