

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Compte rendu de la séance plénière
du 3 juin 2019



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de la culture

LISTE DES PARTICIPANTS

Olivier JAPIOT, conseiller d'État, président

Anne-Élisabeth CRÉDEVILLE, conseillère (h) à la Cour de cassation, vice-présidente

Personnalités qualifiées

Josée-Anne BENAZERAF, avocate

Alexandra BENSAMOUN, professeure des universités

Joëlle FARCHY, professeure des universités

Jean MARTIN, avocat

Jean-Philippe MOCHON, conseiller d'Etat

François MOREAU, professeur des universités

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Célia ZOLYNSKI, professeure des universités

Président de missions et rapporteurs

Valérie BARTHEZ, coprésidente de la mission sur l'originalité de l'oeuvre

Pauline BLASSEL, secrétaire générale de la Haute autorité pour la diffusion et la protection des œuvres sur Internet, membre de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes en ligne

Sarah DORMONT, rapporteure de la mission sur les ventes passives

Alexandre KOUTCHOUK, rapporteur de la mission sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée

Florant VINCENT, directeur de l'innovation, de la vidéo et des industries techniques, directeur de la transformation du numérique du Centre national du Cinéma et de l'image animée

Administrations

Aurélie BAUDON, direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice

Danielle BOURLANGE, directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat

Agnès DANIEL, rédactrice à la sous-direction du droit de l'Union européenne et du droit international économique au ministère des affaires étrangères et du développement international

Leila DEROUICH, conseillère en charge de l'audiovisuel et des médias, des industries culturelles et du numérique du ministre de la culture

Alban DE NERVAUX, chef du service des affaires juridiques et internationales du ministère de la culture

Sylvie DELFANTE, chargée de mission au bureau des affaires juridiques de la direction générale des patrimoines du ministère de la culture

Chantal DEVILLERS-SIGAUD, chargée de mission au bureau des affaires juridiques de la direction générale de la création artistique

Marion ESTIVALEZES, juriste au bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la culture et secrétaire du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Amélie GONTIER, adjointe à la cheffe du bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la culture

Olivier HENRARD, directeur général du Centre national du cinéma et de l'image animée

Anne LE MORVAN, cheffe du bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la culture

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

Membre titulaire : Harold CODANT (BnF)

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA)

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Julie BERTUCCELLI (SCAM), Olivier DA LAGE (SNJ), Gérard DAVOUST (SACEM), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Patrice LOCMANT (SGDL), Pascal ROGARD (SACD), Hervé RONY (SCAM)

Membres suppléants : Maïa BENSIMON (SGDL), Olivier BRILLANCEAU (SAIF), David EL SAYEGH (SACEM), Thierry MAILLARD (ADAGP), Nicolas MAZARS (SCAM), Hubert TILLIET (SACD),

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

Membre titulaire : Jean-Sébastien MARIEZ (représentant de Marc MOSSE, BSA FRANCE), Emmanuel MARTIN (SELL)

Membre suppléant : Frédéric DUFFLOT (ADULLACT)

Représentants des artistes-interprètes :

Membre titulaire : Benoît GALOPIN (représentant de Xavier BLANC, SPEDIDAM); Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI)

Membre suppléant : Catherine ALMERAS (SFA), Laurent TARDIF (SNAM)

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membre titulaire : Alexandre LASCH (SNEP, accompagné de Emilie TREBOUVIL)

Membres suppléants : Karine COLIN (SPPF)

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Carole GUERNALEC (CSDEM)

Membre suppléant : Philippine GIRARD-LEDUC (SEAM)

Représentants des éditeurs de presse :

Membres titulaires : Christian BRUNEAU (FNPS), Julie LORINY (SEPM)

Membre suppléant : Samir OUACHTATI (SPQN)

Représentants des éditeurs de livre :

Membre titulaire : Julien CHOURAQUI (SNE)

Membre suppléant : Arnaud ROBERT (SNE), Yorric KERMARREC (SNE)

Représentants des producteurs audiovisuels:

Membre titulaire: aucun

Membre suppléant: Benjamin MONTELS (SPFA)

Représentants des producteurs de cinéma:

Membres titulaires : Hortense DE LABRIFFE (API), Frédéric GOLDSMITH (UPC)

Membres suppléants : Xavier PRIEUR (UPC), Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

Représentants des radiodiffuseurs :

Membre titulaire : Aurélie BREVAN MASSET (SRN), Frédérique RIETY (SMSP)

Membre suppléant : Jeanne BARON (représentante de Alain LIBERTY, SIRTI)

Représentants des télédiffuseurs :

Membre titulaire : Sylvie COURBARIEN (SMSP), Sébastien FRAPIER (ACP)

Membre suppléant : aucun

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membre titulaire : Amélien DELAHAIE (GESTE)

Membres suppléants : Denis BERTHAULT (GFII), Giuseppe DE MARTINO (ASIC)

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

Membre titulaire : Alexandra LAFITTE (représentante de Michel COMBOT, FFT)

Membre suppléant :

Représentants des consommateurs et utilisateurs :

Membre titulaire : Alain BAZOT (UFC-Que Choisir), Michel BONNET (Familles de France),

Julien LEONARD (UNAF), Alain LEQUEUX (CFPSAA), Christophe PERALES (ADBU)

Membre suppléant :

Membres excusés : Valérie-Laure BENABOU (personnalité qualifiée), Gilles BRESSAND (ESML), Jean-Pierre DARDAYROL (personnalité qualifiée), Sylvain NIVARD (CFPSAA)

Ordre du jour

- I. Intervention de Monsieur Franck Riester, ministre de la culture
- II. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 11 octobre 2018
- III. Adoption du rapport d'activité 2018
- IV. Point sur l'actualité européenne et multilatérale
- V. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de cassation
 1. Ass. plén., 9 novembre 2018, pourvoi n°17-16.335
 2. Civ 1^{ère}, 27 mars 2019, pourvoi n°18-10.605
 3. Civ 1^{ère}, 22 mai 2019, pourvoi n°18-12.718
- VI. Commentaires sur des affaires pendantes devant la CJUE
- VII. Présentation du rapport sur les ventes passives
- VIII. Présentation des conclusions de la mission sur la preuve de l'originalité
- IX. Présentation des conclusions de la mission sur le droit voisin des éditeurs de presse
- X. Communication sur les missions en cours :
 1. Point d'étape sur la mission sur l'intelligence artificielle
 2. Point d'étape sur la mission sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes
 3. Point d'étape sur la mission sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée
 4. Point d'étape sur le projet de charte de bonnes pratiques en matière d'impression 3D dans le domaine de l'art
- XI. Questions diverses

Le président ouvre la séance en souhaitant la bienvenue au ministre de la culture au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et salut l'engagement personnel du ministre et de son équipe qui a permis de faciliter l'adoption de la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique.

I. INTERVENTION DU MINISTRE DE LA CULTURE

Le ministre de la culture Franck RIESTER remercie les membres de leur présence à cette réunion plénière et de leur mobilisation au moment des négociations de la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN), qui est une grande satisfaction pour le gouvernement, et dans lesquelles le président de la République a été très impliqué aux côtés du ministère des affaires étrangères, du ministère de l'économie et des équipes des différents ministères. Le ministre rappelle que rien n'aurait été possible sans la mobilisation des professionnels et que le ministère s'est appuyé sur des travaux préparatoires et un travail de fond réalisés par tous. Sans la mobilisation des professionnels pour défendre la conception française du droit d'auteur, le ministère n'aurait pas pu convaincre ses homologues européens et obtenir une majorité.

Pour être suivie d'effets, la directive doit désormais être transposée. La première partie relative au droit voisin des éditeurs de presse et des agences de presse est en cours de transposition. Le ministre explique avoir fait le choix du rassemblement et du travail avec le parlement car il a accepté de soutenir la proposition de loi de David ASSOULINE qui a travaillé avec la majorité sénatoriale et la commission des affaires culturelles du Sénat pour un vote quasi à l'unanimité, puis à l'Assemblée nationale, notamment avec Patrick MIGNOLA. Le ministre se réjouit du bon travail entre le gouvernement et le parlement.

Le ministre annonce une transposition du reste de la directive dans le projet de loi audiovisuel inscrit à l'ordre du jour soit après le projet de loi de finance, en décembre 2019, soit début d'année 2020. Il évoque l'alternative d'une proposition de loi mais, les sujets étant assez complexes, ils nécessitent d'avoir suffisamment de temps pour débattre alors qu'une proposition de loi a un temps de discussions plus restreint. Le ministre émet le souhait de transposer rapidement la partie droit d'auteur et la directive "Câble et satellite". Le ministère a essayé de transposer *via* un autre texte mais la tentative a échoué car il a été considéré comme un cavalier

législatif.

Le ministre rappelle que la mobilisation du ministère est totale pour aller vite dans la transposition de ces deux directives. A cette fin, Franck RIESTER appelle à la mobilisation des professionnels pour contribuer à aider à la rédaction du texte de transposition et souligne que plus le travail préparatoire des professionnels est de qualité, plus les pouvoirs publics peuvent aller vite.

Le ministre souhaite remercier le CSPLA de tout le travail effectué à travers les rapports, à l'instar notamment de celui de Pierre SIRINELLI, Alexandra BENSAMOUN et Josée-Anne BENAZERAF sur les plateformes de partage, le rapport de Laurence FRANCESCHINI sur le droit voisin des éditeurs de presse ou encore le rapport d'Olivier JAPIOT sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes en ligne.

Il souligne que tout ce travail et celui réalisé au-delà des rapports, en Commissions ou en plénières, est essentiel et qu'il est nécessaire pour alimenter les réflexions du gouvernement sur des sujets importants tels que l'intelligence artificielle, la *blockchain*, les données et contenus numériques ou encore les licences libres. Le ministre rappelle l'importance de l'échange entre le gouvernement français et les professionnels et souligne que le CSPLA est de ce point de vue- là très utile.

Le ministre se dit prêt à répondre aux questions et à entendre certaines interventions.

Olivier JAPIOT indique que le CSPLA s'est d'ores et déjà mis au travail concernant la transposition de la directive dans le cadre, d'une part, de la nouvelle mission confiée à Laurence FRANCESCHINI sur le droit voisin des éditeurs de presse et, d'autre part, de la mission confiée à Jean-Philippe MOCHON conduite conjointement avec l'Hadopi et le CNC sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes en ligne, qui pourra éclairer sur la transposition de l'article 17 de la directive DAMUN. Le président indique que le CSPLA est à la disposition du ministère pour toute autre forme d'étude ou de consultation.

Le ministre précise que la loi audiovisuelle contiendra aussi une partie sur le piratage qui est en partie liée à la transposition de la directive DAMUN. Si la transposition précède la loi audiovisuelle, le tout sera mis en cohérence, sinon, la partie piratage de la directive DAMUM

sera transposée et mise en perspective concernant la régulation, en termes d'outils, de pouvoirs et de moyens.

