

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu de la séance plénière
du 5 juillet 2016*

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

Joëlle FARCHY, professeur des universités

Olivier JAPIOT, conseiller d'État

Jean MARTIN, avocat à la Cour

François MOREAU, professeur des universités

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Présidents de missions et rapporteurs

Jean-Philippe MOCHON, président de la mission sur l'interopérabilité des contenus numériques

Emmanuelle PETITDEMANGE, rapporteur de la mission sur l'interopérabilité des contenus numériques

Bastien LIGNEREUX, rapporteur de la commission sur l'impression 3D

Marianne LUMEAU, rapporteur de la mission sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et autres objets protégés et le financement de la création

Administrations

Alban DE NERVAUX, chef du service des affaires juridiques et internationales au Ministère de la culture et de la communication

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

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

Jean-Baptiste GOURDIN, chef de service, adjoint au directeur général des médias et des industries culturelles au Ministère de la culture et de la communication

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

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

Membre titulaire : Harold CODANT (BnF)

Membre suppléant : aucun.

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Hervé RONY (SCAM), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Olivier BRILLANCEAU (SAIF) ;

Membres suppléants : Olivier BRILLANCEAU (SAIF), David EL SAYEGH (SACEM), Marie-Christine LECLERC-SENOVA (SCAM), Thierry MAILLARD (ADAGP), Hubert TILLIET (SACD), Geoffroy PELLETIER (représenté par Maïa BENSIMON) (SGDL).

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

Membres titulaires : Franck MACREZ (AFUL) ;

Membres suppléants : Fabienne SAUGIER (APP).

Représentants des artistes-interprètes :

Membres titulaires : Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI) , Xavier BLANC (SPEDIDAM);

Membres suppléants : Catherine ALMERAS (SFA).

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membres titulaires : Guillaume LEBLANC (représenté par Alexandre LASCH) ;

Membres suppléants : Marc GUEZ (SCPP).

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Angélique DASCIER (CSDEM) ;

Membre suppléant : Philippine GIRARD-LEDUC (SEAM).

Représentants des éditeurs de presse :

Membres titulaires : Patrick SERGEANT (accompagné de Marie-Laure FRANCK) (SEPM), Christian BRUNEAU (représenté par Boris BIZIC) (FNPS) ;

Membres suppléants : Sabine OZIL (représentée par Samir OUACHTATI) (SPQN).

Représentants des éditeurs de livres :

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

Membres suppléants : Laurent GUIRAUD-LE MARESQUIER (SNE).

Représentants des producteurs audiovisuels :

Membres titulaires : Catherine BERTIN (USPA).

Membres suppléants : aucun.

Représentants des producteurs de cinéma :

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

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP).

Représentants des radiodiffuseurs :

Membres titulaires : aucun.

Membres suppléants : aucun.

Représentants des télédiffuseurs :

Membres titulaires : Pascaline GINESTE (Canal +) ;

Membres suppléants : aucun.

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membres titulaires : Ramatoulaye DIAGNE (accompagnée de Xavier FILLIOL) (GESTE).

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

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

Membre titulaire : Michel COMBOT (représenté par Jean-Marie LE GUEN) (FFTélécoms) ;

Membre suppléant : aucun.

Représentants des consommateurs :

Membres titulaires : Alain BAZOT (UFC-Que Choisir), Christophe PERALES (ADBU), Sylvain NIVARD (CFPSAA).

Membres suppléants : Antoine AUTIER (UFC-Que choisir).

Membres excusés :

Eric BARBRY (ACSEL), Pierre DUTILLEUL (SNE), Gilles BRESSAND (ESML), Olivier DA

LAGE (SNJ), Cécile DURAND (Le bureau de la radio), Jean-Pierre DARDAYROL (personnalité qualifiée), Gérard DAVOUST (SACEM), Pascal ROGARD (SACD), Laurent TARDIF (SNAM-CGT).

ORDRE DU JOUR

- I. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 5 avril
- II. Présentation et adoption du rapport de la commission sur l'impression 3D
- III. Point sur l'actualité européenne et multilatérale
- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de cassation et la CJUE
- V. Présentation du rapport de la mission sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et autres objets protégés et le financement de la création
- VI. Point d'étape de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse
- VII. Intervention de Mme Audrey Azoulay, Ministre de la culture et de la communication
- VIII. Point d'information de la mission sur le droit de communication au public

*I. ADOPTION DU COMPTE RENDU DE LA DERNIÈRE SÉANCE, PUIS
PRÉSENTATION ET ADOPTION DU RAPPORT SUR L'IMPRESSION 3D*

Le président ouvre la séance en souhaitant la bienvenue à deux nouveaux membres du Conseil. Par arrêté du 18 avril, Mme Laurence FRANCESCHINI a été nommée personnalité qualifiée du Conseil, en remplacement de Madame Élisabeth FLÜRY-HERARD. De plus, M. Michel COMBOT, président de la Fédération française des télécoms, a été nommé par arrêté du 28 juin en remplacement de M. Yves LE MOUËL en qualité de représentant des fournisseurs d'accès et de services en ligne.

Il soumet pour approbation le compte rendu de la séance plénière du 5 avril. En l'absence de remarque, le compte rendu est adopté.

Le président confie la parole à Olivier JAPIOT pour la présentation du rapport de la commission sur les enjeux de l'impression 3D pour la propriété littéraire et artistique.

M. JAPIOT remercie d'abord les membres de la commission pour leur contribution active aux travaux. La commission a procédé à de nombreuses auditions ainsi qu'à des visites d'entreprises, qui ont notamment permis de découvrir des start-up françaises très encourageantes. Les principaux débats ont porté sur la place respective et la faisabilité des mesures techniques de protection et de l'éventuelle extension du champ de la copie privée, en lien avec l'analyse de la jurisprudence française et européenne.

M. LIGNEREUX présente le diagnostic dressé par la commission. L'impression 3D est une technologie déjà ancienne, apparue dans les années 1980. Un premier brevet déposé en 1984 par trois ingénieurs français n'a malheureusement pas donné lieu à des exploitations commerciales, puis un brevet américain a, lui, trouvé le succès. Il existe trois procédés différents d'impression 3D : le premier et plus courant est le dépôt de filaments en fusion, mais se développent aussi la polymérisation de résine et le frittage de poudre. Ces technologies se sont démocratisées avec l'expiration des brevets initiaux à partir de 2004. Pour autant, la commission a relevé que leur diffusion auprès des ménages reste réduite, en raison des limites des matériels qui sont aujourd'hui

accessibles aux particuliers. Les quelques modèles en vente pour moins de 500 € dans le commerce sont tous des modèles de dépôt de filaments, fonctionnant uniquement avec des filaments de plastique monocolore. L'impression est souvent lente, plusieurs heures pour un modèle de taille normale, et se posent également des questions de santé publique, avec l'émission de particules fines.

En revanche, les particuliers ont accès à l'impression 3D à travers des intermédiaires qui sont des services d'impression à distance. Les principaux acteurs sont Sculpteo, société française auditionnée par la commission, et Shapeways, société américaine. Ces services sont parfois couplés à une plateforme de fichiers sur laquelle les internautes peuvent mettre en ligne des fichiers téléchargeables. Cela permet aux particuliers de réaliser des impressions 3D d'une qualité bien supérieure à celle des machines à moins de 500 €, et pour un coût relativement important, de 80 € environ pour un objet de taille normale. Il existe également un troisième type d'acteur, 3DHubs, qui est un réseau social d'impression 3D néerlandais, sur lequel chaque propriétaire d'une imprimante 3D peut s'inscrire et la mettre à disposition d'autrui. Enfin, les imprimantes 3D présentes dans les établissements d'enseignement et les espaces de travail collaboratif – les fablabs – permettent aussi aux particuliers d'y accéder.

La commission est d'avis que le rôle de ces intermédiaires ne pose pas à ce jour de problème massif pour la propriété littéraire et artistique, car les personnes qui ont recours à ce type de services sont majoritairement des professionnels pour les besoins de leur activité créative, comme des designers. Sculpteo a ainsi indiqué à la commission que le nombre de demandes de retrait de fichiers de la plateforme est très faible.

L'application du droit commun de la propriété littéraire et artistique, conçu de manière synthétique, permet d'ores et déjà en principe de sanctionner la contrefaçon par l'impression 3D. La numérisation en 3D d'une œuvre par le biais d'un scanner 3D, tout comme son impression ou encore la mise en ligne d'un fichier ou son téléchargement, constituent en principe des actes de reproduction ou de représentation qui requièrent l'autorisation de l'auteur.

S'agissant des plateformes d'échange de fichier, leur responsabilité pourrait être également engagée dans la mesure où elles ne pourraient pas être qualifiées d'hébergeurs au sens de la directive 2000/31 « commerce électronique ». Il convient d'appliquer ici les principes dégagés par la CJUE dans son arrêt de grande chambre *Google* de 2010, pour déterminer si l'intermédiaire a joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données stockées.

La commission s'est interrogée par ailleurs sur les modalités d'application des différentes exceptions au droit exclusif. Celle de copie privée, d'abord, s'applique, lorsqu'un particulier réalise une impression 3D sur son matériel propre, pour son usage privé et à partir d'une source licite. La commission s'est posée la question de l'existence d'un support au sens de l'article 5 de la directive 2001/29 et a retenu qu'un filament plastique peut être regardé comme un support. En revanche, en l'état de la jurisprudence française et notamment de l'arrêt *Rannou-Graphie* de la Cour de cassation, il semble que l'exception de copie privée n'est pas applicable au particulier qui réalise une impression en 3D par le biais d'un service d'impression à distance ou d'un fablab. On peut s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence de la Cour de cassation à la suite de l'arrêt *Padawan* rendue par la CJUE en 2010, qui a indiqué que la mise à disposition d'équipements permet en principe la réalisation de copies privées. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Wizzgo* de 2011, a toutefois repris les motifs de l'arrêt *Rannou-Graphie*. La commission a donc pris acte de cet état de la jurisprudence française.

Un second point sur lequel s'est concentrée la commission concerne l'exception à l'exception de copie privée pour les œuvres d'art, qui est prévue à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle. L'exception de copie privée ne s'applique pas aux copies d'œuvres d'art destinées à être utilisées à des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée. Se pose la question de la définition de l'œuvre d'art pour l'application de cette disposition : plusieurs sont en réalité envisageables et en l'état du droit, la question reste à trancher.

D'autres exceptions sont susceptibles de s'appliquer : les exceptions de parodie et de conservation, ainsi que celle bénéficiant aux personnes atteintes d'un handicap.

Enfin, le droit moral a vocation bien entendu à s'appliquer en matière d'impression 3D. Celle-ci soulève de nouvelles questions, car la mise à disposition d'un fichier qui serait libre de droits permet à un utilisateur maîtrisant la conception assistée par ordinateur de modifier ce fichier et possiblement d'altérer l'œuvre.

M. JAPIOT présente les propositions formulées par la commission. D'abord, il faut relever que le rapport ne propose pas de modification à court terme de la loi. Dans l'immédiat, le plus important est aux yeux de la commission le développement d'une offre légale de fichiers 3D sur les plateformes en ligne, mais aussi pour l'impression en ligne de fichiers légaux sous le contrôle des artistes.

S'agissant des mesures techniques de protection, les obstacles sont nombreux. Les expériences des secteurs de la musique et de l'audiovisuel montrent la difficulté de déployer des mesures techniques de protection à l'échelle mondiale. Selon la commission, il est possible de mobiliser les industriels sur la question, pour la propriété littéraire et artistique et surtout la propriété industrielle, mais également pour la sécurité des consommateurs. À partir du moment où la technologie sera disponible soit chez les particuliers eux-mêmes soit dans des officines plus développées, il est évident que le développement de l'impression 3D entraînera des problèmes de sécurité, compte tenu de la variété des contenus qu'il est possible d'imprimer, y compris des médicaments et des tissus vivants. Un travail interministériel pourrait être conduit sans attendre entre les ministères de la culture et de l'industrie pour commencer à élaborer des mesures techniques de protection. En matière d'impression classique papier, il existe déjà des brevets pour empêcher par exemple l'impression de billets de banque.

La troisième proposition a trait à la responsabilité des plateformes d'échange de fichiers, qui recouvre la problématique transversale déjà abordée par le récent rapport du CSPLA sur le sujet. Puisqu'il est difficile de faire prospérer ce débat au niveau européen, la commission plaide au minimum pour une obligation de mettre en place des dispositifs de reconnaissance et de retrait des fichiers contrefaisants.

La quatrième proposition recommande d'établir une charte de bonnes pratiques à l'égard des services de numérisation et de modélisation 3D, pour que leurs logiciels affichent des rappels pédagogiques et que se développent des moyens de traçabilité des fichiers 3D pour lutter plus efficacement contre la contrefaçon.

Enfin, la dernière proposition consiste, à court ou moyen terme, à renforcer l'implication des établissements d'enseignement sur le sujet, puisqu'ils détiennent aujourd'hui une grande partie des matériels d'impression utilisés par les jeunes.

Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces différentes mesures qu'on pourra envisager une évolution de la législation pour compenser le préjudice que pourraient subir les ayants droit, notamment dans le secteur des arts plastiques. Si le nombre de copies privée en la matière devenait excessif, on pourrait alors faire bouger les lignes pour adapter la rémunération pour copie privée ou pour imaginer des solutions alternatives, comme cela existe dans certains pays. Il serait possible par exemple d'instaurer une redevance sur les appareils de reprographie, comme la directive le permet, en y assujettissant les intermédiaires professionnels.

Le président remercie MM. Japiot et Lignereux et invite les membres à réagir.

Mme FERRY-FALL félicite MM. Japiot et Lignereux pour le travail accompli, auquel l'ADAGP a participé activement. La commission s'est saisie, au bon moment, de tous les aspects, à la fois techniques, économiques et juridiques en laissant ouvertes des pistes.

L'ADAGP est très prudente au sujet des mesures techniques de protection, en raison de l'immensité des œuvres possiblement concernées dans le champ des arts graphiques et plastiques et de la tâche quasi-insurmontable consistant à imposer à toutes les imprimantes de contrôler tous les objets.

