



**CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE  
LITTERAIRE ET ARTISTIQUE**

*Compte rendu de la séance plénière  
du 23 septembre 2020*

*(en visioconférence)*

## *LISTE DES PARTICIPANTS*

Olivier JAPIOT, conseiller d'État, président

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

Denis RAPONE, président de la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi)

### *Personnalités qualifiées*

Tristan AZZI, professeur des universités

Valérie-Laure BENABOU, professeure des universités

Alexandra BENSAMOUN, professeure des universités

Joëlle FARCHY, professeure des universités

Emmanuel GABLA, ingénieur général des mines

Jean-Philippe MOCHON, conseiller d'Etat

François MOREAU, professeur des universités

Célia ZOLYNSKI, professeure des universités

### *Membres d'honneur*

Josée-Anne BENAZERAF, avocate

Jean MARTIN, avocat

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

### *Président de missions et rapporteurs*

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

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

Sarah DORMONT, maître de conférence à l'université Paris-Est-Crétel, rapporteure de la mission sur les ventes passives

Laetitia FACON, cheffe du service de la vidéo physique et en ligne au Centre national du Cinéma et de l'image animée, membre de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes en ligne

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

### Administrations

Flore COLNET, direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice

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

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

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

Anne-Sophie ETIENNE, chargée de mission au sein du bureau de la régulation et des technologies du service du livre et de la lecture du ministère de la culture

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

Hugues GHENASSIA-DE-FERRAN, sous-directeur des affaires juridiques du secrétariat général du ministère de la culture

Sarah JACQUIER, chargée de mission au sein du service des affaires juridiques et internationales du secrétariat général du ministère de la culture

Catherine JOLY, Cheffe de service, adjointe à la directrice des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale et du ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation

Ludovic JULIE, chargé de mission au département des artistes et des professions de la direction générale de la création artistique du ministère de la culture

David POUCHARD, adjoint à la cheffe du bureau de la propriété intellectuelle du secrétariat général 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 : aucun

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA)

*Professionnels*

**Représentants des auteurs :**

Membres titulaires : Olivier DA LAGE (SNJ), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), 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 : Franck MACREZ (AFUL), Nicolas VIGNOLLES (SELL)

Membre suppléant : Frédéric DUFLOT (ADULLACT)

**Représentants des artistes-interprètes :**

Membre titulaire : Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI), Aurélia THYREAU (représente Benoît GALOPIN, SPEDIDAM)

Membre suppléant : aucun

**Représentants des producteurs de phonogrammes :**

Membre titulaire : Emilie TREBOUVIL (représente Alexandre LASCH, SNEP)

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 : Julie LORIMY (SEPM)

Membre suppléant : Samir OUACHTATI (SPQN)

**Représentants des éditeurs de livre :**

Membre titulaire : Julien CHOURAQUI (SNE)

Membre suppléant : Arnaud ROBERT (SNE)

**Représentants des producteurs audiovisuels:**

Membre titulaire: aucun

Membre suppléant: aucun

**Représentants des producteurs de cinéma :**

Membres titulaires : aucun

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

**Représentants des radiodiffuseurs :**

Membre titulaire : Frédérique RIETY (SMSP)

Membre suppléant : Aurélie BREVAN MASSET (ACP)

**Représentants des télédiffuseurs :**

Membre titulaire : Vincent GUILLEMOT (représente Sébastien FRAPIER, APC)

Membre suppléant : Pascale OTTAVI (SMSP)

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

Membre titulaire : Eric BARBRY (ACSEL), Amélien DELAHAIE (GESTE)

Membres suppléants : Thibault du MANOIR de JUAYE (représentant Denis BERTHAULT, GFII), Giuseppe DE MARTINO (ASIC)

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

Membre titulaire : Alexandra LAFFITTE (représente Michel COMBOT, FFT)

Membre suppléant : aucun

**Représentants des consommateurs et utilisateurs :**

Membre titulaire : Michel BONNET (Familles de France), Alain LEQUEUX (CFPSAA), Christophe PERALES (ADBU)

Membre suppléant : Antoine AUTIER (UFC-Que Choisir)

Membres excusés : Catherine ALMERAS (SFA-CGT), Gilles BRESSAND (ESML), Sylvie COURBARIEN LE GALL (SMSP), Gérard DAVOUST (SACEM), Marc GUEZ (SCPP), Hortense DE LABRIFFE (API), Jérôme SOULET (SEVN), Laurent TARFIF (SNAM-CGT), Julien VILLEDIEU (SNJV)

## Ordre du jour

- I. Intervention de Denis Rapone, président de l'Hadopi
- II. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 28 novembre 2019
- III. Adoption du rapport d'activité 2019
- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de justice de l'Union européenne
  1. CJUE, 9 juillet 2020, affaire C 264/19, Constantin Film Verleih GmbH contre YouTube LLC, Google Inc.,
  2. CJUE, 11 juin 2020, affaire C 833/18, SI, Brompton Bicycle Ltd contre Chedech/Get2Get,
  3. CJUE, 2 avril 2020, affaire C 753/18, Stim, SAMI contre Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB
  4. CJUE, 18 décembre 2019, affaire C 666/18, IT Development SAS contre Free Mobile SAS
- V. Commentaires sur des affaires pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne
- VI. Présentation du rapport sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée
- VII. Communication sur les missions en cours :
  1. Point d'étape sur la mission sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes de partage en ligne
  2. Présentation de la mission sur l'exception « *text and data mining* »
- VIII. Questions diverses

Le Président Olivier JAPIOT ouvre la séance en souhaitant la bienvenue à deux nouvelles personnalités qualifiées, Tristan AZZI et Emmanuel GABLA, et rappelle que trois personnalités qualifiées sont devenues membres d'honneur, Josée-Anne BENAZERAF, Jean MARTIN et Pierre SIRINELLI, qu'il remercie pour leurs vingt ans de travaux pour le Conseil et qui continuent de travailler pour la propriété littéraire et artistique. Il salue également l'arrivée de Pierre PETIILLAUT en tant que nouveau représentant du SPQR et Nicolas VIGNOLLES, représentant du SELL.

Il rappelle que le renouvellement général des membres du CSPLA aura lieu à l'automne avec un changement puisqu'un seul arrêté fixera désormais la liste des organismes représentés au CSPLA qui feront ensuite part du nom de leur représentant à Marion ESTIVALEZES, secrétaire du CSPLA.

Trois nouvelles missions ont été lancées depuis la dernière séance : une mission de suivi de la mission sur les outils de reconnaissance des œuvres, menée par Jean-Philippe MOCHON, conjointement avec l'Hadopi et le CNC, une mission sur le contrat de commande confiée à Pierre SIRINELLI et une mission sur l'exception « *text and data mining* » confiée à Alexandra BENSAMOUN.

