

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu de la séance plénière
du 25 mars 2014*

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 BENAZERAF, 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

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'APIE et représentante du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Chantal RUBIN, adjointe au sous-directeur des réseaux et des usages des technologies de l'information et de la communication au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

François-Xavier BRECHOT, représentant de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères

Rapporteurs

Liliane DE CARVALHO, rapporteur de la mission relative au « data mining »

Alexandra BENSAMOUN, rapporteur de la mission relative à l'avenir de la directive 2001/29 « Société de l'information »

Christophe POURREAU, rapporteur de la mission relative à l'avenir de la directive 2001/29
« Société de l'information »

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Jean-Claude BOLOGNE (SGDL), Gérard DAVOUST (SACEM), Olivier DALAGE (SNJ), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Pascal ROGARD (SACD), Hervé RONY (SCAM),

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

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

Membres titulaires : Nicolas GAUME (représenté par Julien VILLEDIEU).

Membres suppléants : aucun.

Représentants des artistes-interprètes :

Membres titulaires : Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI) ;

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

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membres titulaires : Guillaume LEBLANC (SNEP) ;

Membres suppléants : Marc GUEZ (SCPP), Karine COLIN (SPPF).

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Angélique DASCIER (CSDEM) ;

Membre suppléant : Philippine LEDUC (CEMF).

Représentants des éditeurs de presse :

Membres titulaires : Patrick SERGEANT (SEPM) Charles VALLEE (FNPS) ;

Membres suppléants : aucun.

Représentants des éditeurs de livres :

Membres titulaires : Brice AMOR (SNE) ; Isabelle RAMOND-BAILLY (SNE)

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

Représentants des producteurs audiovisuels :

Membres titulaires : Juliette PRISSARD-ELTEJAYE (SPI) (représentée par Djaouida BENAOUA) ;

Membres suppléants : Benjamin MONTELS (USPA)

Représentants des producteurs de cinéma :

Membres titulaires : Frédéric GOLDSMITH (APC) ;

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

Représentants des radiodiffuseurs :

Membres titulaires : Maryam SALEHI (SRN) (représentée par Aurélie BREVAN-MASSSET).

Membres suppléants : François-Xavier FARASSE (Le bureau de la radio).

Représentants des télédiffuseurs :

Membres titulaires : Sylvie COURBARIEN-LE GALL (France Télévisions) Pascaline GINESTE (Canal +) (représentée par Séverine FAUTRELLE) ;

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

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membres titulaires : Maxime JAILLET (GESTE) ;

Membres suppléants : Jean-Frank CAVANAGH (GFII), Giuseppe DE MARTINO (ASIC).

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

Membre titulaire : Olivier HENRARD (FFT) ;

Membre suppléant : aucun.

Représentants des consommateurs :

Membres titulaires : Sylvain NIVARD (CFPSAA)

Membres suppléants : Antoine AUTIER (UFC-Que choisir), Olivier GERARD (UNAF), Dominique LAHARY (ABF)

Membres excusés :

Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN (UPF), Emmanuel BOUTTERIN (SNRL), Jean-François COLLIN (ministère de la Culture et de la Communication), Marie-Dominique HEUSSE (ADBU), Catherine LEBAILLY (USPA), Claude LEMESLE (SACEM), Sophie-Justine LIEBER (ministère de la Culture et de la Communication)

Assistaient également à la réunion :

Anne LE MORVAN, chef du bureau de la propriété intellectuelle du 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 21 octobre 2013

- II. Présentation des modifications devant être apportées à l'arrêté du 10 juin 2000 portant création du CSPLA

- III. Points sur l'actualité nationale, européenne et multilatérale

- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis octobre 2013 par la Cour de cassation et la CJUE – Anne-Elisabeth Crédeville et Valérie-Laure Benabou

- V. Présentation des questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne – Ministère des affaires étrangères

- VI. Exposé de l'avancement des travaux de la mission relative aux créations transformatives – présidente Valérie-Laure Benabou, rapporteur Fabrice Langrognet

- VII. Exposé de l'avancement des travaux de la mission sur l'exploration de données (« *data mining* ») – président Jean Martin, rapporteur Liliane de Carvalho

- VIII. Point d'étape sur les travaux de la commission relative à la seconde vie des œuvres et objets protégés à l'ère numérique – présidentes Josée-Anne Benazeraf et Joëlle Farchy, rapporteur Alexandre Segretain

- IX. Présentation de l'avancement des travaux de la mission relative à l'avenir de la directive 2001/29 « Société de l'information » – président Pierre Sirinelli, rapporteurs Alexandra Bensamoun et Christophe Pourreau

- X. Questions diverses

I. OUVERTURE DE LA SÉANCE

Le président ouvre la séance. Il souhaite la bienvenue aux membres qui ont rejoint le Conseil supérieur depuis sa dernière séance. Par arrêté du 17 décembre 2013, M. Olivier JAPIOT, conseiller d'État a été nommé personnalité qualifiée, et Mme Anne-Charlotte JEANCARD a remplacé Mme Isabelle FELDMAN comme représentant titulaire des artistes-interprètes. Par arrêté du 14 février 2014, M. Olivier HENRARD a été nommé représentant titulaire des fournisseurs d'accès et de services en ligne, en remplacement de M. Jean-Marie LE GUEN.

En l'absence de demandes de rectification, le compte rendu de la séance plénière du 21 octobre 2013 est adopté.

Le président indique qu'il avait eu l'intuition dès sa nomination que certaines modifications dans la composition du Conseil étaient opportunes. Après avoir procédé au cours de l'automne 2013 à une large consultation pour recueillir les avis des membres, il a soumis quelques propositions à la ministre de la culture, qui a bien voulu les accepter. Cette dernière ainsi que la ministre de la justice ont signé il y a quelques jours un arrêté dont le contenu sera communiqué aux membres dès publication au Journal officiel. L'arrêté apporte quelques modifications à l'arrêté du 10 juillet 2000 qui a créé le Conseil. Outre quelques mesures de toilettage, le nombre de membres est augmenté de trois unités, pour permettre d'une part la nomination d'une personnalité qualifiée qui pourrait être un économiste – le président ayant déjà fait une proposition de nom en ce sens à la ministre – ; d'autre part l'introduction des « établissements publics placés sous la tutelle du ministre en charge de la culture et chargés de conserver et mettre en valeur le patrimoine culturel », ce qui pourrait désigner la BnF et l'INA ; enfin, l'introduction de la vidéo en ligne dans le collège des professionnels.

Les mandats des membres du Conseil supérieur sont de trois ans, et la grande majorité des membres a été nommée en avril 2011. Le ministère s'apprête donc à procéder à une grande opération de renouvellement, étant entendu que sauf opinion contraire portée à la connaissance du président, tant les membres personnalités qualifiées que les représentants des organisations professionnelles qui le souhaitent ont vocation à être renouvelés.

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

II. POINTS SUR L'ACTUALITÉ EUROPÉENNE ET MULTILATÉRALE

S'agissant d'abord de l'actualité européenne, M. MOCHON rappelle que le questionnaire de la Commission européenne sur le droit d'auteur a fait l'objet d'une réponse française le 5 mars, dont le projet a été adressé à tous les membres du Conseil supérieur. La ligne principale de la réponse est de montrer que l'effort de modernisation du droit d'auteur, auquel appelle le Conseil européen, ne signifie pas une réouverture du cadre européen et en particulier de la directive 2001/29. Il implique plutôt un travail au niveau des États membres et une concertation à travers des études au plan de l'Union européenne. Adopter des mesures définitives dans une période de changement de législature ne paraît pas être la bonne approche, étant donné que l'opportunité de la réouverture de la directive n'est, aux yeux des autorités françaises, pas établie.

Le questionnaire a fait l'objet de milliers de réponses, que la Commission commence à dépouiller, tout en commençant à écrire le Livre blanc qu'elle envisage de faire adopter au mois de juin, et dont le contenu devrait être plus équilibré que le questionnaire selon le Commissaire Michel BARNIER. Ce questionnaire a donné lieu à une mobilisation importante de la part des acteurs français, ce qui a permis de faire entendre une voix singulière auprès de la Commission. Le débat se pose cependant de façon différente à Bruxelles : il s'agit d'un débat de principe, dans lequel le droit d'auteur est perçu davantage comme une contrainte que comme une chance pour l'Europe, ses industries culturelles ou ses citoyens.

Ce débat a un lien direct avec le Forum qu'organise la ministre au Palais de Chaillot en avril sur la culture dans les politiques européennes, qui donnera lieu à un vaste panorama sur les grands enjeux de la régulation audiovisuelle, de la démocratisation de l'accès à la culture, ainsi que de la propriété littéraire et artistique.

La Commission estime probablement que le débat a duré suffisamment longtemps pour que se cristallise un certain nombre de sujets dont elle esquissera l'ouverture à l'occasion du Livre blanc. La copie privée sera sans doute un thème sur lequel la Commission proposera d'agir puisque le Parlement européen vient d'en faire la demande, ainsi que l'exception « handicap », qui pourrait faire l'objet d'une plus grande harmonisation en raison du Traité de Marrakech. Une pression forte s'exercera à Bruxelles pour que des sujets politiquement délicats soient ré-ouverts.

M. MOCHON indique que le ministère travaille actuellement à la signature du Traité de Marrakech par l'Union européenne, ce qui donne lieu à un débat complexe sur le caractère mixte de

l'accord. La question de savoir si cet accord constitue un accord de commerce et si par conséquent les États membres ont encore vocation à le signer a été débattue au sein du dernier comité des représentants permanents.

MOCHON présente enfin l'état d'avancement des travaux du ministère sur le projet de loi relatif à la création artistique. Ce projet est prévu pour une adoption en Conseil des ministres avant l'été et la consultation interministérielle a été lancée il y a quelques semaines. L'objectif du projet de loi est d'intégrer des dispositions relatives au soutien à la création artistique, à la protection de la propriété littéraire et artistique, et à la régulation audiovisuelle. Il comporte un premier titre relatif au soutien de la création artistique, un deuxième relatif à la promotion de la diversité culturelle et à l'élargissement de l'accès à l'offre culturelle, un troisième relatif au développement et à la pérennité de l'emploi et de l'activité professionnelle, un quatrième sur la formation et l'enseignement de l'art et sa pratique, un cinquième sur la protection des droits de propriété littéraire et artistique, et un sixième relatif à la régulation des services audiovisuels. Les questions relatives à la propriété littéraire et artistique concernent la chaîne de valeur dans la musique enregistrée en ligne, reprenant des préconisations du rapport remis par Christian PHELINE, le transfert des compétences de l'HADOPI au CSA, et les suites à donner au rapport de Mme Mireille IMBERT-QUARETTA, qui sera remis le 31 mars à la ministre. Ce rapport a vocation à donner lieu rapidement à des mesures législatives. Le projet de loi a un périmètre très large : les autres sujets importants concernent la modification de l'exception « handicap », la problématique du domaine public et la modernisation de la régulation audiovisuelle. La concertation ministérielle commence à peine et le calendrier sera serré pour que le texte puisse arriver au conseil des ministres avant l'été.

