

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Mission relative
à la proposition de directive sur la gestion collective*
du 11 juillet 2012

**Rapport sur la gouvernance et la transparence des sociétés
remis le 20 novembre 2012**

* Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur

Président de la mission :
Jean MARTIN,
avocat à la cour,
personnalité qualifiée au CSPLA

Rapporteur de la mission :
Samuel BONNAUD-LE ROUX,
chargé de mission au bureau de la propriété intellectuelle
du ministère de la Culture et de la Communication

Paris, le

26 JUIL. 2012

Maître Jean Martin



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

Maître,

La Commission européenne a rendu publique, le 11 juillet dernier, une proposition de directive concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

La proposition de directive se donne pour objectif de promouvoir la transparence et d'améliorer la gouvernance des sociétés de gestion collective en renforçant leurs obligations d'information et le contrôle de leurs activités par les titulaires de droits. Cette directive vise également à encourager et faciliter la concession de licences de droits d'auteur multiterritoriales et multirépertoires pour l'utilisation d'œuvres musicales en ligne dans l'Union européenne et l'Espace économique européen. Ce texte est l'aboutissement de travaux menés de longue date sur la gestion collective et s'inscrit plus largement dans la stratégie définie en mai 2011 par la Commission européenne en matière de propriété intellectuelle.

Les sociétés de gestion collective constituent, en France comme en Europe, un des acteurs clés de la protection de la propriété littéraire et artistique. Face à la révolution numérique, elles se sont engagées dans des mutations de grande ampleur pour s'adapter aux évolutions technologiques et aux nouveaux types d'utilisation des œuvres. Le projet de directive qui les concerne soulève donc des enjeux de première importance pour toute l'économie de la création et de sa diffusion.

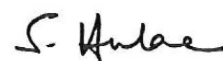
Au regard de votre connaissance éprouvée de ce secteur ainsi que de votre expérience au sein du Conseil supérieur, je souhaite vous proposer, sur la demande de Madame la ministre de la Culture et de la Communication, qui est particulièrement attachée à la contribution du Conseil supérieur à la préparation de cette négociation, de travailler sur la proposition rendue publique par la Commission. Je vous serais en effet reconnaissante de bien vouloir réaliser, d'ici la réunion plénière du Conseil supérieur programmée au mois d'octobre, une étude exploratoire des enjeux que soulève la proposition de la Commission européenne en ce qui concerne la transparence et la gouvernance des sociétés de gestion collective.

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France
Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Cette étude viserait à apprécier dans quelle mesure les dispositions proposées en matière de transparence et de gouvernance des sociétés de gestion collective sont de nature à permettre à celles-ci de poursuivre leurs missions dans des conditions appropriées et, notamment, d'assurer tant la sauvegarde efficace des droits et intérêts des titulaires de droits que la poursuite de leurs fonctions sociales et culturelles de redistribution et d'encouragement de la créativité.

Pour conduire vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur les membres du Conseil supérieur, que j'appelle à vous adresser s'ils le souhaitent leurs contributions écrites et que vous pourrez réunir et rencontrer selon les modalités qui vous paraîtront les plus appropriées. Vous bénéficierez en tant que de besoin du concours d'un rapporteur qui vous sera adjoint. Vous remettrez le résultat de vos travaux en octobre 2011, sous la forme d'une étude qui sera présentée au Conseil supérieur.

En vous remerciant d'avoir accepté de mener cette mission pour laquelle votre expertise vous qualifie tout particulièrement, et ce dans les délais contraints qu'impose la négociation qui s'engage, je vous prie de croire, Maître, à l'expression de mes salutations distinguées.



Sylvie Hubac

Table des matières

Introduction.....	6
1- Observations générales sur le texte.....	6
1.1- <i>L'articulation de la proposition de directive avec la législation française particulièrement développée en la matière.....</i>	<i>7</i>
1.2- <i>L'articulation de la proposition de directive avec la directive « Services ».....</i>	<i>8</i>
2. Subsidiarité et proportionnalité : un enjeu majeur pour la pertinence du dispositif.....	8
2.1- <i>La subsidiarité nécessaire.....</i>	<i>9</i>
2.2- <i>Le respect de la proportionnalité à améliorer.....</i>	<i>9</i>
2.2.1 Un modèle unique de gestion collective incompatible avec la diversité des systèmes de gestion reconnus par les États membres et consacré par la législation européenne : gestion collective volontaire et gestion collective obligatoire.....	10
2.2.2 Un modèle unique de marché des exploitations de la création incompatible avec la diversité des marchés et leurs besoins spécifiques : la nécessaire distinction du marché de la gestion des droits audiovisuels et de la musique.....	11
2.2.3 Un modèle unique de type de sociétés de gestion collective malgré leur diversité : les sociétés de sociétés.....	11
3. Le périmètre de la directive : un enjeu de compétition loyale dans la gestion des droits.....	12
3.1- <i>La définition de la gestion collective : ne pas créer de distorsion entre opérateurs de gestion de droits concurrents.....</i>	<i>12</i>
3.2- <i>Les opérateurs non établis mais agissant sur le territoire européen : les intégrer dans le champ d'application de la directive</i>	<i>13</i>
4. Le fractionnement des apports de droits.....	14
4.1- <i>Dimension et incertitudes du fractionnement.....</i>	<i>14</i>
4.2- <i>Une nécessaire interprétation sectorielle</i>	<i>15</i>
4.3- <i>Les risques induits.....</i>	<i>15</i>
4.4- <i>Pour un équilibre de droits régulé entre les ayants droit et les sociétés de gestion</i>	<i>16</i>
5- L'affiliation et le retrait d'une société: concilier liberté et les impératifs de gestion par un droit d'encadrement	16
6. La participation et le contrôle des associés.....	17
6.1- <i>L'ajustement nécessaire des diverses règles de fonctionnement de l'assemblée générale.....</i>	<i>17</i>
6.1.1 Une clarification des pouvoirs de décision.....	18
6.1.1.1 Une délégation statutaire.....	18
6.1.1.2 L'organe de compétence déléguée.....	18
6.1.1.3 La portée de l'interdiction pour l'assemblée générale de déléguer ses pouvoirs de nomination des dirigeants et de fixation de leur statut financier.....	19
6.1.2 Un aménagement de proportionnalité pour les autres compétences exclusives et directes de l'assemblée : concilier le pouvoir de contrôle des associés et les nécessités de la gestion économique.....	19
6.1.3 Un aménagement rédactionnel nécessaire : le rapport du contrôleur des comptes en assemblée.....	20

6.1.4 Le respect du principe d' <i>affectio societatis</i> : le mandat en assemblée générale.....	21
6.1.5 La participation des membres à l'assemblée générale.....	21
6.2- La clarification relative à l'organe exerçant la fonction de surveillance.....	22
6.2.1 Ne pas imposer la création d'un nouvel organe.....	22
6.2.2 Renforcer la prévention des conflits d'intérêt des dirigeants en l'élargissant aux « dirigeants-surveillants ».....	23
6.2.3 Abaisser les seuils relatifs d'exemption des petites sociétés.....	23
6.3- Procédures d'information: les moduler pour prévenir un alourdissement des coûts.....	24
7. La gestion des produits de droits d'auteur.....	25
7.1- <i>L'utilisation des produits de droits d'auteurs et produits financiers : maintenir l'unité économique dans la transparence.....</i>	<i>25</i>
7.2- <i>La distribution des montants : sécuriser par une prescription.....</i>	<i>26</i>
8. Les tarifs des sociétés : pour une base équitable par la prise en compte des intérêts culturels et sociaux portés par les sociétés de gestion collective.....	27
9. La résolution des litiges.....	28
Conclusion.....	29
Recommandations (dans l'ordre du texte de la proposition de directive).....	30
Annexe : organisations consultées.....	34

Rapport de la mission

Introduction

La Commission européenne a rendu publique, le 11 juillet dernier, une proposition de directive concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

Le texte intervient sur deux plans :

- il vise d'une part à améliorer les règles de transparence et de gouvernance des sociétés de gestion collective en renforçant leurs obligations d'information et le contrôle de leurs activités par les titulaires de droits. Ces dispositions sont transversales, car elles concernent toutes les sociétés de gestion de droits d'auteurs ou de droits voisins, quel que soit leur secteur.
- il entend d'autre part encourager et faciliter la concession de licences multiterritoriales et multirépertoires pour l'utilisation d'œuvres musicales en ligne dans l'Union européenne et l'Espace économique européen. Le texte ne s'applique ici qu'aux seules sociétés d'auteurs du secteur de la musique.

Le premier volet de la proposition de directive, objet de ce rapport, contient des dispositions générales relatives à l'objet, au champ d'application et aux définitions (titre I), et fixe un certain nombre d'exigences concernant l'affiliation aux sociétés de gestion collective, leur gestion financière et leur fonctionnement, l'information selon différents niveaux de communication pour les sociétés envers les titulaires de droits et les autres sociétés (titre II). On peut également y rattacher les mesures d'exécution, qui sont transversales et prévoient la mise en place par les sociétés de procédures de plainte et de résolution des litiges (titre IV).

Les points ayant plus particulièrement retenu l'attention de la mission sont les suivants :

1. Observations générales sur le texte

Les objectifs généraux de gouvernance et de transparence des sociétés de gestion collective poursuivis par la proposition de directive sont très largement partagés en France par les acteurs concernés, et ce d'autant plus qu'ils peuvent contribuer à renforcer la légitimité du secteur aux yeux du grand public.

Ils correspondent à l'évolution conduite par les sociétés de gestion collective dans un environnement favorisé par le législateur français, appuyée par le ministère de la Culture et de la Communication et la commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits.

Toutefois, l'utilité et l'efficacité de l'initiative communautaire se trouvent affaiblies par un manque caractérisé de pragmatisme et de réalisme sur certains des points du dispositif. Les réserves sérieuses qui en résultent peuvent cependant être levées par des aménagements du texte qui, fidèles aux objectifs fixés, permettraient en outre le respect du principe de proportionnalité.

1.1- L'articulation de la proposition de directive avec la législation française particulièrement développée en la matière

Les sociétés de gestion collective françaises évoluent dans un cadre législatif et réglementaire qui a intégré au fil des ans l'expérience acquise afin de répondre aux enjeux de bonne gouvernance et de transparence des activités et des flux financiers, qui sont ceux de la directive. Le régime juridique des sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) peut à ce titre être considéré comme un exemple.

Le titre II du livre troisième du code de la propriété intellectuelle, créé par la loi du 3 décembre 1985¹, et complété notamment par la loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006², prévoit un contrôle des SPRD par le ministre chargé de la culture aux divers stades de la vie de ces sociétés. Ce contrôle intervient d'abord au moment de la constitution de la société, *via* le contrôle des statuts et la délivrance d'un agrément en cas de gestion collective obligatoire. Puis, au cours de la vie sociale, à travers la communication par les sociétés de leurs comptes annuels, qui doivent être présentés sous forme de tableau dont la configuration et le contenu font l'objet des dispositions de l'article R. 321-8 du code de la propriété intellectuelle et de ses annexes 1 à 5.