Mme FERRY-FALL salue le fait qu'une part importante des discussions ait été consacrée à l'offre légale, comme cela a pu être le cas d'autres secteurs de la création. L'ADAGP a elle-même décidé de travailler sur une offre légale, par laquelle des particuliers pourraient, avec l'accord des artistes et une rémunération, s'offrir des reproductions plus ou moins paramétrables. L'objectif est aussi de montrer que le droit d'auteur peut tout à fait s'adapter aux technologies soulevant de nouvelles questions vis-à-vis du grand public.

M. Marc GUEZ (SCPP) demande confirmation du fait que l'affirmation selon laquelle les fichiers d'impression sont des œuvres susceptibles de relever de la propriété littéraire et artistique ne vaut que pour cette dernière et ne concerne pas la propriété industrielle.

M. LIGNEREUX confirme ce point.

M. Alain BAZOT (UFC-Que choisir) note que l'état des lieux dressé par le rapport démontre qu'aujourd'hui, le sujet de l'impression 3D à travers le prisme du droit d'auteur n'en est pas encore un. Bien qu'il n'y ait pas encore d'atteinte constatée aux droits d'auteur et que les pratiques réelles de ces derniers en matière d'impression 3D soient aujourd'hui faibles, le rapport évoque des outils classiques de taxation ou de redevance qui affectent les consommateurs.

L'UFC-Que choisir ne souscrit pas à un appétit de rémunération des ayants droit, qui semble être relayé dans le rapport à travers l'ensemble des outils juridiques permettant de taxer la pratique

de l'impression 3D. C'est étonnant, car dans le même cas, le rapport formule le vœu qu'une offre légale se développe au plus vite. S'il convient de mettre en place, à terme, un système de compensation, il devra être évalué de façon rigoureuse en partant des pratiques. Si la copie privée devait être élargie à l'impression 3D, l'UFC-Que choisir réitère sa position selon laquelle le mécanisme de la copie privée dans son ensemble devra être refondu.

Enfin, l'UFC-Que choisir ne souhaite pas une évolution du statut des hébergeurs car elle ne la juge pas utile. Le rapport mentionne lui-même la célérité avec laquelle les hébergeurs retirent les fichiers litigieux de leurs plateformes. Pour ces différentes raisons, l'UFC-Que choisir votera contre l'adoption du rapport.

M. JAPIOT relève qu'il n'y a pas de désaccord sur la copie privée. La commission a estimé que c'est dans le cas où il y aurait un préjudice dûment établi des ayants droit que pourrait être envisagée une telle solution. Par ailleurs une autre question se poserait le moment venu, s'agissant du champ de la rémunération, qui ne couvre pas pour l'heure les officines d'impression à distance. Si le phénomène devient massif, il faudra se poser la question de savoir si on légalise cette pratique en la faisant entrer dans le champ de la copie privée, avec la compensation associée en cas de préjudice.

Il remercie par ailleurs l'ADAGP pour sa contribution très précieuse aux travaux de la commission. S'agissant de la difficulté de constituer des bases de données exhaustives pour protéger tout le répertoire d'objets protégés, il relève que même si la contrefaçon peut porter sur des milliers d'œuvres, on observe que dans tous les autres secteurs, la contrefaçon se concentre sur quelques œuvres très copiées.

Le président remercie les intervenants et demande si d'autres organisations que l'UFC-Que choisir ne sont pas d'accord avec les conclusions du rapport, sans pour autant procéder à un vote formel. Tel n'étant pas le cas, le rapport est approuvé, moins la voix de l'UFC-Que choisir.

Il confie la parole à M. de Nervaux pour la présentation de l'actualité européenne et multilatérale.

II. POINT SUR L'ACTUALITÉ EUROPÉENNE ET MULTILATÉRALE

M. DE NERVAUX concentre sa présentation sur le dernier paquet droit d'auteur, très large, annoncé désormais pour le mois de septembre. Ce paquet couvrira les exceptions au droit d'auteur, l'accès transfrontière, le partage de la valeur et le statut des éditeurs. La question de la mise en œuvre des droits et d'une éventuelle réouverture de la directive 2004/48 est clairement dissociée de ce paquet, avec un calendrier plus incertain, l'objectif politique étant celui d'un texte avant la fin de l'année.

Le premier volet, concernant les exceptions, semble se resserrer par rapport à ce qu'on pouvait anticiper, puisque trois exceptions sont mentionnées. Celle relative à la mission de conservation des institutions de sauvegarde du patrimoine culturel, d'abord, qui ne devrait pas poser de difficulté compte tenu de ce qui existe déjà en droit français. Une exception plus problématique, ensuite, qui fait écho aux débats nationaux récents, sur la fouille de textes. La Commission envisagerait à ce stade une exception large, qui ne couvrirait pas seulement les contenus scientifiques mais possiblement tous les contenus. Il est indiqué également que l'exception ne serait pas limitée aux usages non commerciaux. Enfin, l'exception se limiterait au seul droit de reproduction dès lorsqu'il existe un accès légal et payant au contenu. Le Ministère restera vigilant quant au contenu *a priori* large de cette exception. La troisième exception envisagée est l'exception pédagogique, pour laquelle la Commission se veut rassurante. L'harmonisation annoncée est minimale puisqu'il n'y aurait pas d'exception obligatoire lorsqu'existent déjà des systèmes de licences fonctionnant de manière satisfaisante. L'exception serait élargie pour des usages à distance mais dans des conditions de sécurité encadrées. L'exception de panorama et une extension de l'exception relative aux bibliothèques ne figureront pas, semble-t-il dans le paquet du mois de septembre.

Sur le deuxième volet, relatif à l'accès transfrontière aux œuvres, l'intention se confirme de se saisir d'un certain nombre de principes de la directive « câble et satellite » pour les transposer aux services en ligne des radiodiffuseurs, en particulier le principe du pays d'origine au minimum pour les services connexes en ligne des radiodiffuseurs, telle la télévision de rattrapage. D'autre part, est envisagée une extension de la gestion collective obligatoire aux modes de diffusion qui présentent les mêmes caractéristiques que le câble. On sent là aussi une volonté politique forte de se saisir de ces principes, nonobstant les résultats de la consultation sur la révision de la directive « câble et

satellite » qui montraient un faible enthousiasme des parties prenantes pour une réouverture de cet instrument. La vigilance est d'autant plus de mise sur ce sujet dans le contexte de l'affaire Sky instruite par la DG Concurrence, où il se confirme que le débat qui avait déjà eu lieu en 2015 sur les ventes passives et plus largement sur le marché audiovisuel des droits à l'échelle européenne est ouvert.

Le troisième volet concerne le partage de la valeur au sens large puisque s'y inscrit la consultation quelque peu inattendue sur l'éventuelle création d'un droit voisin ou d'un droit *sui generis* au profit de certains éditeurs. La Commission souhaite avancer sur ce sujet dans le sens d'une proposition qui serait ciblée sur les seuls éditeurs de presse, même si elle reconnaît la difficulté de bien définir ces derniers. Dans son esprit, le droit voisin aurait vocation à cibler les exploitations en ligne. Il n'est pas trop tard, au contraire, pour que la France fasse état de ses propositions sur le sujet grâce à la mission en cours de Laurence Franceschini. Par ailleurs, la Commission entend donner une réponse aux inquiétudes nées des conséquences éventuelles de l'arrêt Reprobel. Il est confirmé sur ce point que l'un des instruments juridiques qui seront proposés en septembre traitera de la question, afin de sécuriser les perceptions des éditeurs au titre de certaines exceptions.

Dans ce même volet figure également le statut des plateformes au regard du droit d'auteur, sur lequel le débat est très vif au sein des instances européennes. La piste privilégiée par les autorités françaises à la suite du rapport du CSPLA, qui a été repris dans une note des autorités françaises de début 2016, consistant à clarifier le statut des plateformes qui donnent accès à des œuvres, n'est pas la piste privilégiée à ce stade. La piste consistant à s'appuyer sur la notion de « *duty of care* », présent au considérant 48 de la directive 2000/31, pourrait être creusée, pour en tirer des obligations de diligence particulières.

Sur le concept de droit de communication au public, il n'y aura pas d'initiative dans la proposition de la Commission, mais elle pourrait intervenir ultérieurement selon l'évolution de la jurisprudence de la CJUE.

La Commission européenne est en phase d'arbitrage, en sorte que les rapports de force ne sont pas encore cristallisés. La Ministre et le cabinet sont donc très impliqués pour faire valoir les positions françaises et nouer des alliances avec des États membres partageant les mêmes préoccupations. Dans ce contexte, la mobilisation des professionnels représentés au CSPLA reste également importante.

D'autres dossiers européens sont en cours. Le Ministère suit activement la deuxième phase qui s'est ouverte sur le règlement portabilité au Parlement européen, en cours d'instruction par les différentes commissions compétentes, notamment les exclusions qui ont pu être obtenues concernant le secteur du livre numérique.

M. DE NERVAUX confie la parole à M. Jean-Baptiste Gourdin pour ce qui concerne les derniers développements sur la directive « Services de médias audiovisuels » (SMA).

M. GOURDIN rappelle que la Commission a présenté lors du Conseil du 31 mai une proposition de mise à jour de la directive SMA, d'une ampleur comparable à la précédente révision de 2007 qui avait substitué la directive SMA à l'ancienne directive « Télévision sans frontières ». Comme l'a relevé la ministre de la culture et de la communication à l'issue de ce Conseil, il s'agit d'une proposition encourageante qui fait écho à des préoccupations exprimées de longue date par les autorités françaises. Les discussions s'engagent désormais entre États membres avant la phase parlementaire, mais le Commissaire Oettinger a d'ores et déjà fait état de sa volonté d'aller vite sur ce texte.

Il attire l'attention des membres du Conseil sur deux points principaux présentant une résonance avec les questions de propriété littéraire et artistique. Il s'agit en premier lieu de l'extension du champ matériel de la directive aux plateformes de partage de vidéos. La directive ne couvre pour l'heure que les télévisions au sens classique du terme et les services de médias audiovisuels à la demande. La Commission propose d'ajouter une troisième catégorie d'acteurs qui entreraient dans une certaine mesure dans le champ de la directive. Ces acteurs seraient définis à partir d'une batterie de critères liés au stockage d'un grand nombre de vidéos – entendues comme programmes au sens classique mais également vidéos générées par les utilisateurs (UGC) –, à l'absence de responsabilité éditoriale au sens de la directive mais aussi à l'exercice d'une influence sur l'organisation des contenus.

Cela pose des questions de définition mais également de champ et de nature des obligations qui seraient imposées à ces acteurs puisque dans la proposition, seules sont concernées les questions de protection des mineurs et d'incitation à la haine, à l'exclusion de toute considération de financement de la création, de promotion des œuvres européennes ou de réglementation de la publicité. La proposition de la Commission soulève aussi des questions de mise en œuvre puisque la proposition repose sur un principe de co-régulation, c'est-à-dire une obligation pour les plateformes

de mettre en œuvre elles-mêmes un certain nombre de mesures dans le cadre d'un dialogue avec les régulateurs audiovisuels. Enfin, se posent des questions d'application territoriale entre ces différents régulateurs. La Commission montre ce faisant son souhait d'adapter la directive aux différents changements intervenus à l'ère numérique.

En second lieu, les propositions relatives à la promotion et au financement des œuvres européennes ont un lien avec la propriété littéraire et artistique. Il s'agit de remédier aux asymétries de régulation et aux possibilités de « forum shopping » qui sont ouvertes par la directive actuelle. La Commission propose pour ce faire deux voies.

La première concerne les quotas, c'est-à-dire la part des catalogues des services de médias à la demande qui doit être réservée aux œuvres européennes. La Commission propose une harmonisation minimale : l'obligation pour les États membres de prévoir un quota minimal de 20 % d'œuvres européennes. C'est beaucoup moins que le décret SMAD français, dont le seuil est à 60 %, et c'est moins que ce qui existe en moyenne dans les catalogues des grands services transnationaux aujourd'hui disponibles en Europe, mais c'est un premier pas intéressant.

La deuxième, beaucoup plus novatrice de la part de la Commission, est un renversement ponctuel du principe du pays d'origine, qui reste le principe cardinal de la directive SMA, à laquelle la Commission a redit son attachement. Sur la question des contributions financières que les services de médias à la demande doivent allouer au financement de la création, la Commission propose de renverser le principe du pays d'origine, c'est-à-dire que les SMAD seraient assujettis aux contributions du pays auquel ils s'adressent. Un SMAD établi aux Pays-Bas, par exemple, devrait pour la partie de son chiffre d'affaires qu'il réalise en France à la fois respecter les obligations d'investissements fixés par le décret SMAD et acquitter la taxe sur la vidéo à la demande qui alimente le fonds de soutien du CNC.

Les premiers débats sur ces sujets ont d'ores et déjà été vifs entre États membres lors des groupes de travail. La France n'est pas isolée mais le consensus est loin d'être acquis.

Le président remercie les intervenants et demande si les exceptions au droit d'auteur évoquées par M. de Nervaux ont vocation à demeurer facultatives ou deviendraient obligatoires.

M. DE NERVAUX indique qu'en l'absence de texte écrit, il est délicat d'apporter une réponse

définitive, mais l'idée est qu'elles seront des exceptions obligatoires.

M. David EL SAYGEH (SACEM) s'interroge sur l'articulation de différentes dispositions du projet de règlement « géoblocage ». Celui-ci exclut les services audiovisuels, en s'alignant sur la directive « services », ce qui induit que les services qui ne sont pas audiovisuels sont dans le champ du règlement. Toutefois, l'article 4 du projet de règlement prévoit la possibilité de créer des discriminations pour des services dont la principale activité est d'offrir des œuvres ou des objets protégés. Cela signifie-t-il que pour les autres services, par exemple musicaux, qu'il n'est pas possible de faire du géoblocage et qu'il y aura dès lors une disponibilité des contenus de manière paneuropéenne, avec un amendement à ce principe permettant des différences d'accès ou de prix ?