M. Pascal ROGARD (SACD) s'interroge sur le rôle du Conseil supérieur. À ses yeux, celui-ci a vocation à examiner les textes, éventuellement législatifs, qui concernent le droit d'auteur. Un texte important est sur le point de modifier la loi et les membres du Conseil supérieur ne pourront l'obtenir qu'après le passage en conseil des ministres, lorsque tout aura été décidé. Il rappelle que dans le passé, lorsque sont intervenues des lois en matière de propriété littéraire et artistique, le Conseil supérieur avait toujours échangé à ce sujet. D'autant que le projet a deux volets, un premier relatif au droit d'auteur et un second sur le spectacle vivant, secteur pour lequel il y a eu concertation. Les auteurs et les producteurs sont donc ici moins bien traités que les arts de la rue.

M. Hervé RONY (SCAM) déplore l'absence complète de clarté de la part du Gouvernement sur la procédure d'élaboration de ce texte. On entend dire que certaines dispositions sont écrites tandis que d'autres ne le seraient pas, ou même que certaines ne le seraient que sous réserve d'amendements parlementaires. Une confusion redoutable s'installe autour de ce texte devenu une boîte de Pandore de plus en plus difficile à maîtriser. Il est inquiétant qu'à quelques semaines d'un texte aussi majeur, les membres du Conseil soient à ce point dans l'incertitude sur son contenu.

M. DE RENGERVE (SNAC) déplore également l'absence de concertation sur des sujets aussi importants, en particulier en ce qui concerne l'évolution du régime de sécurité sociale des artistes auteurs, qui n'a pas été évoquée au cours de la présentation du projet de loi. Or, il est annoncé dans le projet de loi un chapitre 2 en cours de discussion sur le régime de sécurité sociale, qui est le moyen pour les artistes auteurs de pouvoir vivre de leur métier.

Par ailleurs, la réponse des autorités françaises au questionnaire de la Commission européenne indique dans son préambule que la décision aurait été prise d'insérer dans le projet de loi des « précisions sur le thème du domaine public ». Cela signifierait de façon inquiétante de revoir le périmètre des œuvres protégées, c'est-à-dire du droit d'auteur même, sans qu'aucune discussion n'ait été menée avec les représentants des auteurs.

M. David EL SAYEGH (SACEM) souhaiterait en savoir plus au sujet des possibles dispositions législatives donnant suite au rapport de Mme IMBERT-QUARETTA, qui a trait à la lutte contre la contrefaçon commerciale et aura donc un impact important pour les titulaires de droits à travers les outils qu'il proposera de mettre à leur disposition.

Deux autres rapports ont par ailleurs des conséquences, directes ou indirectes, sur le champ d'activité des titulaires de droits. Le rapport CHANTEPIE, d'abord, sur le droit *sui generis* des producteurs de spectacles vivants, qui a vocation à être remis au Gouvernement en avril. Si un nouveau droit est introduit dans le livre premier du code de la propriété intellectuelle, cela produira nécessairement des effets de bord sur les prérogatives des autres titulaires de droits. Le rapport BORDES, remis la semaine précédente, n'a pas trait à la propriété littéraire et artistique, mais se prononce sur plusieurs sujets proches de ceux du projet de loi. Il existe aujourd'hui des dispositions importantes notamment sur les concentrations en matière de radios et sur les services musicaux à la demande. Il souhaiterait donc savoir si certaines préconisations du rapport seront intégrées dans le projet de loi. De nombreuses missions et rapports ont été lancés par le ministère, à côté des sujets

sur lesquels le CSPLA travaille en parallèle, ce qui est une bonne chose, mais la démarche est paradoxale puisque dans le même temps le Gouvernement légifère.

M. Frédéric GOLDSMITH (APC) s'associe au nom des producteurs de cinéma à la demande de concertation et s'inquiète plus largement au sujet du calendrier. Le discours politique sur la lutte contre le piratage est aujourd'hui très flou et on annonce que le projet de loi, qui couvre de nombreux aspects de propriété littéraire et artistique, ne sera pas discuté avant 2015. Les titulaires de droits sont confrontés à une situation intermédiaire dans laquelle on sait que la lutte contre le piratage sera l'objet de débats à venir, mais où aucun message clair n'est donné sur une priorité sur le sujet. Tous les débats conduits lors des Assises du cinéma n'ont aucun sens si n'est conduite en parallèle aucune lutte déterminée contre le piratage, aussi bien par les particuliers que par les agents économiques. Il faut par tous les moyens possibles envoyer un message politique clair sur la lutte contre le piratage et agir. On constate actuellement un problème réel de consommation gratuite, une forme de tolérance s'étant installée dans les esprits. Par exemple, le marché de la vidéo physique et de la vidéo à la demande cumulées d'après les derniers chiffres de GFK connaît une hausse de 6 % en Allemagne et une baisse de 14 % en France.

M. Guillaume LEBLANC (SNEP) s'associe aux remarques précédentes sur le flou artistique qui entoure la loi relative à la création. Les producteurs sont en attente d'en savoir plus, notamment sur la consécration d'un droit de mise à disposition à la demande. Il ajoute qu'est également en cours d'écriture une loi numérique, qui pourrait avoir un impact sur les sujets du CSPLA ; il souhaiterait donc savoir s'il est envisagé que le CSPLA y soit associé.

M. Olivier HENRARD (FFT) soulève au nom des fournisseurs d'accès le même point de méthode qu'évoqué précédemment. Le Conseil supérieur étant placé auprès du ministre chargé de la culture, une présentation des textes élaborés par le ministère aurait pu utilement lui être faite pour recueillir son avis avant transmission aux autres ministères.

Le président indique qu'il transmettra immédiatement cette demande au cabinet de la ministre, aux fins d'organiser une réunion pour délivrer une information plus complète aux membres. Si le texte doit être présenté en Conseil des ministres début juillet, il faut au moins deux

mois au Conseil d'État pour examiner au préalable un tel projet, ce qui signifie que la réunion devrait utilement intervenir durant le mois d'avril.

Il fait remarquer cependant qu'en pur droit, les textes relatifs au CSPLA ne prévoient en aucun cas que le Conseil supérieur doive être consulté sur les projets de lois du ministère. Mais en l'espèce, compte tenu de l'importance des enjeux, il est tout à fait justifié que le CSPLA soit consulté sur le sujet.

M. RONY précise que sa remarque dépassait le seul CSPLA, qui devrait pouvoir débattre ou au moins être informé avec précision des textes en matière de droit d'auteur, ce qui est dans l'esprit de cette enceinte. La critique qu'il formule concerne plutôt la position générale du Gouvernement qui, aussi bien à Matignon que rue de Valois, ne délivre aucune information particulière en la matière.

M. ROGARD ajoute que le futur texte intègre des dispositions relatives au numérique. Le Gouvernement sera cette fois obligé – ce qui est ici prévu par les textes – de saisir le Conseil national du numérique. Cette situation est déséquilibrée dans la mesure où le CSPLA, qui fait figure de société savante grâce à ses nombreux rapports, ne se voit même pas consulté sur un texte qui touche au domaine public, domaine fort de la propriété intellectuelle puisqu'il remonte aux origines même du droit d'auteur issu de la Révolution française. Le fait qu'on ne discute pas sur un tel projet de loi inquiète les acteurs quant à son contenu. Si le ministère a d'ores et déjà arrêté un certain nombre de positions dans ce projet de loi, il pourrait le soumettre pour discussion au CSPLA.

Le président souligne que le message a été bien entendu et fera le nécessaire pour qu'il puisse être donné satisfaction aux membres sur cette question. Il transmet la parole à Mme Anne-Élisabeth CREDEVILLE pour la présentation de décisions récentes de la Cour de cassation.

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

Mme CREDEVILLE présente d'abord l'affaire « *Pinckney* ». Un auteur compositeur, M. PINCKNEY, interprète de 12 chansons enregistrées sur un disque vinyle ayant découvert qu'elles avaient été reproduites sans son autorisation sur disques compact pressés en Autriche par une société autrichienne puis commercialisés par des sociétés britanniques sur différents sites internet accessibles depuis son domicile toulousain a assigné la société autrichienne en réparation du préjudice subi du fait de la contrefaçon de ses droits d'auteur. Celle-ci a soulevé l'incompétence des juridictions françaises et une cour d'appel (Toulouse, 21 janvier 2009) a déclaré les juridictions françaises incompétentes pour connaître du litige au motif que le lieu de domicile du défendeur est l'Autriche et que le lieu de réalisation du dommage ne se situe pas en France.

Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation a saisi le 5 avril 2012 la Cour européenne d'une question préjudicielle demandant en substance si l'article 5, point 3, du règlement CE n° 44/2001¹, relatif au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, doit être interprété en ce sens que, en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre État membre et ayant, dans celui-ci, reproduit ladite œuvre sur un support matériel qui est ensuite vendu, par des sociétés établies dans un troisième État membre par l'intermédiaire d'un site internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie.

Par arrêt du 3 octobre 2013, la CJUE a dit pour droit que l'article 5 point 3 du règlement CE n° 44/2001 doit être interprété dans le sens de la question posée : la juridiction saisie n'est compétente que pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève.

Si le juge est saisi au titre de la violation du droit sur le territoire national, il est compétent dès lors que le demandeur est susceptible de faire valoir l'existence d'un tel droit. Aucun autre critère de localisation que l'accessibilité du site sur le territoire national n'est requis, tel que le fait que le site étranger dirigerait son activité sur le territoire national, de sorte que l'approche dite de focalisation est abandonnée. Le juge tenant sa compétence de la violation sur son territoire d'un

¹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale

droit de propriété intellectuelle juridiquement protégé, il ne peut connaître que de la violation de ce droit.

Le 22 janvier 2014 la même première chambre a donc décidé que l'accessibilité dans le ressort de la juridiction saisie d'un site internet commercialisant un CD argué de contrefaçon est de nature à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué et elle a cassé l'arrêt d'appel qui avait jugé que cette accessibilité était insuffisante à fonder la compétence du juge civil français.

Une autre question préjudicielle, posée dans un arrêt du 22 janvier 2014, est en cours et a trait à l'application d'une clause prévoyant le paiement du droit de suite. Elle est d'actualité au vu du mouvement d'extension de celui-ci à l'échelle mondiale, puisque les États-Unis et la Chine sont en passe de reconnaître ce droit.