Olivier JAPIOT indique que d'autres missions devraient être lancées d'ici la fin de l'année et que la présentation du rapport de Josée-Anne BENAZERAF sur l'originalité aura lieu lors de la séance plénière de décembre.

Olivier JAPIOT cède ensuite la parole à Denis RAPONE, président de l'Hadopi, qu'il remercie très chaleureusement pour la qualité de la coopération engagée avec le CSPLA.

## *I. INTERVENTION DE DENIS RAPONE*

Le président Denis RAPONE remercie le Conseil de l'avoir convié à sa séance plénière de rentrée et se réjouit des relations toujours plus étroites, que le président Olivier JAPIOT a largement contribué à initier, entre les deux institutions. Il souhaite exposer aux membres du CSPLA le parcours de l'Hadopi (ce qu'elle est et ce qu'elle fait aujourd'hui) et évoquer les défis auxquels elle est aujourd'hui confrontée en vue d'assurer une meilleure protection du droit d'auteur sur internet.

Denis RAPONE rappelle que l'Hadopi a été créée par la loi du 12 juin 2009 favorisant la

diffusion et la protection de la création sur internet, loi votée au terme de débats particulièrement vifs à l'Assemblée nationale. C'était la première fois que les pouvoirs publics tentaient d'apporter une réponse régulatoire aux bouleversements économiques, technologiques et sociétaux suscités en matière culturelle par internet. La loi visait à assurer un équilibre aussi satisfaisant que possible entre, d'une part, la lutte contre le piratage, devenu un phénomène de masse dépassant très largement la contrefaçon traditionnelle commise par des délinquants chevronnés et, d'autre part, l'encouragement au développement de l'offre légale, le vecteur de l'internet étant perçu comme pouvant constituer une chance pour la diffusion au plus grand nombre des œuvres culturelles. Denis RAPONE s'attarde quelque peu sur les 2 éléments de cet équilibre : lutter contre le piratage en assurant la protection des droits des créateurs ; favoriser l'offre légale. Au-delà de ces 2 éléments, et pour être pleinement en phase avec tous les acteurs ayant à cœur de protéger la création, il a souhaité que l'Hadopi renforce la dimension collaborative de son action.

A partir de 2010, l'Autorité a mis en place la procédure inédite de réponse graduée dont la portée, en termes de recul du piratage en pair à pair, a été quasi-immédiate. Cette procédure est fondée, au premier chef, sur une approche pédagogique et dissuasive avec l'envoi d'avertissements aux internautes fautifs, c'est-à-dire à ceux qui, titulaires d'un abonnement à internet, ne prennent pas les mesures utiles pour s'assurer que leur connexion n'est pas utilisée - par eux-mêmes ou par un tiers - pour télécharger ou mettre en partage sur les réseaux pair à pair des œuvres protégées par un droit d'auteur. En cas d'échec de ces avertissements, si l'abonné persiste dans ses pratiques illicites, la procédure ouvre alors sur une phase de saisine de l'autorité judiciaire, à charge pour elle d'apprécier la suite pénale qu'elle entend donner à ces comportements qui relèvent soit du délit de contrefaçon quand ils recouvrent un degré certain de gravité, soit de la contravention de 5ème classe, qui a été créée par la loi de 2009 et qui est l'infraction de négligence caractérisée, sanctionnant le fait, pour l'abonné, de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de sa connexion ou d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre d'un tel moyen . Depuis 2010, ce sont près de 13 millions d'avertissements qui ont été envoyés à des internautes ayant méconnu le droit d'auteur et, dans 70 % des cas, aucune réitération des faits n'est constatée après un premier avertissement.

Le président Denis RAPONE indique que l'efficacité de ce dispositif peut aussi s'apprécier à l'aune des changements de comportements intervenus chez les internautes : 50 % des personnes sensibilisées au respect du droit d'auteur grâce à la réponse graduée déclarent s'être tournées vers une offre légale. Ainsi, dans le secteur audiovisuel, le nombre d'internautes utilisant le pair

à pair pour télécharger illicitement est passé de 8,3 millions en 2009 à 4,5 millions en 2019 : il a donc diminué pratiquement de moitié. Enfin, l’Autorité a, plus récemment, renforcé le volet judiciaire de la procédure de réponse graduée : le nombre de dossiers transmis aux parquets a augmenté de près de 70 % entre 2018 et 2019.

En outre, l’Hadopi favorise l’offre légale, notamment en développant son expertise des usages en ligne et en accompagnant les internautes vers des usages responsables

L’Hadopi observe et analyse les usages numériques, qu’ils soient licites ou illicites. En 2019, l’Autorité a publié huit études analysant ces usages ainsi que les technologies émergentes utilisées à des fins de piratage. Pendant la période de confinement, elle a mesuré la hausse de la consommation de biens culturels dématérialisés à travers son baromètre de la consommation. A travers ces observations, l’Hadopi cherche à identifier les obstacles ou, au contraire, les facteurs favorables au développement de l’offre légale.

Par ailleurs, l’Hadopi a progressivement développé une action de sensibilisation du public, en particulier auprès des jeunes, afin que ce public se tourne vers l’offre légale. Depuis l’année dernière, l’Autorité diffuse en milieu scolaire des modules pédagogiques qui ont permis de sensibiliser des élèves du CM1 à la 3<sup>ème</sup> au respect du droit d’auteur. A ce jour, plus de 9 000 élèves ont suivi une formation de ce type et Denis RAPONE a signé une convention avec le ministre de l’Education nationale pour diffuser encore plus largement ces modules qui visent à développer des usages responsables et citoyens d’internet.

Par ailleurs Denis RAPONE indique que l’Hadopi a initié de nombreuses collaborations ou renforcé des partenariats essentiels à cet objectif essentiel, qui est un objectif d’intérêt général, de défense de la création : collaboration avec les ayants droit, avec les services du ministère de la culture, avec les acteurs du secteur associatif, avec les autres autorités administratives indépendantes dont les missions peuvent interagir avec celles de l’Hadopi, avec le CNC aussi et, naturellement, avec le CSPLA, car Denis RAPONE rappelle que l’Hadopi a la chance de compter deux membres du CSPLA, Alexandra BENSAMOUN et Alain LEQUEUX, au sein du Collège de l’Hadopi. Cette collaboration avec le CSPLA s’est récemment traduite par la participation à une mission conjointe, avec les équipes du CNC, conduite par Jean-Philippe MOCHON et Pauline BLASSEL, sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes numériques. Cette mission a fait l’objet, au cours de l’année passée, d’un rapport qui a déjà suscité un grand intérêt de la part des acteurs de l’écosystème de la protection du droit d’auteur, au niveau national comme au niveau européen, dans la perspective de la

transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Le 2<sup>e</sup> volet de cette mission est en cours et de nouvelles auditions ont déjà eu lieu.

