

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu de la séance plénière  
du 26 mai 2015*

**Ministère de la Culture et de la Communication**

## *LISTE DES PARTICIPANTS :*

Pierre-François RACINE, président de section (h) au Conseil d'État, président

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

### *Personnalités qualifiées*

Valérie-Laure BENABOU, professeur des universités

Josée-Anne BENZAERAF, avocat à la Cour

Jean-Pierre DARDAYROL, ingénieur général des mines

Joëlle FARCHY, professeur des universités

Élisabeth FLÜRY-HERARD, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Olivier JAPIOT, conseiller d'État

Jean MARTIN, avocat à la Cour

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

### *Administrations*

Fabrice BAKHOUCHE, directeur du cabinet de la ministre de la culture et de la communication

Clarisse MAZOYER, directrice adjointe du cabinet de la ministre de la culture et de la communication

Nicolas GEORGES, directeur adjoint des médias et des industries culturelles, chargé du livre et de la lecture, au ministère de la culture et de la communication

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

Danielle BOURLANGE, directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE)

Julie SAINT-PAUL, direction des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice

Daniel SEGOIN, sous-direction du droit de l'Union européenne et du droit international économique au ministère des affaires étrangères

Établissements publics placés sous la tutelle du Ministre en charge de la culture et chargés de conserver et mettre en valeur le patrimoine culturel

Membre titulaire : Harold CODANT (BnF)

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA)

Professionnels

**Représentants des auteurs :**

Membres titulaires : Olivier DA LAGE (SNJ), Gérard DAVOUST (SACEM), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Pascal ROGARD (SACD), Hervé RONY (SCAM), Marie SELLIER (représentée par Geoffroy PELLETIER) (SGDL) ;

Membres suppléants : Valérie BARTHEZ (SGDL), Olivier BRILLANCEAU (SAIF), David EL SAYEGH (SACEM), Patrick KAMENKA (SNJ), Marie-Christine LECLERC-SENOVA (SCAM), Thierry MAILLARD (ADAGP), Hubert TILLIET (SACD).

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

Membres titulaires : Cyril MORANCE (SNJV), Franck MACREZ (AFUL), Marc MOSSE (représenté par Jean-Sébastien MARIEZ) (BSA France) ;

Membres suppléants : Fabienne SAUGIER (APP), Frédéric DUFLOT (ADULLACT).

**Représentants des artistes-interprètes :**

Membres titulaires : Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI) ;

Membres suppléants : Catherine ALMERAS (SFA), Laurent TARDIF (SNAM-CGT).

**Représentants des producteurs de phonogrammes :**

Membres titulaires : Guillaume LEBLANC (SNEP) ; Jérôme ROGER (UPFI) ;

Membres suppléants : Marc GUEZ (SCPP).

**Représentants des éditeurs de musique :**

Membre titulaire : Angélique DASCIER (CSDEM) ;

Membre suppléant : Philippine LEDUC (SEAM).

**Représentants des éditeurs de presse :**

Membres titulaires : Patrick SERGEANT (SEPM), Christian BRUNEAU (FNPS) ;

Membres suppléants : aucun.

**Représentants des éditeurs de livres :**

Membres titulaires : Isabelle RAMOND-BAILLY (SNE), Yoric KERMARREC (SNE) ;

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

**Représentants des producteurs audiovisuels :**

Membres titulaires : Juliette PRISSARD-ELTEJAYE (SPI) ;

Membres suppléants : Benjamin MONTELS (SPFA).

**Représentants des producteurs de cinéma :**

Membres titulaires : Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN (UPF), Frédéric GOLDSMITH (APC) ;

Membres suppléants : Hortense DE LABRIFFE (API), Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP).

**Représentants des radiodiffuseurs :**

Membres titulaires : aucun.

Membres suppléants : Cécile DURAND (Le bureau de la radio).

**Représentants des télédiffuseurs :**

Membres titulaires : Sylvie COURBARIEN-LE GALL (représentée par Nathalie LEGER) (France Télévisions), Pascaline GINESTE (Canal +) ;

Membres suppléants : Sébastien FRAPIER (TF1) (représenté par Philippe MONCORPS).

**Représentants des éditeurs de services en ligne :**

Membres titulaires : Maxime JAILLET (GESTE), Marc TESSIER (SEVAD)

Membres suppléants : Giuseppe DE MARTINO (ASIC) (représenté par Cyril BARTHET).

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

Membre titulaire : Jean-Marie LE GUEN (FFT) ;

Membre suppléant : Gilles BRESSAND (ESML).

**Représentants des consommateurs :**

Membres titulaires : Sylvie HEYART (INDECOSA-CGT), Thomas FOURMEUX (ABF) ;

Membres suppléants : Antoine AUTIER (UFC-Que choisir), Alain LEQUEUX (CFPSAA).

*Membres excusés :*

Emmanuel BOUTTERIN (SNRL), Jean-Frank CAVANAGH (GFII), Catherine LEBAILLY (USPA), Emmanuel MARTIN (SELL), François MOREAU (personnalité qualifiée), Sylvain NIVARD (CFPSAA), Christophe PERALES (ADBU), Marie SELLIER (SGDL).

*Assistaient également à la réunion :*

Fabrice BENKIMOUN, sous-directeur des affaires juridiques au ministère de la culture et de la communication

Anne LE MORVAN, chef du bureau de la propriété intellectuelle au ministère de la culture et de la communication

David POUCHARD, adjoint au chef du bureau de la propriété intellectuelle au ministère de la culture et de la communication

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

## *ORDRE DU JOUR*

- I. Adoption du compte-rendu de la séance plénière du 18 novembre 2014
- II. Adoption du rapport d'activité 2014 du Conseil supérieur
- III. Point sur l'actualité européenne et multilatérale
- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis novembre 2014 par la Cour de cassation et la CJUE – Anne-Élisabeth Crédeville et Valérie-Laure Benabou
- V. Présentation des questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne et intéressant la propriété littéraire et artistique, par le ministère des affaires étrangères
- VI. Présentation du projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine par Fabrice Bakhouche, directeur du cabinet de la ministre de la culture et de la communication
- VII. Présentation et adoption du rapport de la commission relative à la seconde vie des biens culturels numériques – présidentes Josée-Anne Benazeraf et Joëlle Farchy, rapporteur Alexandre Segretain
- VIII. Programme de travail et questions diverses

## I. OUVERTURE DE LA SÉANCE

Le président ouvre la séance en soumettant à l'adoption le compte rendu de la séance plénière du 18 novembre 2014.

Monsieur Hubert TILLIET (SACD) demande l'ajout en page 51 du compte rendu, à la fin de la phrase « *Le CSPLA a tranché dans ce sens, et il est temps de prendre acte, par la loi si c'est nécessaire, que les copies faites dans le « cloud » ressortissent au régime de la copie privée* », de la précision « *dès lors que les conditions de ce régime sont réunies* ».

Monsieur Jean-François DEBARNOT demande la modification de deux paragraphes en pages 43 et 44 de la manière suivante :

*« Quand bien même l'exception de copie provisoire pourrait être adaptée à cette activité, il n'y a de toute façon généralement pas de copie provisoire dans le « text and data mining ». En outre, l'exception de copie provisoire n'a pour finalité de ne concerner que certaines utilisations d'œuvres ou d'objets protégés par un droit voisin et non l'exploitation à caractère commercial ou non des résultats de fouilles effectuées sur ces œuvres et objets.*

*Par ailleurs, on pourrait aussi réfléchir à une évolution de l'exception « recherche » couplée à l'exception « dépôt légal » pour tenter d'appréhender au mieux la mise en œuvre du « text and data mining ». Il y a donc un véritable travail à accomplir au plan européen sur le sujet ».*

Sous réserve de ces ajouts à intégrer dans le compte rendu, celui-ci est adopté.

Le rapport d'activité 2014 du Conseil supérieur, soumis aux membres, est adopté.

Le président confie la parole à Monsieur Jean-Philippe MOCHON pour la présentation de l'actualité européenne et multilatérale.

## II. POINT SUR L'ACTUALITÉ EUROPÉENNE ET MULTILATÉRALE

Monsieur MOCHON indique que la Commission européenne a adopté le 6 mai dernier sa communication pour un marché unique numérique en Europe<sup>1</sup>. Ce document trace les orientations de la Commission pour les deux prochaines années concernant le numérique, notamment en matière de droit d'auteur. La ministre s'est mobilisée fortement sur le sujet et a notamment organisé un colloque à Cannes en présence du Commissaire OETTINGER, auquel plusieurs membres du Conseil supérieur ont participé activement.