En 2000³, le législateur français a souhaité également créer une instance *ad hoc*, la commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits, dont la mission essentielle est d'informer le Parlement, le Gouvernement, et les associés⁴. Cette commission, qui est pourvue de réels pouvoirs d'investigation, choisit en toute indépendance les sujets de ses contrôles et formule dans ses rapports des recommandations, dont elle suit après coup attentivement l'exécution pour en rendre compte. La commission permanente a développé, dès son origine, une analyse originale des comptes et flux financiers des sociétés, ce qui en fait une source d'information unique sur les conséquences chiffrées des évolutions du secteur.

Les rapports annuels de la commission permanente de contrôle et leurs recommandations permettent dans la durée d'accompagner des modifications statutaires des sociétés allant dans le sens d'un renforcement d'une bonne et transparente gestion.

La France a su ainsi prendre en compte, depuis une dizaine d'années, les problématiques liées à la transparence et à la gouvernance des sociétés de gestion collective. C'est pourquoi le présent avis s'attache à soulever certains éléments de modulation tendant à laisser une marge de manœuvre plus importante aux États membres dont le droit national prévoirait déjà des dispositifs de bonne gestion à l'ère numérique.

Recommandation n° 1

Distinguer deux situations très différentes selon que l'État membre dispose ou non d'une instance de contrôle des sociétés de gestion collective, et établir en conséquence deux régimes juridiques distincts afin de permettre aux États membres d'effectuer une transposition pertinente des objectifs communautaires.

1 Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle

2 Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

3 Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

4 L'article L. 321.13-III du code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que la CPCSPRD « présente un rapport annuel au Parlement, au Gouvernement et aux assemblées générales » de ces sociétés.

1.2- L'articulation de la proposition de directive avec la directive « Services »

Des questions se posent s'agissant de l'application de la directive « Services⁵ » aux activités des sociétés de gestion collective. La proposition mentionne expressément dans son exposé des motifs (point 1.1.) et dans son étude d'impact (point 3.1.3.) que les sociétés de gestion collective fournissent des services aux utilisateurs. Le considérant 3 confirme quant à lui la position selon laquelle les sociétés de gestion collective établies dans l'Union européenne y sont soumises aussi bien dans leurs relations avec les ayants droits et les autres sociétés de gestion collective qu'avec les exploitants.

Les sociétés de gestion collective contestent vivement cette affirmation et considèrent qu'elles ne rendent pas de services aux exploitants. Elles rappellent qu'elles agissent uniquement pour le compte des ayants droits et des autres sociétés de gestion collective qui leur ont confié la gestion de leurs droits, qui sont les seuls auxquels elles rendent des services et qui sont les seuls à les rémunérer.

En tout état de cause, l'application de la directive « Services » aux sociétés de gestion collective, que ce soit dans leurs rapports avec leurs membres ou dans leurs rapports avec les exploitants, ne pourrait être que modulée du fait de leur missions d'intérêt général et de leur nature propre.

À cet égard, il est observé que la proposition de directive n'appréhende les sociétés de gestion collective que sous un aspect commercial. Or, ces sociétés ont une activité civile et présentent un caractère coopératif et mutualiste affirmé : elles ne se contentent pas de percevoir des sommes au nom des auteurs pour leur redistribuer, mais leur proposent également une palette conséquente de services sociaux et culturels. Elles contribuent par leurs actions culturelles à favoriser la création et la diversité.

2. Subsidiarité et proportionnalité : un enjeu majeur pour la pertinence du dispositif

Si la situation particulière des sociétés de gestion collective dans le marché unique justifie l'intervention communautaire, la proposition de directive fixe des obligations particulièrement précises concernant la transparence et la gouvernance des sociétés de gestion collective, qui vont bien au-delà des textes communautaires applicables à d'autres types de sociétés dans le marché unique, les sociétés cotées en bourse par exemple.

Dans un arrêt du 12 novembre 1996⁶, relatif à la contestation par un État du respect du principe de subsidiarité par le Conseil dans un texte harmonisant des conditions de la santé et de la sécurité des travailleurs, la CJCE a distingué l'examen au titre de la subsidiarité, qui suppose un examen de la nécessité du recours à des mesures communautaires, et l'examen au titre de la proportionnalité qui porte sur la nature contraignante des mesures adoptées au regard de l'objectif poursuivi.

Il convient d'analyser sous le prisme de cette distinction certaines mesures susceptibles d'affecter les deux principes précités.

⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur

⁶ CJCE, 12 nov. 1996, aff. C-84/94, Royaume-Uni c/ Cons.

2.1- La subsidiarité nécessaire

Le principe de subsidiarité, consacré par l'article 5.3 du traité sur l'Union européenne, vise à déterminer le niveau d'intervention le plus pertinent dans les domaines de compétences partagées entre les États membres et l'Union européenne. Il commande à l'Union de n'intervenir que « *si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, (...) mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.* »

La proposition de directive s'inscrit dans le cadre de l'application du principe de subsidiarité tel qu'il résulte de sa mise en œuvre par la Commission et les co-législateurs, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union. Une action de l'Union est de nature à apporter une réponse au besoin d'un cadre minimum pour la gestion collective destiné à favoriser une bonne organisation dans l'intérêt des ayants droit comme celui des exploitants. Un tel cadre commun minimum ne peut résulter de la multiplicité d'initiatives nationales, relevant d'un processus long, complexe et incertain faute d'objectifs communs.

Au regard du principe de subsidiarité, l'instrument juridique choisi, une directive, constitue un outil pertinent pour articuler une action d'envergure communautaire avec les spécificités de chaque droit national. En d'autres termes, la voie suivie permettra au texte à la fois de fournir un socle commun minimum pour les États dont la législation serait insuffisamment développée et de s'inscrire dans un processus de rapprochement des législations nationales existantes lorsque celles-ci ont déjà mis en place un tel encadrement, qu'elles n'aient qu'à parfaire le cas échéant.

2.2- Le respect de la proportionnalité à améliorer

Le principe de proportionnalité, énoncé à l'article 5.4 du traité sur l'Union européenne, impose que l'action de l'Union européenne « *dans son contenu et sa forme n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ». Cela signifie que le contenu et la forme des actions doivent être en rapport avec la finalité poursuivie.

La Cour de justice rappelle régulièrement que les mesures adoptées doivent être aptes à réaliser l'objectif visé et ne pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire à cet effet⁷.

La Commission rappelle quant à elle que le « *principe de proportionnalité est en outre respecté [lorsque] les actions communautaires laissent la plus grande marge de manœuvre possible aux pratiques décisionnelles et systèmes juridiques bien établis dans les États membres (...) et doivent offrir aux États membres des solutions différentes pour réaliser les objectifs de l'action communautaire* » (rapport de la Commission⁸).

Le respect du principe de proportionnalité et de ses critères d'application s'impose particulièrement dans le domaine de la gestion collective des droits d'auteur et droits voisins, caractérisée par la diversité des modèles économiques et juridiques.

Or, la proposition de directive ne se contente pas de fixer des objectifs et de procéder à un rapprochement des législations existantes. Elle présente en effet la triple caractéristique de :

- 1- reposer sur un modèle unique de gestion collective,
- 2- se fonder sur une indifférenciation des marchés pertinents
- 3- comporter une batterie de dispositions d'application si détaillée qu'elles relèvent manifestement de l'ordre infra-législatif européen. Elle prive ainsi les États de la possibilité de procéder à une mise en œuvre des objectifs de la directive la plus pertinente et adaptée à leur cadre législatif, compromettant ainsi l'efficacité recherchée au regard des besoins des marchés pertinents pour les divers secteurs de la gestion collective.

⁷ CJCE, 18 mars 1980, aff. jointes 26/79 et 86/79, Forges de Thy-Marcinelle et Monceau c/ Comm.

⁸ Rapport de la Commission au Conseil européen, 2001, §2.3).

2.2.1 Un modèle unique de gestion collective incompatible avec la diversité des systèmes de gestion reconnus par les États membres et consacré par la législation européenne : gestion collective volontaire et gestion collective obligatoire

La diversité des modes de gestion collective en Europe n'est pas prise en compte par la proposition de directive. L'ensemble du texte repose sur le seul schéma de la gestion collective volontaire et ne traite pas de la gestion collective obligatoire⁹, soulevant ainsi des difficultés sérieuses de compatibilité.

En effet, plusieurs dispositions importantes de la proposition de directive n'apparaissent pas compatibles avec les principes mêmes qui ont conduit les États et la législation communautaire à reconnaître la nécessité de la gestion collective obligatoire¹⁰. Les modes de gestion collective obligatoire mis en place pour la reprographie, la copie privée, et la retransmission par câble et satellite apparaissent dès lors remis en cause.

À titre d'exemple, l'article 5 de la proposition de directive, qui consacre le principe de la liberté de choix du titulaire de droits en lui permettant de fractionner ses apports de droits, ne tient pas compte du fait que dans un mode de gestion collective obligatoire, l'ayant droit, le plus souvent, ne donne pas de « mandat » à la société de gestion collective, puisque celui-ci résulte d'une disposition légale et/ou réglementaire.

De même, l'obligation de communication par voie électronique prévue au premier alinéa de l'article 16 n'est pas adaptée à certaines situations de la gestion collective obligatoire, puisque certaines sociétés perçoivent des droits affectés à des ayants droit qui en sont associés, mais aussi à des ayants droit non associés. S'agissant de ces derniers, elles ne disposent que de coordonnées postales qu'elles utilisent pour communiquer avec l'ayant droit, par exemple pour l'envoi d'un premier relevé de droits. Un tel document comportant des données confidentielles ne saurait être simplement mis à disposition via un site Internet ouvert.

L'initiative, par l'absence de reconnaissance de situations pourtant consacrées au niveau communautaire, excède donc l'objectif poursuivi. Elle génère des effets négatifs qu'il convient de prévenir pour ne pas mettre en cause un système de gestion collective reconnu comme nécessaire par de nombreux États et par les autorités de l'Union.

Recommandation n° 2

Reconnaître l'existence de la gestion collective obligatoire avec ses spécificités afin d'en tirer les conséquences par l'adoption d'un régime juridique pertinent distinct de celui de la gestion collective volontaire.

9 Le code de la propriété intellectuelle prévoit une gestion collective obligatoire de la rémunération pour copie privée (art. L. 311-1 et suiv. CPI), du droit de retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement d'une œuvre télédiffusée (art. L. 132-20-1 et suiv., et L. 217-2 et suiv. CPI), du droit de prêt (art. L. 133-1 et suiv. CPI), du droit de reprographie (art. L. 122-10 CPI), et du droit d'autoriser la reproduction dans un format numérique et la représentation au public en ligne d'une œuvre indisponible (art. L. 134-3 et suiv. CPI).