M. DE NERVAUX répond que d'une manière générale, le principe d'intelligibilité de la norme consacré par le Conseil constitutionnel en France n'est pas encore tout à fait opérant au niveau européen, lorsqu'on observe la coexistence de plusieurs initiatives non articulées entre elles. L'articulation avec le règlement sur la portabilité soulève également des questions. Les autorités françaises ont prêté une attention forte, lors des échanges informels qui ont précédé la présentation du règlement, à une extension de l'exclusion au-delà des services audiovisuels, ce qui peut expliquer la rédaction alambiquée actuelle. Dans la version préliminaire de la Commission figurait une disposition explicite sur la modulation possible des prix, qui a finalement disparu dans la version proposée. Le Ministère fera en sorte que la rédaction soit clarifiée.

Mme Émilie CARIOU ajoute qu'au départ, seuls les contenus audiovisuels étaient exclus du champ de la rédaction. La rédaction est complexe mais est due à la demande de la France de sortir du champ les services offrant des œuvres protégées, notamment la musique et l'édition. Le vice-président de la Commission, qui est intervenu à Cannes récemment, a réaffirmé l'intérêt de conserver l'exclusivité et la territorialité des droits, alors que dans le même temps prospérait le règlement « géoblocage ». Le Ministère est donc intervenu en dernière minute pour obtenir la disposition alambiquée en question, qu'il reste à retravailler. Au départ, il avait été indiqué que les contenus protégés par le droit d'auteur n'entreraient pas dans le champ du règlement « géoblocage », mais la tentation est forte est de les y inclure de nouveau.

La même problématique est soulevée en matière de ventes passives, qui sont aujourd'hui examinées par la DG Concurrence concernant le cas Sky. On constate qu'avec la volonté d'élargir

l'accès dans le numérique s'ouvrent des brèches qui sont en réalité des trous béants dans la gestion des droits. Il conviendra dans tous les cas d'être vigilant, car le règlement « géoblocage » prévoit un réexamen au terme de deux années ; la question de l'inclusion d'autres services se reposera à ce moment-là.

M. Frédéric GOLDSMITH estime, s'agissant de l'affaire Sky, que la Commission a la volonté de véritablement mettre à mal le principe de territorialité des droits. Le moment est sans doute le bon pour agir auprès de différents Commissaires pour les sensibiliser, dans la perspective de la décision de la DG Concurrence.

Par ailleurs, il signale qu'en dépit des avancées positives du projet de révision de la directive SMA, l'alinéa 5 du nouvel article 13 prévoit que les États membres doivent exempter des nouvelles obligations les fournisseurs de services avec une faible audience ou les petites et micro-entreprises. En droit français, il n'existe pas de telles conditions, et les conditions d'exposition des œuvres s'appliquent à tous les services, quel que soit leur chiffre d'affaires. Il s'agit d'un point à lever avec la Commission, d'autant que la faible audience sera évaluée à partir du pays d'origine, ce qui serait dommageable dans le cas de pays ayant des critères faibles.

Mme CARIOU explique que le Ministère a identifié le risque évoqué au sujet de l'affaire Sky et a alerté les cabinets de MM. Juncker, Ansip et Oettinger. Il faut néanmoins se rappeler que la DG Concurrence est autonome par rapport au reste de la Commission lorsqu'elle instruit des cas concurrentiels. Il n'est pas possible d'avoir avec elle le même dialogue politique qu'avec les Commissaires. La décision, initialement prévue en juin, est désormais attendue pour septembre. Un important travail de pédagogie reste à faire, car il est inquiétant de constater qu'une direction de la Commission persiste à vouloir appliquer le concept de vente passive à Internet, qui vaut pour le commerce de biens matériels. Cela n'a aucun sens : ce qui compte est le référencement de l'offre et non le fait qu'elle existe à un endroit donné. D'autres pays se sont mobilisés, y compris le Royaume-Uni, d'où émane l'affaire Sky.

M. GOURDIN précise, s'agissant de l'exclusion des services dont l'audience ou le chiffre d'affaires est faible, que c'est bien le principe du pays d'origine qui définira ces critères au regard

des quotas de catalogue. En revanche, pour les contributions financières, ce sera le pays de destination. Le problème porte donc sur les quotas.

M. Sylvain NIVARD (CFPSAA) souhaiterait savoir ce qui a été décidé pour les mesures relatives à l'accessibilité des œuvres aux personnes handicapées. Le sujet semble abandonné dans cette directive, au profit d'une future directive dédiée au sujet, report dans le temps qui inquiète les représentants des publics concernés.

M. GOURDIN répond que le Ministère a conscience de ce point et l'a déjà soulevé auprès de la Commission. D'autres États membres l'ont fait également, préférant que l'accessibilité continue à être traitée dans le cadre d'un texte sectoriel plutôt que dans un hypothétique texte transversal. La Commission a assuré, au moins oralement, que le sujet sera réintroduit dans la directive SMA.

Le président confie la parole à Mme Valérie-Laure Benabou pour la présentation des derniers arrêts de la CJUE.

III. COMMENTAIRES DES ARRÊTS SIGNIFICATIFS RENDUS DEPUIS LA DERNIÈRE SÉANCE PAR LA CJUE

Mme BENABOU présente d'abord la décision *EGEDA* du 9 juin 2016 à propos de la copie privée. La question était posée à la Cour de savoir si le système compensatoire de la rémunération pour copie privée pouvait être un mécanisme budgétaire dans le cadre de la politique fiscale d'un État membre. Pour mémoire, l'arrêt *Padawan* avait conduit l'Espagne à changer son système pour remplacer son mécanisme de redevance par un système fiscal. Mais la Cour invalide une fois encore le système espagnol puisqu'elle a jugé qu'il n'est pas possible d'avoir un mécanisme compensatoire qui serait financé par le budget de l'État, car en l'espèce ce système ne garantit pas que le coût de la compensation équitable est supporté par les utilisateurs de copies privées. À l'appui des développements de l'arrêt *Padawan* sur le fait que les copieurs seuls sont les débiteurs de la rémunération, la Cour considère que, le contribuable étant indistinctement déterminé, les personnes morales abondent également au mécanisme de copie privée. Or elles ne peuvent pas être assujetties à la rémunération pour copie privée puisqu'elles ne sont pas visées par l'exception. Le système espagnol ne permet donc pas de garantir que la charge finale de la redevance pèsera effectivement sur ceux qui sont à l'origine du préjudice.

Deuxièmement, la Cour a rendu le 21 avril un arrêt relatif à l'application du règlement sur la compétence juridictionnelle. La question avait été posée de savoir si les questions relatives à la rémunération pour copie privée relèvent de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle. La Cour a répondu par l'affirmative et jugé que le non-paiement d'une rémunération pour copie privée s'apparente à une matière délictuelle ou quasi-délictuelle. La Cour s'inscrit dans une logique de réparation du préjudice subi mais l'approche peut paraître étonnante car on ne situe pas ici dans une logique de faute, la copie privée étant licite.

Troisièmement, la Cour s'est prononcée le 31 mai dans l'affaire *Reha Training*. L'arrêt est majeur puisqu'il a été rendu en grande chambre à la demande du gouvernement français qui attendait une clarification de la jurisprudence de la Cour sur la notion de communication au public. Cette demande faisait suite aux doutes nés de l'arrêt *Del Corso* et de la dissociation qui semblait s'instaurer entre les qualifications de communication au public du point de vue du droit d'auteur et du point de vue des droits voisins. Dans l'affaire *Reha Training*, la juridiction allemande avait

demandé à la Cour de justice de se prononcer sur ce point, en demandant de manière inhabituelle si la Cour souhaitait maintenir sa jurisprudence. Il s'agissait de savoir si la mise à disposition dans un centre de rééducation de postes de télévision dans les salles d'attente et d'entraînement constituait un acte de communication au public au sens du droit d'auteur et/ou des droits voisins.

En rendant l'arrêt en grande chambre, la Cour entend codifier sa jurisprudence. Elle répond qu'il existe bien un acte de communication au public mais surtout qu'il convient de traiter de façon unitaire cet acte et de ne pas distinguer les critères d'application selon que l'on raisonne en matière de droit d'auteur ou de droits voisins. De ce point de vue, s'opère un petit revirement par rapport à l'arrêt *Del Corso*, dans lequel la Cour avait estimé que l'article 8 § 2 de la directive 2006/115, relatif au droit de communication au public pour la radiodiffusion des phonogrammes, est un droit particulier puisqu'il est de nature compensatoire, et non de nature préventive comme peut l'être le droit exclusif de l'auteur. Ce constat avait justifié pour la Cour le fait de s'éloigner des critères d'application de la communication au public dégagés jusqu'alors dans le champ du droit d'auteur et de s'appuyer sur le caractère lucratif de l'acte de communication au public pour considérer qu'il faisait défaut en l'espèce, de même que l'exigence d'un public important.

Dans l'arrêt *Reha Training*, la Cour conduit un raisonnement assez proche sur le plan des critères mais conclut à une solution différente, à savoir l'application d'un acte de communication au public. On peut penser que la Cour nuance sa jurisprudence plus qu'elle ne revire : elle tente de réaliser une synthèse de sa jurisprudence antérieure en lui donnant le maximum de cohérence. Les critères maniés par l'arrêt sont en effet tirés des arrêts antérieurs, depuis l'arrêt *SGAE* de 2006. D'abord, il n'y a acte de communication au public qu'en présence d'un acte de communication d'une part, et d'un public d'autre part.

Sur l'acte de communication, la Cour valide les analyses des arrêts *SBS* et *ITV Broadcasting* : une transmission doit être autorisée dès lors qu'elle est faite *via* un mode de communication différent. S'agissant des critères liés à la communication au public, l'arrêt se réfère au point 30 de l'arrêt *PPL* (rendu le même jour que l'arrêt *Del Corso*), selon lequel « *les critères sont complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres, ces critères pouvant dans différentes situations concrètes être présents avec une intensité très variable. Il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres* ». La Cour utilise ainsi une technique du faisceau d'indices plutôt que des critères cumulatifs, ce qui a alimenté une imprévisibilité des solutions rendues.

La Cour reprend le critère du public quantitatif, qui provient de l'arrêt *Mediakabel* rendu par la CJUE en matière de communication audiovisuelle. Il n'existe pas dans l'acquis communautaire de définition du cercle de famille ou de la communication privée, en sorte qu'on ne sait pas à partir de quand le public est suffisamment important pour justifier un acte de communication au public. L'arrêt *Reha Training* confirme donc l'idée d'un seuil *de minimis* pour considérer qu'en deçà d'un certain seuil, il peut ne pas y avoir acte de communication au public.

S'agissant du critère du public qualitatif, l'arrêt opère une mise en cascade des critères les uns par rapport aux autres. Le critère de l'utilisateur incontournable, par exemple, selon lequel la contribution d'un autre acteur est indispensable alors même qu'on se situe dans une zone de réception possible de l'œuvre, est en relation avec le critère de public nouveau. Ce dernier n'est, selon l'arrêt, appréhendé que dans le cadre d'une rediffusion consécutive à une radiodiffusion première. Dans le cadre d'une première radiodiffusion, il convient en effet de caractériser un public nouveau, et pour ce faire il faut être en présence d'un utilisateur incontournable. Les critères ne sont donc pas autonomes et se dégagent les uns par rapport aux autres.

Par ailleurs, la question du ciblage du public, qui avait été discutée dans l'arrêt *Del Corso*, est reprise dans l'arrêt *Reha Training*. Dans l'arrêt *Del Corso*, l'absence d'intention des patients d'un cabinet dentaire d'écouter de la musique avait disqualifié la présence d'un acte de communication au public. L'avocat général Yves Bot, dans ses conclusions sur l'affaire *Reha Training*, avait estimé qu'il faudrait se passer de la réceptivité du public car ce qui importe est l'intention de l'utilisateur de communiquer l'œuvre. Or la Cour n'a pas abandonné le critère de la réceptivité dans son arrêt mais l'amende.

Mme BENABOU revient également sur les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *GS Media* du 7 avril 2016. Il s'agit en somme de savoir si on étend la solution de l'arrêt *Svensson* à l'hypothèse dans laquelle l'œuvre est mise à disposition sans le consentement inaugural de l'auteur sur les réseaux. L'avocat général a répondu à cette question par l'affirmative, en sorte que de nombreux acteurs attendent l'arrêt de la Cour avec anxiété. Le juge Malenovský, lors de son intervention devant le CSPLA et l'AFPIDA, a toutefois relevé que l'arrêt ne serait pas rendu en grande chambre, alors qu'un revirement de jurisprudence, qui serait probablement constitué si la Cour suivait les conclusions de l'avocat général, intervient normalement en grande chambre. D'autre part, il a précisé que la Cour ne suivait pas toujours les conclusions de l'avocat général, laissant entendre qu'un revirement n'était pas forcément à l'ordre du jour.

Quand bien même l'arrêt *Svensson* pouvait paraître bancal du point de vue de ses fondements et que par conséquent la remise d'équerre proposée par l'avocat général pourrait sembler logique à certains, la décision serait délétère dans la mesure où elle gommerait toute possibilité pour les titulaires de droits de contrôler, y compris à titre initial, la circulation de leurs œuvres sur les réseaux.

Enfin, l'avocat général Szpunar a rendu le 16 juin ses conclusions dans l'affaire *Vereniging Openbare Bibliotheken*. L'avocat général s'appuie notamment sur le précédent *Usedsoft* et sur la théorie de l'équivalent fonctionnel pour considérer, au terme d'une interprétation dynamique des dispositions de la directive 2006/115, que le prêt public numérique doit suivre le même régime que le prêt public tangible. Si ces conclusions sont suivies par la Cour, l'arrêt aura des conséquences importantes non seulement pour le prêt mais plus généralement pour le droit d'auteur, s'agissant du mécanisme d'analogie appliqué au numérique à partir des règles qui se sont développées dans l'économie tangible.

Le président précise que la conférence du juge Malenovský a été enregistrée et sera retranscrite, pour être le cas échéant diffusée aux membres, si le juge en est d'accord.

Mme BENABOU retient de cette conférence très riche qu'en dépit des critiques parfois sévères de la doctrine française contre sa jurisprudence, la Cour de justice a tracé une ligne politique claire depuis 2006, même si certains points peuvent rester encore dans le flou.