La Commission confirme dans sa communication que la réforme du droit d'auteur figure parmi les principales pistes de travail. Il faut toutefois noter une nuance politique par rapport à ce qui était envisagé dans un premier temps par la Commission JUNCKER, car la modernisation du droit d'auteur est annoncée de façon moins prioritaire au sein du paquet numérique.

Au sein de cette modernisation, la Commission confirme son attachement à la circulation transfrontière des contenus, à la territorialité et à l'accès transfrontière aux contenus, et aux questions de l'accès au savoir et des exceptions.

S'agissant de la territorialité, la mobilisation des professionnels qui a précédé la communication a été utile, puisque la Commission a raffiné son approche initiale qui consistait en la suppression du géoblocage. Elle avance désormais qu'il existe un problème à résoudre de géoblocage hors du droit d'auteur et que sur le terrain de ce dernier, priorité doit être donnée à l'établissement de la portabilité puis, dans un second temps, à l'accès transfrontière au contenu. La Commission s'apprête donc sans doute à bâtir un instrument législatif sur chacune de ces deux thématiques. La Commission mentionne que la problématique du financement de l'audiovisuel doit être prise en compte dès lors que l'on aborde la territorialité.

Le deuxième sujet important pour la Commission est l'accès au savoir et les exceptions. Même si à ce stade la Commission n'entre pas dans le détail, il est clair que les exceptions « recherche », « bibliothèques » et « *text and data mining* » seront au premier plan dans les mois à venir.

Il faut relever que le partage de la valeur fait son apparition dans le paragraphe sur l'avenir du droit d'auteur, ce qui est dû notamment à l'intervention des autorités françaises. L'idée de

---

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf)

l'articulation avec le statut des hébergeurs posé par la directive 2000/31 « commerce électronique » est sur la table dans la réflexion de la Commission.

La communication identifie également parmi les sujets composant la modernisation du droit d'auteur la mise en œuvre des droits mais précise que cette question sera abordée dans un deuxième temps.

Une directive se prépare et sera proposée avant la fin d'année ou au tout début 2016. Le ministre et le ministère de la culture souhaitent donc maintenir une mobilisation très forte et, à ce titre, la poursuite des travaux initiés par le CSPLA en 2014.

Le rapport de Julia REDA peine visiblement à trouver une majorité au Parlement européen. Les amendements de compromis préparés sont peu nombreux. La situation rappelle celle qu'avait connue en 2010 Marielle GALLO dans le sens contraire au début de la législature précédente. Le rapport GALLO, qui était plutôt pro-droit d'auteur, avait en effet failli ne jamais voir le jour, en raison de multiples péripéties.

Un avis sur le rapport REDA, préparé en commission culture du Parlement par l'eurodéputée italienne Isabella ADINOLFI, n'a finalement pas été adopté. Ce rapport est encore plus radical que le rapport REDA, en proposant une réforme plus radicalement à la baisse du droit d'auteur. Il n'y aura donc sans doute pas d'avis de la commission culture sur le rapport REDA.

Enfin, s'agissant du Traité de Marrakech, après l'adoption de la décision de signature par le Conseil de l'Union européenne, celui-ci examine actuellement la décision de conclusion qui permettra à l'Union européenne d'être engagée au plan international et de déposer les instruments de ratification. Une question importante qui se pose est de savoir si l'Union européenne peut adhérer au Traité de Marrakech avant d'avoir modifié son droit interne ou si cette modification doit intervenir préalablement. La France défend l'idée que l'Union européenne peut adhérer au Traité sans avoir besoin de modifier sa directive.

Les discussions en Comité des représentants permanents deux semaines auparavant n'ont pu aboutir dans ce sens. On ne sait pas encore quelle décision prendra la Commission.

Monsieur MOCHON signale que figurent dans le projet de loi relatif à la liberté de la création, l'architecture et le patrimoine des dispositions qui visent à mettre en œuvre certains éléments du Traité de Marrakech.

Monsieur Pascal ROGARD (SACD) soutient que le projet de la Commission européenne n'a pas changé. Les propositions qu'elle a formulées sur la territorialité, qui ont été dénoncées unanimement par les professionnels européens de l'audiovisuel, ne visent qu'à affaiblir le droit d'auteur pour mieux dérouler le tapis rouge aux grandes entreprises américaines de la Toile. Même l'ancienne commissaire et vice-présidente de la Commission européenne Viviane REDING a critiqué ces propositions comme ne répondant pas aux véritables enjeux, à savoir que l'Europe est aujourd'hui une colonie numérique des États-Unis. Dans ce contexte, il faut être ferme et continuer le combat, à l'image du discours prononcé par le Premier ministre au festival de Cannes.

Monsieur David EL SAYEGH (SACEM) remercie le gouvernement français pour avoir porté la question du statut des hébergeurs au plan européen, en sorte que la Commission en a tenu compte dans sa communication du 6 mai. Il s'interroge sur le calendrier du statut des hébergeurs et de la mise en œuvre des droits par rapport à la réouverture de la directive 2001/29 « Société de l'information ».

Monsieur MOCHON indique que les deux sujets n'ont pas le même calendrier. L'articulation du statut des hébergeurs avec le droit d'auteur figure bien aujourd'hui dans le périmètre de la directive qui se prépare, grâce notamment à une mobilisation très forte et au rapport de Pierre SIRINELLI. Les questions de mise en œuvre du droit d'auteur sont en revanche reportées à l'heure actuelle à 2016.

Monsieur Frédéric GOLDSMITH (APC) retient du discours de Commissaire OETTINGER à Cannes, même s'il a exprimé des nuances, qu'il souhaite un seul droit d'auteur en Europe. Cela signifie concrètement qu'il risque d'y avoir un passage au rouleau-compresseur des dispositions de tous les États membres. Il s'agit, certes, d'une affirmation avant tout politique, mais sans doute lourde de conséquences sur nombre de sujets. Monsieur OETTINGER a cité une exception particulière à l'audiovisuel et au cinéma pour la territorialité, ce qui a pu rassurer, mais il semblerait que cela ne corresponde qu'à une phase transitoire dans sa vision. Il est donc nécessaire de poursuivre le combat.

Le président remercie les intervenants et confie la parole à Madame Anne-Élisabeth CREDEVILLE pour la présentation des décisions importantes rendues par la Cour de cassation depuis la dernière séance plénière.

### *III. PANORAMA DES JURISPRUDENCES NATIONALES RÉCENTES INTÉRESSANT LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE*

Mme CREDEVILLE indique d'abord que la Cour de cassation a fixé au 5 juin 2015 son délibéré dans l'affaire opposant la société Christie's France au Syndicat national des antiquaires, dans laquelle la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle (arrêt du 22 janvier 2014, pourvoi n°1312675, n°12) portant sur l'interprétation de la règle édictée par l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 4 de la directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale. La CJUE s'est prononcée dans cette affaire le 26 février 2015 (aff C-41/14).

Elle revient sur un arrêt du 18 février qui concernait l'application dans l'espace de la 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.

Soutenant être titulaires des droits sur divers enregistrements fixés en Jamaïque entre 1964 et 1985, divers artistes-interprètes ont assigné en contrefaçon les sociétés Culture press et EMI Music France, leur reprochant d'avoir commercialisé en France, sans leur autorisation, plusieurs phonogrammes reproduisant ces enregistrements. Ces sociétés revendiquaient l'application de la loi jamaïcaine en vigueur lors de la fixation des enregistrements litigieux, soit du copyright Act de 1911 dont l'article 19 conférait selon elles la titularité initiale des droits voisins aux producteurs originaires.

La Cour de cassation y a répondu par un motif de pur droit substitué à ceux critiqués, pris de ce que la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits voisins du droit d'auteur désigne la loi du pays où la protection est réclamée, confirmant ce faisant sa jurisprudence antérieure. En effet, le 9 décembre 2003, la Cour de cassation a pour la première fois fait application de la loi française en tant que loi du pays de protection, pour déterminer le titulaire initial des droits voisins, solution réaffirmée le 19 juin 2013 quand elle a décidé que « *la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de loi édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée* », alors qu'avant, le texte visait l'exercice et non l'existence même du droit,

laquelle était soumise à la loi du pays d'origine. Ainsi la règle qui ne distingue plus selon que le litige porte sur l'existence ou l'exercice des droits en cause s'applique aux artistes-interprètes.