Hervé RONY (SCAM) remercie le ministre. Il plaide avec ses homologues des sociétés d'auteur pour une transposition la plus rapide possible des différents textes. Il salue le rappel par le ministre de l'importance de la directive "Câble et satellite" et de la question de l'injection directe car la pression de certains diffuseurs pourrait être de nature à remettre en cause l'assiette des droits d'auteur, ce qui est un sujet important. La SCAM se félicite de l'adoption de la proposition de loi sur le droit voisin des éditeurs de presse et Hervé RONY rappelle à ce titre que la disposition de droit voisin des éditeurs de presse n'a de sens que si le partage des droits entre éditeurs et journalistes est équitable et réitère le souhait que soit souligné de manière très claire le partage équitable des droits, quand bien même la gestion collective est optionnelle. Il cite l'exemple de la reprographie et du CFC, au sein duquel les collègues auteurs et éditeurs cohabitent aujourd'hui avec harmonie, après des années de grandes difficultés pendant lesquelles les sommes étaient bloquées à défaut d'accord sur le partage.

Le ministre rappelle que le partage équitable est d'autant plus important qu'il a été inséré dans la loi, ce qui n'était pas le cas de la directive, ce qui est une affirmation très claire du caractère équitable du partage de la valeur. Pour le reste, le ministre explique que ce n'est pas parce que des droits voisins sont créés que pour autant ils deviennent sonnants et trébuchants. Il rappelle à ce titre qu'il faut rester unis face aux GAFAM et leur volonté de diviser les éditeurs de presse ou les Etats, en assurant un partage équitable entre éditeurs de presse et acteurs du net, puis entre éditeurs de presse et journalistes.

Pascal ROGARD (SACD) se félicite du fait que la directive a été adoptée grâce à la France, argument majeur qui milite pour une transposition rapide puisque beaucoup de pays vont regarder ce que fait la France dans la traduction concrète du texte de la directive, car les directives, si elles ont la qualité de pouvoir faire avancer l'Europe, présentent l'inconvénient de ne jamais être assez claires. Il paraît important d'avoir un texte rapidement qui puisse servir d'exemple aux autres pays pour la meilleure transposition possible des principes de droits d'auteur défendus ensemble.

Le ministre rappelle que la France sera la première à transposer la partie relative aux droits voisins en soutenant une proposition de loi de l'opposition. La part restante fait l'objet de plus

de débats ce qui nécessite un travail plus important, avec des questions d'études d'impact et d'assurance juridique. Le processus du projet de loi est de ce point de vue-là plus sécurisant et permet d'avoir plus de temps pour faire les choses plus sérieusement. Se pose également la question de débats parallèles entre projet de loi et proposition de loi qui peut être problématique. Le ministère se méfie des discussions parallèles entre proposition de loi et projet de loi. Le ministre reconnaît que si la France veut insuffler une dynamique européenne il faut qu'elle soit parmi les premiers à transposer la directive.

David EL SAYEGH (SACEM) souhaite revenir sur la directive dite "Câble satellite" qui est un règlement qui ne dit pas son nom puisque, jusqu'en octobre 2018, il s'agissait d'un règlement qui n'aurait donc pas fait l'objet d'une transposition s'il avait été maintenu comme tel. Il pose la question de la possibilité de transposer cette directive par voie d'ordonnance puisque la directive ne laisse aucune marge de manœuvre aux Etats membres. La crainte de David El SAYEGH est d'obtenir un texte très large.

Le ministre précise qu'il y a beaucoup d'urgences et qu'il faudra prendre le temps de discuter de tous ces sujets. Il rappelle que l'amendement prévoyant l'habilitation à transposer cette directive par voie d'ordonnance a été rejeté.

Julien LEONARD (UNAF) rappelle l'importance d'avoir une position équilibrée sur l'impression 3D car le CSPLA est en train de travailler dessus en termes de bonnes pratiques mais on se trouve à l'aube d'une véritable révolution et il est important d'être prudent dans les choix qui vont être faits.

Le ministre explique que cela fait partie des réflexions du Conseil. Olivier JAPIOT précise que l'on sort du champ de la directive et se demande s'il y a matière à intervention législative à ce stade tout en précisant que la réflexion reste ouverte.

Le ministre précise qu'il faut être attentif à l'évolution de la législation sur les sujets d'innovation, d'où l'importance du Conseil qui permet de faire remonter le regard qui est porté sur ces innovations.

Le ministre remercie le Conseil et se tient à sa disposition pour revenir échanger avec ses

membres.

II. ADOPTION DU COMPTE RENDU

Le président Olivier JAPIOT rend hommage à son prédécesseur Pierre-François RACINE et annonce qu'il souhaite s'inscrire dans sa continuité pour maintenir l'intérêt des travaux du CSPLA. Il invite les membres du Conseil à soumettre des suggestions pour l'évolution du format des réunions et leur rythme et à faire part de thèmes de mission qu'ils souhaiteraient aborder. La transposition de la directive donne l'occasion au Conseil d'être particulièrement utile.

Olivier JAPIOT souhaite renforcer la communication autour des travaux, en systématisant les communiqués de presse lors de lancement de missions et de publications de rapports, et précise qu'un effort sera fait sur les traductions et qu'une lettre d'information (entre trois et quatre par an) sera diffusée. En termes de coopération, il salue la présence de la secrétaire générale de l'Hadopi. Il souhaite développer les collaborations à l'image de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes conduite par Jean-Philippe MOCHON avec l'Hadopi et le CNC dont il salue la présence du directeur général. Il salue également la présence du secrétaire général du Conseil national du numérique (CNNum), Charles-Pierre ASTOLFI avec lequel il a convenu de développer les liens entre les deux instances afin de s'informer respectivement de leurs travaux et s'assurer que les points de vue des uns et des autres sont entendus.

Olivier JAPIOT explique avoir également rencontré le directeur général de l'INPI afin de renforcer les liens, et annonce la tenue d'un colloque sur l'impression 3D et la fabrication additive qui aura lieu au Sénat le 5 juillet sous l'égide du sénateur YOUNG, co-organisé par le CSPLA. Il indique souhaiter poursuivre ce travail de coopération.

Le compte rendu de la précédente séance plénière est adopté.

III. ADOPTION DU RAPPORT D'ACTIVITE

Le rapport d'activité de l'année 2018 est adopté.

Olivier JAPIOT cède la parole à Alban DE NERVAUX.

IV. POINT SUR L'ACTUALITE EUROPEENNE ET MULTILATERALE

Alban DE NERVAUX explique que l'essentiel des forces doit être tourné vers la transposition de la directive DAMUN dans un contexte où le ministère connaît une actualité législative particulièrement intense dans laquelle ce travail doit s'intégrer. Il annonce que dès qu'une première version des dispositions de transposition des articles 17, 18 et suivants aura été mise au point, elle sera transmise pour avis aux membres du Conseil. Alban DE NERVAUX souhaite s'appuyer sur le CSPLA dans la conduite de ce travail important de transposition.

Par ailleurs, il précise que le travail réalisé à Bruxelles mérite une veille active et qu'une étude va prochainement être lancée sur la question des licences collectives et multiterritoriales.

Les services de la Commission européenne commencent à se projeter sur les travaux concernant le règlement dit "géoblocage" qui prévoit une clause de réexamen au terme de deux années. La veille la plus active est justifiée sur ce sujet, l'enjeu étant de prendre la question le plus en amont possible auprès de tous les services compétents, d'apporter tous les éléments juridiques et économiques qui permettront d'influencer la réflexion. A cet égard, l'élection européenne permet désormais de sensibiliser les parlementaires français en particulier pour obtenir des relais efficaces de leur côté quand les textes le nécessiteront. En vue de la construction du futur agenda numérique de la Commission européenne qui va s'élaborer dans les semaines à venir, Alban DE NERVAUX se dit à l'écoute des réflexions des membres.

Alban DE NERVAUX donne la parole à Anne LE MORVAN pour quelques précisions.

Anne LE MORVAN précise que la Commission vient de publier un appel à candidature dans le cadre d'un marché public portant sur une étude intitulée "*Sur les questions émergentes en matière de pratique sur les licences collectives dans l'environnement numérique*", avec quatre

objectifs: évaluer l'effectivité des différentes formes de gestion des droits à la lumière des changements technologiques, examiner le développement des licences multiterritoriales du droit d'auteur de la musique, c'est-à-dire la mise en œuvre concrète du titre III de la directive gestion collective, les pratiques de licences collectives à effet étendu (licences collectives étendues, gestion collective obligatoire, etc) avec un premier point sur un état des lieux et la question de savoir si cela peut être utile à l'ère du numérique et est-ce que cela constitue un défi sur le plan juridique et économique. Le choix du prestataire n'est pas encore déterminé, l'étude se tiendra sur neuf mois. Anne LE MORVAN invite les membres à envoyer leurs contributions et précise que l'étude sera disponible en mai 2020.

Le deuxième point concerne une convention sur la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers en matière civile et commerciale en cours de négociation. Une conférence diplomatique est prévue de mi-juin à début juillet, la question étant de savoir s'il faut exclure le droit d'auteur du champ de cette convention sachant que les jugements concernés portent tant sur des décisions en matière de contrefaçon que d'existence et la titularité des droits. Très récemment, les titulaires de droit de propriété industrielle ont demandé à l'Union européenne d'être exclus du champ de ce texte et un accord a été donné. Certains professionnels ont fait part de leur réticence à ce que le droit d'auteur soit dans le champ de cette convention. Le ministère, dans le cadre des discussions interministérielles, porte cette demande mais serait désireux de savoir si ont des retours ou positions d'autres Etats membres pour le cas échéant faire avancer le dossier.

Olivier JAPIOT rappelle que Conseil est à disposition pour tout travaux ou cadre de consultation des membres.

Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI) souhaite savoir si le ministère a été saisi du dossier relatif au recours présenté par la Pologne contre la directive devant la CJUE.

Alban DE NERVAUX répond qu'il n'a pas encore été saisi mais qu'il sera vigilant et interviendra le cas échéant.

Olivier JAPIOT annonce qu'afin de gagner du temps, le point sur les arrêts de la Cour de cassation fera l'objet d'une diffusion écrite et cède la parole à Agnès DANIEL pour le commentaire des affaires pendantes devant la CJUE en matière de propriété littéraire et

artistique.

V. *COMMENTAIRES DES AFFAIRES PENDANTES DEVANT LA CJUE EN MATIERE DE PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE*

Agnès DANIEL, dont c'est la première intervention au sein du Conseil, se dit honorée de participer à la séance et annonce qu'elle prend la suite de Daniel SEGOIN à la direction juridique du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, elle est magistrat judiciaire et a pour tâche de représenter le gouvernement français devant la CJUE, préparer les observations écrites et plaider dans les affaires qui concernent la propriété littéraire et artistique et, plus largement, la propriété intellectuelle.

La France est présente dans huit affaires en matière de propriété littéraire et artistique. Trois affaires présentent un fort intérêt pour la France: l'affaire SPEDIDAM/INA et les deux affaires jointes Youtube/SCIendo. Elle présentera une nouvelle affaire dans laquelle la France est intervenue portant sur la protection des logiciels.