M. EL SAYEGH ne partage pas tout à fait cet avis. Les critiques formulées à l'encontre de la jurisprudence de la CJUE ne proviennent pas uniquement de la doctrine française. D'autres spécialistes comme M. Ficsor, hongrois, ont critiqué vertement les interprétations faites par la Cour.

Il s'étonne de la ligne défendue par la Cour. M. Malenovský a expliqué que les conventions internationales sont dépassées et imprécises, et pourtant le critère *de minimis* élaboré par la Cour l'a été en contemplation d'un guide de la Convention de Berne qui lui-même était périmé. On constate en fait une absence de ligne : l'arrêt *Reha Training* constitue une véritable occasion manquée de clarifier les concepts, et on n'en sort pas rassuré. Le critère de la réceptivité, par exemple, reste éminemment subjectif et ne figure dans aucun texte communautaire ni international. On peut

également s'interroger sur le rôle incontournable de l'utilisateur. À la lueur du considérant 27 de la directive 2001/29, les professionnels ont toujours cherché à caractériser ce qu'est une intervention constituant un acte de communication.

Hormis le fait que l'on traite les droits à rémunération et le droit exclusif de la même manière, qui est clarifié, on reste encore dans le flou. La Cour prenant trop de liberté par rapport au texte de la directive, il est temps de le clarifier directement.

Le président remarque qu'en réponse à une question de Mme Benabou à M. Malenovský, ce dernier a de façon inattendue indiqué qu'il était favorable à une intervention législative.

Mme Josée-Anne BENAZERAF ajoute que le juge Malenovský a aussi indiqué que la jurisprudence, qui a pris une marge d'autonomie par rapport au texte, manquerait de légitimité si elle n'était pas ensuite consolidée par une intervention législative.

Le président estime qu'il s'agit d'un bon réflexe de la part d'un juge : il doit savoir s'arrêter quelque part, mais dans le même temps doit répondre aux questions posées.

M. GOLDSMITH rappelle que M. Malenovský a évoqué la nécessité d'examiner le contexte politique pour savoir dans quel sens irait la réforme, se montrant prudent sur le sujet. Il a également abordé la hiérarchie des normes entre les Traités internationaux et le droit européen. Développant une analyse en tant que professeur de droit public international, il a considéré que les textes internationaux ne lient que de façon très floue les États, lesquels ont une liberté importante pour les interpréter à leur guise. Lorsqu'une question lui a été posée sur la possibilité que soit saisi un panel de l'OMC, qui fait courir un risque de condamnation, M. Malenovský n'a pas répondu. On a ainsi l'impression qu'au sommet de la pyramide se situent les textes de nature communautaire et que paradoxalement, contrairement à la construction juridique usuelle, les textes internationaux qui ont fondé les directives sont moins importants que les directives elles-mêmes. Cette vision est curieuse et même choquant, comme si la Cour de justice avait toute latitude pour faire ce qu'elle veut.

M. NIVARD demande quand est attendu le futur arrêt de la Cour sur le Traité de Marrakech.

M. DE NERVAUX répond que l'arrêt devrait être rendu en septembre.

Le président confie la parole à M. François Moreau pour la présentation du rapport de la mission sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et autres objets protégés et le financement de la création.

*IV. PRÉSENTATION DU RAPPORT DE LA MISSION SUR L'ÉCONOMIE
NUMÉRIQUE DE LA DISTRIBUTION DES ŒUVRES ET AUTRES OBJETS PROTÉGÉS
ET LE FINANCEMENT DE LA CRÉATION*

M. MOREAU remercie d'abord au nom de la mission tous les membres qui ont été auditionnés et ont contribué à nourrir le rapport. Lors de la dernière séance plénière, avait été présentée la première partie du rapport sur l'articulation entre les régimes juridiques et le rôle économique des différents acteurs, qui insiste sur deux idées principales. D'abord, le fait qu'il convient de bien distinguer les financements contraints (obligations de production, copie privée, etc.) des financements contractuels. Ensuite, le fait que les acteurs économiques ayant un rôle économique identique peuvent être soumis à des obligations différentes en fonction de leur statut juridique ou de leur implantation géographique. Les parties IV et V du rapport, présentées ce jour, tentent de répondre le plus précisément possible à la question initiale de la contribution des acteurs numériques au financement de la création, en suivant cette double ligne directrice.

Il faut rappeler la limite inhérente d'un tel rapport, à savoir les chiffres que l'on peut obtenir. La mission s'est heurtée constamment au secret fiscal ou au secret des affaires. Son travail a donc consisté à réunir, recouper et organiser des données de seconde main ou des données communiquées lors des auditions. On peut donner un premier chiffre simple : 956 millions d'euros est d'après la mission l'ordre de grandeur de la contribution en 2014 des acteurs du numérique au financement de la création. Le rapport précise qui sont les acteurs qui financent, quelle est la répartition entre types de financements, et quelle est l'importance des asymétries de situations juridiques ainsi que leur impact sur chacun des acteurs.

Les acteurs contribuant au financement sont essentiellement les opérateurs d'équipement et les opérateurs de mise à disposition, qui sont essentiellement les éditeurs de contenus. L'ensemble des opérateurs dits de circulation en ligne (moteurs de recherche, réseaux sociaux) ne contribuent actuellement pas au financement, mais la question de savoir s'ils le devraient est autre et n'a pas été traitée par la mission. La répartition entre financements contractuels et financements contraints s'établit à hauteur de 60 % pour les premiers et 40 % pour les seconds.

S'agissant des financements contraints, on peut considérer que le relais de croissance du numérique a déjà été bien engagé. En matière de copie privée par exemple, l'essentiel des

financements provient des acteurs du numérique. Le reste des financements contraints émane d'opérateurs d'équipements, qui sont soit des fournisseurs de matériels *hardware* soit des fournisseurs d'accès à Internet.

Pour ce qui concerne les financements contractuels, le relais numérique est engagé également mais de manière moins évidente. Aujourd'hui, le numérique ne permet pas de compenser les baisses des financements qui provenaient du monde physique. Les plus gros financeurs sont ici les opérateurs de mise à disposition et, parmi eux, les éditeurs de contenus.

La mission s'est efforcée de mesurer les conséquences des asymétries de situation entre différents acteurs économiques. Pour reprendre la question de l'impact du statut d'hébergeur au regard de celui d'éditeur, et si l'on résume toutes les données auxquelles la mission a pu accéder, la situation actuelle est la suivante : un éditeur retourne en moyenne entre 70 % et 80 % de ses revenus vers l'amont de la filière et le financement de la création, tandis qu'un hébergeur verse au maximum entre 20 % et 30 % de ses revenus. Finalement, lorsqu'on regarde l'ensemble, la quasi-totalité du financement de la création provient des éditeurs de contenus.

La conclusion logique de ce constat est qu'une harmonisation des obligations des acteurs qui ont un rôle économique identique semble souhaitable du point de vue de l'équité concurrentielle. Cependant, une telle harmonisation ne suffirait pas selon la mission pour résoudre le problème du financement des industries culturelles. Il serait possible d'abord d'harmoniser les financements contraints de différents services de mise à disposition de contenus, français et étrangers. On pourrait imaginer également une harmonisation entre les fournisseurs de matériels *hardware* et les fournisseurs de matériels *software*. Mais le rapport montre qu'en l'état actuel des marchés, les sommes en jeu sont relativement minimes.

Deuxièmement, s'agissant des financements contractuels, il est certes anormal que des opérateurs au rôle économique identique nouent des relations dans des conditions aussi différentes, mais là encore, si on prend en compte l'état de développement des marchés, il faut garder en tête que toute évolution législative doit se faire dans l'optique d'assurer la viabilité des modèles économiques des acteurs et le développement des marchés. Ce dernier est en effet la condition *sine qua non* pour permettre ensuite un financement conséquent de la création. Autrement dit, et le rapport conclut sur ce point, le jeu des facteurs qui régissent le partage entre les différents acteurs de la valeur créée par le numérique est indissociable de l'essor préalable de ces marchés numériques.

Le président remercie M. MOREAU et invite les membres à réagir.

M. Marc GUEZ (SCPP) explique que le rapport de la mission soulève de nombreuses difficultés. Il contient de nombreux éléments relevant du secret des affaires, qui ont été récupérés dans les poubelles d'Internet avec la valeur qu'on peut leur accorder. Les contrats passés par Spotify, avec Universal et Sony notamment, sont décrits dans le détail. On ne voit pas en quoi ces documents, à supposer qu'ils soient authentiques puisque personne ne le sait, deviennent tout à coup des éléments à partir desquels la mission nourrit son analyse.

D'abord, en page 34 du rapport, il est indiqué que les conditions des plateformes d'édition sont défavorables, sans que ce jugement ne soit aucunement étayé puisque bien évidemment, les rapporteurs ne connaissent pas les conditions économiques des autres filières. On suppose que les conditions qu'auraient obtenues les majors du disque seraient défavorables aux plateformes, alors que celles du livre ou du cinéma ne le seraient pas, sans les connaître. Il faut rappeler que la pratique des avances et minimums garantis est présente dans toutes les industries culturelles et n'est pas en soit quelque chose d'anormal. Par ailleurs, les maisons de disques versent aux artistes principaux des avances sur redevances qui représentant parfois plusieurs années de chiffre d'affaires, ce qui ne dérange personne. Mais le fait que les majors reçoivent, elles, des avances à des chiffres d'affaire d'un an, serait anormal.

De plus, le rapport laisse entendre en page 34 et ailleurs que les majors seraient très dures face à de petits acteurs mais seraient très faibles face à des gros comme Google. La raison pour laquelle les majors sont plus faibles que Google est pourtant rappelée un peu plus loin dans le rapport : il s'agit du régime juridique. Le pouvoir de négociation des producteurs, majors ou indépendants, est très faible vis-à-vis d'acteurs qui considèrent qu'ils n'ont rien à payer. Le fait que les plateformes ne soient aujourd'hui pas rentables ne signifie pas spécialement que les conditions sont défavorables. Amazon a mis par exemple des années avant de devenir rentable, dans les mêmes conditions économiques que celles d'aujourd'hui.

À la page 38, le rapport met en cause la pérennité des modèles économiques des plateformes, comme si elles étaient à la recherche de financements difficiles. Les chiffres de la capitalisation boursière de Deezer et Spotify n'ont pourtant rien à voir avec ceux des majors : on se situe dans un écart de un à dix. Le fait qu'une entreprise perde de l'argent dans ses années de démarrage est normal et obéit au modèle des start-up.

À la page 39, le verbe « offrir » est utilisé pour qualifier les relations entre Spotify et Sony, comme pour signifier que le producteur a offert à la plateforme des conditions mirobolantes. Puis est évoqué un autre contrat entre Spotify et Universal, à propos duquel est cité un chiffre d'un milliard de dollars, qui serait payé pour trois ans à Universal pour les années 2015-2017, et que le rapport compare au même milliard de dollars qui serait le chiffre d'affaires de Spotify pour l'année 2014. On laisse entendre qu'Universal a reçu le chiffre d'affaires d'une année de la plateforme pour son seul répertoire.

En page 40, on constate que la progression du chiffre d'affaires de Spotify a été extraordinaire et on peut supposer qu'elle va continuer. En 2011, cette progression a été de 252 %, en 2012 de 229 %, en 2013 de 173 %, et en 2014 de 45 %. D'après les éléments dont dispose M. GUEZ, la progression du chiffre d'affaires en 2015 et 2016 est au moins de 50 %. Si on prolonge les 45 % de l'année 2014 sur les trois années 2015-2016-2017, le chiffre d'affaires pour ces années ne serait plus d'un milliard d'euros mais de huit milliards, et dans ce cas la contribution versée par Spotify pour un an représenterait 12 % de ses coûts annuels. En supposant qu'Universal détienne une part mondiale de 35 %, ce qui est confirmé par les chiffres de l'IFPI, cela signifie que Spotify reverse à un taux de 35 % à Universal. Il n'y a pas d'anomalie ici, et pourtant c'est ainsi que le rapport le présente.

Enfin, la conclusion du rapport en page 57 paraît équivoque. Est mis en cause le fait que l'activité des plateformes d'édition n'est pas rentable aujourd'hui pour considérer que leur modèle n'est pas pérenne. Là encore, un tel jugement est fondé sur la supposition selon laquelle toute start-up, si elle n'est pas rentable immédiatement, disparaîtra. Or on constate exactement l'inverse : certaines start-up ont généré des pertes pendant des années avant de devenir très rentables à terme. Ce n'est donc pas un critère pour apprécier s'il convient d'intervenir dans le processus actuel. Les négociations qui ont lieu de gré à gré entre les différents acteurs du marché reflètent la valeur que chacun est prêt à accorder à la prestation ou au droit que détient l'autre partie. Si des dysfonctionnements dans l'établissement des valeurs sont observés lors du démarrage d'un marché, ils sont corrigés par la suite.

Les producteurs phonographiques demandent donc que le rapport, avant toute approbation par le CSPLA, soit modifié et que tous les passages évoquant des éléments couvrant par le secret des affaires soient retirés. En outre, tout ce qui n'est pas descriptif et laisse entendre qu'il y aurait une anomalie dans les revenus obtenus des majors de la part de certaines plateformes devrait également

être retiré.

M. Xavier FILLIOL (GESTE) remercie la mission pour son rapport. Si le GESTE avait pu se montrer critique lors de la dernière séance, il a depuis rencontré la mission et un certain nombre d'éléments qui lui semblaient importants ont été intégrés dans le rapport. Le GESTE a pour sa part livré des données qui sont toutes publiques.

Sur le fond, M. FILLIOL renvoie les membres du Conseil vers les rapports Zelnick, Lescure, Phéline, de l'Hadopi, les 13 engagements Hoog, les accords Schwartz et maintenant la création d'un observatoire de l'économie de la musique. S'il n'y avait pas de dysfonctionnement, on aurait pu faire l'économie d'un certain temps pour essayer d'établir le diagnostic de la situation actuelle.