D'autre part, la Cour de cassation a rendu le 15 mai 2015 sa décision arrêt dans l'affaire KLASSEN c/ MALKA. Le peintre Peter KLASSEN qui a intégré dans plusieurs œuvres les photographies dont M. Alix MALKA est l'auteur, sans son autorisation, a été assigné en contrefaçon.

Devant la Cour de cassation, il était d'abord prétendu par Monsieur KLASSEN que les photographies n'étaient pas des œuvres originales et qu'il y avait atteinte à sa liberté d'expression artistique. Peter KLASSEN reprochait également aux juges du fond de ne pas avoir reconnu que sa démarche artistique s'inscrivait dans une perspective parodique de la société consumériste et que la reprise des photographies litigieuses était associée à d'autres représentations décalées incitant à la réflexion, violant ainsi l'article L. 122-5 4° du code de la propriété intellectuelle.

Sur le caractère original des photographies intégrées dans les œuvres de Peter KLASSEN au sens des articles L. 111-1 et 112-2 du code de la propriété intellectuelle, l'appréciation souveraine par les juges du fond du caractère original de l'œuvre est reconnue par la jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>2</sup>.

Les photographies ne sont plus admises comme elles l'étaient avant la loi du 3 juillet 1985, comme œuvres protégées, sous réserve de leur caractère artistique ou documentaire, mais dès lors qu'elles portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur (article L. 112-2 9° du code de la propriété intellectuelle). En l'espèce, le genre glamour ne fait pas disparaître l'originalité de l'œuvre si l'auteur y laisse son empreinte<sup>3</sup>, ce qu'a constaté la cour d'appel, en soulignant, au-delà de la réalisation technique des prises de vue, la construction des images à partir des attitudes et des poses très élaborées des mannequins.

La deuxième question posée à la Cour était la suivante : la liberté d'expression, telle que définie par l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui vise évidemment la liberté d'expression artistique, constitue-t-elle une limitation au droit exclusif de propriété intellectuelle de l'auteur ?

La réponse consiste, dans le respect du principe de proportionnalité, à mettre en balance les intérêts entre les droits et les libertés fondamentaux, entre la liberté d'expression et la protection de

---

2 Cf Civ 1 du 10 mai 1995, n°203 ; Civ 1 du 2 mai 1989, n°180

3 Cf l'article 6 de la directive 93/98 repris au 17ème considérant de l'arrêt du 16 juillet 2009 Infopaq International

la propriété intellectuelle, les atteintes portées à la liberté d'expression artistique n'étant admises que si la loi le prévoit expressément ou lorsqu'elles sont proportionnées et justifiées par un intérêt légitime dont impose le respect toute société démocratique.

Sur ce point, la cour d'appel énonçait de manière péremptoire que les droits sur les œuvres arguées de contrefaçon ne pouvaient, « faute d'intérêt supérieur », l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci étaient dérivées.

Concrètement, la prétention de l'artiste peintre (membre du mouvement de la Figuration narrative, né dans les années 60, faisant suite en Europe au Pop'art des années 50) de porter un message à portée sociale ou politique, à travers une œuvre picturale empruntant un support photographique réalisé par un photographe professionnel, le dispensait-elle de solliciter l'accord de ce photographe ?

Dans son arrêt rendu le 15 mai 2015, la Cour de cassation a estimé que manquait de base légale la décision de la cour d'appel qui ne s'était pas expliquée de façon concrète sur le point de savoir en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait. La cassation intervenue sur ce point dispensait d'examiner les autres branches du moyen se prévalant de l'exception de parodie.

Le président remercie Mme CREDEVILLE et transmet la parole à Mme BENABOU pour la présentation des arrêts de la CJUE.

Mme BENABOU indique que compte tenu du nombre de décisions intervenues et du temps imparti, elle ne fera que mentionner nombre d'arrêts et se concentrera plus amplement sur quelques-uns.

Elle relève d'abord l'arrêt du 26 février 2015 « Christie's France » (affaire C-41/14), qui a jugé que le coût du droit de suite peut être supporté aussi bien par le vendeur que par l'acquéreur et que cette décision relève de la compétence des États membres.

Une décision du 22 janvier 2015, « Pez Hejduk » (affaire C-441/13), concernait la compétence juridictionnelle et a repris les enseignements de l'arrêt « Pinckney ». Il autorise la compétence de l'État du for du dommage, qui est celui où le dommage se matérialise ou risque d'intervenir, cette matérialisation pouvant découler de la simple accessibilité d'un site Internet dans

un État membre. Il faut relever également que la décision comprend une discussion annexe sur le for du lien causal. La Cour de justice précise qu'il s'agit du siège social de la société qui décide de mettre en ligne des photographies sur un site déterminé, et non du lieu où est situé le serveur.

Un arrêt du 15 janvier 2015 « Ryanair » (affaire C-30/14) a été rendu à propos de la protection des bases de données. Il s'agissait d'une base de données qui n'était protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit *sui generis* du producteur de bases de données, mais dont la définition correspondait à celle prévue par la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. Il était demandé à la Cour si, dans le cadre d'une telle base, il est loisible de contractualiser tout type d'accès à la base, y compris ceux qui sont notamment réservés au titre de l'usage légitime prévu dans la directive. La Cour de justice répond par la négative : les exceptions ne sont applicables que lorsqu'on est en présence d'une protection. Le résultat est paradoxal puisqu'en l'absence d'une protection, il est possible de davantage contractualiser les accès à une base de données, l'ordre public des libertés d'usage ne trouvant pas à s'y appliquer.

L'arrêt « Copydan Båndkopi » du 5 mars 2015 (affaire C-463/12), à propos de la copie privée, a repris nombre de décisions qui ont validé l'application des principes de la rémunération pour copie privée. D'abord, une rémunération pour copie privée n'est pas due dès lors que la source est illicite. Deuxièmement, il est possible de prélever une rémunération pour copie privée sur des supports dont la fonction n'est pas exclusivement de réaliser des copies privées, à condition que ces supports aient néanmoins cette fonction, dès lors qu'elle n'est pas minime. La Cour de justice indique ici qu'il y aurait possibilité d'exempter de la rémunération pour copie privée les supports d'enregistrement lorsque le préjudice ou l'utilisation faite de ces supports à des fins de copie serait minime.

Une question était posée à propos de la concurrence entre différents supports, étant donné que certains étaient assujettis à la rémunération pour copie privée et d'autres non alors que tous permettaient de réaliser des copies privées. La Cour répond ici qu'il appartient aux États de décider, et qu'il y a une possibilité de « discrimination » entre les supports, à condition que les différentes catégories de supports et de composants ne soient pas comparables ou que la différence de traitement soit justifiée.

La décision précise encore, au sujet de la dernière question qui lui était posée, que la directive 2001/29 ne s'oppose pas une réglementation nationale qui prévoit une compensation équitable pour

copie privée pour les reproductions d'œuvres protégées qui sont effectuées par une personne physique à partir ou à l'aide d'un dispositif qui appartient à un tiers. Cette solution est différente de la solution française « Rannou-graphie » de la Cour de cassation, mais peut ouvrir la possibilité d'étendre le mécanisme de la copie privée dans le « *cloud* ».

Un arrêt du 26 mars 2015 « C More » (affaire C-279/13) concerne les droits voisins des organismes de radiodiffusion. Il s'agissait en l'espèce de la retransmission d'un match de hockey vers laquelle avait été posté un lien profond sans que soit demandée une autorisation au titre des droits voisins. La question se posait devant la juridiction suédoise de savoir s'il est possible d'étendre la définition des droits des organismes de radiodiffusion au-delà de ce qui est prévu dans l'acquis communautaire, en l'espèce dans les directives 2001/29 et 2006/115.

La Cour de justice répond que les États membres peuvent prévoir une telle extension. Cela est assez surprenant au regard de l'arrêt « Svensson » sur les liens hypertextes, dans lequel la Cour de justice avait précisé que la communication au public en matière de droit d'auteur obéissait à une harmonisation maximale et que les États membres ne pouvaient pas retenir une autre définition que celle prévue dans la directive et interprétée par ses soins. Il semble ici, s'agissant des droits voisins des organismes de radiodiffusion, qu'il existe une marge de manœuvre, y compris pour étendre les droits au-delà de ce qui est prévu dans les directives, à condition que cela n'affecte pas la protection du droit d'auteur.