S'agissant de l'affaire Spedidam/INA, elle a été présentée en octobre dernier. Est en cause la possibilité pour l'INA d'exploiter les archives des sociétés nationales de programmes au droit desquelles elle vient en application de la loi, sans solliciter au préalable l'autorisation des artistes interprètes ou de leurs ayants droit. La loi française telle qu'interprétée par la jurisprudence française permet de présumer l'autorisation d'exploitation sans avoir à fournir un contrat écrit. Dans ses observations écrites, la France a défendu la conformité au droit de l'Union de ce mécanisme de présomption réfragable conduisant à un renversement de la charge de la preuve. A l'audience tenue en mars, le ministère a développé que la décision de la Cour devrait être sans effet sur l'ensemble des contenus sur lesquels l'INA a acquis les droits antérieurement au 22 décembre 2002, indépendamment de la date à laquelle l'exploitation a effectivement lieu. L'article 10§2 de la directive 2001/29 prévoit qu'elle n'affecte pas. De sorte que, en cas de censure par la Cour du dispositif français, l'exploitation par l'INA d'une grande partie de ses archives et en particulier celles pour lesquelles il n'est pas en mesure de fournir la preuve existe de l'autorisation de titulaires de droits, ne devrait pas être remise en cause. La Commission européenne a défendu la conformité du dispositif INA au droit de l'Union et a également soutenu l'approche de la France sur le plan de l'application dans le temps de la directive 2001/29.

Hélas, l'avocat général, dont les conclusions ont été rendues publiques voici quinze jours, ne

partage pas ce point de vue. Il considère quant à lui que le dispositif français n'est pas conforme aux dispositions de cette directive.

Dans ses conclusions, il rappelle en particulier la jurisprudence *Lukšan*, qui admet la possibilité de présumer des cessions de droits d'auteur au profit du producteur en matière d'audiovisuel. L'avocat général considère que cette jurisprudence, consacrée en matière de droit d'auteur, est applicable aux droits des artistes interprètes, mais qu'elle ne peut pas trouver à s'appliquer ici, dès lors que dans cet arrêt, la Cour a validé une présomption au profit du producteur d'une œuvre audiovisuelle, c'est-à-dire d'une personne qui, d'une part, était en relation commerciale avec le titulaire de droits, et d'autre part a procédé à des investissements aux fins de la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. Dès lors que, selon l'avocat général, ce n'est pas le cas de l'INA, la présomption établie par le droit français repose en réalité uniquement sur « *une certaine idée de l'intérêt public* », ce qui annonce la suite.

L'avocat général procède alors à un contrôle de proportionnalité, que Agnès DANIEL qualifie de sommaire, et conclut que la mesure n'est pas nécessaire, car la réglementation française procède à un transfert des droits, alors qu'elle aurait pu se limiter à prévoir une licence implicite de droits, et ainsi réduire l'atteinte portée à l'exclusivité du droit de l'artiste interprète.

En outre, sur le plan de l'application *ratione temporis* de la directive, l'avocat général se limite à relever que sont en cause des actes de communication au public postérieurs au 22 décembre 2002, sans se pencher sur la date d'acquisition des droits par l'INA.

Ces conclusions sont, de l'avis du gouvernement français, critiquables à plusieurs égards, mais Agnès DANIEL ne doute pas que tous les participants à la séance ne partagent pas nécessairement ce point de vue.

La réponse est attendue à l'automne.

La seconde affaire, composée de deux affaires jointes, concerne des questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof, la Cour suprême allemande, portant sur la responsabilité d'une part de Youtube, et d'autre part de la société Cyando, qui exploite la plateforme Uploaded, pour la diffusion de contenus protégés par le droit d'auteur sur leurs plateformes respectives.

Ces deux affaires portent à nouveau sur la notion de communication au public, sujet sur lequel la jurisprudence de la Cour commence à être foisonnante, ce qui n'est pas sans lui faire perdre en lisibilité, et peut-être même en cohérence. Youtube et Cyando réalisent-ils des actes de communication au public, et peuvent-ils donc être poursuivis dans le cadre de l'action en

contrefaçon, alors même que ce sont leurs utilisateurs qui téléversent sans autorisation les contenus protégés ?

Les faits relatifs aux deux plateformes présentent à la fois des similarités et des différences importantes.

Dans les deux cas, le téléversement est automatique, sans contrôle préalable de l'exploitant, de sorte que celui-ci n'a pas connaissance, de manière concrète, de la présence des contenus illicites précis, sauf à ce qu'on le lui signale. Dans les deux cas, l'activité de la plateforme est à but lucratif.

Sur le plan des différences, Youtube propose des outils de classement et de mise en valeur des contenus, ce que ne fait pas Cyando, qui se contente d'héberger les contenus et de générer des liens hypertextes pour y accéder. En revanche, Cyando rémunère ses utilisateurs téléversants en fonction des téléchargements générés et incite ainsi au téléversement de contenus protégés, qui génèrent plus de téléchargements. Cyando propose en outre des formules d'abonnement permettant de télécharger plus rapidement. De son côté, Youtube met à disposition des outils permettant aux titulaires de droits d'agir pour faire bloquer l'accès aux contenus protégés, et les élimine immédiatement ou en bloque l'accès lorsqu'il en prend connaissance. Ce n'est pas le cas de Cyando, qui a conscience de la disponibilité d'un nombre considérable d'œuvres protégées sur sa plateforme, représentant 90 à 96 % de l'utilisation globale du service d'hébergement.

C'est à l'aune de l'ensemble de ces données que la réponse devait être apportée.

Le gouvernement français a considéré dans ses observations écrites que les actes de communication au public, qui sont indiscutablement réalisés par les utilisateurs des plateformes, sont imputables à Cyando comme à Youtube. Nous avons en particulier tâché de démontrer le rôle incontournable de ces deux opérateurs dans l'acte de communication au public¹, ce rôle allant au-delà d'une simple fourniture d'installations techniques.

Une difficulté de taille pour cette caractérisation résulte cependant du fait que la Cour a mentionné dans certains arrêts, l'exigence supplémentaire du caractère délibéré de l'intervention de l'opérateur, supposant donc la connaissance de l'illicéité de la mise à

¹ Au regard de la jurisprudence de la Cour, ce rôle incontournable est établi si, sans l'intervention de ce prestataire de services, le public ne peut, en principe, jouir des œuvres mises en ligne ou, à tout le moins, si cet accès s'avère plus complexe. S'agissant de Youtube, la France soutient que ce rôle découle de son activité d'organisation et de promotion des contenus auxquels la plateforme donne accès. S'agissant de Cyando, ce rôle incontournable résulte des incitations au téléversement et au téléchargement de contenus protégés.

disposition du public des contenus en cause. Pour écarter cette condition, le ministère de l'Europe et des affaires étrangères a d'abord mis en évidence le fait que la jurisprudence de la Cour est variable sur ce point². Il a ensuite défendu le fait que la qualification d'acte de communication au public ne saurait être tributaire du caractère délibéré, cette qualification devant reposer sur des faits purement objectifs. Il se sont, ce faisant, fondés sur des arguments textuels, tirés de différentes dispositions des directives 2001/29 et 2004/48³. Le gouvernement français a exposé que, selon lui, le caractère délibéré ou non détermine, aux termes de la directive 2004/48, les suites à donner à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, mais n'est pas une condition pour caractériser l'atteinte en elle-même.

Les deux affaires jointes posaient d'autres questions, portant en particulier sur la possibilité de se prévaloir de l'article 14 de la directive 2000/31 portant sur les hébergeurs sur internet, mais qu'Agnès DANIEL n'a pas le temps de développer.

Toujours est-il que les observations des différentes parties nous ont été communiquées ce vendredi, et qu'il s'avère que la France est isolée dans sa position à l'égard de ces plateformes⁴.

Agnès DANIEL espère que la nouvelle directive adoptée récemment, sur la négociation de laquelle la France a pesé autant que possible, apportera une protection satisfaisante du droit d'auteur à l'égard de ces plateformes.

Agnès DANIEL évoque enfin rapidement l'affaire C-666/18 IT Development, portant sur une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris en matière de logiciels.

La question posée porte, en substance, sur le point de savoir si l'action en contrefaçon, transposant la directive 2004/48 en droit français, peut être engagée dans le cadre de relations contractuelles, à l'encontre d'un licencié qui ne respecterait pas les termes d'un contrat de licence de logiciel, sur des points relevant de la protection du droit d'auteur.

La question posée est fortement influencée par le principe de non-option, ou de non-cumul, existant en droit français, en matière de responsabilité. Suivant ce principe, la réparation des préjudices qui résultent de l'inexécution d'une obligation contractuelle relève du domaine de la responsabilité contractuelle, et le créancier ne peut préférer l'application des règles de la

² au regard notamment de l'arrêt C-161/17 Renckhoff du 7 août 2018, dans lequel la Cour retient la qualification de communication au public alors même que le caractère délibéré fait manifestement défaut, et ce contre l'avis de l'avocat général qui avait pourtant soulevé la difficulté.

³ dont certaines font mention d'une condition d'intentionnalité, ce qui n'est pas le cas notamment de l'article 8 de la directive 2001/29, qui prévoit le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication au public

⁴ Le gouvernement français a pris le soin de développer, dans ses observations, des subsidiaires.

responsabilité délictuelle, même si elles lui sont plus favorables. Or, l'action en contrefaçon est souvent considérée, en France, comme relevant du champ de la responsabilité délictuelle, de sorte que le principe de non-option pourrait s'opposer à sa mise en œuvre à l'encontre d'un cocontractant.

Le gouvernement français a défendu dans ses écritures le fait que la directive 2004/48 était applicable y compris dans le cadre des relations contractuelles. La détermination du fondement juridique du régime de responsabilité devant être mis en œuvre relève de l'autonomie procédurale des Etats-mêmes, mais sous réserve de garantir au titulaire de droits le bénéfice de la protection instituée par la directive 2004/48.

De sorte que, si on excluait, en droit interne, l'application de l'action en contrefaçon dans le cadre d'une relation contractuelle en raison du principe de non-option, le titulaire de droits se retrouverait privé des garanties prévues par la directive 2004/48, en particulier de la saisie-contrefaçon et des dommages et intérêts étendus, ce qui ne semble pas conforme au droit de l'Union. Ainsi, si le principe de non-option peut apparaître comme une difficulté en droit interne, il convient d'y trouver les solutions. A cet égard, le gouvernement français relève, d'une part, que ce principe connaît déjà des exceptions, notamment purement jurisprudentielles, et d'autre part, que l'action en contrefaçon pourrait également être considérée comme un régime de responsabilité *sui generis*. La difficulté semble donc pouvoir être levée, sous réserve d'une interprétation conforme de notre droit, consistant à considérer que l'action en contrefaçon peut être mise en œuvre y compris à l'encontre d'un licencié.

La Commission européenne, dans ses observations, apparaît sur la même ligne que la France dans cette affaire. L'affaire, à laquelle aucun autre Etat membre ne s'est associé, sera jugée sans audience, les conclusions de l'avocat général sont attendues pour septembre prochain.

Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP) pose une question concernant une affaire portant sur une société sœur allemande au sujet du *framing*. A la suite des décisions *Svensson* et *Best Water*, il est considéré qu'il n'y a pas de droit de communication au public lorsqu'une œuvre est mise en ligne sans restriction technique, ce qui constitue un sujet dans les arts visuels puisque l'ADAGP délivre des autorisations aux musées pour qu'ils puissent mettre en ligne les œuvres de leurs collections et n'assortit pas les contrats de la nécessité de mettre des mots de passe, ce qui signifie que d'après la décision de la CJUE, n'importe qui peut ensuite se *framer* sans autorisation, ce qui conduit à un épuisement du droit de communication au public. L'ADAGP a trouvé une astuce technique permettant de mettre dans le code des images un code qui

empêche le *framing*. Sa société sœur allemande s'est vue demander par la bibliothèque nationale allemande une autorisation générale pour mettre en ligne toutes les œuvres nationales protégées. Elle a accepté à condition que soit mis en place ce code qui empêche le *framing* afin d'éviter un épuisement du droit de communication au public. La bibliothèque nationale a refusé car elle souhaitait mettre les œuvres en ligne sans condition et a argué du fait que la société d'auteur ne pouvait pas imposer à la bibliothèque de mettre en place une mesure technique permettant d'empêcher le *framing*. La Cour suprême allemande a transmis à la CJUE. Marie-Anne FERRY-FALL souhaite savoir si le ministère de l'Europe et des affaires étrangères a été saisi de cette question.