Soutenant que la société de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques Christie's France avait, en violation de l'article L. 122-8 du code de la propriété intellectuelle, qui met le droit de suite à la charge du vendeur, inséré dans ses conditions générales de vente une clause mettant le paiement du droit de suite à la charge de l'acquéreur, le Syndicat national des antiquaires (SNA) a engagé une action à l'encontre de cette société aux fins de voir qualifier une telle pratique d'acte de concurrence déloyale et constater la nullité de la clause litigieuse.

Les disparités entre les législations sont à l'origine de distorsions de concurrence, auxquelles a voulu mettre fin, au sein de l'Union européenne, la directive n° 2001/84/CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, qui répond à un double objectif :

- assurer d'une part aux auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques une participation économique au succès de leurs créations ;
- d'autre part, comme le précisent les neuvième et dixième considérants de cette directive, mettre fin aux distorsions de concurrence sur le marché de l'art, le paiement d'un droit de suite dans certains États membres pouvant conduire à délocaliser les ventes d'œuvres d'art dans les États membres où il n'est pas appliqué.

La question posée, qui n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation, était celle de savoir si la règle selon laquelle le paiement du droit de suite est à la charge du vendeur est ou non d'ordre public ou, autrement dit, si elle est susceptible ou non d'être aménagée conventionnellement par les parties.

Si l'article 1 §4 de la directive n° 2001/84/CE du 27 septembre 2001 ne donne, à l'instar du texte de droit interne, aucune indication sur le caractère impératif ou supplétif de la règle qu'il édicte, son vingt-cinquième considérant dispose que « *la personne redevable du droit est en principe le vendeur* », ce qui pourrait laisser penser qu'une dérogation légale ou conventionnelle est envisageable, pour aussitôt ajouter que « *les États membres devraient avoir la possibilité de prévoir des dérogations à ce principe pour ce qui est de la responsabilité du paiement* », ce qui conduit, *a contrario*, à exclure tout aménagement s'agissant de la charge du paiement.

S'agissant de l'interprétation d'un texte transposant une directive, il a été décidé de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, laquelle est rédigée comme suit : « *La règle édictée par l'article 1 § 4 de la Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, qui met à la charge du vendeur le paiement du droit de suite, doit-elle être interprétée en ce sens que celui-ci en supporte définitivement le coût sans dérogation conventionnelle possible ?* »

Enfin, Mme CREDEVILLE revient sur un arrêt attendu sur la protection des fragrances, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 10 décembre 2013. Elle a décidé à cette occasion que « *le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication* ». A trois reprises depuis l'année 2006 (13 juin 2006, n° 0244718, 1^{er} juillet 2008, n° 0713952, 22 janvier 2009, n° 0811404), il avait été statué de la même manière dans les termes suivants : « *la fragrance d'un parfum, qui procède de la mise en œuvre d'un simple savoir-faire, ne constitue pas au sens des articles L112-1 et L112-2 du CPI la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur* ».

Il s'ensuit que la Cour de cassation ne dénie plus la protection des fragrances en se fondant sur l'impossibilité de protéger leur forme d'expression spécifique, la forme d'expression olfactive, mais que seule une forme identifiable peut être protégée. On comprend la nécessité de l'identification de la forme, ne serait-ce que pour caractériser la contrefaçon.

Les précédents arrêts excluaient toute protection parce qu'ils considéraient que la fragrance n'était que la mise en œuvre d'un simple savoir-faire. La formule n'avait convaincu ni les juges du fond ni la doctrine puisque toute œuvre de l'esprit est forcément la conséquence de la mise en œuvre d'un savoir-faire et que le droit d'auteur ignore le processus de création pour accorder ou non la protection et s'intéresse uniquement à l'originalité de la forme perceptible par les sens qui en résulte. Si la Cour de cassation énonce qu'une fragrance de parfum ne peut pas être protégée par le

droit d'auteur, c'est à cause de sa forme d'expression particulière, la volatilité de sa forme.

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

Mme BENABOU revient d'abord sur l'arrêt « *Svensson* » du 13 février 2014. Une juridiction suédoise avait posé la question de l'application éventuelle de l'article 3 de la directive, relatif au droit de communication au public et à sa composante, le droit de mise à disposition à la demande, à un lien cliquable. La décision de la Cour, très attendue, qui avait donné lieu en amont à de nombreuses prises de position de la doctrine, est déroutante puisque la Cour conclut qu'un lien qui pointe vers un contenu et déclenche la vision de ce contenu constitue bien un acte de mise à disposition. En revanche, la condition d'un public nouveau, égrainée par la jurisprudence de la Cour, fait défaut s'agissant d'un contenu qui a été mis en libre accès par les titulaires de droits.

La Cour de justice réaffirme, alors qu'on ne savait plus très bien si cela constituait un critère, le caractère essentiel de la condition de public nouveau dans la définition du droit de mise à disposition, alors que la décision « *ITV Broadcasting* », rendue en mars 2013 laissait entendre que ce critère n'était pas systématiquement requis. Il réapparaît en revanche ici comme un noyau dur de la définition du droit de mise à disposition.

Cette solution ne s'applique qu'à des contenus librement accessibles, ce qui interroge la définition de tels contenus. Cela semble signifier dans l'esprit de la Cour qu'à partir du moment où le contenu a été mis sans restriction particulière à destination du public, il est réputé avoir été diffusé à l'ensemble des internautes potentiels, de sorte qu'il n'existe plus de public nouveau. A l'inverse, dès lors que la mise à disposition s'opère dans un cadre où on restreint le public potentiel soit par des mesures techniques de protection soit par des mécanismes d'abonnement, soit par un « *disclaimer* » ou une information selon laquelle le public visé est précis, le lien vers ce contenu pourrait constituer un acte de mise à disposition soumis au droit exclusif.

La décision appelle en définitive plus de questions que de réponses et ne manquera pas de causer de nouvelles décisions préjudicielles pour expliciter la notion de contenu librement accessible.

La deuxième question posée par la juridiction suédoise était de savoir si les États membres sont susceptibles de développer une définition du droit de communication au public et de mise à

disposition plus vaste que celle qui figure dans la directive. La réponse est claire : cela est impossible, car à partir du moment où il y a harmonisation, celle-ci est censée être maximale. On savait déjà que le droit de communication au public est une notion de droit autonome de droit de l'Union, mais ici la CJUE précise que les États membres ne sont pas libres d'aménager un espace de droit exclusif plus large que celui de la directive.

Mme BENABOU présente ensuite la décision rendue le 27 février 2014 dans l'affaire « *Osa* ». Une juridiction tchèque avait posé une question sur la légalité d'une loi qui impose aux établissements thermaux de négocier les tarifications de diffusion de musique dans les chambres de ces établissements avec une société de gestion collective dont l'identité et la situation monopolistique sont fixées par la loi. Plusieurs questions étaient posées dans cette affaire.

S'agissant de la situation de monopole de la société de gestion collective, la Cour de justice répond que la législation est en tous points conforme avec le principe de libre prestation de service prévu par le Traité, notamment parce que ce principe souffre des dérogations justifiées par la défense de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle. La législation est également jugée conforme avec la directive « services », aux termes d'un raisonnement selon lequel si les activités des sociétés de gestion collective relèvent bien de la directive, elles relèvent pour ce qui est de la délivrance des autorisations de l'exception prévue à son article 17 au bénéfice du droit d'auteur. On assiste au retour de la jurisprudence « *Tournier* », lequel avait estimé un abus de position dominante ne peut être présumé du seul fait de position dominante d'une société de gestion collective tout en ouvrant une possibilité de démonstration d'un éventuel abus lorsqu'il peut être prouvé que la société de gestion collective pratique des tarifs excessifs au terme d'une comparaison effectuée sur une base homogène avec les pratiques d'autres sociétés de gestion collective.

Les plaideurs faisaient valoir par ailleurs, à l'appui de l'exception en faveur des établissements de santé qui figure dans la directive, que l'obligation de contracter avec la société de gestion collective serait injustifiée parce qu'il n'existe pas de droit de communication au public s'agissant d'une diffusion dans les établissements thermaux. La Cour de justice répond que le droit de communication au public a lieu de s'appliquer et d'être perçu, et que le fait que le public soit destinataire de la musique dans un spa n'y change rien. La condition de gratuité de l'usage, qui avait été mis en exergue dans l'arrêt « *Del Corso* », n'a pas vocation à s'appliquer, puisque cette jurisprudence est cantonnée au droit à rémunération et ne concerne pas le droit exclusif. La Cour indique également qu'il n'est pas possible de procéder à des interprétations par analogie sur les exceptions qui figurent dans la directive : l'exception est prévue pour les établissements de santé et ne peut être étendue aux spas.

Mme BENABOU indique avoir mis en ligne sur son blog WordPress deux commentaires de ces décisions.

M. Hubert TILLIET (SACD) demande confirmation du fait que l'arrêt « *Svensson* » ne constitue pas un arrêt de principe sur la question des liens, puisqu'il semble ne pas y avoir eu de conclusions de l'avocat général. La Cour a-t-elle-consideré que la question était suffisamment évidente pour être réglée à travers une procédure purement orale ou cela est-il dû au fait que les questions étaient très cantonnées et qu'en réalité la Cour n'a pas mené d'analyse approfondie de ce que sont les liens ?

Mme BENABOU répond qu'un certain nombre de questions sont restées en suspens et qu'il a été répondu de façon rapide à la question posée sur le « *frame* », c'est-à-dire le lien qui expose directement le contenu. Dans le même temps, les nombreuses discussions qui ont lieu sur le sujet dans divers cénacles dont l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) n'ont pu être ignorées des juges de la Cour.

M. EL SAYEGH retient des points positifs dans cet arrêt. D'abord, il contredit la position prise par la European Copyright Society, c'est-à-dire Google, en ce qu'il indique clairement qu'un lien pointant vers un contenu protégé est un acte de communication. Il observe également que si la volonté des ayants droit est contredite par l'élaboration d'un lien alors même qu'ils ont décidé en amont de réserver à un public particulier la communication de leurs œuvres, il y a un acte de communication au public et donc nécessité d'obtenir l'autorisation des ayants droit. Enfin, la décision de la Cour implique que les mises à disposition illicites par le biais d'hyperliens constituent bien des actes de communication au public puisque dans ce cas de figure, il ne peut y avoir de premier public, celui-ci ayant eu ici accès à l'œuvre, dès l'origine, de façon illicite. La Cour apporte ainsi une réponse claire à un point important, débattu en doctrine et qui a fait l'objet de longs développements dans le rapport du CSPLA sur le référencement, à savoir que l'élaboration d'hyperliens pointant vers des contenus illicites constitue bien un acte de communication au public, et que les entités se livrant à de tels actes en sont responsables.