Les services de l'Hadopi ont également contribué à la mission du CSPLA sur les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle ainsi que, tout récemment, à celle sur l'exception « *text and data mining* ».

Toutefois, la situation de la lutte contre le piratage n'est pas satisfaisante compte tenu de l'évolution des usages numériques depuis 2009 : de nombreux défis restent à relever afin d'assurer une protection plus efficace des œuvres sur internet.

Dès 2013, l'Hadopi publiait, sous l'égide de Mireille Imbert-Quaretta, un rapport sur les moyens de lutte contre le *streaming* et le téléchargement direct et recommandait des évolutions de son périmètre pour compléter son action au-delà de celle menée à l'encontre des seules pratiques de piratage en pair à pair. Ces recommandations ont été réaffirmées ensuite, à de nombreuses reprises, par l'institution.

Denis RAPONE se réjouit d'avoir vu figurer ces évolutions au nombre des dispositions du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, adopté par la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale en mars 2020. Ce projet contenait des dispositions ambitieuses en vue de renforcer la lutte contre toutes les formes de piratage et prévoyait, notamment, de confier au régulateur une compétence générale de caractérisation des services illicites sur laquelle fonder une série d'actions susceptibles de les faire disparaître de façon pérenne. L'Autorité aurait pour mission de définir des standards permettant de qualifier les sites ou services manifestement dédiés à la contrefaçon commerciale et de dresser une liste des sites ainsi identifiés. Cette compétence permettrait au régulateur : de stigmatiser les sites ou services en question (« *name and shame* ») ; d'informer les consommateurs des risques que comporte l'accès à ces sites ou services illicites ; d'impliquer les intermédiaires pour qu'ils cessent de collaborer avec ces sites ou services et concourent ainsi à les assécher financièrement (« *follow the money* ») et à les isoler en amont des procédures judiciaires. De nombreux acteurs du paiement et de la publicité en ligne le font déjà mais il faut aller au-delà et sécuriser en tout état de cause des accords volontaires (chartes entre ces acteurs et les ayants droit) juridiquement fragiles. Cette compétence de caractérisation permettrait en outre au régulateur de faciliter l'office du juge, qui pourrait s'appuyer sur les rapports d'expertise de l'institution lorsqu'il est saisi par les ayants droit sur la base de l'article L. 336-2 CPI. Enfin, elle serait à même de contribuer à

l'effectivité des décisions de justice en qualifiant également les « sites miroir » et en permettant ainsi aux ayants droit de ne pas revenir devant le juge chaque fois qu'une réplique d'un site ayant déjà fait l'objet d'une décision de justice apparaît.

Le projet de loi audiovisuelle portait aussi une autre ambition : celle de moderniser le paysage de la régulation et de l'adapter au monde numérique. Il prévoyait ainsi la création d'un nouveau régulateur, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), issu de la fusion entre l'Hadopi et le CSA dont les missions connaissent de plus en plus de convergences. L'objectif était de constituer un régulateur compétent sur l'ensemble de la chaîne de la création. La crise sanitaire a malheureusement interrompu l'examen du projet de loi audiovisuelle dont le devenir parlementaire reste encore inconnu à ce jour.

Cette crise a pourtant rendu plus nécessaire encore la modernisation de la régulation audiovisuelle, qu'il s'agisse de la mise en œuvre de nouveaux moyens d'action de lutte contre le piratage ou de la création d'un régulateur fusionné.

Dans le contexte de crise économique qui frappe très durement le secteur culturel, le piratage reste un problème structurel pour la filière, causant un manque à gagner estimé à près d'un milliard d'euros chaque année pour la seule filière audiovisuelle, soit la moitié de l'ensemble des crédits alloués à la culture par le plan de relance. En complément des mesures conjoncturelles de relance, bien sûr indispensables, une lutte plus efficace contre ce fléau serait un outil structurel de nature à soutenir durablement le secteur culturel.

Denis RAPONE est convaincu que la création d'un régulateur agile et puissant permettrait de mettre en commun des moyens et des compétences pour adapter la régulation audiovisuelle à un monde numérique en évolution constante et pour mieux lutter contre le piratage avec une force de frappe plus puissante. Ce régulateur unique permettrait de peser d'un poids plus important dans le dialogue avec les plateformes avec une gamme plus étendue de pouvoirs à l'égard de ces acteurs du numérique.

Un autre défi de taille pour la protection des œuvres sur internet est la régulation des plateformes, portée par la directive sur le droit d'auteur et, notamment, son article 17. Actuellement, en dépit des outils performants développés par certaines plateformes de partage de contenus, 8 % des internautes français continuent d'accéder régulièrement à des contenus audiovisuels illégaux directement sur ces plateformes. Le législateur européen, en adoptant l'article 17 de la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, a ouvert la voie d'une approche différenciée en introduisant un système de responsabilité

spécifique pour les plateformes qui ont un impact important sur le marché de la diffusion en ligne des contenus culturels. Cet article 17 prévoit qu'en donnant accès au public à un nombre important d'œuvres, les plateformes de partage de contenus réalisent un acte de communication au public pour lequel elles doivent obtenir une autorisation des titulaires de droits sur des œuvres et objets protégés ou, qu'à défaut, elles doivent empêcher la disponibilité de telles œuvres et objets protégés sur leur service en fournissant à cet effet leurs « *meilleurs efforts* ». L'adoption de l'article 17 de la directive a constitué un progrès remarquable en ce qu'il a consacré expressément la possibilité pour les ayants droit de contrôler l'utilisation de leurs contenus, tout en étayant les garanties des utilisateurs et leur droit au recours.

Denis RAPONE considère également que cet article éloigne le risque de filtrage généralisé - contrairement à ce que laissent entendre certaines critiques - et qu'il permet d'encadrer une situation préexistante. Dans ce nouveau cadre, l'Autorité publique pourrait :

- évaluer les différentes technologies mises en place par les plateformes ;
- disposer des pouvoirs effectifs de contrôle et d'évaluation des « *meilleurs efforts* » mis en oeuvre par celles-ci, sur la base des informations que les titulaires de droit devront fournir aux plateformes ;
- encadrer les accords conclus entre les ayants droit et les plateformes pour l'utilisation de ces technologies de reconnaissance de contenus, afin d'assurer leur bon équilibre ainsi que le suivi et l'évaluation de leur mise en œuvre.