10 La directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ; et la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle imposent, chacune pour les droits qu'elles appréhendent, la mise en place d'une gestion collective obligatoire par les États membres.

2.2.2 Un modèle unique de marché des exploitations de la création incompatible avec la diversité des marchés et leurs besoins spécifiques : la nécessaire distinction du marché de la gestion des droits audiovisuels et de la musique

Les dispositions relatives au fractionnement des apports révèlent l'absence de prise en compte de la spécificité des divers secteurs concernés. Le texte repose sur un seul modèle de marché, celui du secteur de la musique, et l'applique sans aucune réserve au secteur de l'audiovisuel.

Or, ces deux filières correspondent à des logiques d'organisation des marchés irréductibles les unes aux autres, circonstance qui interdit la transposition à l'identique des règles applicables d'un secteur à l'autre.

Les exploitants dans le cinéma et l'audiovisuel élaborent des modèles temporels et vectoriels répondant à une stratégie économique, commerciale et financière. Ils ont besoin d'accéder à des dispositifs d'autorisations en cohérence avec leurs besoins. Sauf à provoquer une forte perturbation de ce marché et un surenchérissement des coûts, les besoins des exploitants dans le domaine de l'audiovisuel ne peuvent être méconnus.

Recommandation n° 3

Reconnaître l'existence d'une pluralité de secteurs économiques et de modèles de gestion, non seulement pour le respect du principe de proportionnalité mais également pour une réalisation plus efficace de l'initiative communautaire, et, surtout, sans dommage pour les acteurs, exploitants et ayants droit de certains secteurs.

2.2.3 Un modèle unique de type de sociétés de gestion collective malgré leur diversité : les sociétés de sociétés

Le texte ne permet pas d'appréhender de façon pertinente certaines sociétés de gestion collective dont l'existence et l'utilité économique sont pourtant reconnues.

Certaines sociétés de gestion collective ne sont constituées que de sociétés de gestion collective, à l'exclusion de tout membre individuel. Il s'agit de « sociétés de sociétés », c'est-à-dire de sociétés dont les membres sont eux-mêmes des sociétés, se regroupant aux fins de percevoir des rémunérations de façon plus efficace et économiques pour les utilisateurs, par exemple les sociétés de perception de licences légales¹¹.

Ces regroupements sont économiquement utiles et efficaces. Ils constituent un moyen de gestion plus rationnel et économique qu'une dispersion de sociétés, et cela dans l'intérêt même des membres mais le plus souvent dans l'intérêt des utilisateurs ou exploitants.

Certaines dispositions de la proposition de directive, notamment celles qui ont trait aux affiliations – un ayant droit personne physique ne peut y adhérer –, à l'information, à la répartition, au fractionnement des apports de droits, ainsi qu'à l'attribution de droits de vote, ne sont ici ni pertinentes ni applicables. La composition (par exemple parité entre catégories de participants) serait remise en cause, alors qu'elle est stipulée, soit législativement soit statutairement, pour assurer des équilibres répondant à un objectif d'intérêt général, notamment en garantissant la diversité et l'équité dans la représentativité au sein des instances dirigeantes.

Le maintien d'un modèle unique de société de gestion collective sur lequel repose la proposition de directive imposerait une fiction par rapport à une réalité fondée sur la diversité, qui permet d'assurer l'efficacité de la gestion collective dans de nombreux secteurs. L'adoption en l'état de la proposition de directive imposerait qu'il soit procédé à de

¹¹ Tel est le cas en France de la Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), qui est cogérée par quatre sociétés (SCPP, SPPF, ADAMI, SPEDIDAM), qui répartissent les droits directement aux artistes-interprètes et aux producteurs.

nombreuses révisions législatives nationales et communautaires.

Recommandation n° 4

Reconnaître l'existence des sociétés de gestion collective et leurs spécificités afin d'en tirer les conséquences par l'adoption d'un régime juridique pertinent distinct de celui des sociétés de gestion collective composées directement des ayants droit.

Enfin, s'agissant de la proportionnalité du dispositif dans son ensemble, certaines sociétés de gestion collective s'inquiètent enfin du coût des mesures envisagées par la proposition de directive, mesures dont certaines pourraient d'ailleurs se cumuler avec des obligations déjà existantes au niveau national. Si, par exemple, les dispositions imposant la mise en place d'une fonction de surveillance conduisaient à créer un nouvel organe au sein des sociétés, la quasi-totalité des sociétés françaises seraient contraintes de modifier leur organisation, et partant leurs statuts¹². Les obligations d'information prévues, non seulement par leur ampleur mais surtout par leur caractère systématique et répétitif et le plus souvent leur quasi-redondance avec des obligations pré-existantes, suscitent de fortes interrogations sur leur utilité et de graves inquiétudes sur l'accroissement significatif des coûts qu'elles provoqueront¹³. Le caractère détaillé de ces obligations n'est pas de nature à laisser aux États la possibilité d'effectuer les ajustements d'une transposition pertinente.

3. Le périmètre de la directive : un enjeu de compétition loyale dans la gestion des droits

Par une définition inappropriée des acteurs économiques visés, le texte est susceptible de provoquer une inégalité de traitement source de distorsion concurrentielle et de porter gravement atteinte aux sociétés de gestion collective soumises à la directive. Un tel effet négatif est également contraire au principe de subsidiarité, selon les critères de la Commission¹⁴.

3.1- La définition de la gestion collective : ne pas créer de distorsion entre opérateurs de gestion de droits concurrents

La proposition ne concerne que les « sociétés de gestion collective » à l'exclusion « des prestataires indépendants de services de gestion » au motif que ceux-ci « n'exercent pas de droits d'affiliation » (considérant (4)).

Une telle disposition est susceptible d'engendrer une rupture d'égalité de traitement entre opérateurs en compétition. Les sociétés de gestion collective seraient en effet soumises à un ensemble d'obligations entraînant des charges administratives et financières, tandis que les agents ou autres structures commerciales, bien qu'exerçant les mêmes activités de gestion de droits, en seraient eux dispensés et bénéficieraient donc d'un avantage compétitif par le seul effet de la législation. Il en résulterait une distorsion de concurrence.

12 v. infra point 6

13 v. infra point 6.3

14 Par exemple, point 3, alinéa 2, proposition de directive COM/2012/0584 « conformément au principe de proportionnalité (...) lorsqu'il a été constaté que des modifications (nouvelles obligations ou obligations modifiées) pouvaient entraîner des effets négatifs, leur analyse a permis de trouver une solution la mieux adaptée aux problèmes rencontrés ».

On peut noter au surplus que les ayants droits doivent tout autant – voire plus – être protégés à l'égard d'entreprises commerciales au fonctionnement desquelles ils ne participent pas.

En revanche, la définition proposée de la gestion collective permet en l'état d'écarter les exploitants, tels qu'un éditeur de livres ou un producteur de films et les chaînes de télévision, dont la vocation première n'est pas de gérer les droits des auteurs ou des artistes, mais bien de faire une exploitation des œuvres dans le cadre de leur activité première. Le bénéfice de cette remarque pourrait également s'appliquer à l'activité de l'Institut national de l'audiovisuel (INA).

La définition des sociétés de gestion collective devrait enfin rendre compte de la spécificité de certaines sociétés de gestion collective dont le caractère mutualiste leur confère une personnalité et un rôle particuliers. Leur objet – statutaire et légal – consiste à gérer les droits de leurs membres exclusivement dans l'intérêt de ces derniers et pour la réalisation des buts d'intérêt commun qu'ils se sont fixés, ou que le législateur leur a imposés. Toute différente est la situation d'une société commerciale dont les actionnaires attendent, légitimement, l'enrichissement de leur société et prétendent au partage de sa valeur économique soit en dividendes soit en capital.

Un tel particularisme n'est pas pris en compte, ce qui probablement conduit à se méprendre sur le destinataire de leur activité, qui n'est pas l'exploitant des œuvres avec lesquels elles co-contractent pour conférer l'autorisation requise mais leurs membres, ainsi qu'à négliger les conséquences de certaines de leurs obligations, statutaires ou légales, susceptibles de constituer des charges dont la légitimité et la légalité devraient être, sans être imposées, expressément reconnues, dans l'intérêt de la création et de la diversité culturelle.

Recommandation n° 5

Pour prévenir la mise en place d'un système de concurrence déloyale, élargir le champ d'application de la proposition de directive prévu à l'article 2 aux entreprises économiques qui sont en concurrence (sociétés commerciales ou agents) avec les sociétés de gestion collective, sous réserve d'une adaptation des obligations au regard de leurs caractéristiques particulières.

3.2- Les opérateurs non établis mais agissant sur le territoire européen

S'agissant de son champ d'application dans l'espace, la directive ne devrait pas s'appliquer uniquement aux sociétés de gestion collective établies dans l'Union (art. 2), ce qui sera source de distorsions de concurrence avec des sociétés qui ont des activités sur son territoire sans y être implantées, et partant sans être assujetties aux mêmes obligations.

La directive devrait par conséquent viser toutes les sociétés qui « opèrent » sur le territoire de l'Union, afin d'appréhender les sociétés extra-européennes qui y délivrent des licences.

Recommandation n° 6

Soumettre à l'application de la directive les entreprises qui opèrent sur le territoire européen, même si elles n'y sont pas établies.

4. Le fractionnement des apports de droits

La proposition de directive pose le principe de la totale liberté d'apport¹⁵ du titulaire de droits à une société de gestion collective. En d'autres termes, le membre d'une société est libre de déterminer les apports qu'il veut effectuer auprès d'elle et de les fractionner à l'envi, ce qui a pour conséquence d'interdire à une société de gestion collective de prévoir des apports groupés de droits, même lorsque cela est économiquement nécessaire et correspond aux besoins des exploitants.

Recommandation n° 7

Le principe de la liberté des apports est essentiel, mais il ne saurait, sans grave dommage, être absolu.

Un autre principe devrait, corrélativement, être consacré expressément, celui du droit pour la société de gestion collective de prévoir des apports groupés, lorsque l'intérêt social ou l'efficacité économique le commande¹⁶, sauf à répondre des abus.

4.1- Dimension et incertitudes du fractionnement

L'article 5.2 de la proposition de directive reconnaît aux titulaires de droits la faculté d'autoriser une société de gestion collective à gérer les « *droits, catégories de droits ou les types d'œuvres et autres objets de leur choix, pour les États membres de leur choix, quel que soit l'État membre de résidence ou d'établissement ou la nationalité de la société de gestion collective ou du titulaire de droits* ». Cet article permet un fractionnement des apports de droits à tous les niveaux, aussi bien sur les droits eux-mêmes que territorialement au sein de l'Union.