Le président remercie les différents intervenants et confie la parole à M. BRECHOT,

représentant du ministère des affaires étrangères, pour un point sur les affaires pendantes devant la CJUE.

IV. PRÉSENTATION DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES PENDANTES DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE – MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

M. BRECHOT indique qu'il n'y a pas eu dans l'affaire « *Svensson* » de conclusions de l'avocat général, ce qui laisse à penser que la chambre saisie de la question a estimé que la réponse était suffisamment simple à donner.

Il rappelle que la question préjudicielle est une procédure facultative pour les juridictions du fond si une question liée à l'interprétation ou à la validité d'un acte communautaire se pose devant elles, et obligatoire pour les juridictions suprêmes. La représentation du Gouvernement français devant la Cour est assurée par la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, au terme d'un travail interministériel piloté par le Secrétariat général des affaires européennes.

La France intervient actuellement dans quatre affaires pendantes en matière de propriété littéraire et artistique.

La première affaire, C-463/12, « *Copydan Båndkopi* », concerne la rémunération pour copie privée. Une audience a eu lieu en janvier 2014 et on est en attente des conclusions de l'avocat général et de l'arrêt dans cette affaire. La directive 2001/29 permet aux États membres d'adopter une exception au droit d'auteur pour la réalisation de copies privées et les oblige dans ce cas à prévoir une compensation équitable au bénéfice des auteurs, sans entrer dans le détail des modalités de cette compensation. Cette affaire danoise concernait au premier chef l'application de la redevance pour copie privée à la vente de cartes mémoire pour téléphones mobiles, mais la juridiction danoise a saisi l'occasion pour poser un grand nombre de questions sur la rémunération pour copie privée.

La première question concerne les sources et les supports qu'il est possible de prendre en

compte pour appliquer la rémunération pour copie privée. Elle embrasse quatre sous-questions, aux fins de savoir s'il est possible de prendre en compte :

- des fichiers qui ont déjà donné lieu au paiement d'une redevance aux titulaires de droits ?
- des supports faisant l'objet de mesures techniques de protection ?
- des supports appartenant à un tiers ?
- des fichiers téléchargés illégalement ? Le gouvernement n'a pas présenté d'observations sur ce dernier point.

Concernant les autres sous-questions, le gouvernement a fait valoir que la directive 2001/29 doit être interprétée en ce sens que les États membres peuvent prévoir une compensation équitable en cas de reproduction de fichiers qui ont déjà donné lieu au paiement d'une redevance aux titulaires de droits. Il a fait valoir par ailleurs que les États membres ne peuvent pas prévoir une compensation équitable pour des copies qui sont effectuées à partir d'un support appartenant à un tiers en dehors du cadre restreint du cercle familial, dans la mesure où dans un tel cas, l'exception pour copie privée risquerait de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

La deuxième question a trait à la manière dont les États membres peuvent tenir compte de la possibilité d'utiliser des mesures techniques efficaces dans leur législation sur la compensation équitable. La réponse à cette question a déjà été apportée par la Cour dans l'arrêt « *WG Wort* » du 27 juin 2013 (affaires C-557/11 à C-460/11).

La troisième question porte sur l'interprétation du 35e considérant de la directive au sujet du préjudice minime. La juridiction de renvoi demande s'il faut exclure de la compensation équitable les supports qui ne sont utilisés qu'à titre résiduel pour de la copie privée. La quatrième question concerne la possibilité d'appliquer la rémunération pour copie privée aux équipements dont la fonction principale n'est pas la copie privée.

À cet égard, le Gouvernement français a fait valoir que la directive 2001/29 doit être interprétée en ce sens qu'elle permet aux États membres de ne pas appliquer la compensation pour des copies à usage privé lorsque le préjudice des titulaires de droits est minime mais qu'elle n'oblige pas les États à le faire. Il a également été soutenu qu'il paraît conforme aux objectifs de la directive de considérer que l'importance du préjudice doit être appréciée non par rapport à chaque utilisateur individuel mais par rapport à l'ensemble des actes de copie à des fins privées et non commerciales réalisées sur un type de support déterminé. Enfin, le Gouvernement a fait valoir qu'en l'absence de précision donnée par la directive sur ce point, il revient aux États membres d'apprécier

si le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de la copie privée revêt ou non un caractère minime, et si tel est le cas, s'il y a lieu ou non de prévoir une compensation équitable.

Une cinquième question, à laquelle le Gouvernement français n'a pas présenté d'observation, porte sur la possibilité d'appliquer la rémunération pour copie privée à certains équipements alors que d'autres, plus massivement utilisés à des fins de copie privée, n'y sont pas soumis.

Enfin, la sixième question a trait à nouveau aux modalités possibles d'exonération et/ou de remboursement en cas de vente à des professionnels. La réponse à cette question, qui est conforme aux observations présentées par le Gouvernement français, a déjà été donnée par la Cour dans son arrêt du 11 juillet 2013 « *Amazon* » n° C-521/11.

Dans la présente affaire, les conclusions de l'avocat général sont attendues pour l'été, et la Cour devrait vraisemblablement prendre sa décision pendant l'été 2014.

Une autre affaire, C-419/13 « *Art & Allposters International* », concerne le droit de reproduction. Sont en cause des affiches reproduisant des œuvres protégées d'artistes comme Matisse ou Picasso, dont la distribution a été autorisée par les titulaires de droits mais qui ont, postérieurement à leur vente et à leur livraison dans l'Espace économique européen, fait l'objet d'un transfert sur toile, c'est-à-dire d'une modification de leurs supports.

Il est demandé à la Cour si dans un tel cas, le droit de distribution peut être exercé par son titulaire sur une reproduction d'une œuvre protégée déjà vendue et livrée avec l'autorisation du titulaire lorsque cette œuvre a été ultérieurement modifiée quant à sa forme sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, et dans ce cas, si une telle modification empêche ou interrompt l'épuisement du droit de distribution. Dans ses observations écrites, le Gouvernement français a fait valoir que les articles 2 et 4 de la directive 2001/29 doivent être interprétés en ce sens que l'incorporation d'une œuvre dans un nouvel objet ainsi que la première mise en vente dans l'Espace économique européen de ce nouvel objet relèvent des droits exclusifs pour l'auteur d'autoriser ou d'interdire sa reproduction et sa distribution au public. Dès lors, la circonstance que l'œuvre a déjà été incorporée sous une autre forme et mise en vente dans l'Espace économique européen dans cette autre forme par le titulaire de droits ou avec son consentement n'a pas épuisé le droit exclusif de distribution du titulaire de droits.

Dans cette affaire, les parties au principal ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites, qui ont été transmises au Gouvernement français, lequel a décidé de solliciter l'organisation d'une phase orale dans la procédure. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur ce point.

Une troisième affaire, « *Grund* » C-458/13, posée par une juridiction allemande, concerne les mesures techniques de protection en matière de jeux vidéo. Elle porte sur le champ d'application de la directive 2001/29, plus précisément sur l'application des dispositions de l'article 6 § 2, relatif aux mesures techniques de protection lorsqu'une telle mesure protège à la fois des œuvres protégées par le droit d'auteur mais aussi des programmes d'ordinateur. Le litige oppose Nintendo à une société qui a commercialisé des adaptateurs permettant de contourner des mesures de protection prévues sur les cartes mémoire spécifiques des jeux commercialisés par Nintendo et de charger sur une console des jeux contrefaisants ou d'autres jeux que ceux édités par la société.

Dans ses observations déposées en décembre dernier, le Gouvernement français a soutenu que la directive 2001/29, en particulier son article 1 § 2 a) n'exclut pas l'application de mesures techniques de protection lorsqu'elles protègent des œuvres complexes de l'esprit qui comprennent non seulement des œuvres ou d'autres objets protégés par le droit d'auteur mais aussi des programmes d'ordinateur.

Postérieurement au dépôt de ces observations, la Cour a rendu un arrêt le 23 janvier 2014 dans une affaire assez proche, « *Nintendo* » C-355-12, où le Gouvernement français n'était toutefois pas intervenu. Au vu de la décision, on peut penser que la Cour retiendra dans l'affaire « *Grund* » une solution compatible avec la proposition de réponse formulée par le Gouvernement français. Les réponses des différents intervenants dans l'affaire n'ont pas encore été communiquées par la Cour, et l'arrêt ne sera vraisemblablement pas rendu avant la fin de l'année 2014.

Enfin, l'affaire « *Christie's* » a déjà été évoquée lors de la présentation de la jurisprudence nationale.

Le président remercie M. BRECHOT et invite Mme BENABOU à faire un point sur la mission qu'elle conduit sur les créations transformatives.

V. EXPOSÉ DE L'AVANCEMENT DES TRAVAUX DE LA MISSION RELATIVE AUX CRÉATIONS TRANSFORMATIVES

Mme BENABOU regrette de n'avoir pas prévu une vidéoprojection afin de partager avec les membres l'hilarité que lui a inspirée la vision du mix Tata Yoyo et Nirvana, qui résume de façon symbolique les questions qui peuvent aujourd'hui se poser à propos des créations transformatives.

La mission a procédé à 41 auditions, au cours desquelles ont été notamment entendus 12 artistes, 4 chercheurs, 4 représentants d'institutions publiques, 5 représentants des groupes libristes et 21 représentants des ayants droit et 1 représentant des plateformes de diffusion. A l'issue d'environ 32 heures d'auditions, auxquelles s'ajoutent plusieurs rencontres bilatérales, le point saillant qui en ressort est la diversité des œuvres et usages transformatifs. La discussion s'est particulièrement polarisée autour de la possibilité de qualifier ces œuvres selon une catégorie à part entière, étant donné que la mission avait proposé aux différentes personnes rencontrées de répondre à un questionnaire, dont la première question, à savoir « Sommes-nous en face d'un objet juridique identifié ? » a concentré l'essentiel des débats.

De nombreuses questions se posent également sur le rôle central des plateformes de diffusion, sur l'intérêt de s'inspirer des modèles étrangers et sur l'opportunité ou non de consacrer un régime juridique *ad hoc*, et notamment une exception, dans le prolongement des suggestions du rapport LESCURE.

L'état d'esprit des acteurs est bigarré, puisque les réponses données sont singulièrement différentes selon les intérêts représentés. Chez les créateurs d'œuvres transformatives, l'appétence d'un changement de régime juridique n'est pas la principale préoccupation. Beaucoup d'entre eux estiment que le fait d'être dans la légalité ou non importe peu à leurs yeux pourvu qu'ils soient en mesure de diffuser leurs créations.