M. Christophe PÉRALES (ADBU) regrette que le domaine de l'édition scientifique n'ait pas été abordé dans le rapport. Or, ce secteur repose sur une économie de plateformes numériques, davantage que sur une économie d'éditeurs traditionnels. On pourrait objecter que l'étude concernait le financement de la création et non celui de la recherche, mais les processus à l'œuvre dans l'édition scientifique sont les mêmes que dans les autres industries culturelles et les articles scientifiques relèvent bien du champ du code de la propriété intellectuelle.

M. Hervé RONY (SCAM) indique d'abord qu'il y aura sans doute quelques chiffres à peaufiner, notamment sur les sommes reçues par les sociétés d'auteurs dans le cadre de leurs partenariats avec les plateformes, qui semblent surévaluées. Plus généralement, le rapport illustre de manière intéressante le paradoxe des chiffres : Marc GUEZ souligne certes que beaucoup d'informations ont circulé alors qu'elles n'auraient pas dû, mais on peut s'inquiéter d'un autre côté au sujet de la transparence. Si les sociétés peuvent se féliciter d'avoir signé des accords avec des plateformes, elles sont préoccupées par l'opacité économique et financière de certains acteurs sur des données relatives au chiffre d'affaires à prendre en compte par exemple. Le rapport bute une fois encore sur cette question. Le constat est flagrant lorsqu'on compare les études effectuées par le cabinet Roland Berger sur le financement des télécoms, où on a le sentiment d'une transparence du chiffre d'affaires, avec les données d'opérateurs internationaux qui ne donnent pas ce genre d'informations.

Le président précise qu'une loi actuellement en cours d'examen au Parlement prévoit l'obligation, pour certaines multinationales dont le chiffre d'affaires dépasse un certain seuil, de publier des comptes pays par pays, ce qui apportera davantage de la transparence demandée à juste titre.

Mme Joëlle FARCHY revient d'abord sur la question de l'édition scientifique. D'accord avec les remarques formulées, elle indique qu'il s'agit d'un sujet en soi et que la mission a fait le choix de ne pas traiter dans le rapport ce secteur qui obéit aussi à des logiques spécifiques.

S'agissant des chiffres, elle rappelle le constat qu'elle avait dressé lors de la dernière plénière, à savoir qu'il s'agit d'une mission impossible, puisque d'un côté il est demandé de donner des éléments chiffrés mais que de l'autre, comme l'a souligné M. RONY, il n'existe aucune transparence. Par conséquent, la mission utilise les rares chiffres qui sont disponibles : s'il existait davantage de transparence, elle n'aurait sans doute pas eu à sonder les poubelles d'Internet. On ne peut donc pas dans le même temps refuser de livrer des informations chiffrées, et lorsque les informations restituées déplaisent, considérer qu'il aurait fallu écrire autre chose.

Certains chiffres ont effectivement été glanés sur Internet. Lorsque la mission a procédé ainsi, elle le précise à chaque fois en indiquant ses sources. À aucun moment la mission n'a utilisé de chiffres pour lesquels certains acteurs avaient demandé qu'ils ne soient pas mentionnés dans le rapport.

Par ailleurs, il est important de revenir sur un problème récurrent dans la collaboration que l'ensemble des partenaires veut bien apporter à ce type de mission. Le même scénario se répète à chaque fois : pendant la mission, personne n'a envie de s'exprimer, et ensuite il est reproché aux missionnés que ce n'était pas la méthode à suivre. La mission reste en revanche tout à fait ouverte pour parfaire le rapport sur tel ou tel point.

M. MOREAU indique, au sujet des chiffres et des formulations considérées comme maladroites, que la mission pourra échanger directement avec M. Guez après la séance. Lors que la mission écrit que les conditions des plateformes sont défavorables, elle n'établit pas de comparaison avec d'autres plateformes. Cela signifie simplement que dès lors qu'à un instant t , un acteur accepte

des conditions qui le mettent financièrement en déficit et qui correspondent à la totalité de son chiffre d'affaires, on peut considérer que la situation n'est pas favorable à une activité économique pérenne, même si on peut discuter sur le fait que la plupart des acteurs dans le domaine enregistrent des pertes au départ.

La méthode d'écriture du rapport anticipe ce type de critique, car la plupart des points invoqués sont soit des notes de bas de page soit des encadrés. Autrement, la restitution est hiérarchisée dans le rapport selon l'idée que certaines informations sont importantes et que d'autres sont éventuellement plus fragiles, tel le contrat Spotify / Sony qui est présenté dans un encadré. Il n'y a pas d'ambiguïté pour le lecteur, qui sait qu'en présence d'un encadré ou d'une note de bas de page, l'information n'a pas le même statut que dans le corps du texte.

On peut revenir sur l'opportunité de publier telle ou telle information, mais elles proviennent de « poubelles propres » d'Internet en l'occurrence, car il s'agit de fuites qui n'ont jamais été contestées.

M. GUEZ revient sur ce qu'il est possible de mentionner ou non dans le rapport. Le partage économique entre les plateformes et les titulaires de droits – producteurs, auteurs et artistes compris – se situe à hauteur de 30 % pour les premiers et 70 % pour les seconds est connu de tous. De même, les chiffres extraits des rapports annuels de Spotify ne sont contestés par personne puisqu'il s'agit d'informations disponibles qui ne relèvent pas du secret des affaires et qui ont été rendues publiques par les acteurs eux-mêmes.

En revanche, lorsque que le rapport cite des dispositions soi-disant contractuelles entre Deezer et Spotify, cela n'est pas nécessaire à la démonstration et viole le secret des affaires, car ces informations ont été mises illicitement dans la nature. Elles n'ont pas à figurer dans le rapport, ce qui n'empêche pas ce dernier d'avoir les mêmes orientations générales, sans pour autant stigmatiser une catégorie d'ayants droit ni briser le secret des affaires. S'agissant des notes de bas de page, M. Guez relèvent qu'elles sont souvent ce qu'il y a de plus important dans les rapports.

Le président souligne que cette dernière remarque est loin d'être toujours vérifiée et rebondit sur la remarque de M. Guez relative à la diffusion d'informations diffusées illicitement sur le Web. Il convient de s'appesantir un instant sur l'attitude déontologique d'une instance publique comme le

CSPLA : celui-ci peut-il, et avec quelles précautions, utiliser des informations d'origine douteuse voire illégale, qui n'émanent pas des personnes concernées, et que ces dernières n'ont ni confirmées ni démenties ?

Le président, n'ayant pas perçu cette difficulté, inédite pour le Conseil, lors de la lecture du rapport, juge bon de prendre le temps de la réflexion avec les auteurs du rapport avant de rendre le rapport public. Il serait intéressant également de savoir si la déontologie des chercheurs suggère une réponse particulière dans un tel cas.

M. MOREAU indique que la question dépasse le rapport proprement dit.

Mme FARCHY relève que si on retire des informations dont on considère qu'elle ne sont pas sûres ou révélées de manière illicite, on prend acte du fait que seules sont vraies les affirmations émanant des personnes auditionnées. Une telle hypothèse est héroïque.

M. RONY souligne qu'il serait sage de prendre le temps de la réflexion. On peut certes s'interroger sur la véracité d'un certain nombre d'éléments, mais à moins qu'il existe une information publique, il est compliqué de considérer que ce que racontent les personnes auditionnées est faux. Il faut donc être bien au clair sur la nature publique ou non des informations en question. Les sociétés d'auteurs, par exemple, ne révèlent pas la nature exacte des clauses qui les lient avec leurs partenaires mais donnent des appréciations. De fait, il existe un petit écart entre ce que la mission a calculé et ce que les plateformes versent à la SCAM, mais ce n'est pas tellement gênant.

Il en va autrement si le rapport contient des informations qui ne sont pas publiques. Le rapport pourrait être plus précis et ajouter une mention telle que « selon des informations qui n'ont pas été confirmées à ce jour, il semblerait que (...) ». On est ici dans une matière délicate et un équilibre est à trouver, en passant au conditionnel des données dont on n'est pas absolument certain.

M. GUEZ propose de rencontrer les membres de la mission pour discuter des points sensibles et trouver une rédaction commune.

Mme FARCHY répond à M. Rony que le problème constant du rapport est qu'il repose quasi-entièrement sur du conditionnel. La mission a précisé à de multiples endroits que sa construction est fragile. Afin d'éviter toute mauvaise interprétation, elle précise sa pensée sur les propos tenus en audition : lorsque des personnes qui défendent des positions contradictoires sont entendues par une mission, elles ne racontent pas des mensonges mais défendent leur point de vue. Tout le travail d'une mission consiste à faire le départ entre les positions des uns et des autres, chacun ayant évidemment intérêt à ne révéler que la partie de la vérité qui lui semble la plus pertinente.

M. MARTIN souligne qu'il existe d'autres situations dans lesquelles des personnes sérieuses exposent des thèses contradictoires sans citer leurs sources. Le crédit peut aussi appartenir aux rapporteurs eux-mêmes, le lecteur étant alors convaincu que les analyses sont conduites à partir d'un certain nombre d'informations sans qu'il soit nécessaire de les divulguer. Les magistrats se trouvent confrontés à cette difficulté tous les jours, à l'égard de la presse notamment, qui bénéficie d'un certain droit au secret des sources. Les lecteurs de journaux ne jugent pas pour autant tel ou tel article peu sérieux. Afin de favoriser un climat de travail serein au sein du Conseil supérieur, on devrait s'appuyer sur la confiance accordée dans le travail des rapporteurs et pouvoir utiliser une certaine confidentialité des sources, sans qu'il soit toujours besoin de connaître le détail des informations.

Le président remercie les intervenants. D'une manière générale, tous les membres ayant des remarques ponctuelles à faire sur les chiffres d'un rapport peuvent, et même doivent le faire. Il réserve sa réflexion et sa décision sur la manière de se référer dans un rapport du CSPLA à des informations dont l'origine n'est pas parfaitement authentifiée. Le rapport ne sera pas publié dans l'immédiat. Si besoin était, il pourrait être discuté au plus tard lors de la prochaine séance plénière.

Il demande si des membres ont des objections à faire sur le contenu du rapport en lui-même. Aucune objection n'est formulée.

Il confie la parole à Laurence Franceschini pour un point d'étape sur sa mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse.

V. POINT D'ÉTAPE DE LA MISSION DE RÉFLEXION SUR LA CRÉATION D'UN DROIT VOISIN POUR LES ÉDITEURS DE PRESSE

Mme FRANCESCHINI indique que sa présentation restera factuelle à ce stade, puisque les auditions sont en cours, et invite ceux qui le souhaiteraient à se manifester pour être entendus. La mission a pour objet l'éventualité de l'instauration d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse. Une approche sectorielle a été retenue, car on se souvient que la question s'était déjà posée en 2012 pour ce secteur, avec un projet de « Lex Google » qui finalement n'a pas vu le jour en France, mais en Allemagne et en Espagne, avec des conséquences et des succès mitigés. Il convient de mesurer quelle est l'ampleur nouvelle du sujet et de tenir compte de la présence de nouveaux acteurs dans le référencement, mais aussi les activités des « *crawlers* » et des réseaux sociaux. Il est également important d'évaluer si la démarche partenariale qui a été engagée avec certains acteurs suffit pour répondre aux problèmes posés.

L'instauration d'un droit voisin pour les éditeurs de presse qui viserait uniquement à répondre aux conséquences de l'arrêt *Reprobel* n'apparaît pas être une justification suffisante. Un ample travail a été engagé sur ces conséquences et le Syndicat national de l'édition s'est mobilisé activement sur le sujet. Un consensus assez large s'est dégagé pour que la réponse à cette jurisprudence passe par des modifications à apporter à la directive 2001/29 voire par une clarification dans ses considérants.

Néanmoins, la consultation engagée par la Commission européenne, qui concerne le transfert de valeur, constitue une opportunité intéressante pour préciser le rôle de l'éditeur de presse à l'ère du numérique. Y a-t-il une évolution du métier et à quels investissements un droit voisin, qui est aussi un droit économique, devrait répondre ? Les investissements des éditeurs de presse ont-ils augmenté ou changé de nature ? Telles sont les questions abordées par la mission.

Mme FRANCESCHINI tâche aussi de cerner le marché auquel on a affaire. Pour l'instant, le marché est plutôt « petit » ; il s'agit plutôt d'évaluer les potentialités de son développement avant que les problèmes existants ne se soient accrus. Il convient de mesurer si le secteur de la presse est moins armé que les autres secteurs des industries culturelles pour répondre aux défis des nouveaux modèles économiques. Les éditeurs de presse étant aujourd'hui cessionnaires des droits d'auteur des journalistes, il faut se demander en quoi l'exercice de ce droit serait inefficace sur les réseaux numériques. En toile de fond, il doit là encore être tenu compte de l'évolution de la jurisprudence de

la Cour de justice de l'Union européenne.

À ce jour, la mission a effectué 17 auditions ; il en reste au moins une dizaine. On peut dessiner une cartographie des positions des uns et des autres : d'une part les partisans très engagés en faveur d'un droit voisin, d'autre part ceux qui y sont opposés pour différentes raisons, et enfin des acteurs comme le secteur du livre, qui ont une position plus attentiste, privilégiant les conséquences de l'arrêt *Reprobel*.

Finalement, la mission s'attache à évaluer si la création d'un droit voisin répond bien aux objectifs poursuivis, et à s'assurer, dans le cas où un tel droit prospérerait, qu'il soit compatible avec le droit de citation. Il faut veiller également à ne pas porter préjudice à ce qui pu être conclu avec de grands opérateurs d'Internet qui génèrent du trafic et donc de l'audience sur les sites de presse. Doivent être mises en place des conditions qui ne portent atteinte ni aux auteurs, ni à la liberté d'information, ni à l'innovation ni au domaine public. C'est dire combien la rédaction ultime d'un droit voisin devrait être fine et ciblée précisément pour déterminer son objet et ses conditions de mise en œuvre, sans déstabiliser les fondements du droit d'auteur ni la chaîne des ayants droit. C'est pourquoi la mission examinera également si d'autres voies pertinentes peuvent être explorées, permettant de répondre à la question posée avec la même efficacité.