Agnès DANIEL répond qu'elle n'a pas d'information sur cette question préjudicielle. Cette question n'a pas encore été notifiée par la CJUE, de sorte que le ministère des affaires étrangères et le ministère de la culture n'ont pas encore eu à prendre position. Le choix d'intervenir ou non dépend de l'incidence que la question préjudicielle a sur le droit français de sorte qu'elle invite l'ADAGP à faire part de ces préoccupations au ministère de la culture.

Olivier JAPIOT cède la parole à Pierre SIRINELLI et Sarah DORMONT pour la présentation du rapport sur les ventes passives.

VI. PRESENTATION DU RAPPORT DE LA MISSION SUR LES VENTES PASSIVES

Pierre SIRINELLI signale d'une part, que le rapport transmis aux membres est dans sa forme normalement définitive mais qu'il est susceptible d'enrichissements. Sa rapporteure et lui-même ont en effet prévu d'ajouter dans les annexes de nouveaux documents transmis par certains producteurs étrangers. D'autre part, Pierre SIRINELLI fait observer que le rapport est plutôt centré sur l'économie des œuvres audiovisuelles mais que d'autres secteurs sont également touchés par la question, notamment celui du livre. Dans la mesure où il était délicat d'insérer dans le rapport les développements relatifs au livre, car le secteur n'est pas touché de la même façon que le secteur audiovisuel, un document supplémentaire est intégré à la fin du rapport concernant l'univers du livre.

Pierre SIRINELLI explique que, depuis la dernière séance plénière, la Mission a essayé de

s'inscrire dans le droit fil des conclusions déjà évoquées en y incorporant l'évolution normative européenne, notamment l'évolution de tous les projets de directives devenus directives depuis, ainsi que la décision rendue par le tribunal de première instance de l'Union européenne dans le prolongement de l'affaire *Sky*, dans le cadre d'une demande formulée par Canal Plus.

Pierre SIRINELLI tient à rappeler qu'il s'agit d'un rapport sur la théorie des ventes passives appliquée à l'audiovisuel en général et non un commentaire de l'affaire *Sky*, même si cette dernière a nourri la réflexion ici ou là.

La présentation du rapport se décompose en trois temps: la définition de la théorie des ventes passives, les objections qu'il est possible de présenter à l'application de cette théorie, puis les propositions présentes à la fin du rapport.

Sarah DORMONT commence par rappeler ce qu'est une vente passive et pourquoi la question s'est posée dans le secteur de l'audiovisuel. Une vente passive est une vente conclue à la suite de la sollicitation d'un client, c'est alors le vendeur qui est passif. La question se pose dans le cadre des accords verticaux, accords qui lient des fournisseurs et des distributeurs pour améliorer la distribution de biens ou de services. Certains d'entre eux reposent sur un partage géographique des marchés. Or le droit de la concurrence envisage un tel partage comme, *a priori*, une entente prohibée par l'article 101§1 du TFUE. Pour qu'un tel accord puisse bénéficier du règlement d'exemption, c'est-à-dire qu'ils soit licite par principe, l'accord doit admettre les ventes passives. Admettre les ventes passives signifie qu'un client en dehors de la sphère d'exclusivité du distributeur peut solliciter celui-ci spontanément. Il existe des exemples de ce type dans le marché des cosmétiques, de l'automobile, des secteurs de biens matériels. C'est une logique *de minimis* : le droit de la concurrence impose ces ventes car on suppose que peu de ventes seront ainsi sollicitées spontanément. Le système permet de ne pas casser les accords d'exclusivité tout en permettant une mise en œuvre un peu plus souple. En réalité l'imposition des ventes passives renvoie à une logique de libre circulation, d'abolition des frontières car on constate que, très souvent, les exclusivités territoriales, se font sur la base de territoires Etat membre par Etat membre. On notera que l'analyse économique démontre que des exclusivités territoriales ont en réalité souvent un réel intérêt en termes d'efficacité économique. Aussi la logique de libre circulation et la logique économique ne sont pas toujours

en phase.

La distribution des œuvres cinématographiques sur le territoire européen repose sur des accords verticaux qui sont doublés traditionnellement d'une interdiction des ventes passives, ce que la Commission européenne qualifie de restriction territoriale absolue - ce qui pose, en creux, la question de savoir si une exclusivité peut être autre qu'absolue.

La distribution cinématographique se fait précisément sur la base d'accords verticaux entre des producteurs et des distributeurs comme des chaînes de télévision. La raison d'une telle organisation est double: les producteurs incitent les distributeurs à procéder à des efforts de distribution des œuvres, l'éditorialisation au sens large, et les producteurs s'assurent ainsi en amont une part importante du préfinancement des œuvres auprès des distributeurs qui sont incités à le faire car ils sont assurés en aval d'une exclusivité pour la distribution des œuvres au moins pour un temps et un territoire donnés.

Les accords verticaux entre studios américains et chaînes européennes comprennent en général des clauses qui interdisent aux distributeurs de répondre à des sollicitations provenant de clients sur des territoires situés en dehors de l'exclusivité des chaînes. Autrement dit, ils interdisent les ventes passives. Partant de ce constat, dans le prolongement de l'affaire *Premier League*, la Commission européenne a ouvert une enquête en janvier 2014, ce qui a constitué le début de l'affaire *Sky*, et a conduit à un certain nombre d'engagements de la part des studios et diffuseurs de mettre fin à la prohibition des ventes passives. En France, *Canal Plus* s'est opposé à son engagement ce qui a donné lieu à la décision du Tribunal de grande instance de l'Union européenne du 12 décembre 2018.

Pierre SIRINELLI précise que la mission a essayé de s'interroger sur le bien-fondé de cette théorie au secteur de l'audiovisuel. Si l'on comprend la logique de la commission européenne et de la DG Concurrence, il semble que l'application de cette théorie présente plusieurs inconvénients. Elle paraît en effet artificielle, peu heureuse, pour ne pas dire dangereuse, non cohérente, et inutile.

L'application de la théorie des ventes passives semble artificielle, pour deux raisons. En effet, la théorie est née pour un monde matériel où ses points d'application sont peu nombreux avec peu d'impacts sur le plan industriel. Dans l'univers immatériel, tout se transforme et il est

vraisemblable que l'effet viral des réseaux conduise à deux séries de situations. Soit le bouche-à-oreille entre consommateurs est tel que la demande de ventes passives est considérable, on est donc au-delà de la logique *de minimis* qui permet de légitimer l'application de la théorie ; Soit on a affaire à un distributeur malin qui décide d'organiser un bouche-à-oreille pour faire savoir qu'il est prêt à répondre aux ventes passives et, la démarche émanant du distributeur, les ventes sont directement actives.

L'application de la théorie des ventes passives est artificielle pour une deuxième raison qui est que le but de l'opération est de combattre les exclusivités territoriales absolues. Or, s'il est vrai qu'il existe des exclusivités territoriales absolues, dans le cas de l'audiovisuel, dans le champ de la télévision, elles ne sont que temporaires et glissantes, puisqu'une chaîne de télévision va ensuite laisser le droit de retransmettre à une autre, etc. Il n'y a pas d'effet territorial absolu. En outre, d'autres vecteurs de communication sont mis à disposition du public, le DVD, la VOD, la SVOD, aussi bien en amont qu'en aval de la distribution par la voie télévisée. Il n'y a donc pas d'impossibilité absolue pour le consommateur d'avoir accès aux œuvres, les conditions d'application de la théorie ne paraissent donc pas réunies.

L'application de cette théorie présente un deuxième inconvénient, elle n'est pas heureuse dans ses effets car tout le secteur de l'audiovisuel, notamment des films, repose sur une économie fondée sur un émiettement. Les producteurs français ou européens n'ont pas la surface financière pour pouvoir seuls assurer le financement d'une œuvre audiovisuelle. Ils ont recours à un système de prévente dans lequel les distributeurs, en échange de l'exclusivité, participent au plan de financement, en espérant que, grâce à l'exclusivité qui leur a été conférée, en aval, ils puissent avoir un retour sur investissement. Si l'on casse ce principe d'exclusivité, il est certain que, peu à peu, les petits distributeurs qui participaient à ce mode de financement disparaîtront. On peut soit redouter un ralentissement de la production audiovisuelle en France, de sorte que le consommateur qui dans un premier temps pourrait dire qu'il est gagnant car disposant d'un accès plus aisé aux œuvres, sera perdant car la production sera moins importante. Pire, si ces petits distributeurs disparaissent, les plus gros viendront les remplacer. Se substituera alors un système avec de gros distributeurs, une verticalité totale, qui seront les seuls à même d'avoir la surface financière pour appliquer ces plans de financement. Autrement dit, l'application d'une théorie participant prétendument du droit de la concurrence a pour effet de provoquer un effet anticoncurrentiel. Il semble que l'analyse de la Commission européenne soit

à courte vue.

Cette théorie paraît également dangereuse sur le plan de la concurrence, notamment à propos du prix. Les gros distributeurs se délocaliseront dans pays où TVA est plus faible.

Sarah DORMONT ajoute que, dans le contexte de niveau normatif européen, la question de la territorialité des droits a été énormément discutée. Le rapport s'achève alors qu'on est dans le cadre d'une orientation très inverse de celle de la Commission dans l'affaire *Sky* puisque tous les textes récemment élaborés excluent le champ de l'audiovisuel du travail d'éviction des exclusivités territoriales.

Par ailleurs, l'application de la théorie des ventes passive est apparue comme inutile car elle n'entraînerait que dans très peu de cas la satisfaction de la demande d'un consommateur et c'est là ce qui constitue l'un des paradoxes de cette théorie, puisque de l'aveu même de la Commission, elle permet d'interdire les exclusivités territoriales mais pas de contraindre un distributeur à répondre favorablement à une demande de vente passive. A supposer que l'on puisse reprocher à un distributeur un refus de vente, il pourrait sans doute s'abriter derrière les règles de droit d'auteur car répondre favorablement à une demande de vente passive le conduirait à accomplir un acte de contrefaçon puisqu'il rendrait alors l'œuvre disponible sur un territoire pour lequel il ne possède pas les droits. Cet argument permet d'échapper à l'incrimination du refus de vente. Il ne pourrait en être autrement que si le distributeur acquiert les droits pour les territoires de l'ensemble de l'Union européenne ce qui est actuellement hors de portée des distributeurs existants sauf à souhaiter l'arrivée de gros distributeurs qui élimineraient la concurrence et détiendraient les droits pour l'ensemble des territoires de l'Union européenne.

Pierre SIRINELLI en vient à l'énonciation des propositions formulées dans le rapport.

La première conclusion consiste à dire que la DG Concurrence devrait abandonner l'idée d'appliquer la théorie des ventes passives au secteur de l'audiovisuel, pour toutes les raisons précédemment indiquées, pour éviter les effets anti concurrentiels non désirés.