Certains ayants droit ont indiqué de leur côté qu'en dépit de la multiplicité de ces pratiques, il existe fort peu de contentieux pour des usages qui, en première approche, pourraient apparaître contrefaisants. Cela est dû notamment à l'absence de conséquence financière pour une partie de ces usages. Les ayants droit sont plutôt sceptiques quant à la prétendue nécessité de modifier le droit existant.

Les propositions de modifications les plus importantes sont venues du secteur libriste, notamment de la Quadrature du Net mais également d'universitaires. Quant à Google, plateforme

que la mission a rencontrée, la société accueillerait avec bonheur un assouplissement du droit des créations transformatives, tout en concluant par ailleurs avec les ayants droit des accords sur un fondement qui est peut-être celui du droit exclusif.

Pendant les travaux de la mission a été livrée à la Commission européenne l'étude de Jean-Paul TRIAILLE et du cabinet De Wolf, qui consacre une large part aux User Generated Contents (UGC). Une cinquantaine de pages y dresse un bilan détaillé du droit comparé en la matière, et une autre cinquantaine propose une analyse générale de cette problématique. Il en ressort un sentiment mitigé sur la nécessité de mettre en place une nouvelle exception, en même temps que la nécessité de clarifier les différentes options des États membres. Il semblerait que les UGC fassent partie des éléments prioritaires qui devraient figurer dans le Livre blanc de la Commission. En raison de cette échéance européenne, certains acteurs ont souhaité disposer d'un temps supplémentaire pour apporter une contribution enrichie à la réflexion de la mission. Toute analyse des membres du Conseil est encore la bienvenue, même si la mission est déjà en phase d'écriture du rapport.

A l'instar du travail conduit par Jean-Paul TRIAILLE, il ne s'agit pas pour la mission d'étudier l'hypothèse d'un internaute qui poste ou reposte une œuvre protégée sans aucune modification sur une plateforme de l'Internet. Dans ce cas-là, le droit exclusif a vocation à s'appliquer moyennant des aménagements contractuels entre les parties intéressées. La mission s'est concentrée sur l'hypothèse d'une incorporation ou réutilisation d'un contenu protégé dans une autre création. Elle a cherché également à analyser sociologiquement et historiquement la notion de création transformative, les auditions ayant fait ressortir que le phénomène n'est pas nouveau et que les acteurs ont pu l'appréhender jusqu'à maintenant, même si les usages sont nouveaux.

Penser la transformation d'un point de vue juridique suppose de se pencher sur les outils existants. On constate une sorte de « sécheresse » du dispositif légal à propos du régime des œuvres dérivées et du droit d'adaptation, qu'on pourrait faire évoluer. A été relevée également la difficulté pour certains auteurs ou diffuseurs d'acquiescer des autorisations, notamment à raison de la conjugaison existante entre droit patrimonial et droit moral. La sécurité juridique nécessaire pour se prémunir en amont contre une action en contrefaçon découle en effet d'une autorisation dont la recherche peut être compliquée, notamment lorsqu'on agrège de nombreuses œuvres mais également parce que les titulaires des droits moraux et patrimoniaux sont souvent différents.

Le statut des auteurs des œuvres transformatives doit également être questionné, car ce n'est pas parce qu'on utilise les œuvres d'autres auteurs dans sa création qu'on n'en est pas moins auteur. Des espaces doivent être trouvés pour reconnaître et valoriser aussi ces nouvelles créations.

Les accords qui peuvent être passés entre les plateformes et les ayants droit à raison des contenus modifiés doivent prendre en compte les besoins de licitation des pratiques des personnes mettant à disposition de tels contenus, car il semblerait surprenant que tant la plateforme que l'ayant droit puissent monétiser la diffusion d'un contenu qui par ailleurs serait au regard du droit contrefaisant.

La mission rendra vraisemblablement son rapport à la fin du mois d'avril.

M. RONY remercie Mme BENABOU et indique que les ayants droit ont évolué dans le cadre de la mission initiée utilement par le CSPLA. Il convient sans doute, sur un tel sujet, d'avancer avec prudence et de voir comment la situation évolue, car il y a plus à perdre avec un texte législatif qui risque d'être non maîtrisé alors que même que l'œuvre composite existe dans le cadre juridique actuel et permet de trouver des solutions. Cela ne signifie pas qu'à terme le droit ne devrait pas évoluer, et la SCAM, particulièrement concernée par le sujet en raison du développement de la non-fiction dans le genre documentaire, poursuit d'ailleurs des réflexions en son sein.

M. DE RENGERVE salue d'abord la réponse apportée sur ce point par la réponse du Gouvernement français au questionnaire de la Commission européenne, à savoir qu'il ne faut pas prendre de décision hâtive. Il revient ensuite sur le scepticisme des ayants droit quant à l'introduction - évoquée dans la présentation - d'une nouvelle exception ou d'un régime spécifique nouveau au bénéfice des œuvres transformatives et souligne qu'il s'agit d'une franche hostilité en ce qui concerne certains d'entre eux. La question du droit moral est par ailleurs fondamentale et toutes les conséquences devront être tirées d'un éventuel aménagement qu'on lui apporterait. Les organisations d'auteurs ont été entendues par la mission mais parfois sous forme d'auditions collectives, de sorte qu'elles n'ont pu forcément s'exprimer de manière approfondie sur certains points. Les auteurs seront très attentifs sur ce sujet sensible, d'autant plus si le projet de loi sur la création artistique venait à comporter des dispositions en la matière, comme cela a parfois été évoqué.

M. EL SAYEGH rappelle qu'il est important d'avoir au départ une définition ~~stable~~ de ce que recouvre la notion d'œuvre transformative. Le terme UGC, par exemple, ne veut rien dire, car on l'applique à la fois à des vidéoclips préexistants que les internautes remettent à disposition, ce qui ne pose aucune difficulté, mais aussi à des créations *ex nihilo*, ce qui ne soulève pas non plus de

problème. Il existe par ailleurs des œuvres transformées, mais la transformation fait-elle naître des droits sur celui qui opère la transformation ? Si tel est le cas, différentes catégories doivent être distinguées. Certaines œuvres ne sont que la juxtaposition avec une œuvre préexistante, une musique avec un vidéoclip par exemple. Les pratiques contractuelles couvrent aujourd'hui ces autorisations puisque la simple juxtaposition de l'œuvre ne nécessite pas forcément une adaptation. Certains types d'utilisations peuvent être couverts par l'autorisation délivrée par une société de gestion collective, sous réserve du droit moral. D'autres œuvres transformatives sont en revanche des adaptations, ce qui soulève d'autres problématiques puisque la SACEM ne gère pas le droit d'adaptation, le droit moral étant sous-jacent à l'occasion de chaque transformation de l'œuvre.

Si on explore la voie contractuelle, comme le fait actuellement la SACEM, se pose la question de savoir à qui est accordée l'autorisation, compte tenu de l'impossibilité matérielle de délivrer des autorisations à tous les internautes qui mettent à disposition des œuvres transformatives. Quand bien même on délivrerait une autorisation à la plateforme pour le compte des internautes qui mettent à disposition – et dans ce cas de figure, les plateformes ont tendance à se réfugier derrière le statut d'hébergeur – on peut se poser la question de savoir si c'est au créateur de l'œuvre transformative que l'on donne l'autorisation ou à celui qui met à disposition celle-ci. Ce n'est qu'avec celui qui met à disposition l'œuvre qu'on pourra trouver matériellement une solution contractuelle.

L'utilisation commerciale des œuvres transformatives suscite également de nombreuses questions, notamment sur la monétisation et le partage des recettes entre les auteurs de l'œuvre préexistante et les auteurs de l'œuvre transformée. L'élaboration d'une exception ne réglerait pas ces questions et se heurterait certainement, s'agissant des exploitations commerciales, au test en trois étapes. D'une manière plus générale, résoudre tous les problèmes par le biais d'une exception est problématique.

Le président remercie les membres et confie la parole à Me MARTIN pour un exposé sur sa mission relative au « *data mining* ».

VI. EXPOSÉ DE L'AVANCEMENT DES TRAVAUX DE LA MISSION SUR L'EXPLORATION DE DONNÉES (« DATA MINING »)

Me MARTIN souligne que le CSPLA a vocation à anticiper certains questionnements qui se posent pour la propriété littéraire et artistique et à partir de nouvelles pratiques. Le « *data mining* » est une activité ancienne, renouvelée par les capacités de traitement automatisé actuelles permettant de fouiller une multitude de matériaux, protégés ou non, afin d'y extraire des éléments d'information et de connaissance. Chacun a pu faire du « *data mining* » en faisant des fiches de lecture sur un livre de façon à en tirer un élément de connaissance. La revue de presse est également un exemple classique, où il y a cette fois-ci extraction du contenu même de l'œuvre. Or, le « *data mining* » ne vise pas nécessairement à extraire des contenus protégés.

Travaillant à partir de yottaoctets (10^{24}) de données, le « *data mining* » permet une nouvelle activité à travers le croisement d'une multitude de gisements informationnels, qu'il s'agisse de sons, d'images fixes ou animées, de textes ou données, classées ou non au sein d'une base. Le passage d'une œuvre à de l'information et à la connaissance permis grâce au « *data mining* » doit se faire dans un cadre légal qu'il convient de déterminer.

La mission a constitué un comité de pilotage de personnalités susceptibles d'apporter un éclairage d'une part économique et juridique, et d'autre part professionnel, de façon à appréhender le phénomène, tant il est protéiforme. Me MARTIN est assisté de Mme Liliane DE CARVALHO, rapporteur, qu'il remercie pour son précieux concours.

De nouvelles activités de recherche se développent, ainsi que des services à valeur ajoutée. Un service comme Shazam permet de capter un extrait de morceau de musique et de recevoir aussitôt en retour l'identité du morceau et ses interprètes, ainsi que de nouvelles données associées. Il faut ici s'interroger sur les relations unissant les acteurs proposant de tels services, qui peuvent s'emparer de l'investissement préexistant, et ceux qui en sont à l'origine, qu'il s'agisse de contenus protégés ou non. On assiste à un déplacement, devenu assez classique depuis une vingtaine d'années, du centre de gravité des activités économiques et à la création de services à valeur ajoutée à partir de matériaux existants.

On en voit l'enjeu : comment faire en sorte que les acteurs traditionnels ne se trouvent pas dépossédés et puissent éventuellement développer eux-mêmes de nouveaux services autour de leur cœur de métier ? C'est bien la problématique de la presse, puisque Google effectue bel et bien du

« *data mining* » sur son portail d'actualités. La question se pose donc de savoir s'il faut brider le développement de telles activités ou au contraire les favoriser, quel qu'en soit le domaine d'application pratique, le plus connu étant le « *big data* », qui recouvre des pratiques protéiformes auxquelles on recourt dans le domaine des données personnelles et de la publicité pour une meilleure connaissance du comportement de la clientèle. On en observe des applications quotidiennes à l'occasion de nos consultations de sites Internet.