Deux décisions importantes à propos du droit de distribution méritent d'être étudiées. Dans la première, l'arrêt du 22 janvier 2015 « Art & Allposters » (C-419/13), la question se posait de savoir si le transfert d'une affiche sur une image qui conduit à la disparition de l'image sur le support d'origine pour réaliser une nouvelle copie est sujet à épuisement du droit ou non. La CJUE passe par le détour de la qualification du droit de reproduction en considérant qu'il y a un acte de reproduction, qui fait obstacle à un éventuel épuisement. Celui-ci consiste en la circulation d'un support et non en une reproduction nouvelle d'un support.

Ce raisonnement est à comparer avec celui, inverse, qui avait été tenu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire « Théberge » de 2002 à propos d'une situation identique. La Cour suprême avait considéré que puisqu'il y avait disparition du support d'origine, il n'y avait pas reproduction. La CJUE affirme de son côté qu'il importe peu que le support premier disparaisse, dès lors qu'on est en présence d'un acte de reproduction. Il est également intéressant de rapprocher cette décision de l'arrêt « Usedsoft » où, s'agissant du logiciel, il a été considéré à l'inverse qu'un acte de

communication au public ou une mise à disposition étaient qualifiés de droit de distribution dès lors qu'il y avait un contrat de vente. La décision « Art & Allposters » s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt américain « ReDigi » qui avait estimé que la « *first sale doctrine* » ne trouvait pas matière à s'appliquer puisqu'il y avait un acte de reproduction nécessaire à la distribution numérique.

Enfin, il faut relever un arrêt du 13 mai 2015 « Dimensione Direct Sales et Labianca c/ Knoll International SpA » (affaire C-516/13), relatif également au droit de distribution. Il s'agissait de savoir si le titulaire du droit exclusif de distribution pouvait s'opposer à une offre de vente ou à une publicité ciblée au titre de son droit de distribution. La Cour semble faire une inflexion par rapport à sa jurisprudence antérieure. Dans sa décision « Peek & Cloppenburg » du 17 avril 2008 (affaire C-456/06), notamment, la Cour de justice avait considéré que le droit de distribution supposait qu'il y ait effectivement un acte de vente. Ici, la Cour de justice semble être moins exigeante car la mise en œuvre du droit de distribution par son titulaire peut découler de l'offre de vente, sans qu'un acte de vente subséquent intervienne. La Cour pose néanmoins une exigence de publicité ciblée pour justifier l'exercice du droit de distribution.

Le président remercie Mme BENABOU et confie la parole à Monsieur Daniel SEGOIN, représentant du ministère des affaires étrangères, pour une présentation des affaires actuellement pendantes devant la Cour de justice en matière de propriété littéraire et artistique.

#### *IV. PRÉSENTATION DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES PENDANTES DEVANT LA CJUE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE*

Le représentant du ministère des affaires étrangères informe les membres du Conseil que sa présentation porte sur des affaires dans lesquelles la position officielle du gouvernement français n'est pas définitivement arrêtée, le mémoire final n'étant pas encore rédigé, en sorte que cette présentation n'est pas reproduite ici.

Le président remercie le ministère des affaires étrangères. Le Conseil est sensible à la vigilance exercée par les autorités françaises vis-à-vis des questions préjudicielles posées par des juridictions d'autres États membres, car le risque d'effets collatéraux en France est très élevé.

Il se félicite par ailleurs de constater que le rapport du professeur Pierre SIRINELLI sur la directive 2001/29 a été bien lu au ministère des affaires étrangères.

Madame Philippine LEDUC (SEAM) s'étonne que l'affaire « Hewlett-Packard Belgium SPRL / Reprobel SCRL » n'ait pas été évoquée, sur la question de l'interprétation de l'exception de reprographie et de copie privée dans l'article 5, paragraphe 2, sous a) et b). L'affaire a été plaidée le 22 janvier 2015 et les conclusions de l'avocat général sont attendues pour le mois de juin.

Monsieur SEGOIN répond qu'il n'a pas mentionné cette affaire car la France n'est pas intervenue pour déposer des observations écrites ou à l'audience dans cette affaire.

Le président donne ensuite la parole à Monsieur Fabrice BAKHOUCHE, directeur de cabinet de la ministre de la culture et de la communication, qu'il remercie pour avoir pris de son temps afin de présenter le projet de loi relatif à la liberté de création, l'architecture et le patrimoine, comme le Conseil en avait exprimé le vif souhait.

## *V. PRÉSENTATION DU PROJET DE LOI RELATIF À LA LIBERTÉ DE LA CRÉATION, À L'ARCHITECTURE ET AU PATRIMOINE*

Monsieur Fabrice BAKHOUCHE se dit très heureux de l'occasion qui lui est donnée, à l'invitation du président du Conseil, de s'exprimer, pour la première fois, devant ce dernier. Comme l'avait souligné la ministre lorsqu'elle s'était exprimée devant le Conseil le 25 novembre 2014, le CSPLA et ses membres sont des interlocuteurs de toute première importance dans la conduite de la politique du droit d'auteur. Les enjeux sont considérables et les débats au sein du CSPLA les reflètent parfaitement, en particulier par tous les travaux conduits sur les débats européens.

Mais les débats européens, aussi cruciaux soient-ils, ne sont pas les seuls qui occupent les professionnels de la culture et Monsieur BAKHOUCHE sait combien la préparation du projet de loi relatif à la liberté de création, l'architecture et le patrimoine les intéresse au tout premier chef. C'est pourquoi il est venu leur présenter les grandes orientations de ce projet, qui vient d'être transmis au Conseil Économique social et environnemental la semaine précédente, et que la ministre présentera au Conseil des ministres dans les toutes prochaines semaines.

Le projet de loi concrétise l'engagement du Président de la République en faveur d'une grande loi réaffirmant l'attachement des pouvoirs publics à la création artistique et culturelle. Il embrasse tout le champ des politiques culturelles et en rénove les instruments pour conforter le service public de la culture et améliorer l'accès des Français à la culture.

Pour commencer par des matières plus éloignées du champ de compétence du Conseil supérieur, le projet de loi modernise le droit du patrimoine et porte une ambition de soutien à la qualité architecturale. À titre d'exemple particulièrement emblématique, il réforme en profondeur les régimes juridiques de protection du patrimoine en simplifiant le droit et en le rendant donc plus efficace. Il organise la meilleure circulation des collections nationales des musées pour les rendre plus accessibles. Il renforce l'efficacité de la politique de l'archéologie, notamment préventive, et la légitimité de la protection du patrimoine archéologique.

Dans le domaine de la création artistique et du spectacle vivant, le projet de loi, qui s'ouvre par un article 1<sup>er</sup> inscrivant en droit français la liberté de création artistique, énonce des ambitions fortes. Il définit les objectifs des politiques publiques en la matière : l'aide à la création et aux

artistes, les conditions et outils du développement artistique sur l'ensemble du territoire et pour tous les publics, les actions nécessaires à la formation des professionnels de l'art, ainsi qu'au développement, à la pérennisation de l'emploi et à l'activité professionnelle artistique. L'énoncé de ces objectifs n'avait jamais été fait jusqu'ici par le législateur. Le projet de loi reconnaît ainsi le rôle des différentes catégories d'institutions culturelles et la nature partenariale des politiques menées, notamment avec les collectivités locales. Le projet de loi comporte également des dispositions pour pérenniser l'emploi et l'activité professionnelle et organise l'observation des évolutions économiques de la création artistique. Il comporte enfin d'importantes dispositions en matière d'enseignement supérieur artistique.

Monsieur BAKHOUCHE présente dans un second temps le champ qui intéresse le plus les membres du CSPLA, celui de la propriété littéraire et artistique. Le projet de loi concerne à ce titre principalement trois secteurs : le cinéma, le livre et la musique.