La première proposition serait de réaliser une distinction suivant que l'œuvre recherchée par le consommateur est disponible ou non sur le territoire de résidence de ce consommateur. Si la demande n'est pas satisfaite sur son territoire de résidence, il est compréhensible qu'il cherche

ailleurs et comme il n'y a pas d'accord pour ce territoire, si le distributeur sur un autre territoire accède à sa demande, il ne méconnaît pas les droits d'un autre distributeur. Certes l'acte de communication au public en dehors du territoire concédé est une contrefaçon mais le diffuseur ne heurte pas le plan de financement général envisagé. En revanche, si l'œuvre est déjà disponible pour le consommateur sur le territoire de résidence du consommateur, il s'agit pour ce dernier essentiellement d'une question de commodité. Dans ce cas, il y a moins de raison de satisfaire cette demande, d'autant que les périls sont très importants. Dans cette hypothèse, la théorie devrait être rejetée mais si la Commission voulait continuer à l'appliquer, il faudrait ajouter des éléments dans son mode de raisonnement actuel. Elle méconnaît actuellement les termes de §3 de l'article 101 du règlement. Lorsque l'exclusivité territoriale peut produire des effets bénéfiques supérieurs aux désagrément anticoncurrentiels, il faut préserver l'accord d'exclusivité. Or, à lire la position de la Commission, il semblerait que ce raisonnement ne soit pas mené. Ensuite, la Commission devrait faire une distinction selon le mode de financement des œuvres. Lorsqu'il est indispensable, pour le financement des œuvres, qu'il y ait un recours à des préventes, comme c'est le cas dans 99% des hypothèses en Europe, la théorie devrait être écartée car elle tue la production audiovisuelle. En revanche, quand l'œuvre a pu être financée intégralement par le producteur, l'application de la théorie paraîtrait moins dangereuse par rapport à l'économie de cette production audiovisuelle. Ainsi, la théorie ne devrait pas être appliquée aux œuvres audiovisuelles européennes, en revanche elle pourrait l'être aux œuvres audiovisuelles américaines. Toutefois, il ne serait pas possible d'écrire une application discriminatoire en fonction de la nationalité.

A supposer que la théorie doive s'appliquer, il faudrait veiller à sanctuariser une petite période d'exclusivité, sans quoi tous les effets dévastateurs seraient susceptibles de se produire.

Si la théorie s'applique, il faut être vigilant quant à sa mise en œuvre. Il est possible de casser la clause d'exclusivité mais pas encore de contraindre le distributeur à accéder à la demande du consommateur car il faut tenir compte de tous les problèmes causés par la mise en œuvre d'une nouvelle infrastructure. Il faut également veiller à éviter le déplacement malicieux (s'installer dans un pays avec TVA plus avantageuse, etc.). Il y a lieu d'observer également qu'une chaîne de télévision par abonnement ne va pas satisfaire une demande pour une œuvre alors qu'elle raisonne par abonnement.

Pour finir, dans l'hypothèse où la théorie serait appliquée et le consommateur satisfait, il serait

préférable de créer une plateforme européenne vers laquelle le consommateur serait orienté plutôt que de s'adresser directement au distributeur. De la sorte se créerait un lien direct entre le producteur – plutôt que le distributeur de l'œuvre.

Olivier JAPIOT remercie Pierre SIRINILLI et Sarah DORMONT pour ce rapport très riche au plan juridique et économique.

Julien LEONARD (UNAF) remercie Pierre SIRINELLI et Sarah DORMONT pour cette analyse toute en nuances. Il n'est toutefois pas sûr de souscrire à l'analyse selon laquelle le consommateur serait à terme, le grand perdant mais reconnaît que la mission a très justement noté de larges problèmes de cohérence dans l'audiovisuel sur les interdictions d'interdire, ce qui pose aussi plus largement la question de l'exclusivité et des chronologies des médias. Il reconnaît que le fait de savoir si l'œuvre est disponible ou non sur le territoire du consommateur est une question essentielle et soutient la mission. Il précise toutefois qu'à la question de la commodité s'ajoutent les questions de pouvoir d'achat et de prix qui sont essentielles pour les consommateurs dans le contexte actuel.

Frédéric GOLDSMITH remercie la mission pour le travail inédit très approfondi réalisé sur ce sujet complexe, domaine dans lequel il y a peu de travaux et de doctrine, souvent considéré comme un principe discrétionnaire du côté de la DGConcurrence. Il précise que l'UPC a lu le rapport avec grande attention. Le volet majoritaire d'analyse de la théorie et de son applicabilité et un volet propositions qui émanent des personnes missionnées. Sur le volet analyse, Frédéric GOLDSMITH trouve que le rapport est très complet. D'une part, il a constaté à quel point il y a un problème d'incompatibilité avec le droit d'auteur qui crée un principe d'épuisement du droit de communication au public qui n'est pas prévu dans les textes sur le droit d'auteur et qui est incompatible avec le principe même du droit d'auteur qui est d'octroyer un droit d'autoriser exclusif et donc une autorisation qui comporte des modalités d'exploitation, un territoire, une rémunération, conditions *sine qua non* de la bonne exploitation de chaque œuvre, sachant qu'en matière cinématographique, chaque œuvre est un prototype qui nécessite des financements, qui peuvent être des préventes mais également des ventes *a posteriori* puisque c'est par le succès sur un territoire qu'il est possible le vendre ensuite à un autre territoire et que les choses s'enchaînent dans le bon sens. De nombreux films ont démarré sur un petit territoire mais ayant connu un certain succès ont été vendus dans d'autres territoires. Par ailleurs, même dans des films prévendus, il y a un calendrier de sortie et de diffusion qui fait qu'entre le début sur un

territoire et l'exploitation sur le même mode d'exploitation sur un autre, une année peut s'écouler, si on remettait en question cette capacité d'exploitation dans le temps, tout le système de financement, de chronologie des médias, serait complètement mis à mal puisque tout repose sur cette succession de fenêtres dans les différents pays aussi bien pour les œuvres européennes que les œuvres américaines. La présentation en droit d'auteur et au regard de la rationalité de l'exploitation des films et de leur financement est très intéressante et approfondie.

Selon l'UPC, les propositions formulées dans le rapport sont des pis-aller. Ce principe de non rationalité de la Commission paraît poser un problème car la mission a mis l'accent sur l'incompatibilité du droit d'auteur (la Commission ne saurait encourager la contrefaçon) et l'incohérence par rapport au processus législatif. L'UPC pense que la rationalité est la base du droit du côté des institutions, en conséquence de quoi la théorie ne devrait pas s'appliquer. Il y a des espaces de discussion sur des modalités, dans le cadre soit de modifications législatives ce qui n'est pas souhaitable alors qu'il y aura révision du règlement géoblocage dans quelques années, et éventuellement dans le cadre de processus contractuel purement volontaire, dans le cadre de concertations, ce qui peut faire l'objet de discussions avec la Commission pour faire évoluer la situation. La complexité casuistique exige de travailler de manière précise. Frédéric GOLDSMITH évoque un exemple d'application de la théorie quand une œuvre n'est pas disponible dans un pays: on n'a pas précisément des œuvres qui ne sont pas disponibles dans un pays mais qui le seront plus tard car il y aura une vente à un distributeur avec exclusivité. avec la théorie des ventes passives, cela n'aurait pas été possible car il aurait été disponible partout en Europe et aucun distributeur n'aurait pris le risque d'investir pour le faire connaître. On ne peut pas forcer la propriété, mais le lancement d'une plateforme européenne serait formidable, un vœu que tout le monde partage, mais c'est un acte volontaire avec des investissements qui exigent d'être effectués et constitue un investissement de longue haleine. En ce qui concerne les propositions, l'UPC souhaite savoir si le rapport est figé, s'il s'agit du début d'une discussion, etc. C'est de la responsabilité des missionnés, cela exigerait des modifications législatives, ce qui n'est pas souhaitable, soit des discussions car cela ferait l'objet d'un processus volontaire, contractuel de la part d'ayants droit qui voudraient s'inscrire dans des réflexions de cette nature. Mais forcer le droit de propriété serait incohérent avec le reste du rapport.

Pascal ROGARD estime que l'exploitation séquentielle est datée, depuis la piraterie. En outre, les grandes plateformes Internet sont mondiales et achètent souvent les droits pour l'ensemble du monde, quand elles ont des règles d'exploitation, comme la chronologie des médias en

France, elles ne sortent pas le film dans le pays concerné, ou n'achètent pas ce pays-là, car elles sont capables d'occulter les territoires qui ne plaisent pas. Ces problématiques sont des problématiques du passé selon Pascal ROGARD.

Frédérique GOLDSMITH répond que, sur le terrain de l'occultation, ces plateformes sont en plein dans l'actualité, puisqu'une occultation s'appelle une exclusivité territoriale, précisément le géoblocage.

Pour Pascal ROGARD estime qu'on a réussi à maintenir le principe de territorialité des droits, mais on voit arriver des grands opérateurs qui ne sont pas européens et qui achètent les œuvres pour des territoires qui dépassent les frontières nationales. Grâce à ces opérateurs on a une circulation des œuvres dans leur version originale avec sous-titrage et doublage. Le problème qui se posait il y a longtemps est aujourd'hui quasiment réglé.

Pierre SIRINELLI a conscience du fait que le monde change et explique qu'il a écrit à Netflix sans jamais recevoir aucune réponse. Il partage la crainte de Frédéric GOLDMISTH de voir le droit d'auteur désacralisé mais il s'agit également d'un combat d'arrière-garde puisque le droit de la concurrence s'est posé depuis longtemps régulateur – pour ne pas dire en prédateur - du droit d'auteur. Il y a également les droits fondamentaux mais le droit d'auteur est un droit de propriété lui aussi analysé comme un droit fondamental. Dès lors la « balance » entre les divers droits fondamentaux ne doit pas se faire automatiquement au détriment du droit d'auteur. A ce titre, le rapport dit bien que l'application de la théorie des ventes passives est dangereuse pour l'exclusivité qui est de l'essence du droit d'auteur. En réponse aux observations de Frédéric GOLDMISTH, il rappelle que la conclusion du rapport est qu'il devrait y avoir un abandon de la théorie.

Ensuite, le reste du raisonnement consiste se demander comment cela devrait s'appliquer dans l'hypothèse où cet abandon pur et simple ne se produirait pas. La théorie viendrait finalement à s'appliquer au goutte à goutte et une telle application éviterait peut-être une nouvelle intervention législative face à des opérateurs ou des consommateurs qui seraient très mécontents d'une évolution qui irait plutôt dans le sens d'une fermeture. Toujours en réponse à Frédéric GOLDMISTH il admet que la question existe pour les ventes ultérieures et que ce thème n'a pas beaucoup été traité dans le rapport qui a analysé la question essentiellement sous l'angle du préfinancement. Les missionnés se plaçaient dans l'idée de l'impossibilité de parvenir à un

financement comme cause de disparition de la production d'œuvres. Les deux phénomènes ne sont pas à mettre en parallèle. Le rapport n'est pas figé, des précisions vont être rajoutées. Dans le fond, les conclusions demeureront les mêmes mais il est possible que leur présentation change un peu afin de dissiper les malentendus. Le rapport écrit laisse peut-être plus de place au doute que la présentation orale faite dans le cadre de la séance. La logique en entonnoir qui a été retenue dans le cadre de cet exposé fait que la théorie ne s'appliquerait qu'au goutte à goutte.