L'Assemblée nationale examine actuellement le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, qui tend à habiliter le Gouvernement à opérer par voie d'ordonnance la transposition de la directive sur le droit d'auteur et qui fait sur ce point l'objet d'un large consensus politique au niveau national. Toutefois, il convient de rester vigilant sur les orientations prises par la Commission européenne. Denis RAPONE précise que, bien que l'Hadopi n'ait pas été invitée à le faire, il lui a paru indispensable de répondre à la consultation de la Commission européenne sur l'article 17. La Haute Autorité a défendu une mise en œuvre exigeante de cet article 17 qui lui a paru conforme à la volonté du législateur européen de mieux protéger les œuvres sur ces plateformes. Denis RAPONE considère qu'il faut absolument éviter une réécriture de l'article par les services de la Commission européenne qui mettrait en risque tant les titulaires de droits que les utilisateurs.

Denis RAPONE se félicite que la mission commune relative aux outils de reconnaissance des

œuvres ait entamé son deuxième volet en vue de préparer la transposition de cette directive. En montrant sa réactivité et son expertise dans ce domaine, il espère que la France puisse imprimer sa marque et inspirer les autres États-membres. Pour rester à la pointe du combat pour la défense du droit d'auteur.

Denis RAPONE remercie les membres du Conseil pour leur attention et indique qu'il répondra avec plaisir à leurs questions.

Olivier JAPIOT remercie Denis RAPONE pour cet exposé qui montre le chemin parcouru depuis la création de l'Hadopi.

Marie-Anne FERRY FALL (ADAGP) remercie à son tour le président de l'Hadopi. Elle souhaite porter à son attention un point sur lequel l'Hadopi pourrait se pencher, en lien avec le CSPLA. Il s'agit d'une étude technique sur la problématique liée à l'effacement des métadonnées dans les fichiers image publiés pour la première fois sur internet ou qui circulent de façon subséquente. L'un des enjeux, en termes d'application du droit d'auteur pour les arts visuels (photographes et autres), serait que ces métadonnées ne puissent pas être écrasées pour des raisons techniques plus ou moins avérées et complexes à résoudre. Elle pose la question de savoir si, pour permettre la traçabilité des fichiers, l'Hadopi et le CSPLA pourraient s'emparer du sujet, afin d'objectiver les pratiques et résoudre le problème.

Olivier JAPIOT indique que le CSPLA a été saisi du sujet par la Direction générale de la création artistique (DGCA) qui prépare une mission qui englobera notamment cet aspect.

Le président Denis RAPONE indique que l'Hadopi se tient entièrement à disposition pour y contribuer si le CSPLA s'engage sur cet aspect. Il partage les préoccupations de Marie-Anne FERRY-FALL et se dit prêt à apporter toute expertise technique sur le sujet.

Éric BARBRY (ACSEL) souhaite aborder un sujet plus pragmatique. Il explique qu'il est relativement simple d'obtenir du tribunal judiciaire des requêtes permettant d'identifier des contrefacteurs ou de fermer les sites de contenus contrefaisants mais qu'il se heurte souvent à des difficultés lorsqu'il s'agit de faire exécuter les décisions par les plateformes (suppression de contenus, désindexation), ce qui représente un coût important, notamment pour les petits auteurs. Il explique que le client, en plus de l'avocat, doit payer les frais de traductions, gérer les problématiques d'exécution dans les pays étrangers, ce qui représente un parcours du combattant. Éric BARBRY s'interroge sur le projet de loi relatif à la haine sur internet qui permettrait de saisir localement les plateformes et éviter de faire le tour du monde pour obtenir

satisfaction. Il s'agit d'un problème de praticien davantage que de représentant des plateformes mais il considère que l'extranéité des décisions est un sujet important. Il cite l'exemple d'une affaire dans laquelle une comédienne a obtenu en justice le droit de faire retirer d'un site un film dans lequel elle a joué mais il explique qu'il rencontre des difficultés à faire exécuter cette décision. Il exprime sa crainte des dispositions franco-françaises qui conduisent à l'impossibilité de faire exécuter les décisions à l'étranger lorsqu'il n'y a pas de représentant local.

Olivier JAPIOT admet qu'il faut continuer à travailler sur ce sujet

Denis RAPONE indique que le sujet dépasse un peu les compétences de l'HADOPI mais qu'il y a dans le projet de loi des dispositions intéressantes sur la mise en œuvre des décisions de justice. L'Autorité de régulation a un rôle d'accompagnement des ayants droit dans leur dialogue avec les fournisseurs d'accès à internet et les moteurs de recherche pour faciliter l'exécution des décisions de justice et les rendre possible sans avoir recours au juge concernant l'apparition des « sites miroir ». Le rôle de facilitateur donné à Hadopi permet de résoudre une partie des problèmes évoqués.

Selon Éric BARBRY, la solution simple serait d'obliger les plateformes dont l'activité est à destination du public européen à désigner un représentant local qui serait tenu d'exécuter ou de faire exécuter par leur maison mère les décisions rendues par les autorités françaises.

Olivier JAPIOT remercie Denis RAPONE pour sa collaboration avec le CSPLA puis donne la parole à Alban DE NERVAUX pour les points d'actualité.

## *II. INTERVENTION D'ALBAN DE NERVAUX*

Alban DE NERVAUX commence par annoncer que, d'une manière générale, l'essentiel des mesures relatives au piratage, en dehors de celles relatives à la transposition de l'article 17 de la directive droit d'auteur, n'est pas dans le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit national au droit de l'Union européenne et que la ministre étudie les différentes possibilités pour donner suite à ces dispositions et aux autres mesures qui étaient dans le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté numérique.

Si ce projet de loi n'apportait pas une réponse directe à la question d'Éric BARBRY, il y participait, à travers la montée en puissance de l'Hadopi comme intermédiaire, conduit dans un deuxième temps à jouer un rôle dans le cadre des difficultés pointées. La réflexion doit se

poursuivre et intégrer la dimension européenne. S'agissant de l'intégration des questions de représentation obligatoire dans le cadre des Etats membres, les obligations imposées aux services en ligne doivent être conciliées avec les contraintes juridiques européennes issues du marché intérieur, notamment de la directive e-commerce.

Le point d'actualité qui intéresse le plus le CSPLA est le projet de loi qui va permettre d'obtenir une habilitation à transposer la directive droit d'auteur et droits voisin dans le marché unique numérique et la directive dite « câble et satellite », avec des délais différents : six mois pour les mesures correspondant à la transposition des articles 17 à 22 de la directive droit d'auteur et douze mois pour le reste. Alban DE NERVAUX assure que le ministère ira aussi vite que possible tout en veillant à conduire une concertation sur les sujets qui n'ont pas fait l'objet de discussions avec le ministère. Il espère que cette loi, qui sera présentée le 7 octobre à l'Assemblée nationale, pourra être adoptée rapidement afin d'obtenir, d'ici la fin de l'année, une habilitation permettant d'engager le travail de transposition.