Le président remercie Mme Franceschini pour la conduite de ce travail dans un délai si bref.

M. BERARD-QUELIN (FNPS) souligne que l'état d'esprit des éditeurs n'est absolument pas de remettre en cause la répartition de la valeur entre les éditeurs. La priorité est de reconnaître les investissements consentis par ces derniers, puisqu'au niveau européen se dessine une remise en cause de leur rôle. Il convient, à ses yeux, de donner une interprétation politique de l'arrêt *Reprobel*. Dans cet arrêt, les juges ont effectué une lecture négative de la liste des titulaires de droits voisins et se sont demandés, pour les acteurs n'y figurant pas, à quoi ils n'ont pas droit. Tel est le risque que courent les éditeurs : que la jurisprudence constate que les éditeurs ne sont pas au nombre des titulaires de droits voisins et leur dénie certains droits. On semble avancer à petits pas vers une généralisation de la licence légale, et si les éditeurs n'entrent pas dans la liste des titulaires de droits voisins, ils courent un risque très important d'être exclus du bénéfice d'éventuelles licences légales mises en place sur certains modes d'exploitation.

*VI. INTERVENTION DE MME AUDREY AZOULAY, MINISTRE DE LA CULTURE
ET DE LA COMMUNICATION*

Le président accueille la Ministre et la remercie d'avoir pris le temps d'intervenir à l'occasion de cette séance.

La Ministre salue le président et l'ensemble des membres du Conseil supérieur. Très heureuse de présider cette séance plénière, elle y retrouve des personnalités qu'elle connaît et dont elle apprécie la qualité des travaux.

Le Conseil supérieur a pour vocation de faire des préconisations sur les sujets ayant trait au droit d'auteur ou aux droits voisins. Ces questions sont majeures et la France a toujours été à l'avant-garde en la matière. La Ministre a eu plusieurs fois l'occasion de le réaffirmer et encore le 29 juin dernier lorsqu'elle a souhaité intervenir devant de nombreux invités professionnels après la conclusion des travaux parlementaires sur la loi Liberté de création architecture et patrimoine.

Le droit d'auteur est profondément remis en cause par la réalité de la mutation numérique que traversent nos industries culturelles. C'est une discussion souvent éprouvante avec la Commission européenne qui ne part pas des mêmes fondamentaux que la France. Aussi ne peut-elle que se réjouir de la qualité des membres qui composent le Conseil : professionnels de la culture et des secteurs économiques qui l'accompagnent, personnalités et juristes, ainsi que de la qualité et de la richesse des travaux passés.

Elle songe au rapport sur « La Société de l'information » dont l'intérêt rappelle celui de l'ouvrage au titre quasi-éponyme sur La société du spectacle, ou bien les travaux sur la transposition de la directive « œuvres orphelines », la mission sur le « domaine commun » ou encore les rapports de Pierre Sirinelli sur la directive 2001-29.

L'approche européenne qui fait de l'intégration du marché unique la priorité, quitte à considérer parfois les protections nationales du droit d'auteur ou du financement de la création comme des « entraves à la constitution d'un marché unique », est dépassée.

On le savait au fond depuis longtemps. Le secteur audiovisuel bénéficie d'un régime dérogatoire. Il avait été inscrit dans la directive « télévisions sans frontières » en 1989, directive devenue « services de médias audiovisuels » depuis lors. Mais il faut justifier sans cesse cette

déroger. Il revient encore au Ministère d'expliquer pourquoi la régulation des secteurs culturels doit respecter la territorialité, même si celle-ci est différente du grand marché unique : parce qu'elle correspond tout simplement aux espaces culturels et linguistiques dans lesquels les créations naissent. Telle est la richesse de l'Europe.

Sur ces points, il a fallu, et les membres du Conseil en sont les témoins et les acteurs, faire un véritable travail de pédagogie auprès de la Commission européenne afin de lui démontrer que le droit d'auteur n'était en rien un obstacle à la circulation des œuvres mais, au contraire, un moyen moderne de rémunération qui s'adapte aux nouveaux modes d'exploitation. Les autorités françaises ont été force de propositions pour mieux faire respecter le droit d'auteur sur Internet.

La Ministre remercie à cet égard le professeur Sirinelli pour ses excellents travaux sur la réforme de la directive droit d'auteur et sur la responsabilisation des intermédiaires techniques telles que les plateformes de diffusion. Ces plateformes ont trop longtemps bénéficié du statut d'irresponsabilité totale de l'hébergeur. Grâce aux travaux de Pierre Sirinelli, Josée-Anne Benazeraf et Alexandra Bensamoun réalisés dans le cadre du CSPLA, les autorités françaises ont été force de proposition auprès de la Commission et ce sont aujourd'hui ces idées qui irriguent les travaux en cours à Bruxelles.

Un autre temps fort de l'année qui vient de s'écouler a été la polémique autour du domaine commun. Parti d'une bonne idée, qui était de ne pas faire revivre des droits d'auteurs échus par la simple numérisation, le projet de texte qui avait été soumis avait des conséquences qui dépassaient largement le problème à résoudre et menaçait la propriété intellectuelle tout entière. Les travaux de Jean Martin puis le vote de la motion du CSPLA ont été une étape importante dans la discussion du projet de loi pour une république numérique.

Les travaux aujourd'hui en cours sont porteurs d'enjeux considérables : et, là encore, le Conseil supérieur est à la pointe de la réflexion juridique en France et en Europe. Les missions sur la communication au public, sur l'impression 3D et sur la question de la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse et, bientôt, sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création, ont vocation à aider les pouvoirs publics, ainsi que les instances européennes, à faire évoluer le droit pour que le droit d'auteur et de ceux qui financent la création soit mieux reconnu, mieux défendu et mieux valorisé dans les usages numériques.

La Ministre réaffirme son action pour continuer à faire avancer ces positions dans les débats interministériels et devant les instances internationales. Défendre les droits des créateurs, c'est

défendre la création et la diversité culturelle. Elle remercie une fois encore les membres du Conseil pour leur expertise qui est si précieuse, et les encourage à continuer leurs travaux et à lui faire des propositions novatrices telles que l'Europe les attend de la France.

VII. POINT D'INFORMATION DE LA MISSION SUR LE DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC

Le président, devant quitter la séance, passe la présidence de la séance à la vice-présidente du Conseil.

M. SIRINELLI indique que depuis le lancement de la mission le 5 février 2016, celle-ci a dégagé de grands axes qui seront présentés oralement ce jour, à l'appui d'un document distribué en séance et présentant les pistes d'évolution possibles. La mission s'inscrit dans le droit fil des missions précédentes et est justifiée par l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, qui a pu surprendre certains observateurs au point que la Commission elle-même a décidé dans sa communication du 9 décembre 2015 de s'emparer du sujet. La mission comporte trois volets : examiner les problèmes actuels dus à l'interprétation des textes, évaluer les besoins d'évolution de la norme et envisager ce qui pourrait être le changement en question.

La mission a débuté son travail sans *a priori* sur la nécessité d'une intervention législative. Elle a examiné la jurisprudence ainsi que sa conformité avec les textes internationaux et a procédé à de nombreuses auditions afin d'identifier les problèmes actuels quant aux conséquences que peut avoir la jurisprudence de la CJUE. La mission a également pris soin d'aborder le droit de communication au public dans tous ses aspects : les liens hypertextes sont un sujet important mais pas le seul.

Mme Josée-Anne BENAZERAF explique que la Cour de justice a élaboré depuis dix ans et une quinzaine d'arrêts sur le droit de communication au public sa conception de la notion, notion autonome du droit de l'Union depuis l'arrêt *SGAE* de 2006, qui concernait la rediffusion de programmes télévisés dans des chambres d'hôtel. Partant du constat qu'il n'existe pas dans la directive 2001/29 de réel guide pour déterminer le contenu de la notion, la Cour s'est efforcée de la définir à partir non seulement de l'article 3 de la directive 2001/29 mais aussi de l'article 8 de la directive 2006/115¹. Dans son arrêt *Reha Training*, la Cour a jugé qu'il faut interpréter la notion de communication au public de manière identique en ce qui concerne les droits à rémunération et les

¹ Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (version codifiée)

droits exclusifs. Une sélection de critères à entrées multiples, variables et interdépendants est maniée par la Cour pour qualifier la communication au public. Ces différents critères posent difficulté à la mission, qui considère que la Cour a complexifié la tâche en partant sur une mauvaise piste.

La directive 2001/29 a notamment pour objet de mettre en œuvre deux Traités de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins (considérant 15). L'Union européenne a adhéré à ces Traités, dont celui sur le droit d'auteur renvoie en son article 1^{er} § 4 aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne, en indiquant qu'il appartient aux États contractants de se conformer à ces articles. Un même renvoi est prévu dans les accords ADPIC, dont l'Union européenne est également partie. Même si l'Union, n'étant pas un État, n'est pas partie elle-même à la Convention de Berne, elle s'est engagée indirectement par ces Traités auxquels elle est partie, à respecter ses dispositions. En vertu de l'article 216 du TFUE, les accords conclus par l'Union européenne lient les institutions et les États membres.

Les membres du CSPLA ont eu récemment la chance d'entendre M. Jiří Malenovský, juge à la CJUE, qui a été juge-rapporteur dans la quasi-totalité des décisions de la Cour de ces dernières années sur le droit de communication au public.

Les solutions retenues auraient été plus simples si la Cour s'était référée au bon guide d'interprétation de la Convention de Berne et au contenu de celle-ci. Pour comprendre pourquoi la Cour a, selon la mission, fait fausse piste, il faut remonter à l'affaire *EGEDA*, jugée en 2000 à partir des conclusions de l'avocat général de septembre 1999, avant la directive 2001/29. La Cour était appelée à se prononcer sur le fondement de la directive 93/83 « câble et satellite » sur la même question que celle, posée sur une autre base, dans l'affaire *SGAE*, à savoir : la retransmission de programmes télévisés dans des chambres d'hôtel constitue-t-elle un acte de communication au public ? La Cour a répondu bien sûr qu'il ne s'agit pas d'une communication au public par satellite, mais les conclusions de l'avocat général M. La Pergola, évoquées lors de la conférence de M. Malenovský, sont très intéressantes. L'avocat général avait avancé que la directive n'avait pas à s'appliquer mais que cela n'empêchait pas la Cour de donner des directives d'interprétation au juge espagnol, qui se trouveraient dans un guide d'interprétation de la Convention de Berne datant de 1978, accompagné d'un glossaire de 1980. Ces conclusions de l'avocat général comportent en réalité tous les critères élaborés par la suite par la Cour.

Il faut préciser que deux guides d'interprétation de la Convention de Berne ont été conçus.

L'auteur du premier, réalisé à l'attention des pays en voie de développement, explique qu'il s'agit d'un travail de vulgarisation. Le guide a été critiqué comme manquant de rigueur intellectuelle puisque les dispositions de la Convention de Berne ne sont pas distinguées du commentaire qui en est donné par l'auteur. Le guide comprend également des approximations et des erreurs. Dans certains cas, par souci d'explication, l'auteur parle de public complémentaire, qui ne se voulait pas être un critère nouveau. M. Mihály J. Ficsor, ancien directeur général adjoint de l'OMPI en charge du droit d'auteur, a eu l'occasion d'expliquer qu'à la suite de ce premier guide, un important travail a été conduit avec des comités d'experts, pour aboutir à un véritable travail scientifique, le nouveau guide de l'OMPI de 2003. Dans la jurisprudence relative au droit de communication au public, personne n'a malheureusement prêté attention à ce guide.

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *EGEDA* indiquaient qu'il fallait interpréter la notion de droit de communication au public telle que définie par le glossaire de l'OMPI. Les conclusions relèvent également que les dispositions des Traits internationaux priment hiérarchiquement sur le droit dérivé, ce qui ne correspond pas à ce qu'a indiqué M. Malenovský.

On constate que tout cela est parti d'une erreur. L'avocat général relève qu'il faut appliquer l'article 11 bis de la Convention de Berne, non pas le (1) (ii) qui fait appel à l'intervention d'un organisme tiers mais le (1) (iii) qui concerne les communications par haut-parleur, en raison de la présence de télévisions dans les chambres. L'avocat général a considéré que ces télévisions agissaient comme des haut-parleurs, ce qui est une erreur : c'est aux clients d'activer individuellement le signal sur leurs postes.

Eu égard à la complexité des textes, il convient de réfléchir aux notions qu'ils contiennent à l'appui des ouvrages de référence sur la Convention de Berne, comme celui de M. Ricketson et Mme Ginsburg.

Par ailleurs, l'avocat général avançait dans ses conclusions que la Convention de Berne a énoncé le principe de la nécessité d'une autorisation de l'auteur pour toutes les utilisations secondaires de l'œuvre radiodiffusée qui donnent lieu à des actes autonomes d'exploitation économique en raison du but lucratif poursuivi par le sujet de droit responsable. On serait pourtant bien en peine, après maintes lectures, de dénicher pareil critère au sein de la Convention de Berne. En revanche, on le retrouve dans toute la jurisprudence de la Cour de justice qui a suivi ce raisonnement. On retrouve également dans ces conclusions de l'avocat général les critères quantitatifs de la dimension du public. Tout ce qui apparaît problématique aux yeux de la mission

est déjà présent dans ces conclusions de l'avocat général La Pergola.

Il est frappant d'entendre le juge Malenovský expliquer que la Convention de Berne est un texte ancien et qu'il est nécessaire de recourir à des instruments plus modernes, alors que pour interpréter la Convention de Berne, la Cour s'appuie sur les conclusions d'un arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur à la directive 2001/29.

Six ans plus tard, la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire *SGAE*, en adéquation avec les conclusions de l'avocat général Mme Sharpston, lequel a rendu hommage au travail de son prédécesseur. L'avocat général reprend en partie son travail mais semble ignorer, et la Cour avec elle, qu'entretemps est paru en 2003 le nouveau guide et le nouveau glossaire de l'OMPI, qui auraient épargné bien du travail et de complexité à la Cour. Ce guide se réfère en effet à un critère fort simple pour déterminer si on est en présence d'une communication au public : est public ce qui n'est pas privé, qui dépasse le cercle familial et l'entourage le plus immédiat. Ce critère a l'avantage de correspondre au droit de la plupart des États membres de l'Union, notamment de la France, l'Espagne, les Pays-Bas ou encore la Belgique, mais aussi des États-Unis.