De nombreux secteurs parmi lesquels l'édition et l'audiovisuel, au même titre que la musique, sont concernés par les pratiques de « *data mining* » mais ont des difficultés à appréhender le phénomène, de sorte que la mission cherche au cours des auditions à les sensibiliser sur le sujet, compte tenu des enjeux économiques importants.

Il n'est pas certain que le cadre légal actuel permette d'accueillir ces nouvelles activités. Si on se tourne vers le droit d'auteur, le droit des bases de données et les droits voisins, on s'aperçoit que cette sphère du droit a des difficultés à élargir sa capacité d'appréhension des nouvelles pratiques. Le droit de la propriété littéraire et artistique repose en effet sur des actes bien identifiés – de reproduction ou de représentation – tandis que le « *data mining* » ne porte pas nécessairement sur les contenus dans leur forme originelle, mais en tire une nouvelle richesse. L'extraction de données n'implique pas forcément d'extraction de la forme qui, seule, est protégée par le droit d'auteur. Si le droit peut s'appliquer aux pratiques de « *data mining* », il conviendrait également de s'interroger sur l'applicabilité éventuelle d'exceptions.

Les pratiques de « *data mining* » peuvent nécessiter des actes couverts par le droit de la propriété littéraire et artistique puisque pour traiter des masses de données, il faut pouvoir détenir le contenu traité et donc y accéder *via* l'autorisation des titulaires. Un courant libertaire considère que pratiquer du « *data mining* » sur un texte n'est pas tellement différent de la situation dans le monde physique où, grâce à l'abonnement à une bibliothèque par exemple, on peut accéder à de nombreux ouvrages et y collecter par un traitement manuel des données en faisant des fiches.

Si on souhaite par exemple effectuer une analyse du baiser dans le cinéma français à partir de 150 films, le contrat individuel s'avérera très contraignant pour recueillir les autorisations de chaque producteur concerné. Les outils traditionnels de la propriété littéraire et artistique sont délicats à mobiliser ici en raison du caractère massif de l'usage. Les enjeux sont considérables en termes de partage de la valeur : les investissements faits dans la création peuvent-ils être repris hors des actes de reproduction ou de représentation sans qu'il y ait retour sur investissement vers l'investisseur initial ?

Il convient donc de rechercher quels outils juridiques sont à même d'encadrer ces usages. L'idée de la mission est de s'écarter de la démarche britannique qui repose sur l'introduction d'une nouvelle exception au moins dans le secteur de la recherche à vocation non commerciale, qui comporte un risque de détournement des contenus par rapport à l'utilisation initialement déclarée. Aux États-Unis, le « *fair use* » semble par ailleurs pouvoir s'appliquer.

Pour conclure, on est face à une activité essentielle pour le développement de services innovants dans l'écosystème numérique, pour lesquelles des adaptations du droit existant devront être trouvées. Aux yeux de la mission, qui poursuit sa réflexion, il n'est pas besoin de retenir une démarche législative, car il faut penser de nouvelles relations d'équilibre entre les acteurs. Une personne auditionnée a raconté que l'université de Stanford, pour renforcer son attractivité, offre à ses étudiants et chercheurs la possibilité, *via* des partenariats avec les industries, de faire du « *data mining* » : c'est un signal fort de son importance.

Le président demande quel est le calendrier prévu pour la remise du rapport.

Me MARTIN indique que les lignes directrices du rapport pourront être présentées à l'occasion de la prochaine séance plénière du CSPLA.

M. GOLDSMITH remercie Me MARTIN pour sa présentation et indique que le secteur de l'audiovisuel, auquel le lancement de la mission avait semble-t-il échappé, souhaiterait volontiers y participer.

Le président transmet la parole aux présidentes de la commission sur la seconde vie des œuvres et objets protégés à l'ère numérique.

VI. POINT D'ÉTAPE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION RELATIVE À LA SECONDE VIE DES ŒUVRES ET OBJETS PROTÉGÉS À L'ÈRE NUMÉRIQUE

Mme Joëlle FARCHY présente d'abord le volet économique de la commission. Compte tenu de la quasi-absence de données sur le sujet, la commission a entrepris de faire réaliser une étude économique spécifique à partir de trois matériaux : des données de cadrage macro-économiques délivrées par certains membres de la commission ou bien issues d'études GFK, une littérature académique sur le marché des biens d'occasion et des biens durables, et une étude *ad hoc* menée à partir d'entretiens qualitatifs. Ces entretiens, désormais terminés, sont en phase d'analyse.

Une question centrale a trait aux conséquences sur le marché primaire en cas d'ouverture d'un marché secondaire. On peut distinguer trois types d'effet : un effet négatif classique de cannibalisation, un effet neutre de complémentarité des marchés et un effet positif lorsque notamment le consommateur valorise dans le prix du bien sur le marché premier le fait de pouvoir revendre le bien sur un second marché. Cette dernière situation se produit en matière de jeux vidéo. La commission devra préciser dans quelle mesure ces effets existent et se complètent, soit selon les types de consommateurs soit selon les différents secteurs culturels.

Un second point central est celui du passage du monde physique au monde numérique. Dans le premier, le choix du consommateur entre le bien de première main et celui de seconde main se fait selon des critères aisément identifiables. Dans le second, on ne peut faire de transposition simple du modèle physique, pour au moins trois raisons. D'abord, le degré de substituabilité entre un bien numérique de première main et un bien numérique de seconde main n'est pas le même que dans le monde physique. Deuxièmement, les représentations que les consommateurs ont dans le monde numérique ne sont également pas les mêmes, et les entretiens attestent que certains consommateurs ne comprennent même pas ce que peut recouvrir la notion de marché d'occasion dans le numérique. Troisièmement, dans le monde numérique, les arbitrages des consommateurs sont infiniment plus complexes, en raison notamment de l'introduction d'une variable qui est le marché de l'illégal. Les entretiens font ressortir que lorsqu'on parle aux consommateurs sondés d'un marché futur de l'occasion numérique, ceux-ci questionnent l'intérêt d'un tel marché, qui concernerait des biens qu'ils n'auraient de toute façon pas achetés.

L'étude économique, en cours d'analyse et de rédaction, sera communiquée aux membres dès qu'elle sera achevée.

Me Josée-Anne BENAZERAF indique qu'en parallèle, l'analyse juridique de la commission a également bien progressé. Elle a été conduite dans le cadre du droit existant tel qu'il était compris par la majorité des membres de la commission, avant que ne soit posée la question de savoir si ce cadre est remis en cause par l'arrêt « *Oracle* » de la CJUE, pour finalement envisager quelles pourraient être les implications éventuelles d'une extension de la solution de cet arrêt à des œuvres autres que logicielles.

La question juridique de départ est la suivante : en autorisant la mise à disposition d'une œuvre aux fins de téléchargement, le titulaire a-t-il ou non épuisé son droit ? Si tel est le cas, le titulaire ne pourra s'opposer à la « revente » du fichier par le consommateur qui l'aura téléchargé. Le droit en cause ici est le droit de distribution, qui seul s'épuise à la différence des deux autres grands droits consacrés par le droit commun du droit d'auteur, les droits de reproduction et de communication au public.

Un problème de qualification se pose : quel est le droit mis en œuvre par la mise à disposition d'une œuvre aux fins de téléchargement ? Il en découle un second questionnement, sur le périmètre respectif des droits de communication au public et de distribution. On peut se demander plus prosaïquement quel est l'objet de la transaction lors d'un téléchargement : s'agit-il de vendre un fichier, bien immatériel, ou de donner un accès immatériel à une œuvre avec l'autorisation d'en réaliser une copie par téléchargement ?

La commission a privilégié la seconde analyse, que l'on peut tirer clairement des textes existants, à savoir les traités de l'OMPI de 1996 et la directive 2001/29 « Société de l'information », dont un des objectifs est précisément de mettre en œuvre les obligations résultant des traités de l'OMPI. Ces textes définissent le champ d'application du droit de distribution en précisant qu'il concerne la circulation des supports tangibles. L'article 6 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur a trait à la distribution de l'original ou d'exemplaires d'une œuvre par la vente, ce qu'on retrouve à l'article 4 de la directive 2001/29 et dans son considérant 28, qui rappelle que le droit de distribution est le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel.

Le droit de communication au public a quant à lui été élargi à l'heure d'Internet pour englober la mise à disposition en ligne, notamment aux fins de téléchargement. Il est prévu à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI et à l'article 3 de la directive 2001/29. Celle-ci précise d'ailleurs en son considérant 29 que la mise à disposition d'une œuvre en ligne est considérée comme une prestation de services et que cela exclut tout épuisement.

Ce n'est pas la notion de vente en tant que telle qui détermine l'application de l'un ou l'autre de ces droits, mais le fait que dans un cas est en jeu la distribution d'exemplaires tandis que dans l'autre est mise à disposition une œuvre, qui ne peut être vendue mais est simplement communiquée au public. Cette analyse a semblé à la commission confortée par les différents travaux préparatoires des textes évoqués précédemment, notamment le Livre vert sur le droit d'auteur dans la société de l'information et l'exposé des motifs de la proposition de directive.

La commission considère à ce stade que la décision « *Oracle* » ne remet pas en cause le cadre existant. Les représentants de l'AFDEL (Association française des éditeurs de logiciels et solutions Internet) ont démontré avec conviction que les œuvres logicielles sont des œuvres à part en raison de leur vocation fonctionnelle et des nombreux régimes de garantie et de maintenance qui s'y appliquent et ne peuvent être conçus que dans un cadre contractuel complexe. Les logiciels bénéficient en outre d'un régime spécifique et dérogatoire résultant de la directive 2009/24, qui est expressément préservé par l'article 1^{er} § 2 de la directive 2001/29.

L'arrêt « *Oracle* » a été incontestablement rendu sous l'empire du droit spécial, car les questions préjudicielles qui étaient posées concernaient l'article 5 § 1 de la directive 2009/24 relatif à la notion d'acquéreur légitime et l'article 4 § 2 relatif à l'épuisement du droit de distribution. La Commission européenne, dans le questionnaire de sa consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur, remarque d'ailleurs dans une note de bas de page que la Cour a pris soin de souligner que ces précisions étaient fondés sur la directive relative aux programmes d'ordinateur. La Commission y rappelle également que dans l'état du droit pour les œuvres autres que logicielles, l'épuisement du droit de distribution ne s'applique qu'aux copies tangibles.