S'agissant des autres éléments d'actualité, Alban DE NERVAUX évoque le contexte du projet de lignes directrices de la Commission européenne qui donne lieu à une consultation. Il s'inscrit en pleine harmonie avec les propos du président Denis RAPONE quant aux inquiétudes des autorités françaises concernant l'interprétation et le mode d'emploi proposés par la Commission dans sa consultation, qui s'apparentent à une remise en cause de la lettre et de l'esprit de l'article 17 et sont de nature à rendre inopérant le mécanisme prévu par cet article et à compromettre l'efficacité des mesures préventives qui sont le cœur de cet article. Alban DE NERVAUX rappelle que le gouvernement français est mobilisé à tous les niveaux depuis longtemps, qu'il a diffusé des messages en amont de la consultation, et continue de le faire au niveau politique depuis le lancement de consultation, la ministre échangeant avec les commissaires compétents tout comme le ministre en charge des affaires européennes. Alban DE NERVAUX indique que le ministère a répondu à la consultation et que la réponse peut être diffusée au sein du Conseil. Le ministère a l'intention de maintenir la pression au niveau politique en faisant preuve d'un esprit constructif qui a toujours été celui du gouvernement français quant à la manière d'appliquer cet article et tout en étant respectueux du droit d'auteur et du cadre international. Les travaux de la nouvelle mission du CSPLA, portée par Jean-Philippe MOCHON, l'Hadopi et le CNC, constituent un appui important dans ce cadre. Une partie de ce jeu politique se joue aussi dans la relation avec les Allemands qui assurent la présidence du Conseil de l'Union européenne ce semestre.

Alban DE NERVAUX indique ensuite que le ministère est attentif aux conséquences de la jurisprudence récente du 8 septembre de la CJUE sur la rémunération équitable, qui a pour effet de menacer très sérieusement le système des « irrépartissables » liés à la rémunération équitable en tant que ces sommes financent l'action culturelle *via* les organismes de gestion collective. Il précise que le ministère a la chance de compter dans son cabinet des personnes très au fait des questions relatives au droit d'auteur, telles que Séverine FAUTRELLE, auparavant conseillère à la représentation permanente. Il indique qu'elle se joindra probablement à un prochain CSPLA, tout comme la ministre, qui préférerait être présente physiquement.

Olivier JAPIOT remercie Alban DE NERVAUX et espère que la ministre pourra assister à la prochaine séance plénière.

Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP) pense qu'il est intéressant de diffuser la réponse des autorités françaises à la consultation dont il a pu prendre connaissance et qu'il trouve remarquable. Il estime important d'insister sur le fait qu'il est question ici de la mise en œuvre et de l'encadrement de mécanismes de coopérations qui ont d'ores et déjà été mis en place à travers l'accord ALPA/CNC/YouTube, qu'il s'agit d'une disposition d'équilibre qui n'est ni liberticide ni novatrice et qui met par ailleurs à la charge des titulaires de droits un travail de documentation et d'information sur les contenus qu'ils souhaitent retirer.

Olivier JAPIOT précise que la mission que conduit le CSPLA, conjointement avec l'Hadopi et le CNC, vise à alimenter le ministère et la Commission en arguments, et invite les membres du Conseil à apporter leurs éléments à Jean-Philippe MOCHON, Alban DE NERVAUX et au cabinet.

Alban DE NERVAUX souscrit à la remarque d'Idzard VAN DER PUYL et indique que la réponse se situe tant sur le plan des principes juridiques que des éléments pratiques, à l'image de ceux que vient de mentionner Idzard VAN DER PUYL.

### *III. ADOPTION DU COMPTE RENDU DE LA DERNIERE SEANCE PLENIERE*

En l'absence d'objection, le compte rendu de la dernière séance plénière est adopté.

#### *IV. ADOPTION DU RAPPORT D'ACTIVITE 2019*

Idzard VAN DER PUYL évoque la partie du rapport qui décrit le mode de fonctionnement du CSPLA à travers des groupes de travail et des missions confiées à des experts. Il constate la tendance qu'a le CSPLA à fonctionner quasi exclusivement à travers des missions confiées à des rapporteurs, ce qu'il peut comprendre en cas d'urgence, mais regrette que le CSPLA n'ait plus recours aux commissions, comme c'était le cas précédemment, car la maturation de réflexions dans un groupe de travail est potentiellement plus fructueuse même s'il convient que cela nécessite un travail de gestion plus important. Sans remettre en cause le mode de fonctionnement actuel qui est peut être plus pragmatique, il souhaiterait, à l'instar de la mission conjointe CSPLA/Hadopi, que des réunions plus fréquentes soient organisées en dehors des plénières, qui ne sont pas nécessairement le bon cadre pour discuter des rapports, pour permettre aux membres de débattre de manière multilatérale du contenu des rapports.

Olivier JAPIOT comprend cette préoccupation et prend note de la volonté de faire des commissions. Il indique qu'il réunira un comité de pilotage prochainement afin de se concerter sur ce point. Il approuve le développement des réunions organisées par les responsables de mission et invite ceux-ci à en organiser avec les membres du CSPLA intéressés par le sujet avant de finaliser leur rapport.

Olivier JAPIOT cède la parole à Valérie-Laure BENABOU pour la présentation des commentaires des arrêts rendus récemment par la Cour de justice de l'Union européenne.

#### *V. COMMENTAIRES DES ARRETS RECENTS RENDUS PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE*

Valérie-Laure BENABOU annonce qu'elle va quelque peu bouleverser l'ordre du jour qui avait été annoncé afin de dire quelques mots au sujet du récent arrêt de la CJUE concernant la rémunération équitable.

Valérie-Laure BENABOU évoque en premier lieu une décision qui a fait grand bruit en décembre 2019 dans une affaire C-666/18 IT développement contre Free, rendue à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris sur la question de savoir si la violation des conditions contractuelles d'une licence à propos d'un contrat de licence de programme d'ordinateur peut être perçue comme un acte de contrefaçon. En France, le principe

de non cumul de responsabilité délictuelle et contractuelle conduit toujours à s'interroger sur la qualification à donner à ce genre de situation. L'Union européenne considère que, qu'il s'agisse d'une la responsabilité contractuelle ou délictuelle, c'est une violation des droits de propriété intellectuelle au sens de la directive 2004/48 et que, par conséquent, le titulaire de droits doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette directive indépendamment des régimes de responsabilités applicables par le droit national. La CJUE énonce à plusieurs reprises que, quelle que soit la nature de la responsabilité, il faut s'assurer que la défense du titulaire de droits sera effective. Par conséquent, les procédures à mettre en œuvre doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses, et ne doivent pas comporter des délais déraisonnables et entraîner des retards injustifiés, elles doivent être effectives, proportionnées. Valérie-laure BENABOU indique que la décision a un retentissement limité du point de vue européen.