L'article 11 bis (1) (ii) de la Convention de Berne indique bien que dans le cadre d'une rediffusion, le seul critère qui compte est celui de l'organisme tiers. Si la retransmission a été effectuée par un autre organisme, un nouvel acte de communication au public intervient. La solution était donc simple mais le critère semble avoir été ignoré par erreur par la Cour, qui a cheminé vers des solutions autrement plus complexes.

L'avocat général Mme Sharpston a corrigé quelques erreurs figurant dans les conclusions de son prédécesseur. Elle considère que c'est bien l'article 11 bis (1) (ii) et non pas (iii) qui est applicable. Elle fait également référence à la révision de la Convention de Berne intervenue à Bruxelles en 1948 et au rejet, lors de cette révision, du critère de nouveau public, que la Cour a pourtant mis en œuvre. Mme Sharpston retient que seul le critère de l'autre organisme existe. Pourtant, elle conclut qu'il faut conserver le critère de nouveau public et qu'il n'en reste pas moins que le nouveau cercle d'auditeurs semble être l'essence de la portée de cette disposition, parce que cette interprétation est confirmée par le guide de l'OMPI (de 1978) qui en fait état en ce qui concerne l'article 11 bis (3).

On se retrouve donc aujourd'hui avec une forêt de critères étrangers à la tradition juridique des États membres, comme de nombreux auteurs l'ont souligné. Les critères semblent presque tous à la mission contestables.

La Cour indique que la notion de communication au public associe deux critères : un acte de communication et la nécessité de l'accomplir en direction d'un public. Lors de sa conférence, le juge Malenovský a parlé essentiellement du public et non de l'acte de communication.

Dans son arrêt *Reha Training*, rendu en grande chambre, la Cour explique que la notion vise toute transmission des œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé. On peut se demander ce qu'il en est de la mise à disposition du public, que recouvre le deuxième point de l'article 3 de la directive 2001/29. La Cour ajoute ensuite que chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit en principe être autorisée par l'auteur. La conciliation entre les deux énoncés est difficilement compréhensible : que doit-on faire *in fine* du procédé technique ? Aux termes de la jurisprudence antérieure, il avait semblé que le mode technique spécifique était ce qui permettait de faire une exception au critère du nouveau public dans certaines hypothèses, lorsqu'intervient un mode différent.

Parallèlement, on pensait à la lecture des précédents arrêts que le critère de l'acte de communication se trouvait dans le rôle incontournable de l'utilisateur, avec une dimension morale propre à la Cour et qu'on ne retrouve pas dans les textes. La Cour expliquait que ce rôle trouvait à s'appliquer en pleine connaissance de cause des conséquences du comportement de l'utilisateur et qu'il devait y avoir une transmission délibérée. Cela devait constituer l'acte de communication au public, et ici on le retrouve pour caractériser le public nouveau. Ce mélange des critères maniés est difficilement compréhensible.

S'agissant des critères relatifs au public, ils posent plusieurs problèmes. Celui du nombre indéterminé de destinataires potentiels, d'abord, provient de l'arrêt *Lagardère Active Broadcast* de 2005, antérieur à la décision *SGAE*. On peut se demander pourquoi dans certains cas comme dans celui d'un cabinet dentaire, un nombre déterminé de destinataires potentiels est requis, tandis que dans d'autres comme celui d'un centre de rééducation, ce serait en revanche le nombre indéterminé de destinataires qui s'applique. La Cour se fonde sur le fait qu'en général, les gens prennent rendez-vous chez le dentiste, mais il en va de même pour les pensionnaires d'un hôtel. De même, le critère du nombre assez important est peu clair. On s'étonne de voir dans quel degré de détail entre la Cour pour déterminer si on en présence d'un nombre assez important pour caractériser un public.

Une des innovations de l'arrêt *Reha Training* concerne le caractère lucratif, dont le sort était apparu incertain au gré des arrêts précédents. On apprend cette fois que s'il n'est pas dénué de

pertinence, ce critère ne joue qu'aux fins de la détermination de la rémunération. Ce critère est problématique en soi car totalement étranger au droit d'auteur.

Enfin, la Cour reprend une fois encore son critère de réceptivité du public, qui est extrêmement subjectif, compte tenu des comportements individuels très variables des personnes dans les lieux publics qu'elles fréquentent et l'attitude qu'elles peuvent adopter à l'égard d'œuvres diffusées.

Arriver à de bonnes solutions par des chemins détournés n'est pas si grave. Mais lorsqu'au contraire, la Cour emprunte de mauvais critères pour aboutir à de mauvaises solutions, qui peuvent avoir des impacts économiques considérables, notamment pour les ayants droit, la situation est inquiétante. La mission relève à ce titre deux problèmes principaux dans les décisions rendues par la Cour.

Le premier a trait à l'injection directe, technique utilisée par les chaînes du câble et du satellite, en cause dans l'arrêt *SBS*. Classiquement, le radiodiffuseur qui concocte les programmes les envoie directement au distributeur, ce qui ne posait aucun problème aux praticiens, notamment les sociétés de gestion collective. Les contrats prévoyaient que chacun payait une rémunération puisque chacun accomplissait une partie de l'acte de communication au public et percevait une partie des recettes : la chaîne de télévision perçoit des recettes publicitaires et le distributeur des recettes d'abonnement. Cette solution était compatible avec l'arrêt *Airfield* rendu par la CJUE en 2011 et les conclusions de groupes d'experts des années 1980. Mais est intervenu l'arrêt *SBS*, qui a décidé qu'il n'y a qu'un acte de communication au public et que cet acte n'est accompli qu'au deuxième stade, lorsque le distributeur des signaux les transmet au public. Le premier acte qui va du radiodiffuseur au distributeur échappe ainsi à l'autorisation et à la rémunération, faute de public. On aboutit à un morcellement d'opérations qui ont un but commun de communication au public.

Le second concerne les liens hypertextes. La question est difficile et la Cour n'avait pas forcément les moyens de la traiter. Dans son arrêt *Svensson* et l'ordonnance *Bestwater* qui a suivi, la Cour a considéré qu'un acte de communication est bien accompli à une certaine sorte de public, mais pas à un public nouveau, critère qui n'existe dans aucun texte international. Une fois que l'œuvre est mise licitement sur Internet, selon la Cour, l'auteur ne peut plus autoriser ou interdire la constitution de lien vers son œuvre, sauf à avoir pris soin initialement de verrouiller l'accès à celle-ci. Pareille solution pose problème, notamment dans le secteur de la presse, confrontée à l'activité onéreuse des agrégateurs de liens, qui vendent des panoramas de presse sans autorisation. Un tel

marché, à hauteur environ de 30 millions d'euros, échappe à une juste rémunération des auteurs et éditeurs. La presse tient par ailleurs à ce qu'une partie de ses contenus soit accessible en ligne gratuitement. Un autre secteur subissant des conséquences dévastatrices est celui des radiodiffuseurs : tous les flux de télévision de rattrapage sont en ligne, et des opérateurs peuvent construire des modèles d'affaires accaparant la valeur des émissions produites par les chaînes de télévision.

Faut-il vraiment traiter tous les liens de la même manière, comme la Cour l'a fait ? On peut penser aux liens de transclusion, qui conduisent vers un site autre que celui qui est actuellement visité mais sans avoir l'impression d'avoir quitté ce dernier, et sur lequel la diffusion peut être entourée de bannières publicitaires. Il faut distinguer en réalité les liens qui se contentent de permettre la navigation naturelle sur Internet et ceux qui permettent de manière fonctionnelle de s'approprier soit une œuvre, *via* un lien de téléchargement direct, soit la valeur d'une œuvre, *via* un lien de transclusion. Des réponses plus nuancées pourraient être conçues pour appréhender de telles solutions.

M. SIRINELLI souligne que l'écart apparu entre les dispositions des textes internationaux et les solutions mises en œuvre par la CJUE est destructeur puisque l'interprétation de la Cour pour dire le droit est par essence rétroactive. Cela signifie que les solutions énoncées en 2016 trouvent à s'appliquer depuis 2004, date d'entrée en vigueur de la directive 2001/29. Les professionnels ne savent ensuite plus quelle solution mettre en œuvre pour l'avenir. Enfin, le juge national est aujourd'hui confronté au choix suivant : appliquer la décision de la CJUE, qui s'impose au juge national, ou bien ne pas l'appliquer, ce qui aurait pour conséquence une condamnation de la France pour manquement. Si le juge national estimait qu'il doit rechercher le texte de la Convention de Berne et les Traités de l'OMPI, qui sont des normes supérieures, et appliquait par exemple l'interprétation exposée précédemment, la France serait alors traînée devant un panel de l'OMC du fait du non-respect des Traités internationaux. Il n'y a aucune bonne solution, en sorte que la mission a estimé qu'une intervention serait souhaitable.

Parmi les personnes entendues par la mission, les positions peuvent varier mais la grande majorité se prononce pour une intervention. On peut en distinguer trois catégories. D'abord, certains comme le juge Malenovský lui-même considèrent qu'en application des principes démocratiques, lorsqu'une jurisprudence s'est émancipée, la parole doit revenir au législateur pour inscrire dans le

marbre les solutions de la CJUE. D'autres considèrent que la jurisprudence de la Cour est ahurissante et qu'il faut la casser, en transformant le texte de la directive. Enfin, une troisième catégorie de personnes estime avoir surtout besoin de prévisibilité à la lecture de la loi. Une dernière catégorie, qui ne s'est pas manifestée auprès de la mission, est défavorable à une intervention mais préfère attendre éventuellement le pire, à savoir l'arrêt qui sera rendu en septembre 2016 dans l'affaire *GS Media c/ Sanoma* et qui pourrait mettre fin à toute application du droit d'auteur sur Internet.

Le texte proposé ce jour est articulé en deux parties : une première, générale, et une seconde, particulière. La première traite de tout le droit de communication au public et vise à modifier quatre considérants pour préciser un certain nombre de points. La deuxième entend créer une exception au droit d'auteur dans le cas particulier de certains hyperliens et trouve son siège à l'article 5 de la directive.

Il faut préciser que la tentation était forte d'adopter une construction en deux parties, pour préciser ce que recouvre un acte matériel de communication et ce qu'est un public, mais le choix n'a pas été retenu par la mission pour plusieurs raisons. D'une part parce que le texte de la directive est un copier-coller du texte de l'OMPI, en sorte que modifier unilatéralement le texte de la directive aurait pu alimenter des doutes. D'autre part parce qu'on ne souhaite pas ici changer la teneur de la norme mais lui redonner son sens par simple application des engagements internationaux de l'Union.

Un premier article complète l'article 3 de la directive et est accompagné de quatre considérants. Le considérant 24 bis a pour ambition d'exclure les distinctions byzantines développées par la CJUE pour revenir à l'épure : on oppose la notion de public à celle de cercle de famille. L'écriture se veut simple et souple à la fois, et abandonne la quantification des personnes, les unités de temps et de lieu, et le caractère lucratif.

Le considérant 24 ter a pour but d'écarter la conclusion dégagée par la Cour de justice dans l'affaire *SBS*. On est en présence d'après la Cour de deux actes matériels réalisés par deux institutions différentes qui ne constituent qu'un seul acte de communication au public ; or un seul de ces deux actes touche le public. L'analyse de la Cour méconnaît la réalité économique et la réalité matérielle : deux actes sont bel et bien accomplis, et chacun a son modèle économique. En gommant l'un des deux actes, la Cour fait disparaître une des deux sources de revenus. L'objectif du considérant est d'indiquer qu'on est en présence de deux actes matériels s'analysant comme un seul

acte juridique, mais qu'il existe deux co-responsables de cet acte juridique. Cette thèse avait déjà été développée dans le cadre du CSPLA à propos de la mission sur l'articulation entre directives 2000/31 et 2001/29. Elle a l'oreille de la Commission européenne, aux yeux de laquelle cette analyse pourrait être satisfaisante.

Le considérant 24 quater vise à éliminer les distinctions trop subtiles de la Cour de justice en cas de représentation secondaire. Le seul critère qui compte est celui de l'intervention d'un tiers, en sorte qu'il n'est pas nécessaire de se référer à un critère de nouveau public qui n'a pas de rôle à jouer ici.

Le considérant 24 quinquies n'a pas d'équivalent dans le texte actuel : il a pour but de préciser le statut de certains hyperliens. Il explique clairement qu'un lien simple qui conduit à un site, et non un lien profond vers une œuvre, ne met pas en œuvre le droit d'auteur. Cela découle de la théorie générale du droit d'auteur mais il a semblé préférable à la mission de le mentionner. Il n'a pas paru opportun d'écrire que tous les autres liens qui conduisent vers des œuvres sont assujettis au droit d'auteur, mais de créer une exception afin de trouver un équilibre entre la liberté de lier – analysée comme un droit fondamental par la CJUE sans que cela ne soit formulé explicitement – et le respect du droit d'auteur.

La proposition de considérant 33 bis énonce ainsi une exception, qui doit être obligatoire. Elle serait introduite à l'article premier de l'article 5 pour que la solution s'applique partout au sein de l'Union. L'exception prévoit que les liens, même profonds, échappent au droit d'auteur. Toutefois, un lien profond ne peut échapper au droit d'auteur s'il conduit à un site illicite ou s'il a été établi avec un but lucratif. Dès lors qu'un lien est créé en dehors de ces limites, l'exception n'a plus lieu de s'appliquer et s'opère un retour au droit d'auteur.