Certaines notions employées telles que « autres objets » génèrent de l'incertitude, car on ne sait pas ce qu'elles recouvrent. Seule la notion de « *catégorie de droits* » est bien connue, à tout le moins dans le secteur de la musique. Cette notion a été dégagée par les décisions « GEMA I¹⁷ » et « GEMA 2¹⁸ » de la Commission européenne dans les années 1970, dans une affaire relative au secteur de la musique.

En l'espèce, il était reproché à la GEMA d'imposer à ses membres de lui céder par contrat, pour le monde entier et à titre exclusif, tous leurs droits actuels et futurs pour une durée d'au moins six ans, cession qui, si elle n'était pas dénoncée par écrit un an avant leur expiration, était tacitement reconduite par périodes de six ans. La Commission européenne considéra que les statuts de la GEMA avaient pour effet d'empêcher les membres de céder leurs droits à une autre société de droits d'auteur de la communauté, et que cette restriction était instaurée dans le seul but pour la GEMA de « *vouloir faire de sa position dominante un monopole absolu par le biais de certaines dispositions des contrats de cession* ». Une telle solution n'est toutefois pas extensible à tous les autres secteurs.

Les décisions « GEMA » imposent aux sociétés d'offrir à leurs membres la possibilité d'apporter tout ou partie de leurs droits, décomposés en catégories de droits ou en formes d'exploitation, en fonction de la durée au terme de laquelle la gestion des droits en question

¹⁵ Le terme « apport » est ici pris dans un sens général sans distinction du mode juridique opératoire par lequel le titulaire de droit confie la gestion de ses droits à la société de gestion.

¹⁶ Le faible nombre de différends sur ce point ainsi que les solutions adoptées confirment le caractère disproportionné et inapproprié de la mesure absolue préconisée par la proposition de la directive.

¹⁷ Décision 71/224/CEE de la Commission, 2 juin 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité

¹⁸ Décision 72/268/CEE de la Commission, 6 juillet 1972, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité

peut leur être retirée. Les sociétés de gestion de droits musicaux ont depuis lors prévu dans leurs statuts la possibilité pour un membre de fractionner ses apports.

4.2- Une nécessaire interprétation sectorielle

Comme cela a été rappelé au titre de l'examen de la proportionnalité, les dispositions relatives au fractionnement des apports de droits ne sont pas en cohérence avec les dispositifs de gestion collective obligatoire, notamment ceux qui découlent de directives communautaires, par exemple en matière de retransmission câblée d'émissions radiodiffusées en provenance d'un autre État membre. Dans ce cadre, la faculté des titulaires de droits de retirer leurs droits à une société de gestion collective devrait à tout le moins être expressément subordonnée à ce que cette gestion soit transférée à une autre société de gestion collective.

On insistera tout particulièrement sur le fait que la notion de « catégorie de droits » ne devrait pas être appliquée uniformément à toutes les sociétés, mais doit être interprétée sectoriellement, en tenant compte des spécificités et de l'économie de chaque activité pour lesquelles une société se voit confier la gestion des droits.

Les sociétés de gestion de droits audiovisuels sont en effet fondées à s'inquiéter d'une application sans distinction de cette notion, malgré les différences substantielles existant entre le marché de la musique et le marché de l'audiovisuel. Tandis que les modes d'exploitation d'une œuvre musicale sont peu substituables et complémentaires, les modes d'exploitation d'une œuvre cinématographique sont au contraire fortement substituables, et partant, réglementés et articulés autour d'une chronologie des médias.

Dans le domaine audiovisuel, l'apport groupé remplit une fonction essentielle, aussi bien pour la protection des auteurs titulaires de droits que dans l'intérêt des exploitants qui souhaitent disposer d'autorisations cohérentes et non segmentées.

Le Conseil de la concurrence français, dans sa décision du 26 avril 2005, n° 05-D-16, a lui-même constaté que « *les différences entre le secteur de l'audiovisuel et celui de la musique, en France, sont trop importantes pour que l'on puisse développer une analyse concurrentielle pertinente par simple analogie* » (point n° 49) et rappelé que les auteurs de l'audiovisuel ont besoin de pouvoir apporter l'ensemble de leurs droits à leur société de gestion collective pour lui permettre de négocier au mieux leur rémunération face à des opérateurs puissants. Il a admis ainsi l'apport groupé des droits audiovisuels à la SACD, au regard des spécificités du secteur de l'audiovisuel.

Il est par ailleurs paradoxal de protéger les auteurs dans leurs relations avec les sociétés de gestion collective, alors qu'ils sont *a priori* davantage en situation de faiblesse dans le cadre d'une gestion individuelle, étant amenés à négocier seuls avec un opérateur puissant (éditeur, producteur, etc.).

4.3- Les risques induits

De telles dispositions sont inappropriées compte tenu des besoins des exploitants et risquent de porter préjudice non seulement aux sociétés de gestion collective elles-mêmes mais aussi à l'ensemble de leurs membres.

Il convient d'attirer l'attention de la Commission sur le fait qu'autoriser une fragmentation accrue inappropriée des droits dont la gestion est confiée aux sociétés de gestion collective induit des risques importants pour toutes les parties prenantes, aussi bien les sociétés et leurs membres que les utilisateurs.

Les diffuseurs sont tous très attachés à ce que soient garanties la sécurité juridique, la lisibilité et la simplicité nécessaires dans l'acquisition des droits. À cet égard, un fractionnement des droits trop important contredirait les mesures préconisées par le titre III de la directive, dont

l'ambition est de lutter contre la fragmentation des répertoires et de permettre l'obtention pour les utilisateurs de tous les droits dont ils ont besoin auprès d'une seule et même société.

La gestion individuelle de certains droits peut conduire à affaiblir la position des sociétés de gestion collective et à rendre très difficiles les négociations avec les exploitants auxquels elles proposeraient des répertoires incomplets. Il en résulterait un affaiblissement de la société et une augmentation des coûts de gestion au détriment de l'intérêt général des membres qui ne peuvent ou ne veulent pas utiliser cette possibilité de ne pas confier leurs droits aux sociétés d'auteurs.

Si la reconnaissance de la liberté de chaque auteur de choisir les droits qu'il place en gestion collective est partagée par tous les acteurs, il ne faut pas à l'inverse que ces dispositions conduisent à ce que l'intérêt même de la gestion collective soit annulé. Celui-ci réside précisément dans la mutualisation de la gestion de certaines exploitations pour lesquelles il serait impossible de délivrer individuellement des autorisations, tels les droits de représentation publique pour lesquels les sociétés traitent avec des milliers d'utilisateurs.

4.4- Un équilibre de droits régulé entre les ayants droit et les sociétés de gestion

Une conciliation doit donc être opérée entre les motifs d'une liberté légitime du titulaire de droits et les impératifs économiques de la gestion des droits.

C'est le rôle et la responsabilité de la société de gestion collective de trouver les termes de cette conciliation, en équité et en efficacité, sauf à répondre d'abus par un contrôle *a posteriori*.

5. L'affiliation et le retrait d'une société

L'article 5.3 reconnaît aux titulaires de droits la faculté de retirer leurs apports¹⁹ ou de résilier les autorisations de gestion consenties, sous réserve de respecter un délai de préavis de six mois au maximum. Il ne prévoit pas en revanche la possibilité pour les sociétés de gestion collective d'encadrer cette faculté pour des motifs légitimes en prévenant les retraits présentant un caractère abusif.

Il convient de prévoir explicitement cette possibilité, qui a été validée par la Commission européenne dans sa décision « Daft Punk²⁰ » du 12 août 2002. Dans cette affaire, après avoir considéré que les statuts de la SACEM ne pouvaient pas subordonner la possibilité pour ses membres de lui retirer la gestion de leurs droits à ce que la gestion de ces mêmes droits soit confiée à une autre société d'auteurs, la Commission a toutefois admis que la possibilité pour un membre de la SACEM de reprendre la gestion individuelle de ses droits soit soumise à une autorisation préalable et motivée du Conseil d'administration de la SACEM.

Ce faisant, la Commission s'est référée à l'arrêt BRT c/ SABAM du 21 mars 1974 de la CJCE²¹ pour rappeler que la jurisprudence reconnaît aux sociétés de droits d'auteur la possibilité d'imposer les restrictions indispensables à l'exercice de leur mission. Elle reconnut ainsi la nécessité en découlant pour la SACEM « *de suivre l'évolution quantitative de la gestion individuelle afin de s'assurer que les équilibres généraux garantissant le bon fonctionnement de la gestion collective ne soient pas compromis* ». La Commission a par ailleurs précisé qu'une décision de refus ne pourrait être qu'exceptionnelle, non

¹⁹ Partiellement ou en totalité.

²⁰ Décision COMP/C2/37.219 de la Commission, « Banghalter & Homem Christo v SACEM », 12 août 2002

²¹ CJCE, 21 mars 1974, aff.127/73, BRT c/ SABAM

discriminatoire et basée sur des justifications objectives.

Une telle solution, si elle était reprise par le texte de la proposition, permettrait de préserver l'intérêt général des membres contre le risque de retraits abusifs. Une liberté absolue pour les titulaires de droits de retirer leurs apports comporte en effet le risque que le répertoire des sociétés soit amputé par un « écrémage » consistant à retirer les apports des droits dont la gestion est la plus aisée et la moins coûteuse pour ne conserver que la gestion des droits les plus difficiles. Cela conduirait à une augmentation des coûts de transaction, et partant des frais de gestion, au détriment de tous les membres, alors que les sociétés de gestion ont vocation à être au service de l'ensemble des ayants droit, y compris les plus petits.

Recommandation n° 8

Opérer une conciliation entre la liberté légitime du titulaire de droits d'entrée, de retrait ou de résiliation et les impératifs économiques de gestion des droits.

Une telle conciliation implique la reconnaissance expresse du droit pour la société de gestion collective de déterminer des aménagements équitables au droit d'entrée, de retrait/résiliation, pour motifs légitimes, sous le contrôle de l'instance de conciliation interne à la société judicieusement prévue dans la proposition de directive, et sous le contrôle du juge.

6. La participation et le contrôle des associés

La participation des associés à la vie de leur société peut contribuer à son bon fonctionnement, dans le cadre d'un exercice responsable et compétent des prérogatives participatives. C'est la raison pour laquelle le droit commun des sociétés prévoit une articulation de l'exercice des pouvoirs entre divers organes sociaux dont la composition est plus ou moins large afin de concilier l'objectif de participation de tous les associés et les impératifs d'efficacité de la vie économique, selon qu'il s'agit d'un pouvoir de décision ou de contrôle, la qualité de l'information aux associés étant déterminante.

Ce triptyque classique – décision, contrôle et information – est, à juste titre, consacré par la proposition de directive. Sous réserve de certaines clarifications, le dispositif ne présente pas la rigidité ou la lourdeur qu'on pourrait lui prêter après une première analyse. En effet, il permet d'accueillir les formes de gouvernance unitaire ou dualiste, à conseil d'administration ainsi qu'à conseil de surveillance. Il offre également la possibilité de déléguer certaines des compétences de l'assemblée générale.