La deuxième décision abordée par Valérie-Laure BENABOU est l'arrêt *Stim contre FleetManager*, rendu le 2 avril 2020, qui oppose des organismes de gestion collective (OGC) suédois à des entreprises qui louent des automobiles avec un poste de radio. En l'espèce, ces OGC d'artistes-interprètes et d'auteurs considéraient que la mise à disposition d'un véhicule avec un poste de radio constituait un acte de communication au public et fondait une perception au titre du droit exclusif ou du droit à rémunération équitable. La CJUE reprend les critères de la qualification de notion de communication au public à travers l'idée d'une appréciation individualisée au regard de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapports aux autres. Il faut une communication au public et un acte de communication au public. Pour déterminer s'il y a un acte de communication la Cour va s'interroger sur le rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention et considère, notamment au vu du considérant 27 de la directive 2001/29, que l'entreprise de location qui fournit un poste de radio dans la voiture qu'elle loue, permettant de capter sans aucune intervention additionnelle de sa la radiodiffusion terrestre accessible dans la zone où le véhicule se trouve, ne constitue pas un acte de communication au public. Par conséquent, il n'y a pas lieu de réfléchir à la notion de communication *au public* puisqu'il ne s'agit pas d'un acte de communication. La mise à disposition de l'instrument qui va permet consécutivement d'accéder aux œuvres n'est pas en soi un acte de communication au public. Le point 35 de la décision essaie d'établir une clé de répartition entre ce constitue ou non un acte de communication au public. Il indique que la fourniture de la voiture dans laquelle se trouve le poste de radio se différencie des actes de communication au public par lesquels les

prestataires de services transmettent délibérément à leur clientèle des œuvres protégées en distribuant un signal au moyen des récepteurs installés dans leur établissement. La distinction semble se faire autour de la distribution du signal au moyen de récepteurs installés dans l'établissement de l'entreprise qui va être considérée comme effectuant un acte de communication au public. Valérie-Laure BENABOU attire l'attention des membres du Conseil sur le fait que cette solution est assez différente de celle adoptée dans l'arrêt du 15 mars 2012 où la mise à disposition par l'établissement (un hôtel) d'instrument de lecture de phonogramme avait été considérée comme un acte de communication au public et non comme un acte de distribution. Même si la CJUE ne considère pas qu'elle opère un revirement de jurisprudence, elle développe ici une acception restrictive de la notion de communication au public.

La troisième décision est l'arrêt *Brompton*, rendu le 11 juin 2020 (affaire C-833/18) qui intéresse la question du cumul du droit d'auteur avec d'autres types de protection par la propriété intellectuelle. La société Brompton commercialisait un vélo et l'entreprise Get to Get a développé un vélo ayant une apparence globalement similaire à la sienne (les caractéristiques de vélo pliable lui permettant d'occuper trois positions différentes). La société Brompton a poursuivi la société Get to Get pour contrefaçon au titre du droit d'auteur. La société concurrente considérait que, dès lors que la forme du vélo n'était guidée que par des contraintes techniques, elle ne pouvait être protégée par le droit d'auteur. La protection par le brevet ayant produit ses effets et ayant expiré, il n'était pas question d'ajouter une protection par le droit d'auteur. La CJUE conclut néanmoins à l'existence potentielle d'une protection par le droit d'auteur en considérant que les critères de protection du droit d'auteur sont l'existence d'une œuvre et l'originalité de celle-ci. Elle reprend la jurisprudence *Cofemel* qui devient, sur cette question, un arrêt de principe en expliquant non seulement que l'originalité correspond aux choix créatifs et arbitraires de l'auteur mais également que la notion d'œuvre implique l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Par conséquent, lorsqu'un objet satisfait les conditions d'originalité et d'œuvre, quand bien même la réalisation de celui-ci a été déterminée par des considérations techniques, il peut être protégé par le droit d'auteur, pour autant que cette détermination n'a pas empêché l'auteur de refléter sa personnalité dans cet objet et de manifester des choix libres et créatifs (point 26). En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une œuvre est utilitaire qu'elle n'est pas protégée par le droit d'auteur ; ce n'est pas parce que la forme est guidée par des considération techniques qu'elle n'est pas protégée par droit d'auteur, dès lors que les choix arbitraires de l'auteur peuvent s'exprimer. En revanche, si la totalité des éléments de la forme est guidée par des considérations

techniques, le droit d'auteur ne peut pas s'appliquer. Le fait que l'objet ait été protégé par un brevet n'est donc pas en soi susceptible d'écarter sa protection par droit d'auteur, de même que le fait qu'il soit possible d'accéder au même résultat par des formes différentes n'empêche pas l'œuvre d'être protégée.

Valérie-Laure BENABOU présente ensuite l'arrêt rendu le 9 juillet 2020, dans une affaire *Constantin Film Verleih GmbH contre YouTube et Google* relative à l'interprétation de l'article 8§2 de la directive 2004/48 à propos de la notion d'adresse. Le problème consiste pour les ayants droit à identifier le contrevenant alors qu'ils ne disposent pas toujours des informations permettant de l'identifier, même si, le cas échéant, il est possible de demander à l'intermédiaire qui a fourni les moyens de la commission de la contrefaçon de communiquer les éléments d'identification. Or, pour ouvrir une page Facebook ou Google, il n'est pas nécessaire de fournir l'ensemble de ses coordonnées, ce qui rend la traque des contrevenants difficile. Dans ce cadre, il importe de disposer de l'adresse IP et d'aboutir à une identification indirecte *via* l'adresse IP. En l'espèce, les titulaires de droit défendaient que la notion d'adresse devait inclure des éléments d'identification qui étaient le numéro de téléphone et l'adresse IP. Valérie-Laure BENABOU explique que la CJUE ne l'entend pas ainsi et se livre à une interprétation restrictive de la notion d'adresse, à la fois textuelle, contextuelle et finaliste, très appuyée sur la signification de la notion d'adresse dans le langage courant, sur la définition de la notion d'adresse dans d'autres textes de l'Union européenne, pour finalement conclure que cette notion n'englobe pas l'adresse IP. Valérie-Laure BENABOU considère que l'appréciation de la Cour est technologiquement datée. Cette dernière n'effectuant pas d'analyse prospective de la notion d'adresse dans l'univers numérique, il n'est par conséquent pas possible de forcer un intermédiaire à communiquer l'adresse IP d'un contrevenant. Toutefois, la CJUE considère ensuite que, en vertu de l'article 8§3 de la directive 2004/48, les Etats membres conservent la possibilité de choisir des éléments d'identification qui ne sont pas couverts par l'article 8§2 et donc étendre la notion d'adresse à l'adresse IP, ce qui leur permettrait, sur le fondement d'un texte national de demander la communication de cette information. Si cette option est retenue, la CJUE indique qu'il faut que l'Etat membre respecte le juste équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux, notamment le droit à la protection des données personnelles et le droit à un recours effectif, et que le respect de cet équilibre s'inscrive dans le respect de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux. Il faut donc prendre acte de la nécessité de prévoir un texte national pour préciser que l'adresse IP fait partie des données qui doivent être communiquées. La décision, qui, à première vue, aurait pu

satisfaire les plateformes en les allégeant de certaines contraintes, risque in fine de compliquer les choses puisque chaque Etat membre va pouvoir déterminer le lot d'information qu'elles seront obligées de communiquer, ce qui risque d'entraîner un morcellement territorial qui n'a pas lieu d'être à l'ère d'Internet.