En matière de cinéma, le projet permet de transcrire au plan législatif la réflexion très approfondie qui a été conduite dans le secteur en matière d'amélioration de la transparence des comptes de production et d'exploitation. Il pose des principes très clairs et organise leur contrôle par le CNC. Il s'inscrit ainsi dans le prolongement des travaux de René BONNEL, en particulier de son rapport de décembre 2013. En matière de propriété intellectuelle au sens strict, le projet de loi prévoit la possibilité d'étendre les accords collectifs en matière audiovisuelle, qui est aujourd'hui prévue par l'article L. 132-25 du code de la propriété intellectuelle. Il permettra de stimuler la négociation collective dans un secteur qui est d'ores et déjà très organisé et qui bénéficiera d'un surcroît de transparence et de consensus entre les acteurs.

Dans le domaine du livre et de l'édition, qui a bénéficié ces dernières années d'une forte activité législative, avec la réforme du contrat d'édition, la création du régime des livres indisponibles, celle du régime des œuvres orphelines ou encore la création du médiateur du livre, le projet de loi se concentre sur la modernisation de l'exception au droit d'auteur bénéficiant aux personnes handicapées. C'est le résultat d'une très large concertation qui doit beaucoup à l'engagement de plusieurs des personnes présentes ce jour autour de la table, aussi bien les représentants des auteurs et des éditeurs que ceux des personnes concernées, en particulier Monsieur LEQUEUX. Ce travail collectif a permis de définir un régime amélioré dans trois directions. Est d'abord décidé un élargissement des bénéficiaires de l'exception, qui ne seront plus seulement les personnes déficientes visuelles mais aussi celles qui souffrent de troubles

d'apprentissage : dyslexies et dyspraxies. Le projet assure également une plus grande fluidité du dispositif de l'exception tout en préservant les garanties essentielles : il améliore les modalités et formats de dépôt des fichiers à adapter et il améliore le travail entre toutes les institutions concernées. Enfin, le projet de loi permet de faire circuler au-delà des frontières les œuvres qui auront fait l'objet d'adaptations sur le fondement de l'exception, ce qui est une façon d'anticiper, dans des conditions bien sécurisées, l'application du traité de Marrakech. La France a d'ailleurs pris position très clairement à Bruxelles pour que ce traité de Marrakech entre en vigueur sans attendre la modification de la directive. Dans le domaine du livre, la loi traite donc de sujets très concrets, en assurant, grâce aux professionnels et aux associations, la concertation, l'efficacité dans l'accès aux œuvres et la garantie des principes du droit d'auteur.

Dans le domaine de la musique, le projet de loi comporte également des dispositions importantes, dont un avant-projet avait été communiqué il y a quelques mois aux acteurs concernés, ce qui a été très utile puisque le ministère a en conséquence décidé quelques ajustements. Ces dispositions sont l'aboutissement d'une longue réflexion, marquée notamment par les rapports de Pierre LESCURE et de Christian PHÉLINE. Elles traduisent l'état à ce jour d'une réflexion qui se poursuit, avec la désignation la semaine précédente de Marc SCHWARTZ pour mener une médiation entre les acteurs, tout particulièrement les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et les éditeurs de services en ligne. Les maîtres mots de cet exercice sont donc la concertation entre les acteurs, l'amélioration du partage de la valeur et la transparence des relations contractuelles. Il s'agit à la fois de replacer les artistes au centre de la réflexion en assurant une meilleure transparence et une plus grande protection de leurs droits et de mieux réguler les relations entre les artistes-interprètes, les producteurs phonographiques et les plateformes de musique en ligne.

Une première série de dispositions porte d'abord sur les droits des artistes interprètes, par exemple en étendant aux artistes-interprètes le principe applicable aux auteurs selon lequel l'existence d'un contrat de travail ou de prestation de service est sans incidence sur la jouissance des droits. La cession des droits des artistes-interprètes ne pourra donc pas se présumer mais devra être expressément consentie. Il est également prévu que lorsqu'un artiste-interprète cède ses droits patrimoniaux à un producteur, le contrat devra mentionner l'ensemble des droits d'exploitation cédés et les délimiter précisément selon quatre critères : étendue, destination, lieu et durée. Le contrat devra formuler expressément toute clause qui tend à conférer le droit d'exploitation sous une forme non prévisible ou non prévue à la date de signature du contrat ainsi qu'une rémunération

correspondante. En cas d'abus dans l'inexploitation par le producteur des droits qui lui ont été cédés, l'artiste-interprète pourra saisir le juge compétent afin que celui-ci ordonne toute mesure appropriée. Il est également prévu que l'artiste aura droit à une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de sa prestation correspondant aux droits cédés dans le contrat. Enfin, est mise en place une obligation de reddition de comptes semestrielle à la charge du producteur de phonogrammes qui doit expliquer de façon explicite et transparente à chaque artiste-interprète le calcul de sa rémunération pour chaque mode d'exploitation de sa prestation. Le producteur de phonogrammes sera tenu de fournir à l'artiste-interprète qui en fait la demande les justifications permettant de vérifier l'exactitude de ses relevés.

Ensuite, le projet de loi institue un médiateur de la musique, qui aura pour mission de favoriser la conclusion de tout accord, notamment des codes des usages, entre les producteurs de phonogrammes, les artistes et les plateformes de musique en ligne – son champ d'intervention couvrant donc seulement les droits voisins. Le médiateur aura vocation à être saisi de tout conflit portant sur l'interprétation ou l'exécution de tout accord professionnel conclu entre les producteurs de phonogrammes, les artistes et les plateformes de musique en ligne, y compris sur les codes des usages qu'il aura préalablement favorisés, ainsi que sur l'interprétation ou l'exécution de tout contrat conclu entre producteurs et artistes ou bien entre producteurs et plateformes de musique en ligne. Lorsque les parties sont parvenues à un accord, il établit un procès-verbal de conciliation précisant les mesures pour le mettre en œuvre. À défaut d'accord, il pourra faire une recommandation aux parties et la rendre publique mais il ne sera pas doté de pouvoirs d'injonction.

Le projet de loi prévoit également d'imposer un formalisme contractuel lorsqu'un artiste cède ses droits, autres que ses droits voisins, à un producteur de phonogrammes. Il peut s'agir notamment de son droit à l'image, des droits liés au « *merchandising* » sur des produits promotionnels, etc. Il s'agit ainsi d'assurer la transparence pour les parties des contrats dits « 360 degrés ».

Enfin, le projet de loi traite des relations entre les producteurs de phonogrammes et les éditeurs de services de musique en ligne qui rencontrent régulièrement des difficultés pour obtenir des informations relatives aux conditions générales d'exploitation des répertoires. L'article 6 prévoit que les conditions d'exploitation des phonogrammes devront être fixées de manière objective, équitable et non discriminatoire entre les producteurs de phonogrammes et les éditeurs de musique en ligne, ce qui permet d'assurer une meilleure transparence et de garantir des conditions d'accès équilibrées aux phonogrammes pour les éditeurs de services de musique en ligne.

Le texte du projet de loi est très substantiel et a naturellement vocation à évoluer au cours de sa discussion. La concertation se poursuit, en tout premier lieu, dans le secteur de la musique avec la médiation confiée à Marc SCHWARTZ. Monsieur BAKHOUCHE se dit certain que, par la voie de la concertation, le ministère parviendra à un texte à la fois ambitieux et équilibré. À l'heure où la modernisation du droit d'auteur est entendue par certains en Europe comme une seule réduction des prérogatives des créateurs et de leur mode de subsistance, la réussite de ce travail au plan national est un impératif que l'ensemble des parties prenantes doit partager. Il propose aux membres du Conseil supérieur de lui faire part de leurs réactions et de leurs éventuelles questions.

Le président remercie Monsieur BAKHOUCHE pour sa présentation, qui correspond à un vœu ancien et fréquemment renouvelé au sein du Conseil.

Monsieur ROGARD demande ce que le gouvernement envisage concernant le projet de loi relatif au numérique, qui semble être pour l'heure reporté. Est-il prévu de réintégrer certaines de ses dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le numérique au sein du projet de loi relatif à la création ? La question se pose notamment du référencement des offres illicites d'œuvres sur Google, sujet abordé dans l'intervention récente de Monsieur Pascal NEGRE au colloque sur l'avenir du droit d'auteur organisé au festival de Cannes.

Monsieur ROGARD revient ensuite sur les dispositions que le projet de loi prévoit en matière de transparence dans le cinéma. Le CNC a engagé des discussions sur le sujet dans l'audiovisuel, où la transparence est encore moindre que dans le cinéma. Il souhaite savoir si le ministère a demandé au CNC d'accélérer ces discussions afin d'aligner les deux secteurs sur le terrain de la transparence.