Il convient cependant de rester très vigilant afin d'éviter que certaines des dispositions de la proposition de directive ne provoquent des rigidités incompatibles avec l'exigence de la vie économique des sociétés, spécialement pour des sociétés de gestion collective qui sont le plus souvent composées d'un grand nombre d'associés.

6.1- L'ajustement nécessaire des diverses règles de fonctionnement de l'assemblée générale

La définition des pouvoirs de l'assemblée générale peut apparaître à certains trop détaillée. Cependant, l'assemblée générale étant le lieu de rassemblement de tous les associés, l'objectif de garantir une participation effective des membres à la vie sociale ne peut que conduire à consacrer le rôle central de l'assemblée dans le système de décision et de contrôle au sein de la société, notamment par la reconnaissance d'une compétence minimale, conformément au droit commun.

6.1.1 Une clarification des pouvoirs de décision

Ce rôle central de l'assemblée générale est consacré par la compétence qui lui est reconnue concernant les décisions les plus importantes, notamment en matière statutaire, de nomination ou de révocation des dirigeants, d'emprunt, de constitution de garanties et sûretés, de règles de répartition, de politique générale d'investissement des produits de droits d'auteur, de politique de répartition des droits aux titulaires de droits, les règles de prélèvements sur les produits de droits d'auteur (article 7 de la proposition).

La possibilité de déléguer la plupart de ces compétences à un organe plus restreint confère de la souplesse et de l'efficacité au dispositif.

Trois points méritent cependant une clarification. Ils concernent :

- le caractère ponctuel ou permanent de la délégation ;
- la détermination de l'organe compétent pour exercer cette compétence déléguée ;
- l'objet de l'interdiction d'une délégation concernant la nomination des « dirigeants ».

Le principe de proportionnalité commande que la directive laisse aux États membres le soin de répondre à ces trois points. Une absence de précision pourrait toutefois s'interpréter de façon négative ou restrictive. Divers autres points méritent également une clarification.

6.1.1.1 Une délégation statutaire

La délégation ponctuelle, à chaque vote de l'assemblée, ne présente pas la sécurité et la stabilité requise pour un fonctionnement efficace des sociétés de gestion.

Il serait donc nécessaire de préciser que la possibilité d'une délégation de compétences de l'assemblée générale prévues dans la proposition de directive puisse être stipulée dans les statuts de la société. Cette formule autoriserait ainsi les délégations permanentes, sans exclure pour autant la faculté de délégations ponctuelles. Les statuts étant adoptés et modifiés par l'assemblée générale, c'est bien la communauté de l'ensemble des associés qui en déciderait, conformément à l'objectif poursuivi par la proposition de directive.

Cette faculté de délégation permanente ne devrait pas conduire à dépouiller l'assemblée de ses prérogatives essentielles, conformément au droit commun des sociétés.

Recommandation n° 9

Pour la clarté et la sécurité, prévoir que les délégations de compétences de l'assemblée générale peuvent être statutaires et permanentes.

6.1.1.2 L'organe de compétence déléguée

Il est prévu que les délégations autorisées par l'article 7 doivent être consenties à « l'organe qui exerce la fonction de surveillance de la société ». L'article 8 impose d'instituer cette fonction sans préciser l'organe compétent.

Dans le cadre d'une structure duale avec directoire, le conseil de surveillance est manifestement apte à exercer cette fonction. La réponse est incertaine en ce qui concerne les sociétés avec conseil d'administration.

Une clarification positive s'impose, ainsi qu'il sera exposé *infra* lors de l'examen de la fonction de surveillance.

6.1.1.3 La portée de l'interdiction pour l'assemblée générale de déléguer ses pouvoirs de nomination des dirigeants et de fixation de leur statut financier

L'assemblée générale ne peut déléguer son pouvoir de nomination ou de révocation des dirigeants, à l'exception des sociétés avec conseil de surveillance. Il en est de même pour la fixation de leur statut financier et social (article 7.4).

La notion de « dirigeants » n'est pas précisée. Elle semble inclure les administrateurs et le « dirigeant gestionnaire », comme la lecture de l'alinéa 2 invite à le penser en distinguant les deux fonctions. S'agissant des administrateurs, le dispositif de nomination et de révocation par l'assemblée est conforme à la pratique générale des sociétés et à la garantie du contrôle général par les membres de la société.

S'agissant du « dirigeant gestionnaire », sa désignation/révocation relèvent généralement de la compétence du conseil d'administration²², ainsi que la fixation de son statut financier et social. Si la disposition de la proposition de directive doit être appréciée à sa juste valeur du point de vue de la participation des associés aux décisions, elle n'en présente pas moins un caractère disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi. L'élection du dirigeant gestionnaire au suffrage universel des associés ne peut qu'altérer, voire compromettre, la recherche et la négociation du recrutement, lequel le plus souvent ne peut se réaliser, comme le démontre la pratique, que dans une procédure relativement confidentielle et à travers des auditions et une négociation dans un cadre restreint. Il ne s'agit pas ici d'emplois publics mais de fonctions de haute direction dans une société privée.

Le système d'élection par l'assemblée générale est si peu nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi que la proposition de directive prévoit elle-même d'y déroger en confiant cette compétence au conseil de surveillance, lorsqu'il existe. La Commission reconnaît donc qu'il y a plusieurs solutions pour atteindre l'objectif. Cela justifie l'application du principe de proportionnalité et que le choix de la solution appropriée soit laissé aux États membres.

Recommandation n° 10

Pour la clarté et l'efficacité, ne pas imposer que le dirigeant gestionnaire soit soumis à l'élection par l'assemblée générale mais puisse être désigné par le conseil d'administration, à l'égal du conseil de surveillance reconnu compétent par la proposition de directive.

6.1.2 Un aménagement de proportionnalité pour les autres compétences exclusives et directes de l'assemblée : concilier le pouvoir de contrôle des associés et les nécessités de la gestion économique.

Quelques décisions relèvent de la compétence exclusive et directe de l'assemblée générale et ne peuvent donc faire l'objet d'une délégation, conformément à la tradition de la compétence minimum des assemblées et à l'objectif d'une participation des associés aux choix essentiels de la vie de la société. Il en est ainsi notamment de la modification des statuts (article 7.3).

Sont également visées la politique générale d'investissement sur les produits de droits d'auteur, les règles relatives aux prélèvements sur ces produits et les constitutions de garanties et sûretés (article 7.4.c et d). De telles matières peuvent être légitimement considérées comme engageant substantiellement la vie de la société et relever naturellement de la décision de l'organe rassemblant, en droit, la totalité des associés. Sur le fond, ces dispositions peuvent être regardées comme pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi.

Toutefois, il convient de s'assurer que la portée de la formulation retenue correspond bien à

²² Ou du conseil de surveillance, lequel désigne le directoire, mais la révocation du directoire relève de l'assemblée générale par souci d'assurer une certaine indépendance et stabilité au directoire ainsi qu'un équilibre des pouvoirs.

l'exercice d'une compétence générale et non de détail. À cet égard la formule « politique générale » qui a été retenue pour les investissements des produits de droits d'auteur répond au double objectif de participation des associés et d'efficacité de gestion.

En revanche la formule relative aux prélèvements apparaît soit incertaine soit trop restrictive. Les « règles » peuvent s'entendre comme la fixation des principes – ce qui serait alors justifié et proportionnel. Le terme « règles » peut également s'entendre au sens des modalités de mise en œuvre des principes. Si tel était le cas, il en résulterait une rigidité et une lourdeur disproportionnées avec l'objectif poursuivi. L'incertitude doit donc être levée au profit de la solution d'un pouvoir de décision générale, dont la mise en œuvre est confiée aux organes de direction et de surveillance. La volonté d'imposer un modèle particulier apparaît d'autant plus contestable au regard du principe de proportionnalité que la Commission elle-même souligne dans son exposé des motifs la nécessité de respecter « *les différentes dispositions institutionnelles en vigueur dans les États membres*²³ » et les « *approches différentes [des États membres] concernant la forme juridique des sociétés de gestion collective et la manière dont ces sociétés sont contrôlées*²⁴ ».

Recommandation n° 11

Opter pour un dispositif communautaire cadre afin de permettre aux États et aux sociétés de gestion collective une mise en œuvre de la participation et du contrôle des associés par une balance de pouvoirs équilibrée et efficace entre les différents organes de la société, notamment l'assemblée générale et l'organe chargé de la fonction de surveillance.

6.1.3 Un aménagement rédactionnel nécessaire : le rapport du contrôleur des comptes en assemblée

Le point 6 prévoit que l'assemblée générale approuve le « rapport annuel de transparence » et le « rapport du contrôleur des comptes ». Cette proposition concernant le contrôleur des comptes est surprenante dans la mesure où le contrôleur des comptes²⁵, qui doit être désigné conformément à l'article 20.4 de la proposition de directive, exerce sa mission en toute indépendante et ses travaux n'ont pas vocation à être soumis à l'approbation d'un organe de la société qu'il a pour mission de contrôler. Telle n'est d'ailleurs pas la situation en France. Aussi la directive devrait-elle se limiter à prévoir l'approbation par l'assemblée générale du rapport annuel de transparence.

Recommandation n° 12

Afin de préserver l'indépendance du contrôleur des comptes ne pas imposer que son rapport soit soumis à un vote d'approbation de l'assemblée générale.

23 Le point 3. 4. 2 de l'exposé des motifs précise que « *L'article 8 oblige les sociétés de gestion collective à mettre en place une fonction de surveillance qui permet aux membres d'exercer un contrôle sur la gestion et de la suivre, tout en respectant les différentes dispositions institutionnelles en vigueur dans les États membres* ».

24 Le point 3. 3 de l'exposé des motifs justifie le choix d'une directive par le fait *qu'elle permet de prendre en compte « que les États membres ont des approches différentes concernant la forme juridique des sociétés de gestion collective et la manière dont ces sociétés sont contrôlées ».*

25 En France, le commissaire aux comptes.

6.1.4 Le respect du principe d'*affectio societatis* : le mandat en assemblée générale

L'article 7.8 prévoit par ailleurs que « *chaque membre d'une société de gestion collective a le droit de désigner comme mandataire toute autre personne physique ou morale pour le représenter à l'assemblée générale et y voter en son nom* ».

Une telle rédaction permet en l'état de se faire représenter par une personne extérieure à la société, ce qui est injustifié dans la mesure où l'intervention d'un tiers apparaît contraire à l'*intuitu personae* particulièrement fort des sociétés de gestion collective.