Valérie-Laure BENABOU aborde enfin l'arrêt *Raap* rendu par le CJUE le 8 septembre 2020. Le litige opposait deux OGC irlandais, un OGC d'artistes-interprètes à un OGC de producteurs de phonogrammes, quant à la conformité de la loi irlandaise à l'article 8§2 de la directive 2006/115 du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle qui prévoit une rémunération équitable lors de la radiodiffusion des phonogrammes du commerce. En Irlande, ce système de rémunération équitable conduisait à une répartition asymétrique de la rémunération équitable entre producteurs et artistes-interprètes, dès lors qu'il y avait une condition de nationalité pour les artistes-interprètes qui n'existait pas pour les producteurs de phonogrammes. Une partie des sommes collectées au titre de la rémunération équitable n'était pas redistribuée aux artistes-interprètes ressortissants des Etats tiers à l'Union européenne tandis que cette collecte pouvait se faire au titre des droits de producteurs phonogrammes. Ce combat pour restaurer les conditions d'égalité entre producteurs et artistes-interprètes interroge sur la portée de cette décision au-delà même de la question posée sur la rémunération équitable. La CJUE a interprété l'article 8§2 de la directive en disant que cet article oblige à ce qu'il y ait une répartition entre les producteurs et les artistes-interprètes, qu'il n'y a, sur ce point, pas de marge de manœuvre, même si la CJUE ne précise pas la clé de répartition et la laisse aux Etats membres. Il faut que la répartition conduise à une rémunération appropriée au regard de l'utilisation de la prestation de l'artiste-interprète dans le phonogramme, on n'est pas forcément 50/50 même si 18 Etats membres appliquent cette clé de répartition.

Ce qui est beaucoup plus complexe et nécessite la lecture des conclusions de l'avocat général est l'interprétation de l'article 8 dans son application *rationae personae*. La question est de savoir si la loi irlandaise, en écartant du bénéfice de la rémunération équitable certains artistes-interprètes en raison de critères d'extranéité est conforme à la directive. La CJUE dit qu'elle ne l'est pas parce que tant l'Union européenne que les Etats membres sont parties au traité OMPI sur les interprétations et les phonogrammes de 1996, ce qui entraîne une lecture de l'article 8 au regard des obligations qui figurent dans les conventions internationales. Elle parvient à la conclusion selon laquelle dans le texte de la directive tel qu'il est libellé, ne justifie pas de

discrimination à raison de la nationalité des bénéficiaires de la rémunération équitable. Elle considère qu'il n'existe pas de facteur de rattachement dans le texte de l'Union européenne qui permette aux Etats membres d'exclure les titulaires de droits des Etats tiers du bénéfice de la rémunération équitable. Selon Valérie-Laure BENABOU, non seulement les Etats membres ne peuvent, par le jeu de réserves, opérer unilatéralement de telles discriminations, mais ils ne peuvent pas non plus fonder une discrimination sur une lecture du traité OMPI qui permettrait l'alignement sur le moins disant. En effet, les Etats-Unis avaient émis une réserve sur le droit à rémunération équitable en vertu de l'article 15§3 du TIEP, ce qui les conduisait à appliquer la rémunération équitable dans des cas extrêmement limités. La question se posait alors de savoir si, puisque les Etats-Unis reconnaissent une rémunération équitable amoindrie, il était possible par le jeu de la réciprocité, de s'aligner sur le le standard américain minimaliste pour déterminer les obligations européennes vis-à-vis des ressortissants américains et donc de conserver le mécanisme d'exclusion des ressortissants américains du bénéfice de la rémunération équitable. La CJUE ne l'entend pas ainsi et considère que pour s'aligner sur le moins-disant, les Etats membres ne sont pas compétents parce qu'il s'agit d'une directive d'harmonisation et que, par conséquent, la compétence revient uniquement à l'Union européenne. Une telle interprétation conduit à exclure tout le jeu des réserves faites par les Etats membres dans les conventions internationales lorsque les questions en jeu ont fait l'objet d'une harmonisation. La décision dépasse donc de loin la question de la rémunération équitable et pose la question de savoir si les Etats membres qui ont effectué des réserves dans le cadre de leurs relations bilatérales et des conventions internationales qu'ils ont signées peuvent toujours exciper de ces réserves alors même qu'il s'agit de questions harmonisées par le droit européen et sur lesquelles l'Union européenne revendique une compétence exclusive.

Le second enseignement de l'arrêt porte sur les conséquences sur cette question d'une lecture des droits de propriété intellectuelle envisagés en tant que droits fondamentaux. Dès lors que l'on garantit un fort niveau de protection aux titulaires de droits dans les textes européens, le simple fait d'émettre une réserve dans une convention internationale ne permet pas de justifier de la restriction de ces droits liée à un élément d'extranéité. Seul un texte européen qui précise l'étendue de la restriction du droit fondée sur de tels critères permet d'opérer une différence de traitement de cette nature. Or, l'Union n'a pas prévu une disposition spécifique pour écarter du champ du bénéfice de la rémunération équitable certains titulaires de droits selon des critères d'extranéité. Par conséquent, dans ce silence du texte, il faut l'apprécier globalement et ouvrir le plus largement possible le bénéfice de la rémunération équitable, y compris aux ressortissants

des Etats tiers. Seule une modification de la directive introduisant de tels critères permettrait de justifier la limitation des droits de propriété intellectuelle. C'est une manière pour la CJUE de dire à la Commission européenne qu'il est nécessaire d'intervenir de façon expresse dans une modification éventuelle de la directive pour préciser l'étendue des bénéficiaires du droit à rémunération équitable car, à défaut, toute personne, quelle que soit sa nationalité, peut réclamer dans l'Union européenne le droit à rémunération équitable, même en l'absence de tout mécanisme de réciprocité.

Valérie-Laure BENABOU ajoute que cette question est susceptible de susciter des difficultés quant au mécanisme des irrépartissables en droit français. Même si elle insiste sur le fait que la décision a été rendue dans le cadre d'une question préjudicielle en interprétation de la loi irlandaise, et estime qu'il faut se garder de toute précipitations hâtive dans les commentaires. Il s'agit de bien analyser les différences de rattachement figurant dans les différents textes pour apprécier la portée de la décision au regard du dispositif français qui n'emporte dans le Code de la propriété intellectuelle, contrairement au droit irlandais, aucune restriction quant à l'éligibilité du droit à la rémunération équitable des droits des artistes-interprètes en raison de leur nationalité mais qui détermine les mécanisme de répartition en fonction du lieu de première fixation du phonogramme, sous réserve des conventions internationales (article L. 214-2 du Code de la propriété intellectuelle).