Monsieur Hervé RONY (SCAM) indique qu'un accord spécifique a été conclu sur la transparence dans le genre documentaire entre la SCAM et les principaux syndicats de producteurs audiovisuels. Un premier courrier avait été adressé à Madame FILIPPETTI puis un second à Madame PELLERIN pour demander au ministère si une extension de cette charte était possible. Le fait qu'elle ait été signée en présence de Madame PELLERIN au Festival international de programmes audiovisuels (FIPA) montre que la démarche des acteurs du secteur a été politiquement approuvée. Monsieur RONY souhaiterait savoir si cet exemple de texte correspond aux objectifs de

transparence et d'extension d'accords que le projet de loi soutient.

Monsieur BAKHOUCHE indique que le projet de loi « numérique » est toujours inscrit au programme de travail du Parlement pour l'année 2015, dans un créneau d'examen très proche du projet de loi « création ». Ce projet de loi poursuit à ce stade son cours, sans que soit envisagée une fusion des deux textes. On ne peut définitivement écarter cette hypothèse compte tenu de la surcharge de travail du Parlement dans les mois à venir, mais elle n'est pour l'heure pas arbitrée. Une fusion des deux textes aurait des impacts positifs pour le ministère de la culture et de la communication puisque cela conduirait à intégrer dans le projet de loi d'autres dispositions sur la protection de la propriété littéraire et artistique, notamment en matière de prévention du piratage. Elle aurait en revanche des conséquences sur le calendrier, une partie du projet de loi « numérique » étant pour le moment embryonnaire. Si les plus hautes autorités du Gouvernement devaient décider de fusionner deux textes relevant de deux ministères différents, il faudrait procéder à une saisine rectificative du Conseil d'État, ce dernier ayant d'ores et déjà été saisi du projet de loi « création ».

S'agissant de la transparence dans le domaine de l'audiovisuel, le ministère partage totalement les objectifs du texte évoqué par Monsieur RONY. Sur la question précise de Monsieur ROGARD, Monsieur BAKHOUCHE s'engage à lui répondre ultérieurement pour lui préciser la position du ministère à ce sujet.

Monsieur Emmanuel DE RENGERVE (SNAC) s'étonne que l'article premier de la loi, qui rappelle avec force plusieurs idées philosophiques défendues par la nation, ne comprenne pas des éléments sur la protection de la propriété littéraire et artistique et la rémunération des auteurs et artistes. Ne serait-il pas possible de compléter cet article fondateur pour y faire référence ?

Deuxièmement, concernant la reconnaissance par la nation du fait que les activités artistiques peuvent s'exprimer également à travers les actions artistiques et culturelles, Monsieur DE RENGERVE attire l'attention sur le fait qu'il serait bon de mentionner qu'un statut spécifique et approprié doit être mis en place pour que ces activités puissent se développer de manière satisfaisante. C'est toute la question ici de la définition des revenus accessoires au droit d'auteur.

Par ailleurs, renforcer la transparence à l'égard des artistes-interprètes est une très bonne chose, mais il ne faudrait pas que ce renforcement conduise à ce que les auteurs de certains secteurs

se trouvent moins bien traités sur cette question.

Le Syndicat national des auteurs et compositeurs a écrit au ministère un long courrier faisant part de questions précises sur un certain nombre de dispositions du projet de loi. Ce courrier recommandait notamment d'éviter de créer dans le champ du droit d'auteur des spécificités pour le seul secteur cinématographique en oubliant une part importante de l'audiovisuel qui est la production télévisuelle.

Enfin, en ce qui concerne la transparence dans le domaine du cinéma, les questions abordées ne visent pas une catégorie de co-auteurs des œuvres cinématographiques, à savoir les compositeurs de musiques de films.

Monsieur BAKHOUCHE souligne que l'article 2 du projet de loi a été très discuté et a beaucoup évolué. Le Conseil d'État puis le Parlement auront chacun leur mot à dire. La numérotation des articles du projet de loi a évolué au fil du temps. L'article 1<sup>er</sup>, de principe, comporte une seule phrase et dispose que la création artistique est libre. L'article 2 précise ensuite de manière plus extensive sur une quinzaine de lignes les grands objectifs de la politique culturelle et son caractère partenarial, et donc partagé, avec les établissements publics et les collectivités territoriales. Dans ce nouvel article 2, une phrase, certes générique, mentionne le soutien à l'existence et au développement de la création sur l'ensemble du territoire. L'article ne comporte en revanche pas de mention spécifique des modalités de rémunération.

Monsieur DE RENGERVE juge problématique le fait pour les organisations professionnelles, à qui le ministère a demandé des réactions, de travailler à partir de versions non définitives du texte. Il dispose à ce jour de la version du texte transmise au Conseil économique social et environnemental (CESE).

Monsieur BAKHOUCHE indique que le CESE a été saisi d'un texte qui comporte sur ce sujet deux articles : le premier, qui est principiel et fait une ligne, et le second, plus long, qui précise différents objectifs de politique culturelle. Des versions intermédiaires informelles ont pu être transmises au CESE, mais la saisine officielle du gouvernement s'est faite le 15 mai sur la base de ce texte.

Monsieur Guillaume LEBLANC (SNEP) remercie Monsieur BAKHOUCHE pour sa présentation et salue la méthode de concertation suivie sur ce projet de loi très attendu des professionnels. Compte tenu du fait que certains professionnels semblent déjà en avoir eu connaissance, il demande s'il est possible d'envoyer à tous les professionnels concernés le projet du gouvernement dans sa version transmise au Conseil d'État.

Il relève qu'une mission de médiation a été récemment confiée par le ministère à Monsieur Marc SCHWARTZ, alors même que l'article 3 de l'arrêté de 2000 relatif au CSPLA prévoit que ce dernier peut confier une mission de médiation à une personnalité qualifiée. Pourquoi ne pas avoir privilégié cette enceinte ?

Compte tenu de l'encombrement de l'agenda parlementaire, il souhaiterait avoir confirmation du fait qu'une session extraordinaire en septembre est envisagée par le gouvernement.

Il s'interroge sur des ajouts qui pourraient être faits dans le projet de loi en matière de respect des droits de propriété littéraire et artistique. La ministre avait annoncé en mars dernier un plan ambitieux d'action de lutte contre la contrefaçon, dont certaines mesures comme une injonction de retrait prolongé, nécessiteront un véhicule législatif. Le présent projet de loi pourrait-il servir de support à ces réflexions ?

Monsieur BAKHOUCHE indique d'abord que le projet de loi tel que transmis au CESE est disponible sur le site Web de ce dernier. Il sera en outre transmis officiellement aux professionnels très prochainement.

S'agissant de la mission de médiation confiée à Marc SCHWARTZ, qui n'est pas membre du CSPLA, il s'agit d'un choix fait par le gouvernement.

Monsieur BAKHOUCHE indique n'être pas en mesure de confirmer l'hypothèse d'une session extraordinaire du Parlement car une telle annonce dépend, au sein du gouvernement, du secrétaire d'État aux relations avec le Parlement. Le plus probable, compte tenu de l'engorgement du Parlement, est effectivement qu'une telle session extraordinaire se tienne en septembre.

S'agissant des mesures en matière de lutte contre la contrefaçon, et en particulier sur l'injonction de retrait prolongée, la loi est un vecteur possible et le ministère n'exclut pas, si le gouvernement en décide ainsi, que ces mesures soient introduites par voie d'amendement.

Monsieur Bruno BOUTLEUX (ADAMI) remercie Monsieur BAKHOUCHE pour sa présentation. Un certain nombre de dispositions satisfaisantes figurent dans le projet de loi pour la protection des artistes-interprètes. Une partie du dispositif envisagé pour les artistes-interprètes figure néanmoins aujourd'hui sur la médiation confiée à Monsieur SCHWARTZ sur l'exploitation numérique de la musique. Il ne doute pas que cette mission puisse aboutir mais demande ce que le gouvernement a prévu en cas d'échec des négociations.

Monsieur BAKHOUCHE indique que la lettre de mission de Monsieur SCHWARTZ, publiée sur le site du ministère, souligne qu'en cas d'échec, il rendra à la ministre un rapport présentant des préconisations, notamment de nature législative. La mission s'achèvera à la fin du mois de juillet, et le médiateur livrera alors à la ministre les résultats de sa mission et la marche à suivre.