Il conviendrait que la proposition de directive permette uniquement de désigner comme mandataire un autre membre de la société, tout en limitant le nombre de mandats possibles afin d'éviter la concentration d'un pouvoir de vote trop grand entre quelques mains. À tout le moins, que la liberté de choix soit reconnue aux sociétés, à défaut la restriction de la qualité du mandataire ainsi que du nombre de mandats pourrait apparaître contraire à la disposition de la proposition de directive qui n'en prévoit aucune.

Recommandation n° 13

Prévoir expressément la faculté de confier un mandat pour la représentation à l'assemblée générale à un membre de la société, et que le nombre de mandats recueilli par une même personne soit limité.

6.1.5 La participation des membres à l'assemblée générale

Le droit des membres de participer à l'assemblée générale et l'exercice de leur droit de vote peuvent faire l'objet de restrictions, à la condition que celles-ci soient équitables et proportionnées sur la base de deux critères énoncés : la durée de l'affiliation et les montants reçus ou dus au membre pour l'exercice visé (article 7.7).

Cette disposition, par principe et par souci d'efficacité, devrait être soumise au principe de proportionnalité.

La condition du respect de l'équité et de la proportionnalité posée pour la validité des restrictions devrait pouvoir reposer sur des critères les plus adaptés et donc pouvoir varier en fonction de la diversité d'objet, d'activité et de composition des sociétés de gestion collective. Réduire ces critères à deux ne permet pas de prendre en compte équitablement les différences de situations entre les membres des diverses sociétés. Le critère du montant des « droits versés ou dus au cours de l'exercice » est source d'injustice, d'instabilité et d'insécurité, ainsi que de lourdeurs administratives et de coûts.

Le seul énoncé des deux principes d'équité et de proportionnalité permettrait donc au texte de satisfaire au principe de proportionnalité auquel la proposition de directive est tenue de se conformer, laissant ainsi les États membres élaborer les mesures de mise en œuvre adaptées, sous réserve, comme le prévoit judicieusement la proposition de directive, que les critères soient inscrits dans les statuts.

Cette obligation pourrait être utilement complétée par l'obligation corrélative, non prévue, d'informer chaque membre de sa situation personnelle au regard de ces critères afin de lui permettre d'opérer une vérification des restrictions éventuelles à ses droits et, donc de contrôler les droits qui lui sont attribués.

Recommandation n° 14

Le régime de participation des associés aux assemblées générales ne devrait reposer que sur les seuls principes d'équité et de proportionnalité énoncés dans la proposition de directive. Leur mise en œuvre pertinente, pour être juste et efficace, nécessite d'être effectuée au sein des États membres et par les associés afin de répondre aux particularités de la vie de chaque société.

6.2- La clarification relative à l'organe exerçant la fonction de surveillance

6.2.1 Ne pas imposer la création d'un nouvel organe

L'article 8 de la directive prévoit une fonction de surveillance « *pour le contrôle permanent des activités et de l'accomplissement des missions des personnes investies de responsabilité de direction au sein de la société* ».

La mise en place de cette fonction de surveillance au sein des sociétés de gestion collective pose la question de savoir si celles-ci doivent créer un organe spécifique en leur sein doté de cette fonction. Les points 4 et 5 de l'article 7, qui font expressément mention de l'existence et de la compétence d'un conseil de surveillance, peuvent être lus comme imposant un modèle dualiste.

Une telle lecture imposerait aux sociétés françaises de remanier en profondeur leurs statuts, puisque la très grande majorité d'entre elles fonctionne selon un schéma unitaire, dans lequel la gestion de la société est assurée par un organe de direction unique sous le contrôle direct de l'assemblée des associés, et où le conseil d'administration prend les actes de décision de la société et contrôle le directeur général. La petite taille de certaines sociétés rendrait impossible la mise en place d'un organe spécial, comme le confirment les difficultés rencontrées dans la pratique lors de la désignation des membres des organes de transparence ou de conciliation pour trouver des candidats qui ne cumulent pas déjà des fonctions d'administration.

Une autre lecture est cependant envisageable. La terminologie choisie²⁶ par la Commission permet de considérer qu'elle procède à une analyse fonctionnelle et non structurelle de la surveillance et qu'ainsi elle entend imposer l'existence d'une « responsabilité » de surveillance et non la création d'un organe spécifique pour assurer cette fonction. Dès lors, un conseil d'administration pourrait assurer la fonction de surveillance, tout en étant organe de décision dans la gestion.

Cette hypothèse apparaît confirmée par le fait que l'article 8 de la proposition de directive prévoit au profit de l'organe de surveillance une compétence décisionnelle qui ne relève pas de la seule surveillance mais de la gestion²⁷. La Commission admet ainsi qu'il n'y a pas d'incompatibilité à cumuler des fonctions de surveillance et d'administration. Dès lors, il y a lieu de considérer qu'un conseil d'administration peut être « *l'organe chargé de la fonction de surveillance* ».

Toutefois, il conviendra de faire dissiper toute incertitude. Et ce d'autant qu'il existe d'autres dispositifs semblables ou à l'effet similaire de surveillance en droit national qui justifient que ces dispositions restent optionnelles.

Il est par conséquent préconisé de faire expressément écarter l'hypothèse de l'obligation de créer une instance spécifique à la surveillance au profit d'une répartition équilibrée de la fonction de surveillance entre assemblée générale et conseil d'administration, telle qu'elle

²⁶ « *fonction de surveillance* », « *l'organe chargé d'exercer la fonction de surveillance* »

²⁷ acquisition d'immeubles, création de filiales, acquisition d'autres entités, de participations, fusion ou alliance...

existe en France et de renvoyer la mise en œuvre de cet objectif aux États, notamment pour permettre, lorsqu'ils existent, une coordination fonctionnelle avec les dispositifs officiels de contrôle, telle la commission permanente de contrôle des SPRD en France.

Recommandation n° 15

Faire confirmer expressément dans le texte l'absence d'obligation de constituer un organe exclusivement chargé de la fonction de surveillance et qu'ainsi cette fonction peut être exercée par un conseil d'administration, éventuellement complété par un ou plusieurs administrateurs indépendants.

6.2.2 Renforcer la prévention des conflits d'intérêt des dirigeants en l'élargissant aux « dirigeants-surveillants ».

Le 2. de l'article 9 de la proposition de directive prévoit que « *les sociétés de gestion collective se dotent de procédures de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des conflits d'intérêts* » afin d'empêcher que les dirigeants ne portent atteinte aux intérêts des membres des sociétés. Chaque dirigeant doit notamment adresser une déclaration annuelle à l'organe chargé de la fonction de surveillance.

Si cet objectif est louable, il est très étonnant d'écarter expressément les « *dirigeants exerçant une fonction de surveillance* », car on ne voit pas en quoi les personnes chargées de la surveillance de la société seraient moins à même d'être exposées aux conflits d'intérêt.

Recommandation n° 16

Élargir l'application des obligations relatives à la prévention des conflits d'intérêt en y incluant les dirigeants qui assurent une fonction de surveillance, au même titre que tout autre dirigeant.

6.2.3 Abaisser les seuils relatifs d'exemption des petites sociétés

L'alinéa 3 de l'article 8 permet aux sociétés de taille modeste d'échapper à l'obligation de créer un conseil une fonction de surveillance si deux des trois critères énoncés ne sont pas dépassés (total du bilan : 350 000 euros ; chiffre d'affaires net : 700 000 euros ; nombre moyen de salariés 10).

Cette disposition ne paraît pas réaliste dans la mesure où en France, aucune société – pas même les plus modestes – ne remplit deux des trois critères. Bien qu'elle ne compte que 5 salariés dont le gérant, la SEAM²⁸, qui est l'une d'entre elles, serait ainsi tenue de mettre en place un conseil de surveillance, parce qu'elle dépasse largement les seuils des 700 000 euros et des 350 000 euros. On peut légitimement s'interroger sur ce qui justifie la création d'un tel organe dans des sociétés qui ne compteraient que quelques employés.

Par ailleurs, les critères de l'article 8 ne sont pas en cohérence avec ceux qui ont été élaborés par la Commission en matière de droit des sociétés. En effet, la recommandation du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises²⁹ donne la définition suivante : « *une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10*

28 La Société des Éditeurs et Auteurs de Musique (SEAM) est agréée par le Ministère de la culture et de la communication pour la reprographie musicale (gestion collective obligatoire) et gère en gestion volontaire certains droits numériques et la copie privée numérique graphique.

29 Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, 2003/361/CE, Annexe, Titre I, article 2 ; 3°

personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros ».

Il conviendrait donc de prévoir soit un relèvement des seuils à un niveau plus conforme à la réalité ou de ne prévoir qu'un seul critère à remplir. Ceci est indispensable si nous souhaitons que cette disposition soit applicable réellement et que le principe de proportionnalité soit respecté.

Recommandation n° 17

Maintenir le principe d'exemption partielle de certaines sociétés de gestion collective en raison de leur petite taille, mais laisser aux États membres le soin de préciser les seuils d'exemption, à défaut diminuer ces seuils ou prévoir que seul l'un des critères prévus sera à remplir pour bénéficier de l'exemption.

6.3- Moduler les procédures d'information pour prévenir un alourdissement des coûts

Les acteurs français ont conscience du fait que la transparence du fonctionnement des sociétés de gestion collective est un sujet majeur non seulement dans leurs relations avec les associés mais aussi auprès du grand public.

Les sociétés de gestion collective estiment toutefois que les mesures prévues par la proposition de directive sont excessives et très coûteuses. Le texte devrait prévoir selon elles un renvoi au droit national si celui-ci dispose déjà d'obligations équivalentes³⁰.

Les articles 16 à 18 de la proposition de directive, relatifs à la communication obligatoire ou sur demande de certaines informations, renvoient ainsi à des mécanismes existants en droit français. L'article 16 prévoit par exemple la mise à disposition systématique et annuelle de nombreuses informations individuelles récapitulatives. La faculté d'obtenir des informations comparables à la demande de chaque membre existe en droit français (article R.321-6 du code de la propriété intellectuelle), mais n'est quasiment jamais utilisée par les ayants droits.

La proposition de directive prévoit ensuite à l'article 20 la publication par les sociétés de gestion collective d'un rapport de transparence annuel « *signé par tous les dirigeants de la société* », « *au plus tard dans les six mois suivant la fin* » de l'exercice. Or un tel document sera redondant avec le « rapport du gérant », qui est remis annuellement en France aux titulaires de droit lors de l'assemblée générale et avec les différents organes investies d'une mission de surveillance, à savoir le ministère de la Culture et de la Communication et la commission permanente de contrôle des SPRD.