Un dernier point reste à régler, sur lequel les positions des membres du Conseil seront les bienvenues. Le texte proposé comporte pour le moment un passage entre crochets. À la lecture du texte intégral, celui-ci exclut du bénéfice de l'exception les liens qui prennent la forme technique de la transclusion (« *framing* » en anglais), la mission ayant repris ici la définition donnée par l'ordonnance *Bestwater*. On peut s'interroger toutefois sur la pertinence de cette précision: économiquement, elle est justifiée en raison des comportements parasites qu'elle peut permettre, mais juridiquement, elle comporte l'inconvénient de figer la loi à un instant *t* de la technique. Il serait possible d'écrire un texte sans mentionner spécifiquement la transclusion, qui connaîtrait le régime juridique des liens profonds. Cependant, se poserait alors la question de l'application de

l'exception qui causerait un préjudice pour les ayants droit. Ne faudrait-il pas alors établir un mécanisme de compensation équitable au bénéfice de ces derniers ?

La lecture du texte proposé étant complexe, la mission propose d'envoyer ultérieurement au secrétariat du CSPLA un tableau explicatif synthétisant les différentes situations pour montrer quels liens et à quelles conditions sont assujettis au droit d'auteur. Le rapport final n'étant à ce stade pas écrit, les membres du Conseil peuvent adresser des contributions écrites, notamment sur le dernier point évoqué.

La vice-présidente remercie les intervenants et invite la salle à réagir.

Mme FERRY-FALL indique que l'ADAGP est particulièrement attentive à la transclusion, puisque dans les arts visuels, le lien hypertexte est l'œuvre elle-même, contrairement à d'autres répertoires. Si la transclusion n'était pas exclue de l'exception, cela signifierait que lorsqu'une autorisation serait donnée par une société d'auteurs à un musée pour mettre en ligne toutes les images de ses œuvres, elles seraient en libre accès auprès de chaque internaute qui pourra les reprendre pour illustrer son site. La seule précaution restante serait celle du but lucratif, ce qui créerait une insécurité juridique importante pour le secteur. L'argument qui est déjà régulièrement avancé aujourd'hui à l'ADAGP, à savoir que le site utilisateur d'images ne réalise pas de bénéfices avec celles-ci, serait alors systématiquement avancé. On aboutirait en fait à la situation existante, à savoir un total épuisement du droit de communication au public sur Internet. Il faut donc expressément exclure la transclusion de l'exception en raison de la nature des liens : une fois qu'ils sont en place, les images sont diffusées.

M. SIRINELLI demande si l'ADAGP préfère le droit exclusif en présence d'une transclusion ou bien une exception compensée. Même si l'éventuelle compensation n'est pour l'heure pas mentionnée dans le texte, la piste a été mise sur la table par la mission. Si exception il y avait et qu'elle était élargie à la transclusion, elle devrait être compensée.

Mme FERRY-FALL relève qu'à ce stade, le droit exclusif convient à l'ADAGP pourvu qu'il existe, afin d'éviter une exception qui risque d'être non rémunérée, ce qui correspond à une

tendance forte.

M. GOLDSMITH indique que l'objectif d'avoir un droit de communication au public efficient est partagé mais s'interroge sur la possibilité d'arriver au résultat souhaité à travers un texte aussi complexe. Il est difficile, compte tenu des nombreux nouveaux éléments qu'on introduit, de préjuger de l'interprétation future qui en sera donnée. En outre, au-delà de la création d'un droit substantiel, on crée une exception, ce qui ajoute au caractère très audacieux de l'exercice. Une telle intervention risque de créer de nouvelles sources de litige.

Il demande si la mission, en privilégiant des considérants sur des articles, se place plutôt dans une démarche interprétative, ou s'il s'agit de combiner à la fois considérants et articles dans le corps de la directive. Il s'interroge également sur le contenu de l'exception. L'arrêt *Svensson* établit qu'il n'y a pas de droit de communication au public en l'absence d'un public dès lors qu'un lien pointe vers un contenu librement accessible. Dans l'exception proposée ici ne figure plus la condition de libre accès : on va au-delà de l'arrêt *Svensson* en établissant qu'un lien qui pointe vers un contenu accessible *via* un code d'accès ou un autre type de barrière ne constituerait pas une communication au public. Il souhaiterait donc savoir comment la mission articule l'exception avec la jurisprudence *Svensson*.

M. SIRINELLI rappelle que la proposition de la mission consiste en des propositions d'articles assortis de considérants, mais qu'il n'a présenté que les considérants, plus éclairants. S'agissant de la complexité du texte, le problème est qu'une intervention législative ne peut pas dire que le juge a eu tort de retenir telle solution : on est obligé d'énoncer ce qu'est le droit de communication au public et non ce qu'il n'est pas. Le texte proposé est pour l'heure martyr et est bien entendu perfectible, à l'appui des propositions que pourraient faire les membres. Si le fond convient, il est possible de concentrer tous les efforts sur la forme pour rendre la proposition plus compréhensible.

S'agissant de l'arrêt *Svensson*, la construction proposée vise à ménager la liberté de lier dans un très grand nombre de cas, sauf lorsqu'elle paraît poursuivre une finalité parasitaire ou encourager la contrefaçon. Un lien profond, dès lors qu'il ne poursuit pas un but lucratif ou qu'il ne pointe pas vers un site illicite, serait en effet non couvert par le droit d'auteur.

M. RONY indique que le texte, quoique en l'état compliqué, permet de disposer d'une réponse à la jurisprudence de la CJUE en termes de réforme du droit existant. Il serait totalement déraisonnable de dramatiser le contenu du texte tel qu'il est rédigé, alors qu'il s'agit d'une proposition essentielle sur laquelle on peut travailler positivement.

M. SIRINELLI revient sur la difficulté consistant à poser un principe pour l'assortir aussitôt d'une exception. La mission considère que c'est le seul moyen de concilier liberté de lien et sanction des liens qui poursuivraient des buts inadmissibles.

Mme BENAZERAF ajoute que le texte comporte des critères qui semblent moins compliqués que ceux de la Cour de justice.

M. EL SAYEGH retient que la complexité du texte est toute relative, compte tenu de la complexité du sujet lui-même. D'autres dispositions dans la directive 2001/29 sont déjà bien plus complexes, notamment les dispositions relatives aux mesures techniques de protection.

Par ailleurs, il est aujourd'hui nécessaire d'appréhender certains types de liens. Or, aujourd'hui les titulaires de droits n'ont pas de droit à cet égard, puisqu'est exigé un nouveau public et que, même en l'absence d'un premier public, l'avocat général dans l'affaire *GS Media* tend à considérer que les hyperliens pointant vers des contenus illicites ne relèvent pas de l'acte de communication. Il faut clairement signifier l'arrêt d'une jurisprudence qui dérive. Si aujourd'hui les juges se permettent d'interpréter les textes à leur gré, c'est peut-être que les textes ne sont pas assez clairs. Il s'agit d'un véritable enjeu démocratique, afin de ne pas tomber dans un gouvernement des juges, qui interprètent à leur guise les textes contrairement aux conventions internationales.

Enfin, le considérant 24 ter résout de manière satisfaisante le problème de la difficulté conjointe. Il ne s'agit pas uniquement de la responsabilité conjointe des chaînes de télévision qui utilisent la technique de l'injonction directe, mais également des relations avec Youtube. En Allemagne, plusieurs décisions de la Cour suprême ont estimé que cet acteur, quand bien même il n'était pas hébergeur, n'était pas responsable d'un acte de communication au public qui était exclusivement imputable aux personnes postant les contenus. S'il est possible à l'avenir de modifier le périmètre de l'article 14 de la directive 2000/31 « commerce électronique » sans pour autant imputer un acte de communication au public, au moins partiellement, à la plateforme, alors un tel

changement aura été vain.

Pour finir, le texte proposé est ardu, mais tous les défauts des décisions de la CJUE qui ont été évoqués y sont traités. Il faudra ensuite effectuer des choix politiques sur les sujets à cibler en particulier, mais là encore le texte de la mission est conçu de telle manière que les sujets peuvent être dissociés les uns des autres. S'agissant des hyperliens, mieux vaut avoir une exception strictement délimitée qu'aucun droit du tout.

M. BERARD-QUELIN estime d'abord que même en l'absence d'un texte juridique, un texte politique est nécessaire afin de faire passer le message au niveau européen. Deuxièmement, il est important de bien cerner les contours du critère du but lucratif, sachant que le débat de la lucrativité des services de Google s'est posé au cours de l'examen du projet de loi pour une République numérique. Troisièmement, la transclusion est très importante pour la presse : le problème n'est pas tant la lecture de ce qui est en libre accès, mais la lecture qui n'a pas lieu dans le contexte économique qu'a choisi l'éditeur. Enfin, un point posant problème mais qui n'a encore été abordé par personne concerne l'élargissement du cercle de famille à l'entourage le plus immédiat. Pour certains éditeurs, notamment de presse spécialisée et éducative, un tel élargissement à une forme de communauté d'intérêt, dans les entreprises ou l'enseignement, serait risqué.

M. SIRINELLI indique que la notion d'entourage le plus immédiat vise l'entourage qui n'est pas la famille sur le plan juridique mais qui regroupe les proches dans un sens plus large, ainsi que le cercle de famille a toujours été entendu. Il n'est pas envisagé de l'étendre au-delà des intimes.

M. BERARD-QUELIN s'inquiète des interprétations malheureuses qui pourraient être faites par un juge. Qu'en serait-il de l'entourage proche d'une personne qui a 2000 amis sur Facebook par exemple ? Il serait possible d'employer les termes « intime » ou « personnel » pour affiner la notion.

M. FILLIOL indique que le GESTE a écrit une lettre au CSPLA, en mettant en copie l'ensemble des pouvoirs publics, pour faire part de sa position sur ce point, à laquelle une réponse du CSPLA a été obtenue. Le GESTE, qui expliquait depuis le début que les conclusions du rapport

étaient déjà écrites, en a maintenant la confirmation. La proposition soulève un problème quant à la façon dont la mission a travaillé. Il rejoint M. GOLDSMITH pour considérer qu'il s'agit d'un sujet beaucoup trop complexe : si une personne fait un lien vers un podcast, contenu qui est protégé, est-on ici dans la liberté d'information ou bien faut-il demander une autorisation. On voit bien les dérives que peut apporter la proposition de texte.

M. FILLIOL s'interroge sur le fait générateur de la mission du CSPLA. La mission parle des radiodiffuseurs, qui sont représentés par le GESTE, et pourtant à aucun moment les radiodiffuseurs n'ont demandé à ce que la question, si elle existe, soit réglée par le droit d'auteur. France Télévisions a eu des démêlés avec Play Media, et cela été réglé plutôt sur le terrain du parasitisme. On est là sur un sujet fondamental de l'Internet : Tim Berners-Lee avait anticipé il y a quelques années que certains allaient se jeter sur les liens hypertextes. La jurisprudence des États-Unis, qui n'a été aucunement évoquée, a fait montre d'une certaine sagesse, en considérant par exemple que faire un lien vers le contenu illicite du rapport Snowden était quand même autorisé, en application du premier amendement à la Constitution américaine relatif à la liberté d'expression. En l'état, tant que le rapport n'est pas achevé, il ne semble pas raisonnable de discuter de l'écriture à retenir.

La vice-présidente indique que l'écriture proposée ce jour fait partie du travail d'élaboration du rapport.

M. SIRINELLI s'étonne de la position du GESTE selon laquelle le droit d'auteur n'a pas à s'appliquer en la matière, seul le droit des affaires ayant vocation à intervenir. Cela signifie-t-il que si la question n'est pas réglée entre différents acteurs sur le terrain du droit d'auteur, quand un accord de monétisation est trouvé par l'intermédiaire du droit des affaires, l'argent perçu par le radiodiffuseur n'est pas reversé pour une part aux auteurs ?

M. FILLIOL répond que ce n'est pas du tout le cas. Cela rentre dans l'assiette de rémunération puisqu'il s'agit d'une exploitation faite à travers un tiers.

M. SIRINELLI souligne qu'en l'absence d'un droit d'auteur, il faut déjà être très fort pour contraindre l'autre partenaire à un accord. Une fois un accord obtenu, on n'est de toute façon pas

tenu de répercuter la rémunération perçue par le partenaire auprès des auteurs. En quoi, par ailleurs, le dispositif envisagé, empêcherait-il les activités des acteurs du GESTE ?

M. FILLIOL souligne qu'un problème majeur se pose pour le lien hypertexte. L'architecture d'Internet est conçue autour des liens permettant à tous les sites de se renvoyer les uns vers les autres, en sorte que le fait de s'attaquer à la nature même du lien apparaît déraisonnable. En présence de flux par exemple, rien n'empêche de les crypter, mais en réalité on n'est pas en présence d'un public nouveau sur Internet, car il n'y a pas d'audience. Aujourd'hui, aucun diffuseur de radio ne crypte ses flux puisque, même si d'autres acteurs comme les agrégateurs apportent des auditeurs, c'est finalement pour écouter le même flux. Il n'y a pas ici de nouvelle diffusion comme dans le cas du câble ou du satellite. La seule question qui se pose est celle de l'endroit où se trouve la publicité : si elle est comprise dans le flux radio, il n'y a aucune déperdition en termes de droits d'auteur lorsque ce flux est diffusé par d'autres canaux. Si parasitisme il y a, tous les acteurs sont touchés, radios comme auteurs et éditeurs.

M. SIRINELLI explique, au sujet du courrier du GESTE, que la mission a été mandatée par le président du CSPLA cinq mois auparavant, sans avoir reçu aucune instruction de sa part quant au contenu des propositions à venir.

M. FILLIOL précise que le courrier demandait pourquoi le CSPLA a tenu à lancer une mission sur les liens hypertextes, sans mettre en cause personnellement les missionnés.

Mme BENAZERAF rappelle que la communication de décembre 2015 de la Commission européenne visait explicitement le sujet.

M. SIRINELLI souligne à nouveau que la mission a traité du droit de communication au public dans son ensemble, dont les liens hypertextes. La mission ne s'est pas focalisée sur ce point.

M. GOLDSMITH tient à préciser que les radiodiffuseurs tiennent à leurs droits de propriété

intellectuelle. France Télévisions, par exemple, a encore agi sur ce terrain récemment.

Mme BENAZERAF indique que les préoccupations dont a fait part la mission lui ont été exposées par plusieurs radiodiffuseurs importants, lors des auditions.

La vice-présidente remercie les participants et clôt la séance. Les membres seront avertis prochainement de la date de la prochaine séance.