Monsieur Jérôme ROGER (UPFI) formule plusieurs observations sur le contenu du projet de loi. D'abord, il remercie le cabinet du ministère de la culture d'avoir joué le jeu de la concertation sur des dispositions qui posaient problème pour certains ayants droit. Tel était le cas par exemple du caractère semestriel de la reddition de comptes sur les royautés versées aux artistes, qui correspond à un usage de la profession. Le fait que le projet de loi se cale sur cet usage constant permet d'éviter des modifications qui seraient coûteuses pour la profession.

Par ailleurs, le fait que le ministère ait accepté de supprimer le pouvoir d'injonction qu'il était prévu au départ de confier au médiateur de la musique institué par le projet de loi, va dans le bon sens. Les producteurs phonographiques n'ont jamais manifesté un désaccord de fond sur le principe même de la création d'un médiateur mais avaient des observations pour préciser le périmètre des compétences du médiateur.

Sur le fond des dispositions, qu'il s'agisse de l'amélioration des relations contractuelles ou des relations de transparence entre producteurs phonographiques et artistes-interprètes, l'UPFI ne peut que les approuver puisqu'elle a l'année précédente participé à la publication en France du manifeste international lancé par le Worldwide Independent Network (WIN), une organisation rassemblant des labels indépendants. Ce manifeste s'était prononcé précisément en faveur d'une meilleure transparence pour préserver le climat de confiance entre producteurs et artistes, deux

acteurs essentiels de la création de valeur dans la musique enregistrée.

Les producteurs partagent l'objectif d'une amélioration des relations contractuelles et de transparence entre producteurs phonographiques et éditeurs de services en ligne, qui doit jouer dans les deux sens. À titre d'exemple, l'UPFI s'est émue des conditions de rémunération des ayants droit, notamment les producteurs, pour le streaming. Ces derniers sont rémunérés au volume du nombre d'écoutes par rapport à la totalité du nombre d'écoutes par période de *reporting*, le mois en l'occurrence, ce qui peut conduire à des effets de concentration dommageables aussi bien aux intérêts des artistes qu'à ceux des producteurs. La disposition prévue par le projet de loi pourra donc être utilisée par l'ensemble des parties pour améliorer cela.

Monsieur Laurent TARDIF (SNAM) remercie le gouvernement pour s'être engagé sur un certain nombre de questions qui préoccupent les artistes-interprètes depuis de nombreuses années. Le texte, sur lequel un consensus entre tous les professionnels semble s'établir, comporte des leviers particulièrement utiles.

Il déplore en revanche que l'article 2, qui brosse de façon large l'action publique en matière culturelle, ne comprenne pas de volet programmatique ni de détails sur le financement des différents types d'actions mentionnés, notamment en matière de spectacle vivant.

Monsieur Xavier FILLIOL (GESTE) remercie le gouvernement pour le projet de loi, qui rencontre les préoccupations des éditeurs de services et de contenus en ligne, ainsi que pour la méthode de concertation adoptée.

Le président remercie les différents intervenants et souligne que la prochaine étape interviendra à l'issue du Conseil des ministres, lorsque le projet sera déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Il confie la parole à Madame Josée-Anne BÉNAZÉRAF, en vue de l'examen de la partie juridique du rapport établi par la commission sur la seconde vie des biens culturels numériques.

## *VI. PRÉSENTATION ET ADOPTION DU RAPPORT DE LA COMMISSION RELATIVE À LA SECONDE VIE DES BIENS CULTURELS NUMÉRIQUES*

Madame BENAZERAF rappelle que le rapport a déjà fait l'objet en plusieurs temps de présentations devant le Conseil, notamment sur le plan économique. Il est finalement heureux que le volet juridique, présenté ce jour, intervienne après l'arrêt « Art & Allposters » qui a conforté les conclusions auxquelles est arrivée la commission.

Dans cette affaire, la question principale posée était celle du périmètre du droit de distribution et de son éventuel épuisement s'agissant de la mise à disposition en ligne. La Commission a considéré dans un premier temps qu'il ne pouvait pas s'agir de distribution car celui-ci ne s'applique en droit commun du droit d'auteur – par opposition au droit spécifique du logiciel visé par la CJUE dans son arrêt « Usedsoft » – qu'aux objets tangibles. L'épuisement a été pensé en droit européen pour assurer la libre circulation des marchandises.

La lecture des travaux préparatoires de la directive 2001/29 « Société de l'information », à savoir le premier livre vert de 1988, le second livre vert de 1995, et la proposition de directive de 1997, permet d'éclairer l'article 4 et le considérant 28 sur le droit de distribution en montrant que le législateur de l'Union entendait n'appréhender que les seules marchandises physiques. Ceci se justifie d'autant plus que l'intention du législateur communautaire était également de transposer les traités de l'OMPI de 1996, qui sont tout aussi clairs sur le fait que le droit de distribution et son épuisement ne concernent que les objets tangibles.

Le droit de distribution peine ainsi à embrasser des biens intangibles ou des fichiers numériques, à moins que ces derniers ne puissent être considérés comme des objets tangibles. La commission a considéré que ce ne pouvait pas être le cas, parce qu'un fichier informatique est un ensemble d'informations numériques constituées de séquences d'octets et enregistrées sur un support de stockage et non un support matériel. L'arrêt de la Cour de justice rendu le 5 mars 2015 dans les affaires « Commission / France » et « Commission / Luxembourg » (C-479/13 et C-502/13), même s'il concerne la fiscalité, peut être cité à l'appui de cette démonstration. La décision affirme en effet que le livre électronique ne peut être qualifié de bien corporel et que s'il nécessite aux fins d'être lu un support physique tel qu'un ordinateur, un tel support n'est pas compris dans la fourniture d'un livre électronique.

Il faut mentionner également un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 13 mars 2015 qui a eu un certain écho, mais portait sur un sujet tout autre que le droit de distribution. Le litige opposait l'agence photographique Gamma-Rapho, qui avait fait faillite, et une de ses anciennes photographes, sur la propriété et la restitution de photographies. L'agence considérait qu'elle avait elle-même financé les copies numériques des photographies et s'opposait à l'exploitation de ces fichiers par la photographe sur son site personnel. Se posaient des questions complexes au regard des actes de cession du fonds de commerce intervenus et de la séparation à établir entre propriété sur des supports et droits immatériels. Le tribunal a cru régler la question en recourant à la distinction traditionnelle entre l'œuvre et son support et a retenu dans ce contexte qu'un fichier numérique peut être considéré comme un support et « *constitutif d'un bien meuble corporel* ».

Il ne semble pas possible de tirer des conclusions du jugement en matière de droit de distribution et d'épuisement, ces enjeux étant absents de l'affaire. Au-delà de cette décision, il reste que la catégorie des biens meubles corporels inclut des biens qui ne sont pas des objets tangibles, telles l'électricité ou les ondes électromagnétiques par exemple. Cela permet de mesurer qu'en utilisant la notion d'« objet tangible », qui n'est pas une catégorie en soi, le législateur européen a clairement voulu limiter le droit de distribution aux seules marchandises physiques circulant dans le contexte de l'occasion physique. Ce dernier n'a rien à voir avec le contexte de la seconde vie des biens numériques, ce qui explique pourquoi la commission du CSPLA a adopté une terminologie différente.

Dans le cas de la revente d'objets intangibles, la commission prône la qualification de communication au public et non celle de distribution. Il est intéressant de noter à cet égard qu'aux États-Unis, le législateur n'a pas transposé le droit de mise à disposition à la demande figurant dans le Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI dans le droit de communication au public mais dans le droit de distribution. Certains commentateurs ont d'ailleurs souligné que la question soulevée dans l'affaire « ReDigi » ne pouvait se poser que parce que les États-Unis n'avaient pas consacré le droit de mise à disposition à la demande au sein du droit de communication au public.

L'arrêt « Usedsoft » est très riche d'enseignements et témoigne à chaque relecture de nouveaux apports. On peut se demander s'il s'agissait vraiment de la bonne affaire pour la CJUE pour se saisir de la question du droit de distribution et son éventuel épuisement dans le numérique. Alors qu'il était question à de multiples reprises de « copie » dans la décision, dans les faits il

n'était absolument pas question de copie. Aucune copie n'était fournie ni par la plateforme ni par le vendeur d'origine, mais se posait la question des licences.