L'article L. 321-5 du code de la propriété intellectuelle, dans la rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000³¹ dispose que « *le droit à la communication prévu par l'article 1855³² du code civil s'applique aux sociétés civiles de répartition des droits, sans pour autant qu'un associé puisse obtenir communication du montant des droits répartis individuellement à tout autre*

30 Il résulte des articles R. 321-2 et R. 321-6 à R. 321-6-3 du code de la propriété intellectuelle, issus pour l'essentiel du décret n° 2001-334 du 17 avril 2001, que certains documents sont communicables « *à tout moment* » tandis que d'autres ne le sont que « *dans les deux mois précédant la réunion de l'assemblée* ». Une distinction est par ailleurs faite entre les informations qui peuvent être « *adressées* » au demandeur et celles qui font l'objet d'un droit d'accès s'exerçant au siège social et excluant, pour certains d'entre elles, d'en obtenir copie.

31 Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

32 Celui-ci dispose que « *les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux, et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il devra être répondu par écrit dans le délai d'un mois* ».

ayant droit que lui-même. Un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'exercice de ce droit ».

Recommandation n° 18

Prévenir l'alourdissement excessif des charges du système d'information en laissant aux États membres la faculté d'une modulation de la mise en œuvre des objectifs de transparence adaptée aux besoins particuliers des sociétés et à leur environnement légal, notamment lorsqu'existe une institution de contrôle des sociétés de gestion collective.

7. La gestion des produits de droits d'auteur

7.1- L'utilisation des produits de droits d'auteurs et produits financiers : maintenir l'unité économique dans la transparence

L'article 10.3 de la proposition de la directive dispose qu'« *hormis le prélèvement de leurs frais de gestion, les sociétés de gestion collective ne sont pas autorisées à utiliser ces produits de droits d'auteur pour leur propre compte* ».

Il est nécessaire de clarifier cette rédaction dont la portée, en l'état, suscite des craintes au sein des sociétés de gestion collective, car elle serait susceptible de s'opposer à ce que les produits financiers issus du placement des sommes en attente de répartition puissent être utilisés en diminution des prélèvements effectués pour l'administration de la société.

Or, de nombreuses sociétés françaises utilisent les produits financiers provenant des placements des sommes en instance de répartition pour contribuer au financement de leurs activités. Une remise en cause de ces pratiques provoquerait selon elles une hausse corrélative des prélèvements pour frais de gestion supportés par les ayants droits, notamment en raison des coûts de gestion d'une distribution individualisée de ces produits, en particulier en raison de la complexité du calcul des affectations, coûts qui pourraient excéder individuellement le montant à distribuer..

Il faut relever néanmoins que si les frais engagés par la société pour son développement bénéficient *in fine* aux membres, il appartient aux sociétés de reverser dès que possible les produits financiers aux ayants droits, le placement de produits de droits d'auteur étant susceptible de minorer artificiellement les frais de gestion.

Dans son rapport annuel de 2008³³, consacré notamment à l'analyse de la trésorerie des sociétés, la commission permanente de contrôle des SPRD formulait la recommandation suivante : « *Bien que les produits financiers résultant du placement des disponibilités appartiennent, par nature, aux associés, nombre de sociétés ont décidé de les affecter au financement de leur fonctionnement. Il importe que ce choix ne devienne pas une solution de facilité qui diffère la nécessaire maîtrise de ces charges ou la réduction des délais de répartition. En outre, au-delà du prélèvement de gestion qui leur est appliqué, les ayants droits doivent être mis en mesure de bien apprécier la charge globale des frais de structure et la part de leur financement que représentent des ressources ainsi distraites des répartitions qui devraient leur revenir* ».

L'utilisation de produits financiers, qui résultent principalement des délais entre perception et versement des droits, aux fins de couvrir les charges de gestion, répond en définitive aux intérêts des ayants droits en permettant de stabiliser, voire de diminuer les retenues statutaires. La pratique ne leur est donc pas défavorable, particulièrement dans le cadre d'une limitation légale du délai de répartition. Cependant, elle doit reposer sur une information des ayants

³³ Rapport annuel de la Commission permanente, publié en avril 2009, p. 162

droits qui doivent être éclairés sur les coûts de la gestion, son évolution et son financement, et pouvoir ainsi choisir en toute connaissance de cause entre une affectation immédiate des droits et une affectation différée par le biais des produits financiers.

Recommandation n° 19

Préserver l'unité économique et financière des sociétés de gestion collective en consacrant un droit d'utiliser leurs diverses ressources, notamment les produits financiers, au financement des seuls besoins de leur activité non commerciale et statutaire, dans la transparence à l'égard de leurs membres.

7.2- La distribution des montants : sécuriser par une prescription

L'objectif d'une répartition la plus rapide possible ne peut qu'être partagé. Toutefois, le délai d'un an prévu à l'article 12.1 est parfois trop bref face aux difficultés pratiques rencontrées par nombre de sociétés qui, par exemple, ne parviennent pas à obtenir des utilisateurs les déclarations qui sont nécessaires à la répartition, notamment en matière de droits de prêt et de reprographie. C'est donc à juste raison que le texte prévoit des exemptions au respect de ce délai en cas de difficultés objectives.

L'article 12.2 ne prévoit quant à lui aucune prescription aux actions en réclamation des droits qui relève de la législation de chaque État membre. La directive devrait rappeler, à tout le moins dans un considérant, que ce délai relève de la législation de chaque État membre. En France, l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle dispose à cet effet que « *les actions en paiement des droits perçus par ces sociétés civiles se prescrivent par dix ans à compter de la date de leur perception, ce délai étant suspendu jusqu'à la date de leur mise en répartition* ».

Recommandation n° 20

Poser le principe d'une prescription des droits et actions en paiement des sommes en attente de répartition.

8. Les tarifs des sociétés : pour une base équitable par la prise en compte des intérêts culturels et sociaux portés par les sociétés de gestion collective

L'article 15.2 précise que « *les tarifs appliqués pour les droits exclusifs reflètent la valeur économique des droits négociés et du service fourni par la société de gestion collective* ».

On rappellera d'abord que la CJUE a eu l'occasion d'intervenir à plusieurs reprises sur la question. Dans son arrêt « Sena³⁴ », elle a ainsi considéré que la rémunération équitable « *qui représente la contre-prestation de l'utilisation d'un phonogramme commercial, en particulier à des fins de radiodiffusion, implique que son caractère équitable soit, notamment, analysé au regard de la valeur de cette utilisation dans les échanges économiques* » (considérant 37).

Cette notion de valeur dans les échanges a été reprise par l'arrêt « Kanal 5³⁵ ». Plus récemment, l'arrêt « Premier League³⁶ » a précisé que, pour être appropriée, la rémunération demandée par le titulaire de droits en contrepartie d'une autorisation d'exploitation « *doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie* » (considérant 109). Dans les différents cas qui lui ont été soumis, la Cour de justice s'est à chaque fois prononcée sur la valeur des droits telle qu'elle se dégage aux yeux de l'exploitant et de son public, bénéficiaire final de l'œuvre exploitée. Aucun élément ne permet en revanche d'appréhender la valeur des droits du point de vue de ceux qui délivrent les droits en question, qui n'est pas uniquement économique.

D'autres critères que la valeur économique sont en effet pertinents pour apprécier la valeur des droits transférés. On soulignera que si la gestion financière est la dimension principale des sociétés de gestion collective, elle n'est pas la seule. Les SPRD françaises – et elles ne sont pas les seules en Europe – proposent à leurs membres des mécanismes particuliers d'entraide sociale et de soutien à la création, qui correspondent à la tradition française du droit de la propriété littéraire et artistique. Il pourrait être envisagé à cet égard qu'un considérant de la directive intègre cette dimension mutualiste propre aux sociétés de gestion collective, compte tenu des spécificités qui sont les leurs par rapport à d'autres opérateurs proposant uniquement la gestion de droits. Le critère du « service fourni » mentionné après la valeur économique serait de nature à appréhender le service rendu par la société à ses membres, but légal social qui les réunit.

En effet, s'agissant de la notion de « *service fourni* », les sociétés de gestion collective contestent l'idée selon laquelle elles rendent des services aux exploitants et rappellent que les tarifs appliqués par les sociétés de gestion collective dans leurs accords de licence sont uniquement la contrepartie de la valeur que représente pour l'exploitant la possibilité d'utiliser leur répertoire et non d'une quelconque prestation de service supplémentaire.

La rédaction de cette disposition gagnerait ensuite à être clarifiée, car ne faisant référence qu'aux seuls droits exclusifs, elle induit de multiples interprétations sur la valeur des droits à rémunération. Elle peut notamment se lire *a contrario* comme signifiant que dans le cas des droits non exclusifs, la valeur économique des droits ne devrait pas entrer en compte.

Il convient de relever ici que s'agissant de certains droits, les sociétés gestionnaires ne sont pas maîtres des tarifs pratiqués. La France a fait par exemple le choix de confier, en ce qui concerne les droits à rémunération qui constituent pour l'auteur la contrepartie de la perte de la faculté d'exercer son droit exclusif, la détermination des tarifs à des commissions administratives, composées paritairement et chargées d'encadrer les négociations entre les

34 CJCE, 6 février 2003, 6e ch., affaire C-245/00, SENA c/ NOS

35 CJCE, 4e ch., 11 décembre 2008, affaire C-52/07, Kanal 5 Ltd, TV 4 AB contre STIM

36 CJUE, grande chambre, 4 octobre 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, FAPL Ltd et al. contre QC Leisure et al., et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd

différents acteurs concernés. Tel est le cas des exceptions compensées comme la rémunération pour copie privée, ou des licences légales comme la rémunération équitable.

Recommandation n° 21

La base de fixation des tarifs préconisée n'est pas équitable, car elle est unilatérale : la valeur économique telle qu'elle est entendue n'est que la valeur d'exploitation reconnue par les exploitants et leur public ; elle ne prend donc pas en compte les éléments de valeur des ayants droit, ce qui constitue une atteinte à leur droit de propriété – sous la réserve d'un abus.

La proposition de directive est l'occasion de fournir un cadre législatif à la jurisprudence communautaire afin de garantir une base équilibrée par la prise en compte des divers intérêts en présence, et notamment la valeur des intérêts culturels et sociaux portés par les sociétés de gestion collective au nom des ayants droit.

9. La résolution des litiges

Les sociétés de gestion collective déplorent le fait qu'il n'existe aucune égalité de traitement entre le public et les sociétés dans la proposition de la Commission, puisque celle-ci envisage la survenance des litiges du seul point de vue des utilisateurs et non de celui des sociétés.

L'article 35, relatif à la résolution des litiges concernant les utilisateurs, prévoit que les États membres mettent en place un « *organe de règlement des litiges indépendant et impartial* ». La création d'une instance pré-judiciaire obligatoire est généralement considérée comme une source de difficulté. La pratique dans le cadre de la propriété littéraire et artistique a révélé un usage dilatoire des instances de conciliation ou de médiation, entraînant une augmentation des coûts. La plupart des systèmes judiciaires offrent déjà la faculté de recourir à la médiation. Cette disposition pose donc la question de savoir s'il est loisible pour un État de confier cette mission à une juridiction de droit commun ou si elle impose de créer une juridiction spécialisée.