Pierre SIRINELLI conclut que le rapport sera de toute façon complété par l'ajout d'annexes et la présentation de la position relative au livre.

Olivier JAPIOT précise que si certains membres du CSPLA souhaitent voir leurs observations publiées parallèlement au rapport, elles le seront.

Sarah DORMONT précise que les missionnés ont eu le sentiment que la Commission n'est pas toujours à l'aise avec la mise en œuvre de cette théorie - qui semble lui échapper - dans le monde de l'immatériel et en particulier dans le monde de l'audiovisuel.

En outre, elle rappelle que c'est une théorie du droit de la concurrence qui est sensible aux questions d'efficacité économique, qui est l'objectif du droit de la concurrence. Il ne faudrait pas que la volonté de créer, d'instaurer ou de renforcer le marché unique européen favorise seulement les gros opérateurs non européens qui sont capables d'inonder le marché. En ce sens, cela ne semble pas être un combat dépassé.

Arnaud ROBERT (SNE) rejoint ce que dit Sarah DORMONT. Le point de départ de cette problématique est le présupposé de la Commission européenne selon lequel il y a des consommateurs partout en Europe très désireux d'acheter des livres français et n'y ont pas accès à cause de restrictions territoriales. Il précise que tous les livres numériques sont disponibles partout or, les demandes sont quasi nulles.

Obliger un vendeur de livre numérique à devoir répondre à une demande d'achat de n'importe quel consommateur de n'importe quel pays de l'UE poserait d'importantes difficultés pour les détaillants de taille modeste ou moyenne qui rencontreront des difficultés pour gérer les différences de TVA, des droits des consommateurs notamment. Cela reviendrait à favoriser les

très grands acteurs numériques, généralement américains, qui seront les seules à même de gérer toutes les contraintes attachées à ces demandes. La diversité de la filière est d'ailleurs également protégée, dans plusieurs pays européens (France, Allemagne, Belgique, Espagne...), par des lois règlementant le prix du livre. S'il est interdit à un site de vente en ligne de distinguer ses clients selon leur pays d'origine, cela favorisera les pratiques de contournement des lois sur le prix unique en favorisant les détaillants établis dans des pays ne disposant pas d'un tel cadre. Un moratoire de deux ans est prévu pour le livre dans le règlement géoblocage pour l'instant.

Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP) soumet deux remarques. Il remercie Sarah DORMONT de la précision qu'elle a apportée car il est important de savoir que dans le débat qui est présenté aujourd'hui la Commission européenne a compris que la théorie des ventes passives pouvait, de par son impact sur la gestion territoriale des droits, avoir un impact sur la production indépendante européenne. Il est important de rappeler à nouveau que la gestion territoriale des droits est un outil de maximisation de recettes mais aussi et avant tout en Europe le fondement et la contrepartie du financement des œuvres européennes. Il faut le répéter car, même parmi les professionnels, des gens oublient cet élément, même si on pense que le marché va vers un marché avec des acteurs paneuropéens et une gestion paneuropéenne des droits il y aura une période de transition très longue qu'il faudra gérer. Il ne comprend pas que l'on puisse aujourd'hui considérer que la gestion territoriale est aujourd'hui dépassée et n'a plus de sens par rapport à l'Europe, elle a plus de sens que jamais même dans l'idée de développement de grandes plateformes.

Idzard VAN DER PUYL a été surpris par la présentation - puis rassuré par les propositions - qui donne l'impression que l'on part battu et que l'on présente des plans B. L'idée de constituer une plateforme de droits gérée par les producteurs qui permettrait de répondre à des sollicitations de ventes passives est étonnante car il n'est pas sûr qu'elle soit opérationnelle. Il souhaiterait savoir d'où vient cette proposition car elle ne vient pas à sa connaissance des organisations de producteurs elles-mêmes.

Pierre SIRINELLI explique que la proposition finale a été suggérée par des producteurs étrangers et notamment par la Fédération internationale des producteurs. Il rappelle que la mission a entendu autant de producteurs étrangers que de producteurs français pour avoir une vision générale. Cela partait de l'idée que le problème n'était pas une spécificité de l'audiovisuel français mais un problème européen. Les producteurs étrangers entendus par la mission étaient

issus de pays moins importants en production que la France mais soucieux de défendre des positions qui leur permettait d'exister sur le marché. Pierre SIRINELLI ajoute qu'ils ont pris la liberté, en même temps que l'envoi de ce rapport au CSPLA, de l'envoyer à la Commission européenne pour réaction en pensant obtenir des observations à formuler, mais n'ont obtenu aucun commentaire sur le contenu du rapport.

Olivier JAPIOT remercie Pierre SIRINELLI et Sarah DORMONT pour cette réflexion et invite les membres à faire part de leurs observations sur le rapport.

Il passe la parole à Josée-Anne BENAZERAF et Valerie BARTHEZ pour qu'elles fassent part de leurs conclusions provisoires sur la preuve de l'originalité de l'œuvre.

VII. POINT D'ETAPE DE LA MISSION SUR L'ORIGINALITE DE L'ŒUVRE

Josée-Anne BENAZERAF explique que les conclusions de la mission sont encore provisoires car le sujet est quasi exclusivement jurisprudentiel et qu'il paraissait intéressant de pouvoir échanger au préalable avec les magistrats qui rendent les décisions que Valérie BARTHEZ et elles-mêmes sont chargées d'analyser. Un contact a d'ores et déjà été pris par l'intermédiaire de la Chancellerie mais les magistrats spécialisés ont indiqué qu'ils préféreraient réagir sur la base d'un rapport écrit plutôt qu'en amont. Le rapport provisoire leur sera donc communiqué, à la suite de quoi, Josée-Anne BENAZERAF et Valérie BARTHEZ reviendront vers les membres avec leurs éventuelles réactions avant de rendre un rapport sous une forme définitive.

La conduction des travaux s'est faite en trois phases: l'analyse de la jurisprudence, l'évaluation de ses impacts et la formulation de solutions.

L'analyse de la jurisprudence s'est voulue assez approfondie et a porté sur une recension quasi systématique sur deux ans qui a permis de constater un certain nombre d'évolutions depuis une quinzaine d'années.

La jurisprudence qui pose problème à l'heure actuelle est celle des chambres spécialisées en matière de propriété intellectuelle au civil et dans les litiges de contrefaçon. La jurisprudence n'est pas totalement uniforme, notamment en matière correctionnelle, des décisions moins exigeantes admettent dans une certaine mesure que l'on puisse se fonder sur des présomptions.

Josée-Anne BENAZERAF et Valérie BARTHEZ ont également pu constater que, dans le cadre

de l'action en cessation sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, une véritable présomption d'originalité pour les œuvres audiovisuelles a été consacrée.

Elles soulignent également une question concernant les actions spécifiquement engagées par les organismes de gestion collective car certaines décisions de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont admis qu'ils n'avaient pas à rapporter la preuve de l'originalité des œuvres de leur catalogue pour lesquelles ils agissent, mais ces jurisprudences ont été démenties par un jugement assez récent au sujet de la Société des auteurs de Jeux mais qui concerne une matière à la limite de la protection.

Josée-Anne BENAZERAF donne un exemple de décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 5 octobre 2018. En l'espèce, la Cour a considéré qu'*"il revient à celui qui se prévaut d'un droit d'auteur dont l'existence est contestée de définir et d'explicitier les contours de l'originalité qu'il allègue"*. Des termes *"dont l'existence est contestée"*, il est possible de déduire que s'il n'y a pas de contestation, le demandeur n'a pas à prouver originalité. C'est ce qu'il est possible de déduire de la plupart des décisions rendues mais il y a des exceptions, donc l'incertitude demeure. L'emploi des termes *"définir et explicitier les contours de l'originalité"* signifie que le demandeur n'a pas à prouver mais à expliquer. Selon les magistrats, le défendeur doit pouvoir, en application du principe du contradictoire, connaître précisément les caractéristiques de l'œuvre revendiquées pour apporter la preuve qui lui incombe de l'absence d'originalité. Josée-Anne BENAZERAF expose la jurisprudence qui donne l'impression d'imposer au demandeur de prouver l'originalité alors que finalement c'est le défendeur qui a la charge de prouver l'absence d'originalité. Mais pour permettre à ce dernier de le faire, le demandeur doit expliciter pour chacune des œuvres qui sont le sujet de son action ce sur quoi porte selon lui l'originalité, ce qui revient au même puisque la charge relativement lourde est imposée aux personnes ou aux organismes.

Valérie BARTHEZ explique que les difficultés auxquelles ont pu faire face les professionnels ou les personnes qui ont été auditionnées dans le cadre de la mission portent essentiellement sur trois problématiques. La première est que, en l'absence de critère objectif, il y a aujourd'hui une réelle incompréhension sur l'objet même de la preuve, c'est-à-dire sur les éléments à apporter et à quel moment de la procédure les apporter. Ces difficultés étaient, selon un certain nombre de personnes auditionnées, de nature à *"neutraliser le droit d'agir en justice"*. A ce sujet, il existe actuellement une affaire pendante devant CJUE, portant sur une affaire de TVA en matière de photographie. En parlant d'une instruction fiscale qui aurait à sa saisir de du

caractère artistique d'une œuvre, l'avocat général en arrive à la conclusion que cette tentative porte atteinte à la sécurité juridique (Conclusions du 7 mars 2019 - Affaire C 145/18 Regards Photographiques SAR contre Ministre de l'Action et des Comptes publics)

La deuxième problématique concerne l'aspect matériel. Dans le cadre de contrefaçons de masse, de nombreux professionnels disent aujourd'hui prendre la décision de ne pas agir en justice du fait de la complexité que représenterait le dossier s'ils devaient, dès l'assignation, démontrer l'originalité œuvre par œuvre. Ils citent des exemples de conclusions de plus de 500 pages, pour lesquelles les ayants droit souhaitaient aller jusqu'au bout, ce qui nécessitait d'embaucher ou de renforcer des équipes pour effectuer l'analyse, ce qui conduisait dans certains cas à renoncer à l'action en justice.

La troisième difficulté est celle de l'insécurité juridique permanente. A partir du moment où un juge statue sur l'originalité ou la non originalité d'une œuvre, cela signifie que pèsera toujours sur l'auteur l'incertitude liée à la qualification d'originalité de son œuvre et donc du bénéfice de la protection au titre du droit d'auteur.

Josée-Anne BENAZERAF dit qu'à partir de ce constat, il serait nécessaire de faire évoluer cette jurisprudence car elle réduit la protection des personnes qui souhaitent agir en justice.

Elle ajoute que la mission a conduit à étudier le cadre contraignant au niveau juridique, notamment en ce qui concerne le droit de la preuve. Cette étude a notamment permis de balayer certaines idées reçues, notamment le principe que tout le monde admet à priori selon lequel il incomberait au demandeur d'apporter la preuve, ce qui n'est pas toujours le cas. Les missionnées se sont appuyées sur un rapport de la Cour de cassation sur la preuve datant de 2012, mentionnant une multitude de solutions pratiques qui répondent à des cas différents. Il ressort de ce rapport qu'il est impossible d'en tirer une règle générale, ce qui est intéressant pour le sujet de la preuve de l'originalité. Plusieurs critères peuvent être pris en compte.

Le premier critère découle de la théorie du fait constant, selon laquelle un fait non contesté n'a pas à être prouvé, ce qui présente un intérêt certain en matière d'originalité.