Il est intéressant de noter que dans l'affaire « *Oracle* », des arguments avaient été soulevés par certains intervenants sur le fondement du droit général. Or, la Cour a refusé de répondre sur ce terrain, même si de manière surabondante dans son arrêt, elle a ouvert quelques perspectives sur lesquelles la commission s'est penchée.

Plusieurs différences fondamentales existent entre les directives 2001/29 et 2009/24. D'abord, elles ne consacrent pas les mêmes prérogatives. La première prévoit un triptyque conçu autour du droit de communication au public élargi, du droit de reproduction et du droit de distribution, alors que dans la seconde ne sont reconnus que le droit de reproduction et un droit de distribution qui englobe également le droit de location. N'y figure donc pas de droit de communication au public. Par ailleurs, les précisions de la directive 2001/29 relatives à la limitation de l'épuisement du droit

de distribution aux objets tangibles et à l'exclusion des services ne trouvent aucun pendant dans la directive 2009/24. Enfin, les exceptions ne sont pas les mêmes, notamment au regard du droit de reproduction, car la notion d'acquéreur légitime n'existe pas en droit commun de la propriété littéraire et artistique.

La Cour a répondu dans l'arrêt « *Oracle* » sur le terrain de la *lex specialis* mais a au cours de son raisonnement formulé plusieurs constats surabondants, en affirmant notamment que l'existence d'un transfert de propriété transformerait l'acte de communication au public en un acte de distribution. La commission du CSPLA ne partage absolument pas cette appréciation, qui semble constituer un *obiter dictum* puisqu'elle ne trouve pas de justification ailleurs dans le corps de l'arrêt. En tout cas, le droit positif fait la distinction entre les deux droits selon qu'on est en présence d'exemplaires ou d'une œuvre communiquée au public, et non à partir de la vente.

L'arrêt contient également l'idée d'une équivalence fonctionnelle entre la vente d'un programme sur cédérom et la vente d'un programme par téléchargement. Cette affirmation est contestable dans la mesure où lorsqu'on achète un cédérom contenant un logiciel et qu'on le revend deux ans plus tard, la même œuvre sera toujours fixée sur le support. Au contraire, dans le cas du téléchargement, le fichier revendu ultérieurement aura bénéficié de mises à jour dans le cadre d'un abonnement et de la maintenance prévue au contrat passé avec l'éditeur de logiciels.

Le cadre général paraît d'autant moins remis en cause par l'arrêt « *Oracle* » que les décisions intervenues depuis lors en matière de droit d'auteur pour les œuvres autres que logicielles ont écarté cette analyse. La décision « *ReDigi* » du tribunal du district sud de New York du 30 mars 2013, fondée essentiellement sur le droit de reproduction, a fait litière de la fiction à la base de l'arrêt « *Oracle* » selon laquelle de même que dans l'univers physique, un seul fichier numérique circulerait du premier acquéreur vers les revendeurs successifs. Le tribunal a en effet jugé que des actes de reproduction interviennent à chaque fois et que même dans l'hypothèse improbable où on pourrait contrôler l'usage que le premier acquéreur fait du fichier en le détruisant ou en le rendant inaccessible, il n'empêche qu'on a alors affaire non au même fichier mais à une reproduction de celui-ci. Deux décisions allemandes, l'une de la cour fédérale de Bielefeld du 5 mars 2013, et l'autre de la cour régionale de Berlin de février 2014 au sujet de jeux vidéo, ont également considéré que l'arrêt « *Oracle* » ne s'applique qu'aux logiciels et qu'il n'est pas question d'élargir cette solution aux autres œuvres.

La commission a enfin envisagé l'hypothèse la pire pour les ayants droit, dans laquelle l'épuisement serait étendu à la mise à disposition en ligne d'œuvres autres que logicielles, pour

évaluer si cela pourrait être qualifié de limitation ou d'exception (conditionnée à la suppression du fichier d'origine) aux droits exclusifs. Considérant qu'une telle extension constituerait bien une limitation ou exception, la commission a relevé qu'elle ne remplirait pas le test en trois étapes du fait qu'elle porterait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ce qui doit désormais être confirmé par l'étude économique en cours de finalisation.

Le rapport devrait être terminé pour le mois de juillet.

Mme BENABOU attire l'attention du Conseil sur les travaux en cours au Parlement européen sur le règlement relatif à la vente, qui semble devoir être pris en considération même s'il n'appartient pas au champ du droit d'auteur, puisqu'il distingue trois catégories distinctes d'actes : la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la prestation de services.

M. EL SAYEGH fait remarquer que dans le cas du téléchargement, on est bien en présence d'une prestation de services qui va au-delà de la seule fourniture d'un bien. Lorsqu'on achète un titre sur une plateforme légale de téléchargement, on n'acquiert pas uniquement un bien numérique, un fichier incorporant une œuvre, mais l'historique des achats est conservé par la plateforme et l'internaute peut récupérer après l'achat le même fichier sur différents supports de manière instantanée ou différée.

L'arrêt « *Oracle* » n'a non seulement pas pris en compte le droit de communication au public mais il a également commis une confusion entre reproduction et distribution, le même fichier n'étant par définition pas le même s'il figure dans des réceptacles différents. Pour qu'un même fichier soit à la fois sur le disque du premier acquéreur et sur celui d'une plateforme où il est revendu, il faut bien qu'il ait été reproduit. Or, le droit de reproduction n'est par définition pas susceptible d'épuisement, car cela reviendrait à le vider de sa substance.

Le président remercie les présidentes pour leur présentation ainsi que les intervenants, et invite M. Pierre SIRINELLI à faire un point sur sa mission relative à l'avenir de la directive 2001/29 « Société de l'information ».

*VI. PRÉSENTATION DE L'AVANCEMENT DES TRAVAUX DE LA MISSION RELATIVE À
L'AVENIR DE LA DIRECTIVE 2001/29 « SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION »*

M. SIRINELLI indique à titre liminaire que la mission, composée d'Alexandra BENSAMOUN, Christophe POURREAU et lui-même, travaille à un rythme soutenu d'une réunion hebdomadaire depuis une dizaine de mois mais n'a pour le moment établi aucun document, afin de respecter la demande de discrétion faite par les membres. Il a été procédé à la fois à de nombreuses auditions individuelles ainsi qu'à des réunions collectives où les différents points de vue ont été échangés. La mission a ainsi progressé davantage à l'image d'une commission afin de recueillir et connaître l'état des positions des différents acteurs. Elle s'est également rendue à Bruxelles avec Jean-Philippe MOCHON pour rencontrer les membres de la Commission européenne qui préparent les projets en la matière.

On peut d'abord faire état d'un certain nombre de positions. La tendance lourde est celle d'un grand intérêt pour cette mission mais d'un enthousiasme plus que modéré quant à l'idée de rouvrir la directive 2001/29. Un premier bloc d'acteurs, très largement majoritaires, considère que la réponse apportée à la démarche européenne est un non catégorique : il n'y a ni intérêt ni urgence à rouvrir cette directive. Un second bloc, plus minoritaire, considère en revanche que l'occasion est peut-être venue de revoir certaines solutions qui paraissent inadaptées ou peu en phase avec les pratiques telles qu'elles se sont développées.

Aucun des deux blocs n'est cependant monolithique. Au sein du premier bloc, les raisons qui justifient la prudence ne sont pas toujours les mêmes, de même que la force du refus connaît plusieurs modulations. Certains acteurs tiennent ainsi, à l'appui de l'observation de la pratique, une réponse plus nuancée : « non mais ».

Certains acteurs relèvent que les textes actuels sont satisfaisants, tandis que d'autres estiment qu'en dépit de ses imperfections, rouvrir la directive serait dangereux, car cela pourrait conduire à un mouvement d'harmonisation vers le bas. D'autres ont fait valoir que l'attitude de l'Union européenne est peu compréhensible en proposant de rouvrir la directive sur le droit d'auteur alors que celle consacrée au commerce électronique serait tabou. Ils rappellent à cet égard que les deux directives avaient été menées parallèlement et que l'une et l'autre se répondent. D'autres encore estiment que le mouvement « Licences for Europe » avait apporté des réponses satisfaisantes, montrant que les solutions peuvent être contractuelles plutôt que reposer uniquement sur la norme. Sur un plan technique, l'idée a parfois été évoquée que procéder à partir de directives en matière de

droit d'auteur comme l'Union le fait depuis 1991 ne ferait que renforcer la sédimentation des textes, et que l'ensemble pourrait être embrassé de façon plus cohérente. La crainte plus générale, au-delà de ces différentes remarques, est celle d'une aggravation de la situation par une multiplication des exceptions.

Plusieurs tenants du réalisme « non mais » considèrent que certaines évolutions sont inévitables. Il paraît dès lors plus habile de les accompagner plutôt que de rester dans une position purement défensive afin de n'être pas dépourvu lorsque la Commission européenne proposera certaines pistes dans son Livre blanc prévu pour le mois de juin. Il est en effet possible de concevoir différentes retouches de la directive 2001/29, notamment au regard du Traité de Marrakech qui rend l'exception handicap obligatoire, ce que ne prévoit pas aujourd'hui la directive. L'accueil que la Commission a réservé aux travaux issus de l'exercice « Licences for Europe » montre d'autre part qu'elle avait déjà prévu d'aller plus loin à travers son questionnaire et le Livre blanc.

Les tenants du « non mais » ont également compris à la lecture du questionnaire que le débat était très orienté dans une logique consumériste, de nombreuses questions ayant trait aux exceptions. On sait d'ailleurs que de nombreuses personnes ont répondu au questionnaire parce que le parti pirate a proposé un *vade-mecum* qu'il suffisait de reprendre et d'adresser à la Commission.

M. SIRINELLI indique qu'au sein d'un autre courant, plus réformateur, plusieurs acteurs consultés ont formulé devant la mission des propositions de modifications normatives, dont il retrace les tendances. Certains souhaitent d'abord donner au texte une plus grande plasticité, qui pourrait concerner le monopole ou les exceptions. Une première branche, très minoritaire et virulente, souhaite la disparition pure et simple de l'article 5 de la directive qui fixe une liste limitative d'exceptions et l'introduction dans l'ordre juridique européen l'exception américaine du « *fair use* ».

Une seconde branche réfléchit à l'évolution des exceptions, dans un cadre rénové et non bouleversé. Certains demandent que l'harmonisation soit renforcée pour certaines exceptions, qui resteraient facultatives dans leur principe, mais dont le contenu serait obligatoire dès lors qu'elles sont retenues par les États membres. D'autres considèrent qu'il serait possible de rendre certaines exceptions obligatoires, mais aucun consensus n'existe sur le point de savoir lesquelles. A supposer qu'on garde l'idée d'exceptions obligatoires, il faudrait éviter à leurs yeux de créer de nouvelles exceptions, ce qui ne semble pas être la tendance au niveau européen, cantonner le caractère obligatoire à celles qui ont un fort fondement social, et compenser les exceptions rendues obligatoires lorsqu'on constate qu'elles peuvent avoir un effet néfaste au plan économique.