La Cour a pu considérer qu'un fichier numérique est l'équivalent d'un fichier corporel alors que précisément le fichier n'était en l'espèce pas altéré, à la différence de l'occasion physique, mais au contraire amélioré, puisque la Cour considère que toutes les mises à jour doivent bénéficier au fichier revendu. Au-delà des multiples observations, notamment critiques, qui peuvent être faites sur l'arrêt, la commission du CSPLA a considéré que la solution ne pouvait être transposée au droit commun du droit d'auteur.

La Cour elle-même, d'abord, prend le soin de ne se prononcer qu'au regard de la *lex specialis*, même si elle ouvre quelques pistes d'interrogation. Il existe en effet des différences importantes entre les directives. La première est que le droit de communication au public n'existe pas en matière de droit spécifique du logiciel, qui s'exploite par la reproduction. La Cour n'avait donc guère le choix quant à la qualification qui lui était proposée puisqu'elle ne pouvait se tourner que vers les seuls droits de reproduction, de traduction ou de distribution.

Une seconde différence importante avec le droit commun du droit d'auteur réside dans le fait que le droit de distribution du logiciel comprend le droit de location au public. Le considérant 12 de la directive 2009/24 « programmes d'ordinateur » indique que la location vise une période limitée, ce qui implique *a contrario* qu'en l'absence d'une telle période limitée on se situe dans le droit de distribution *stricto sensu*, qui s'épuise à la différence du droit de location. Cette différence, qualifiée de *summa divisio* par l'avocat général de la Cour, explique pourquoi la Cour fait largement état de la durée pendant laquelle l'utilisateur peut utiliser le fichier issu du téléchargement.

Plusieurs différences essentielles entre les directives 2001/29 « Société de l'information » et 2009/24 « programmes d'ordinateur » doivent être mentionnées. Le fait que le droit de distribution s'applique à des biens matériels tangibles, qui figure dans la première, n'existe pas dans la seconde. De même, le considérant 29 de la directive 2001/29, relatif aux services, n'a pas d'équivalent dans la directive 2009/24.

La commission a donc considéré à l'aune de ces différences que la solution « Usedsoft » ne peut être exportée vers les secteurs autres que celui du logiciel.

Les deux directives ne comportent également pas les mêmes exceptions. L'exception reconnue au bénéfice de l'acquéreur légitime d'un logiciel n'existe pas en droit commun du droit d'auteur, de même que l'exception relative à la copie de sauvegarde. À l'inverse, la liste

d'exceptions prévue par la directive 2001/29 n'existe pas en matière de droit des bases de données, notamment l'exception de copie privée. On peut se demander si cette dernière n'est pas un obstacle à une extension éventuelle de la solution « Usedsoft » au droit commun du droit d'auteur. Cette idée a été développée par Valérie-Laure BENABOU à l'occasion des travaux de la commission ainsi que dans l'un de ses articles. La solution de l'arrêt « Usedsoft » ne vaut que si l'utilisateur d'origine détruit son fichier dans le même temps qu'il en transmet une copie au nouvel acquéreur. On peut imaginer que le premier acquéreur réalise une copie qu'il garde pour lui avant de transmettre l'« original » au second acquéreur. Comment pourrait-on lui imposer de supprimer la copie privée qu'il a réalisée dans un cadre légal ? S'il fallait imaginer de transposer la solution « Usedsoft », il faudrait peut-être supprimer l'exercice de la copie privée.

Un certain nombre de décisions sont intervenues postérieurement aux travaux de la commission dans d'autres pays de l'Union, notamment aux Pays-Bas et en Allemagne. Dans ce dernier État, trois décisions ont été rendues dans le cadre d'actions engagées par des associations de consommateurs au sujet de livres électroniques et de plateformes de jeux comme Steam. Les décisions allemandes ont été très claires et se sont situées dans le droit fil des conclusions de la commission : seul le droit de communication au public est en cause, il n'y a pas d'épuisement, la mise à disposition à des fins de téléchargement ne relève pas du droit de distribution.

En Allemagne, les associations de consommateurs voulaient faire juger que les clauses d'utilisation des sites en question, qui interdisaient de revendre les fichiers, plaçaient les consommateurs allemands dans une situation inéquitable. Elles ont été déboutées en première instance puis en appel. Les décisions néerlandaises sont plus difficiles à interpréter, compte tenu de l'absence de traduction française ou anglaise. Il s'agissait de décisions en référé relatives au site Tom Kabinet, qui permet de revendre des « e-books ». Le tribunal puis la cour ont décidé qu'il ne ressortait pas avec évidence que l'arrêt « Usedsoft » pourrait être transposé ou non au cas des œuvres autres que logicielles. La cour interdit tout de même au site de fonctionner pour une autre raison, parce qu'il n'était pas capable de prouver que les « e-books » avaient été légalement acquis par les utilisateurs.

Enfin, il convient de se pencher sur une dernière décision essentielle, évoquée précédemment par Valérie-Laure BENABOU, à savoir l'arrêt « Art & Allposters » de la CJUE du 22 janvier 2015. Il s'agissait d'une société qui, n'ayant aucune relation avec des sociétés de gestion collective, achetait des affiches et proposait ensuite différents services comme leur reproduction sur des toiles.

Lorsque l'image est transposée sur la toile, elle disparaît de l'affiche et on retrouve ici un argument qui était avancé dans l'affaire « ReDigi » aux États-Unis. La société invoquait le fait qu'en présence d'une disparition de l'image sur l'affiche, il n'y avait pas de nouvelle reproduction mais qu'on se situerait dans la continuité de l'œuvre. La Cour de justice a répondu par la négative, en s'interrogeant à la suite de l'avocat général sur le périmètre de l'épuisement. La Cour rappelle que l'objet de l'épuisement ne peut être qu'un support matériel tangible et que le fait qu'un support soit supprimé quand on en crée un autre n'empêche pas le fait qu'une nouvelle copie a été créée.

Le président remercie Mme BENAZERAF et invite les membres du Conseil à réagir.

Monsieur EL SAYEGH juge le rapport excellent et considère qu'il confirme les principes du droit commun du droit d'auteur et les décisions jurisprudentielles sur le sujet.

Madame Isabelle RAMOND-BAILLY (SNE) remercie Madame BENAZERAF pour sa présentation et pour la grande qualité du rapport.

Monsieur GOLDSMITH retient qu'un travail considérable a été mené par les présidentes. Le rapport sera fort utile pour les producteurs afin de démontrer la réalité et la territorialité des droits de mise à disposition.

Madame BENABOU souligne que le fichier n'est pas forcément un bien corporel, même si on peut en avoir la conviction, car il faut veiller à ne pas amalgamer la propriété du support et ce qu'il contient. Il conviendrait de réfléchir plus largement en termes économiques sur les droits qui peuvent se loger sur les fichiers.

Madame BENAZERAF confirme qu'une étude plus ample mériterait d'être menée sur le statut du fichier.

Le président relève qu'il y a consensus des membres sur le rapport et le déclare adopté. Il sera publié sur le site du Conseil supérieur.

## VII. PROGRAMME DE TRAVAIL ET QUESTIONS DIVERSES

Le président annonce aux membres le lancement de deux nouvelles missions. La première, conduite par Alexandra BENSAMOUN et Pierre SIRINELLI, constitue le prolongement du rapport remis par ce dernier en décembre 2014 sur la révision de la directive 2001/29. Il s'agit cette fois, sur un plan opérationnel, de formuler des propositions concrètes d'ici la fin du mois de juillet pour corriger les effets négatifs que les dispositions de la directive « commerce électronique » sur le régime de responsabilité des prestataires techniques peuvent engendrer dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

La seconde mission, confiée à Joëlle FARCHY et François MOREAU, est une mission exploratoire sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et autres objets protégés et le financement de la création, qui présentera ses premiers résultats à l'occasion de la prochaine séance plénière.

Un temps évoquée, la reprise des travaux du Conseil supérieur sur le « *cloud computing* » est suspendue pour l'heure, car le Gouvernement ne souhaite pour l'heure aucune interférence avec la mission de médiation en cours de Christine MAUGÛË sur la commission relative à la copie privée.

Enfin, il est prévu de lancer prochainement une commission sur l'impression 3D, qui pourra débiter ses travaux dès la rentrée.

La prochaine séance du Conseil supérieur se tiendra le mardi 3 novembre.

Le président remercie les membres et clôt la séance.