Le deuxième critère est celui de l'anormalité de l'allégation, ce qui signifie que celui qui lutte contre les apparences doit les détruire pour prouver qu'elles ne correspondent pas à la réalité. En matière de droit d'auteur, lorsque le défendeur a massivement exploité des œuvres en vertu d'un contrat dont les effets sont éteints, s'il continue à les exploiter, et qu'un procès est engagé

contre lui, il serait invraisemblable de soutenir qu'elles ne sont pas originales. Cette situation invraisemblable allant contre une apparence, il paraît logique d'imposer au défendeur d'apporter la preuve de l'absence d'originalité. Ce cas peut être étendue à d'autres situations, comme par exemple des œuvres éditées, exposées dans de grand musées, exploitées de manière à les rendre notoirement connues. L'application de ce principe ne devrait-elle pas conduire à imposer au défendeur de prouver qu'il n'y a pas d'originalité?

Le troisième critère est l'aptitude à la preuve. Cela consiste à dire que si une partie ne peut pas matériellement apporter la preuve qu'on veut mettre à sa charge, il faut alléger son fardeau. Cela touche un certain nombre de situations relatives à la preuve de l'originalité, notamment quand action n'est pas engagée par l'auteur lui-même, parce qu'il est mort, ou qu'elle est engagée par un OGC ou un syndicat. La personne en charge de la défense du droit d'auteur n'a alors pas la possibilité de savoir où l'auteur a placé l'idée de l'originalité qu'il aurait revendiquée.

Ces principes permettent d'aborder un certain nombre de situations et de dire que, finalement, on pourrait faire du cas par cas, ce qui est une des solutions envisagées.

Deux solutions sont envisagées par Josée-Anne BENAZERAF et Valérie BARTHEZ. La première est une casuistique, permettant de dégager des principes selon les cas de figure envisagés, sur la base du droit de la preuve, la deuxième serait une solution plus globale.

La solution pointilliste est évidente sur certains points notamment le fait de ne pas imposer au demandeur d'apporter la preuve de l'originalité des œuvres en question en l'absence de contestation, ce qui paraîtrait contre-productif. Il semble aussi que la contestation, si elle est émise, doit être un minimum argumentée et qu'il ne suffise pas de contester l'originalité pour que le demandeur se retrouve avec la charge de la preuve. Ensuite, il semble que la charge de la preuve doive être imposée au défendeur dans tous les cas que l'on pourrait englober sous le principe de la mauvaise foi car le but est de rétablir la bonne foi au cœur du procès car il apparaît que la charge de la preuve a été utilisée pour contester l'originalité là où elle n'aurait pas été contestée antérieurement. Il serait utile d'élaborer une casuistique des cas dans lesquels la charge de la preuve incomberait à l'une ou l'autre des parties mais cela pose quand même le problème de savoir comment imposer les solutions puisque l'on s'adresse à des magistrats qui font ce qu'ils souhaitent. Si la mission ne parvient pas à convaincre les magistrats, l'étape 2 est une solution plus radicale et consisterait à présumer l'originalité, avec une difficulté supplémentaire qui est que l'originalité n'existe pas dans le code de la propriété intellectuelle, sauf pour les titres. Il faudrait alors introduire dans le code de la propriété intellectuelle

l'exigence d'originalité pour dire ensuite qu'il n'appartient pas forcément au demandeur de la démontrer.

Josée-Anne BENZAERAF et Valérie BARTHEZ proposent ainsi l'insertion d'une incise dans l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle, qui serait ainsi rédigé: "*l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, sauf à ce qu'elle soit dépourvue d'originalité, et du seul fait de sa création, d'un droit de propriété exclusif et opposable à tous*". L'ajout de cette mention dit en principe qu'il serait logique qu'une oeuvre soit originale et que si elle ne l'est pas, il faut pouvoir le démontrer. La solution est radicale, mais d'un autre point de vue, les magistrats prennent de la liberté par rapport au texte et pourraient ouvrir les cas dans lesquels ce serait au demandeur d'apporter la charge de la preuve.

Olivier JAPIOT remercie Josée-Anne BENZAERAF et Valérie BARTHEZ et invite les membres à réagir.

Hervé RONY (SCAM) se réjouit des conclusions provisoires de la mission. Il rappelle l'importance d'avoir une position à rebours d'une jurisprudence contestable sur l'établissement de la preuve, d'autant que le problème d'originalité est plus compliqué à établir dans le cas d'exploitation de masse, ce qui se produit de plus en plus avec le numérique. Il pense qu'il n'y a pas de rédaction idéale et que celle de Josée-Anne BENZAERAF et Valérie BARTHEZ peut se justifier. Il suggère que la rédaction suivante, qui renforcerait la formulation: "*l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, sauf à ce qu'elle soit dépourvue d'originalité*". Il félicite et remercie Josée-Anne BENZAERAF et Valérie BARTHEZ et espère que les magistrats comprendront ces observations.

Les éditeurs s'interrogent sur l'ambivalence de la rédaction qui conduit à déduire que si l'oeuvre n'est pas originale, ce n'est pas une oeuvre.

Josée-Anne BENZAERAF répond que, dans le code de la propriété intellectuelle, il n'y a pas de condition d'originalité qui est toutefois difficilement contestable car elle est partagée par la jurisprudence communautaire et figure dans un certain nombre de directives. Un pan de la doctrine dit qu'il n'y a pas besoin d'originalité pour qu'une oeuvre soit protégée. Deux questions se posent, celle de savoir ce qu'est une oeuvre et ensuite celle de l'originalité. En principe ce sont deux choses différentes. Le fait de savoir ce qu'est une oeuvre ne pose pas de difficulté ici. En ce qui concerne les critères de protection, il semble impossible de dire aujourd'hui que l'originalité n'en fait pas partie. La question est de savoir comment l'introduire d'une manière qui permette que, par principe, une oeuvre soit considérée comme étant *à priori* originale et sauf

à ce qu'il soit démontré le contraire.

Les éditeurs ont une approche pratique de ce genre de procédure, dans ce genre de contentieux où la preuve doit être apportée de part et d'autre en cas de réclamation pour parasitisme ou contrefaçon. Il est difficile de schématiser ce que pourraient être des conditions ou une approche car chaque cas est particulier. Selon les éditeurs, les jurisprudences ont bien balancé au cas par cas en fonction des sujets.

Pour Josée-Anne BENAZERAF, c'est une question d'opinion, mais lorsqu'un ayant droit veut engager une action en contrefaçon qui porte sur 8000 extraits d'émission et que la jurisprudence impose de démontrer l'originalité de chacun de ces 8000, au-delà des 500 pages de conclusions elle n'est pas certaine que cela ne le dissuade pas d'investir dans un procès. Un certain nombre d'acteurs économiques n'agissent plus sur le fondement du droit d'auteur mais préfèrent invoquer le droit voisin car cela ne nécessite pas de démontrer l'originalité. Le but du rapport est vraiment casuistique et pratique.

Olivier JAPIOT remercie Josée-Anne BENAZERAF et Valérie BARTHEZ et annonce que Laurence FRANCESCHINI est retenue au Conseil d'Etat pour une audience et ne pourra donc pas présenter les conclusions de sa mission sur le droit voisin des éditeurs de presse. Il précise qu'elle poursuit sa collaboration avec le ministère dans le cadre des navettes parlementaires sur la proposition de loi sur le droit voisin ainsi que l'évoquait le ministre.

Olivier JAPIOT laisse alors la parole à Alexandra BENSAMOUN et Joëlle FARCHY.

VIII. POINT D'ETAPE SUR LA MISSION SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Joëlle FARCHY commence par rappeler que la question de départ portait sur l'analyse des questions nouvelles posées par l'intelligence artificielle à la création culturelle. Très vite, il est apparu que, sous l'angle économique, on ne pouvait pas se placer du seul point de vue de la création puisque l'ensemble de la chaîne de valeur, aussi bien la production que la recommandation, était impacté.

Pour comprendre l'impact de l'intelligence artificielle sur le secteur culturel, il faut préalablement répondre à la question d'apparence anodine de savoir ce qu'est l'intelligence artificielle. La mission a toujours l'ambition de produire un rapport relativement court ce qui,

paradoxalement, nécessite du temps.

Alexandra BENSAMOUN explique que Joëlle Farchy et elle-même se sont intéressées aux différentes techniques d'IA identifiées. En ce qui concerne les solutions, les pistes seront présentées à l'occasion de la séance plénière de l'automne. La Commission européenne demande à ce que soient adaptés les critères de "*création intellectuelle propre à son auteur*", ce qui impose de relire chacun des critères à l'aune de cette recommandation et d'essayer de comprendre ce que serait l'originalité, la conscience de la création, le lien à l'auteur personne physique qui est une condition qui semble exiger bien au-delà de nos frontières. Cela nécessite de revoir les conditions d'accès à la protection.

Elle explique qu'une autre solution proposée – notamment par la doctrine canadienne – est celle d'un élargissement du domaine public. Les créations issues de l'intelligence artificielle devraient y être versées au bénéfice de tous.

La mission va également envisager des voies plus spécifiques, par exemple avec la création d'un droit "*sui generis*", sur le modèle du droit des producteurs des bases de données en récompense d'un investissement, ou encore la création d'un droit voisin, un peu à l'image du droit du propriétaire d'un support qui publie une œuvre posthume.

Toutes ces pistes seront exposées à la rentrée.

Joëlle FARCHY précise que, concernant les aspects économiques, la question centrale est celle de l'accès aux données (métadonnées, données d'usage), et de savoir comment elles sont produites, accessibles, par qui, etc.

Alexandra BENSAMOUN précise que, s'agissant des données entrantes qui sont des œuvres, la directive DAMUN impose une exception TDM large avec une possibilité pour les auteurs de sortir de l'exception. C'est un sujet complexe, qui fera l'objet de discussions avec le ministère, et Alexandra BENSAMOUN invite à ce titre les membres à soumettre leurs idées sur l'exception TDM/IA

En l'absence d'intervention des membres, Olivier JAPIOT les remercie et donne la parole à Jean-Philippe MOCHON.

IX. POINT D'ETAPE SUR LA MISSION SUR LES OUTILS DE RECONNAISSANCE DES ŒUVRES SUR LES PLATEFORMES

Jean-Philippe MOCHON propose de discuter des points de fond dans le cadre d'une réunion qui sera organisée par la mission pour prendre le temps nécessaire avec les membres qui le souhaitent et de se concentrer ici sur les points de méthode.

La mission a commencé ses travaux dès l'adoption de la directive et travaille dans la perspective d'un rapport prévu à l'automne. Le sujet qui porte sur les outils de reconnaissance des contenus renvoie au système d'empreintes déployés sur les plateformes mais aussi à l'ensemble des autres méthodes et technologies ayant le même objet, y compris le *watermarking*, et les réflexions plus prospectives comprenant le recours à l'intelligence artificielle.

L'objectif est d'approfondir l'analyse et les propositions sur ce sujet déjà bien éclairé par la mission conduite par Olivier JAPIOT dans le rapport de novembre 2017. La mission conjointe avec la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) et le Centre du cinéma et de l'image animée (CNC) permet de bénéficier de l'ensemble de expertises et des travaux que l'Hadopi a pu déjà conduire depuis plusieurs années. De même, le CNC est intéressé par le sujet à de multiples titres (au titre de son rôle dans les filières du cinéma et de l'audiovisuel, du jeu vidéo et des vidéastes ainsi qu'à travers son expérience des négociants et accords entre l'ALPA et les plateformes). Une vingtaine d'auditions ont déjà été organisées, avec les plateformes, les ayants droit intéressés par ces problématiques, les prestataires actifs dans ce domaine, et les représentants des utilisateurs.