Une autre approche reposant sur l'idée qu'au lieu de modifier le corps des exceptions, il conviendrait plutôt de créer un lieu de régulation, est issue de l'HADOPI, autorité administrative indépendante qui est aujourd'hui chargée d'un rôle de régulation. Héritière de l'Autorité de régulation des mesures techniques issue de la loi de 2006, transformée en 2009, elle est en effet chargée de deux missions d'intérêt général et favorables aux consommateurs : garantir le bénéfice de certaines exceptions alors même qu'il existerait des mesures techniques de protection, et garantir d'autre part une certaine interopérabilité.

L'exception qui cristallise le plus d'interrogations est celle relative à la copie privée. Certains acteurs demandent une intervention soit sur le régime juridique afin qu'il soit identique pour tous les États membres, soit pour mieux cerner le régime de la rémunération pour copie privée. D'autres souhaitent voir des évolutions sur le terrain du « *data mining* », des créations transformatives ou des UGC.

Par ailleurs, une demande a été faite par l'INA pour repenser la durée de protection. L'Institut national de l'audiovisuel s'étonne de la solution retenue par la directive 2011/77 sur la durée des droits voisins, qui conduit à ce que la durée de protection en matière musicale ne soit pas la même qu'en matière audiovisuelle. Ce traitement différent peut susciter des difficultés dans la pratique.

Enfin, l'axe le plus important à l'heure actuelle est celui selon lequel les directives « commerce électronique » et « droit d'auteur et droits voisins » ne peuvent être abordées de manière isolée, compte tenu de la nécessité d'une articulation cohérente entre elles. Trois propositions seront ici exposées : celle de la SACEM, celle envisagée à partir de cette position par les producteurs, et une rénovation de la procédure du « *take down, stay down* ».

La proposition de la SACEM peut être résumée de la façon suivante. Certains actes accomplis par certains prestataires techniques peuvent être qualifiés juridiquement d'actes de reproduction ou de représentation. Les ayants droit se heurtent toutefois à l'inefficience de leur monopole d'exploitation en raison de régimes de responsabilité conditionnée, voire d'irresponsabilité en pratique, mis en place par la directive 2000/31 « commerce électronique ». L'effet de ce texte sur le monopole est identique à celui que la directive 2001/29 attribue à une limitation ou une exception. Une telle limitation, causée par un texte extérieur au champ de la propriété intellectuelle, devrait connaître le même régime que certaines exceptions prévues par la directive 2001/29, à savoir une compensation. Cette dernière serait due d'une part parce que les auteurs, artistes et producteurs subissent un préjudice et que d'autre part il y aurait de la part des prestataires techniques une captation de la valeur issue du travail de création. L'idée serait dès lors de mettre en place un

système de compensation supporté par les prestataires techniques qui mettent en œuvre le droit d'auteur.

Cette démarche a été plutôt bien accueillie dans le champ des auteurs, des artistes-interprètes et de leurs sociétés de gestion collective respectives. Les producteurs, réticents à son égard, ont indiqué qu'après analyse de la proposition de la SACEM, ils en partagent le constat de départ mais n'en tirent pas les mêmes conséquences. Au lieu d'avancer l'idée d'une compensation vis-à-vis d'une limitation au monopole d'exploitation, ils font valoir que le raisonnement devrait se poursuivre jusqu'à la conclusion selon laquelle cette limite est contraire au test en trois étapes, test existant dans la Convention de Berne, les traités de l'OMPI et l'accord de l'OMC, et qu'aujourd'hui, certains des effets de la directive « commerce électronique » sont inadmissibles dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

Après discussions autour de ces propositions, la SACEM a admis que la solution des producteurs peut être avancée dans un premier temps avant que ne soit proposée la solution subsidiaire de la compensation du manque à gagner occasionné par le statut des hébergeurs et la non révision de ce statut.

À côté de ces propositions, une réflexion se fait jour pour revenir sur des thèmes précédemment abordés dans le cadre du CSPLA, c'est-à-dire la possibilité d'améliorer la « mise en connaissance » de l'hébergeur des contenus litigieux, de revenir peut-être sur une jurisprudence mal engagée devant la Cour de cassation, et de revoir certaines solutions en matière de « *stay down* ». L'examen de la pratique montre qu'on est aujourd'hui au-delà du constat dressé il y a quelques années : certains acteurs offrent aux hébergeurs des moyens techniques pour ne pas supprimer un contenu mais le remplacer par un autre lien, ce qui impliquerait une situation dans laquelle il faudrait notifier à l'infini.

Certaines des pistes avancées au cours des travaux de la mission sont étudiées soit au CSPLA soit dans d'autres travaux que le ministère a pu commander à l'extérieur du Conseil, tel le rapport qui doit être rendu prochainement par Mme Mireille IMBERT-QUARETTA. Il conviendra de trouver un moment commun de concertation entre les différentes missions en cours qui travaillent sur des sujets connexes, afin d'aboutir pour le ministère à une position cohérente sur les voies à explorer.

Le président remercie M. SIRINELLI pour sa présentation et indique que les missions confiées à Mme BENABOU et Me MARTIN touchent également le sujet de la mission sur la

directive 2001/29. Il faudra que soit tranchée la question de savoir dans quel ordre ces différents rapports seront présentés et comment rendre l'ensemble cohérent. Il invite les membres à réagir.

M. RONY remarque que la loi envisagerait, selon les termes du rapport de Mme IMBERT-QUARETTA, des dispositions sur un système de « stay down ». Compte tenu du fait que l'on sait que la directive « commerce électronique » ne sera pas révisée, il s'interroge sur l'espace de liberté dans lequel la loi française peut se développer, compte tenu du cadre communautaire.

M. SIRINELLI indique qu'à ses yeux, la directive, qui interdit toute obligation générale de surveillance, n'empêche pas le « stay down ». La preuve en est qu'au sein d'une commission du CSPLA en 2008, les acteurs avaient discuté de cette solution. Les plateformes n'étaient à l'époque pas hostiles à ce type de solutions mais l'opposition était venue d'ailleurs. La Cour de cassation s'est prononcée sur la question à l'occasion d'une affaire particulière, dans laquelle elle n'a pas condamné le « stay down » en général mais a donné une réponse négative en l'espèce.

On pourrait aller plus loin en envisageant que de façon préventive, un ayant droit demande à un hébergeur d'empêcher obligatoirement, dès réception de la notification, la première mise en ligne d'un contenu, ce qui est beaucoup plus délicat en l'état actuel des textes qui devraient alors être révisés.

M. EL SAYEGH partage l'affirmation selon laquelle il n'y a pas de prohibition absolue du « stay down » et qu'il est possible d'envisager certains « stay down » limités dans le temps et leur objet. Il fait cependant observer que les arrêts de la Cour de cassation du 12 juillet 2012, auxquels M. SIRINELLI a fait référence, ont visé le cas le plus courant, c'est-à-dire la présence d'un contenu illicite, suivie d'une notification réalisée par l'ayant droit, d'un retrait du contenu puis de sa réapparition quelques heures après. La Cour de cassation, très claire sur ce point, a jugé qu'en vertu d'une absence d'obligation générale de surveillance, on ne peut rien imposer aux hébergeurs. Elle prend ce faisant le contre-pied de la cour d'appel, qui avait considéré qu'il ne s'agissait pas d'une obligation générale de surveillance dans la mesure où l'hébergeur en question avait été averti préalablement par le biais d'une notification. Telle est bien la situation la plus fréquente : les ayants droit sont contraints de notifier puis de renotifier sans relâche pour un même contenu, ce qui revient à « vider l'océan à la petite cuillère ».

On pourra certes imaginer des solutions à l'appui du rapport de Mme IMBERT-QUARETTA mais ses préconisations sont à droit constant et ne modifieront pas la directive « commerce électronique ». Le rapport proposera certainement des obligations de « *stay down* » limitées dans leur objet et dans le temps.

Il faut également tenir compte des conclusions de l'avocat général dans l'affaire « *Telekabel* », pendante devant la CJUE, qui indiquent là encore qu'on ne peut imposer d'obligation de résultat en la matière aux intermédiaires techniques.

M. SIRINELLI indique que M. Jean DIONIS DU SEJOUR, rapporteur de la LCEN, avait quelques années plus tard réalisé un rapport de mise en œuvre de la loi, dont deux versions différentes datées du même jour ont circulé. On ne sait d'ailleurs pas de quelle version du rapport la Cour de cassation a eu connaissance. Dans la seconde version, M. DIONIS DU SEJOUR expliquait que le « *stay down* » n'est pas une obligation générale de surveillance mais une surveillance appliquée à un cas particulier signalé et qu'à ses yeux il n'est pas contraire au droit européen.

M. Giuseppe DE MARTINO (ASIC) demande au président, au nom des hébergeurs, de veiller à ce que le CSPLA ne se transforme pas en une chambre où on remet en cause des décisions de la Cour de cassation et les directives européennes.

Le président prend note de cette remarque mais relève qu'il n'est pas interdit de réfléchir à l'évolution de la législation et de la jurisprudence.

M. DE MARTINO compare les discussions qui viennent d'avoir lieu aux cafés du commerce où on devise sans savoir qui paiera l'addition à la fin.

Le président juge ces propos indignes.

M. GOLSDMITH retient que le passage d'une société savante à un café du commerce est le signe d'une institution vivace. Il remercie M. SIRINELLI pour sa synthèse sur un sujet si complexe et insiste sur le fait qu'il ne faudrait pas, au regard de l'attitude de la Commission européenne, se

contenter de dire que les jeux sont faits. L'exercice « *Licences for Europe* » a mobilisé de nombreux professionnels pendant un an sur des sujets comme le « *data mining* », les UGC ou la portabilité des droits. Les producteurs sont partisans d'une poursuite de ce processus pragmatique dans un cadre rénové, qui permet de trouver des solutions dans un cadre contractuel tout en évitant une démarche selon laquelle pour chaque problème identifié il faudrait réviser les textes.

Le président souligne que le Conseil supérieur doit rechercher non seulement une cohérence interne dans ses propres travaux mais également se coordonner avec l'agenda européen.

VI. QUESTIONS DIVERSES

Le président demande aux membres de bien vouloir retenir la date du mardi 24 juin matin pour la prochaine séance plénière.

Il invite les membres à suggérer des idées de thèmes sur lesquels le CSPLA pourrait travailler au sein de commissions en 2015. Il remercie les membres pour leur participation et clôture la séance.