Recommandation n° 22

La création d'une instance spéciale de résolution des litiges ne devrait pas constituer une obligation dès lors que le droit commun d'un État membre offre la faculté de recourir à une médiation, préalablement ou en cours de contentieux.

Conclusion

Comme cela a été rappelé à plusieurs reprises, la démarche d'amélioration de la gestion collective des pouvoirs publics est pérenne et constante en France, de sorte que les objectifs de la Commission européenne en vue d'une meilleure transparence et d'une bonne gouvernance des sociétés de gestion collective sont ceux de toutes les parties concernées : pouvoirs publics, sociétés et utilisateurs.

Toutefois, l'utilité et l'efficacité de la proposition de directive sont altérées par le fait que la Commission ne s'est pas limitée à la fixation d'objectifs. L'ajout d'un lourd et complexe appareillage de mesures d'exécution au caractère détaillé et contraignant est incompatible avec le principe de proportionnalité et ne peut qu'être source de perturbations préjudiciables à l'objectif général d'amélioration du fonctionnement des sociétés de gestion collective et du marché, et donc défavorables aux ayants droit comme aux exploitants, au public comme à la création et à son financement.

Ce constat trouve sa cause dans une insuffisante prise en compte de la diversité du domaine, qu'il s'agisse, par exemple :

- de la diversité des modèles juridiques de gestion collective dans les États membres et dans le droit communautaire (la gestion collective est ainsi réduite au seul modèle volontariste malgré l'existence de la gestion collective obligatoire dont les spécificités ne peuvent être ignorées) ;
- de la diversité des secteurs de création et d'exploitation pour lesquels les besoins des exploitants pour accéder aux répertoires et les modes de valorisation sont différents (musique, audiovisuel), faisant ainsi obstacle à un principe unique de fragmentation des droits ;
- de la diversité des modèles de participation des associés aux décisions et au contrôle dans les sociétés dont l'amélioration nécessite des mesures d'autant plus fines qu'elles doivent demeurer compatible avec l'objectif d'efficacité économique ;
- ou encore, de la diversité de situation selon qu'il existe ou non dans l'État membre un environnement légal de transparence, de surveillance et de contrôle, comme en France, plus singulièrement lorsqu'une instance officielle, telle qu'une commission de contrôle permanent des sociétés de gestion collective a été instaurée.

Un tel constat appelle les recommandations formulées dans le présent rapport. Elles visent à renforcer la réalisation des objectifs de la proposition de directive par un retour à des principes essentiels, favorisant ainsi leur intégration pertinente et efficace lors de la transposition dans la diversité juridique et économique des États membres et des secteurs de la création.

Une plus grande souplesse du dispositif envisagé est nécessaire afin de prendre en compte la diversité des sociétés de gestion collective, dans les modalités de gestion et de transparence, et dans l'équilibre des pouvoirs au sein des sociétés, car une uniformisation trop radicale serait déstabilisatrice pour l'ensemble du marché de la gestion collective. Il est important, à cet égard, de réorienter le texte vers des principes essentiels.

Un certain nombre de recommandations particulières, énoncées au cours de l'analyse de la proposition de directive, sont reprises ci-après, car elles formalisent les principaux points d'achoppement relevés et des suggestions d'amélioration à apporter au dispositif.

Recommandations (dans l'ordre du texte de la proposition de directive)

Préalablement

La reconnaissance d'une pluralité de modèles de gestion collective et, conformément au régime juridique général des directives, le respect du principe d'une modulation des dispositions de mise en œuvre des objectifs poursuivis afin de tenir compte des spécificités de chaque modèle, serait de nature à lever l'obstacle de non proportionnalité, constaté sur de nombreux points de la proposition de directive et à parfaire l'efficacité de l'initiative de la Commission.

Recommandation n°1

Distinguer deux situations très différentes selon que l'État membre dispose ou non d'une instance de contrôle des sociétés de gestion collective, et établir en conséquence deux régimes juridiques distincts afin de permettre aux États membres d'effectuer une transposition pertinente des objectifs communautaires.

Recommandation n° 2

Reconnaître l'existence de la gestion collective obligatoire avec ses spécificités afin d'en tirer les conséquences par l'adoption d'un régime juridique pertinent distinct de celui de la gestion collective volontaire.

Recommandation n° 3

Reconnaître l'existence d'une pluralité de secteurs économiques et de modèles de gestion, non seulement pour le respect du principe de proportionnalité mais également pour une réalisation plus efficace de l'initiative communautaire, et, surtout, sans dommage pour les acteurs, exploitants et ayants droit de certains secteurs.

Recommandation n° 4

Reconnaître l'existence des sociétés de gestion collective et leurs spécificités afin d'en tirer les conséquences par l'adoption d'un régime juridique pertinent distinct de celui des sociétés de gestion collective composées directement des ayants droit.

Recommandation n° 5

Pour prévenir la mise en place d'un système de concurrence déloyale, élargir le champ d'application de la proposition de directive prévu à l'article 2 aux entreprises économiques qui sont en concurrence (sociétés commerciales ou agents) avec les sociétés de gestion collective, sous réserve d'une adaptation des obligations au regard de leurs caractéristiques particulières.

Recommandation n° 6

Soumettre à l'application de la directive les entreprises qui opèrent sur le territoire européen, même si elles n'y sont pas établies.

Recommandation n° 7

Le principe de la liberté des apports est essentiel, mais il ne saurait, sans grave dommage, être absolu.

Un autre principe devrait, corrélativement, être consacré expressément, celui du droit pour la société de gestion collective de prévoir des apports groupés, lorsque l'intérêt social ou l'efficacité économique le commande³⁷, sauf à répondre des abus.

Recommandation n° 8

Opérer une conciliation entre la liberté légitime du titulaire de droits d'entrée, de retrait ou de résiliation et les impératifs économiques de gestion des droits.

Une telle conciliation implique la reconnaissance expresse du droit pour la société de gestion collective de déterminer des aménagements équitables au droit d'entrée, de retrait/résiliation, pour motifs légitimes, sous le contrôle de l'instance de conciliation interne à la société judicieusement prévue dans la proposition de directive, et sous le contrôle du juge.

Recommandation n° 9

Pour la clarté et la sécurité, prévoir que les délégations de compétences de l'assemblée générale peuvent être statutaires et permanentes.

Recommandation n° 10

Pour la clarté et l'efficacité, ne pas imposer que le dirigeant gestionnaire soit soumis à l'élection par l'assemblée générale mais puisse être désigné par le conseil d'administration, à l'égal du conseil de surveillance reconnu compétent par la proposition de directive.

Recommandation n° 11

Opter pour un dispositif communautaire cadre afin de permettre aux États et aux sociétés de gestion collective une mise en œuvre de la participation et du contrôle des associés par une balance de pouvoirs équilibrée et efficace entre les différents organes de la société, notamment l'assemblée générale et l'organe chargé de la fonction de surveillance.

³⁷ Le faible nombre de différends sur ce point ainsi que les solutions adoptées confirment le caractère disproportionné et inapproprié de la mesure absolue préconisée par la proposition de la directive.

Recommandation n° 12

Afin de préserver l'indépendance du contrôleur des comptes ne pas imposer que son rapport soit soumis à un vote d'approbation de l'assemblée générale.

Recommandation n° 13

Prévoir expressément la possibilité de donner un mandat pour la représentation à l'assemblée générale à un membre de la société et que le nombre de mandats recueilli par une même personne soit limité.

Recommandation n° 14

Le régime de participation des associés aux assemblées générales ne devrait reposer que sur les seuls principes d'équité et de proportionnalité énoncés dans la proposition de directive. Leur mise en œuvre pertinente, pour être juste et efficace, nécessite d'être effectuée au sein des États membres et par les associés afin de répondre aux particularités de la vie de chaque société.

Recommandation n° 15

Faire confirmer expressément dans le texte l'absence d'obligation de constituer un organe exclusivement chargé de la fonction de surveillance et qu'ainsi cette fonction peut être exercée par un conseil d'administration, éventuellement complété par un ou plusieurs administrateurs indépendants.

Recommandation n° 16

Élargir l'application des obligations relatives à la prévention des conflits d'intérêt en y incluant les dirigeants qui assurent une fonction de surveillance, au même titre que tout autre dirigeant.

Recommandation n° 17

Maintenir le principe d'exemption partielle de certaines sociétés de gestion collective en raison de leur petite taille, mais laisser aux États membres le soin de préciser les seuils d'exemption, à défaut diminuer ces seuils ou prévoir que seul l'un des critères prévus sera à remplir pour bénéficier de l'exemption.

Recommandation n° 18

Prévenir l'alourdissement excessif des charges du système d'information en laissant aux États membres la faculté d'une modulation de la mise en œuvre des objectifs de transparence adaptée aux besoins particuliers des sociétés et à leur environnement légal, notamment lorsqu'existe une institution de contrôle des sociétés de gestion collective.

Recommandation n° 19

Préserver l'unité économique et financière des sociétés de gestion collective en consacrant un droit d'utiliser leurs diverses ressources, notamment les produits financiers, au financement des seuls besoins de leur activité non commerciale et statutaire, dans la transparence à l'égard de leurs membres.

Recommandation n° 20

Poser le principe d'une prescription des droits et actions en paiement des sommes en attente de répartition.

Recommandation n° 21

La base de fixation des tarifs préconisée n'est pas équitable, car elle est unilatérale : la valeur économique telle qu'elle est entendue n'est que la valeur d'exploitation reconnue par les exploitants et leur public ; elle ne prend donc pas en compte les éléments de valeur des ayants droit, ce qui constitue une atteinte à leur droit de propriété – sous la réserve d'un abus.

La proposition de directive est l'occasion de fournir un cadre législatif à la jurisprudence communautaire afin de garantir une base équilibrée par la prise en compte des divers intérêts en présence, et notamment la valeur des intérêts culturels et sociaux portés par les sociétés de gestion collective au nom des ayants droit.

Recommandation n° 22

La création d'une instance spéciale de résolution des litiges ne devrait pas constituer une obligation dès lors que le droit commun d'un État membre offre la faculté de recourir à une médiation, préalablement ou en cours de contentieux.

Annexe : organisations consultées

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Société pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)

Canal +

Chambre syndicale des éditeurs de musique de France (CEMF)

Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDÉM)

Copie France

Centre Français d'exploitation du droit de copie (CFC)

France télévisions

Société civile des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)

Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)

Société civile des auteurs multimédia (SCAM)

Société civile des éditeurs de langue française (SCELF)

Société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM)

Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP)

Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)

Syndicat national de l'édition (SNE)

Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA)

Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)

Société civile des producteurs de phonogramme en France (SPPF)

Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE)

Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux (SRN)

TF1

Union nationale des auteurs et compositeurs (UNAC)

À la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et répartition des droits :

- M. Bernard MENASSEYRE, président,
- M. Christian PHÉLINE, rapporteur général.