Les premiers constats effectués par la mission sont que les outils de reconnaissance des contenus jouent un rôle essentiel dans la lutte contre la mise à disposition illicite des contenus, mais aussi dans la rémunération de la création. Ils sont utilisés par les différentes filières (audiovisuel, musique) de manière différente et sont mis en œuvre par les professionnels de façon croissante mais avec un rythme, des solutions et des performances encore disparates, ce qu'ont confirmé les premières auditions.

Du point de vue de l'évaluation, ces outils reposent sur des technologies aux performances qui peuvent présenter une réelle efficacité, même si un certain nombre de limites ont été identifiées, qu'elles tiennent à la complexité, au coût global du dispositif, aux questions de transparence, à la difficulté pour certains titulaires de droit à faire concorder leur catalogue et le fonctionnement des systèmes d'empreintes existants, à la situation des secteurs non concernés par les systèmes d'empreintes existants ou la multiplicité des empreintes suivant les plateformes. Le débat de ce point de vue est renouvelé à l'article 17 de la directive, ce qui conduit la mission à explorer

plusieurs pistes de travail.

La première piste de travail concerne l'évaluation du fonctionnement actuel des outils de reconnaissance, aussi bien du point de vue de leur robustesse dans la reconnaissance que des fonctionnalités mises à disposition des ayants droit ou encore de la finesse de reconnaissance, y compris avec les risques de blocages injustifiés.

La deuxième piste porte sur la perception et l'adoption des outils de reconnaissance de contenus, qui varie fortement à la fois sur les initiatives des plateformes et suivant les secteurs de la création (musique, audiovisuel, image fixe etc.). Ce travail conduit à travers les auditions mais aussi des études sur lesquelles l'Hadopi est particulièrement impliquée.

La troisième piste consiste à examiner l'économie du recours à ces outils de reconnaissance pour autant que les informations soient disponibles : quels types d'investissements, quelle nécessité pour les plateformes de développer des outils propriétaires ou au contraire quelle possibilité de trouver des outils disponibles sur le marché, y compris avec une dimension prospective. Il s'agit aussi de s'interroger sur le fait de savoir s'il existe des solutions mutualisables, éventuellement en *open source*, et quelles sont les perspectives.

La quatrième piste consiste à déterminer la place des outils de reconnaissance de contenus dans la mise en œuvre de l'article 17 de la directive, qui a été très discuté sur ce point et qui le reste dans certains Etats membres (cf. recours du gouvernement polonais devant la Cour de justice ou, dans un autre registre, position très prudente du gouvernement allemand). Il s'agit de déterminer la portée qui doit être donnée à la notion de « meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle » qui est exigée des plateformes par l'article 17 et de savoir dans quelle mesure les outils existants correspondent à ces « meilleurs efforts ». En l'état de l'art, il semble acquis pour nombre de praticiens que c'est au regard des solutions aujourd'hui déployées par les principales plateformes que doivent être définis ces meilleurs efforts, mais cela reste un point très important dans le débat européen, et il appartiendra donc au rapport de le préciser et d'en documenter les enjeux.

Le dernier sujet est le fonctionnement des outils de reconnaissance dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17, ce qui pose beaucoup de questions, y compris sur le fonctionnement des exceptions..

L'objectif de la mission est donc de contribuer à une doctrine française pour accompagner la

réflexion sur ces outils de reconnaissance dans la perspective de la transposition.

Vincent FLORANT (CNC) souhaite rappeler que ces outils sont aussi très importants dans la lutte contre le piratage et que le CNC souhaite qu'ils soient utilisés le plus largement possible, ce qui n'est pas encore le cas actuellement. Des discussions avec les ayants droit vont se poursuivre pour qu'il soit fait un usage plus large de ces outils.

Olivier JAPIOT remercie Jean-Philippe MOCHON pour sa présentation et se réjouit de cette coopération avec le CNC et l'HADOPI, qui concerne un sujet particulièrement important au stade de la transposition, sujet auquel il se dit sensible pour y avoir déjà travaillé dans le cadre de l'élaboration de la directive. La question du champ d'application va aussi se poser dans les travaux pratiques sur la transposition de l'article 17. Au-delà de la réflexion du gouvernement, les travaux du CSPLA seront très utiles en vue de l'élaboration des lignes directrices de la Commission européenne favorisant une harmonisation des pratiques au niveau européen, lignes directrices dont le premier rapport du CSPLA sur le sujet préconisait l'élaboration, car il existe encore des incertitudes sur le fait de savoir si le pays de destination pourra faire prévaloir ses règles, thèse défendue par la France. Olivier JAPIOT donne la parole à Jean MARTIN pour dire quelques mots sur sa mission sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée.

X. POINT D'ETAPE SUR LA MISSION SUR LA REALITE VIRTUELLE ET LA REALITE AUGMENTEE

Jean MARTIN commence par expliquer que la réalité virtuelle, si elle peut être perçue comme un gadget, concerne une grande variété de domaines, des jeux vidéo aux modèles numériques de terrain, de pilotage de missiles, en passant par les nouvelles applications développées comme les tests de chirurgie, l'apprentissage professionnel. Un ensemble de secteurs qui s'approprient cette vieille technologie qui consiste à mettre un individu en immersion totale. Jean MARTIN rappelle que la réalité peut aussi être augmentée et que le patrimoine s'ouvre à des démarches de cette nature qui permettent de reconstituer, totalement ou partiellement, des sites tels que Palmyre ou le château de Fontainebleau.

Les questions qui se posent au sujet de la réalité virtuelle et augmentée aujourd'hui sont les suivantes: y a-t-il une économie? un droit est-il applicable et quel droit? S'agit-il de restitutions pures et simples de la réalité qui ne seraient pas source d'originalité? ou au contraire s'agit-il d'un outil, à l'image de la technique photographique, avec laquelle le photographe est

susceptible d'exprimer sa sensibilité, permettant de marquer le résultat de son empreinte personnelle?

Jean MARTIN constate une forte demande d'un certain nombre de personnes revendiquant le droit de créer *via* la réalité virtuelle et donc le statut de créateur et la protection de l'œuvre. Les investisseurs peuvent être intéressés par une clarification juridique afin de savoir s'ils peuvent bénéficier d'une protection efficace, claire et sécurisante de la propriété intellectuelle, donc autres que les protections généralistes. Problématique traditionnelle avec l'évolution des techniques, elle se renouvelle compte tenu de la multiplicité des terrains d'application de la RVA. Cet enjeu est stratégique et présente des défis économiques et juridiques.

La mission est attachée à une démarche très pragmatique consistant à écouter les acteurs et confronter les différents points de vue. Elle a envisagé une méthode d'atelier, consistant à recevoir les auteurs pour qu'ils expriment leurs besoins et leurs désirs afin d'examiner les revendications susceptibles d'être prises en compte et trouver un équilibre favorable au développement de la RVA dans les divers secteurs d'application.

Le secteur de la culture n'est pas étranger à la demande, qu'il s'agisse du théâtre ou du milieu du luxe par exemple.

La mission a encore un gros travail à fournir, par l'organisation d'ateliers, rencontres et d'auditions. Il lance un appel à l'ensemble des membres qui seraient intéressés, et concernés, par le sujet.

Olivier JAPIOT remercie Jean MARTIN.

XI. QUESTIONS DIVERSES

Olivier JAPIOT poursuit la séance par la présentation de la charte des bonnes pratiques dans le domaine de la fabrication additive et de l'impression 3D appliquées à l'art.

Il rappelle avoir présenté en octobre 2018 l'essentiel des éléments du projet de charte sur l'impression 3D dans le domaine de l'art, donc il n'y revient pas et renvoie au compte rendu adopté en début de séance. Il précise que la charte associe des organismes de gestion collective,

des prestataires de numérisation et d'impression 3D, des professionnels du marché de l'art ainsi que le ministre, puisque le ministère a accepté d'assurer le secrétariat de la charte. Il apprécie beaucoup d'avoir bénéficié d'un vrai soutien de l'ADAGP et de l'entreprise Prodways, mais souligne que l'idée d'avoir des contraintes supplémentaires résultant de la Charte rend difficile l'obtention de signatures du côté des prestataires 3D.

Le second volet de la mission consiste à sensibiliser les industriels au risque de contrefaçon lié à l'impression 3D, avec le concours de la Fédération des industries mécaniques.

Olivier JAPIOT rappelle qu'un colloque à ce sujet est co-organisé par le CSPLA le 5 juillet au Sénat.

Frédéric DUFLOT (ADULLACT) annonce qu'il a lu avec attention la charte qui appelle quelques commentaires de sa part. Le dispositif général qui consiste octroyer un label par le ministère de la culture, qui, en cas de doute sur la conformité aux exigences, sous-traite cela à un comité du label composé des industriels lui semble étrange. Le label est un marqueur de confiance qui est censé accorder un avantage concurrentiel à celui qui en bénéficie et qui doit donc être non discriminatoire et fondé sur un référentiel précis et auditable, à défaut de quoi la responsabilité de celui qui l'octroie, en l'occurrence le ministère, peut être engagée. Cela pose la question du rôle du ministère et de savoir si ce dernier a la compétence pour délivrer un label pour le compte des professionnels ou si ces organes professionnels ne peuvent pas délivrer un tel label eux-mêmes.

Il aborde ensuite la question de la représentativité du label lui-même et explique qu'il semblerait plus légitime qu'une certaine parité soit respectée et qu'il soit composé à la fois des représentants des OGC et des industriels en cause, afin de garantir un certain débat. Il souhaite également savoir de quelle manière est envisagée le retrait du label en cas de doute et si le comité du label a des compétences en matière de cybersécurité.

Olivier JAPIOT rappelle que la question du retrait du label ne se pose pas encore puisque les tous les adhérents potentiels n'ont pas encore signé la charte. Il s'est interrogé sur le fait d'inclure des industriels dans ce comité mais il lui a semblé que, si ces industriels étaient susceptibles d'obtenir le label, ils se seraient retrouvés juge et partie, ce qui était risqué selon lui.

Olivier JAPIOT explique que le ministère joue le rôle de garant, et qu'une procédure contradictoire sera mise en place. Il y a des obligations très précises, d'autres, comme sur la sécurité, qui le sont moins, car la charte s'inscrit dans une logique de « meilleurs efforts ». Si la

question doit se poser à l'avenir, un référentiel technique plus précis pourra être mis en place ultérieurement. L'approche de cette charte est pédagogique, avant tout à l'égard de ses prestataires. L'idée des retraits de label concernerait des prestataires qui se rendraient coupables de contrefaçon ou méconnaîtraient de manière flagrante leurs engagements.

Olivier JAPIOT demande s'il y a d'autres questions diverses.

Hervé RONY souhaite savoir si, de la même manière que le CNNum a envoyé un représentant à la séance du CSPLA, un représentant membre du CSPLA pourra assister aux réunions du CNNum.

Olivier JAPIOT répond qu'il espère que les relations entre les deux instances se développeront en ce sens et clôt la séance après avoir remercié les participants.