David EL SAYEGH (SACEM) souhaite intervenir sur l'affaire *Stimm* et les propos selon lesquels il y aurait peut-être un revirement de jurisprudence de la CJUE au regard de la décision de 2012 sur les hôtels. Il ne partage pas totalement ce point de vue pour une raison factuelle : la décision de 2012 portait sur la mise à disposition par un hôtelier de matériel permettant d'écouter des œuvres. Il y avait vraiment une intention délibérée de la part de l'hôtelier, car l'hôtel louait une chambre et mettait en plus à disposition de façon volontaire un appareil de lecture de CD et de radio pour pouvoir écouter de la musique, auprès d'un public constitué par les clients de l'hôtel. Dans l'affaire *Stijn* les choses sont différentes puisqu'il s'agit de loueurs de voiture qui louent des voitures dans lesquels l'autoradio est intégré. On ne va pas demander au loueur de retirer l'autoradio au motif que le conducteur a la possibilité d'écouter de la musique. En l'espèce, il n'y avait pas d'acte distinct ou volontaire de la part du loueur de voiture dont l'activité consiste à louer des voitures et non à mettre à disposition des outils permettant d'écouter des œuvres. David EL SAYEGH considère qu'il ne s'agit pas là d'un infléchissement de la jurisprudence de 2012 car il y a bien une intention délibérée de la part de l'hôtelier qui se

traduit par la mise à disposition d'appareils permettant d'écouter des œuvres sans qu'elle soit consubstantielle de la location d'une chambre d'hôtel. Il est en effet possible de louer une chambre d'hôtel sans mettre à disposition dans cette chambre des postes de TV, de CD, permettant d'écouter des œuvres protégées. La seconde observation se rapporte à l'arrêt *Raap*. David EL SAYEGH estime qu'il y a matière à s'inquiéter car des revendications sont exercées par les titulaires de droits américains qui vont utiliser cette décision de justice pour réclamer ce qui semble être leur dû aux OGC de droits voisins qui appliquaient vis-à-vis des phonogrammes américains s'agissant de la rémunération équitable un principe de réciprocité conformément aux réserves qui avaient été formulées par la France, tant au titre de la Convention de Rome que du traité OMPI sur les droits voisins. David EL SAYEGH rappelle que le texte du code de la propriété intellectuelle organisait cette exigence de réciprocité sous réserve des conventions internationales applicables. Il s'interroge sur la lecture qu'il convient de désormais de donner aux dispositions de l'article L.214-2 du Code de la propriété intellectuelle compte tenu du raisonnement adopté par la CJUE dans cette affaire.

S'agissant de la première observation, Valérie-Laure BENABOU reconnaît que l'intensité du caractère volontaire de l'utilisateur n'est peut-être pas de la même nature entre une chambre d'hôtel qui met à disposition un dispositif de son et un loueur de voiture. Mais on pourrait également pousser l'analogie et dire que ce dernier aurait pu louer des voitures sans poste de radio et que, dès lors que le loueur de voiture loue, volontairement, des voitures qui prévoient un système de son, il était dans une situation relativement similaire à celle des hôteliers, ce que n'a pas estimé la Cour de Justice.

S'agissant de l'arrêt *Raap*, la question de la revendication se posera pour le futur et pour le passé. Une question préjudicielle en interprétation a forcément pour effet de faire corps avec la norme interprétée dès son origine, par conséquent, on est réputé avoir intégré les apports de l'arrêt *Raap* dans la lecture de l'article 8§2 de la directive 92/100 et de la directive 2016/115 qui prolonge cette disposition, dès l'entrée en vigueur de cette disposition, la Cour n'ayant pas limité dans le temps les effets de sa décision. Néanmoins, Valérie-Laure BENABOU rappelle qu'il s'agit d'une question préjudicielle en interprétation d'un texte européen qui avait été interprété d'une autre manière jusqu'à présent, à raison de l'existence de réserves faites par les gouvernements français et du fait que les Etats-Unis n'étaient pas membres de la convention de Rome. Par conséquent, le dispositif de répartition était fondé sur cette dimension internationale de la compétence nationale pour appliquer les conventions internationales qui reposait sur leur

caractère mixte, en raison du fait que l'Union n'était pas membre de ces conventions. Valérie-Laure BENABOU trouve qu'il est complexe de considérer que la décision est directement applicable car, d'une part, il s'agit d'un litige entre personnes privées, et qu'il n'y a pas d'applicabilité directe d'une directive dans les litiges horizontaux entre personnes privées et que certes doivent se développer des principes d'interprétation conformes, mais c'est le juge qui doit se livrer à l'interprétation conforme dans le cadre d'un litige opposant ces personnes privées et non aux acteurs de se conformer spontanément à une interprétation donnée par la Cour de Justice de la législation irlandaise. Il appartient au juge, dans le cadre de son pouvoir d'interprétation, de décider ou non si cette interprétation conforme est possible au regard de l'ensemble des règles du droit européen et y compris peut-être du respect de la confiance légitime et d'un certain nombre de principes du droit de l'Union européenne qui peuvent être mis en balance avec l'application conforme immédiate de l'interprétation faite par la CJUE de cette disposition. Pour Valérie-Laure BENABOU, ce problème ne doit pas conduire les OGC à anticiper une application de la règle qui serait déduite de cette lecture de la CJUE parce que beaucoup de questions restent encore ouvertes à travers application concrète de cette décision en droit interne et qu'il faut réfléchir sur l'application dans le temps et dans l'espace d'une telle décision.

David EL SAYEGH répond que, malheureusement, il existe des réclamations qui ont un impact très fort sur les aides à l'action culturelle de l'ensemble des OGC de la musique. Si la SACEM n'est pas directement touchée car elle n'est pas concernée par cet arrêt, les dispositifs d'action culturelle sont montés avec le Bureau export, le fonds de création musicale, et demain le CNM, et la décision aura donc un impact dans la manière dont les OGC qui travaillent de concert vont développer une action culturelle s'il y a moins d'argent pour l'action culturelle. Il invite à prendre cette affaire très au sérieux.

Valérie-Laure BENABOU indique que ce sujet peut également contaminer la question de l'attribution de la rémunération pour copie privée si on lit de façon drastique le fait que, quand une disposition de droit européen harmonise une question et ne laisse pas de marge de manœuvre aux Etats membres dans la définition du droit, il n'appartient pas aux Etats membres de décider unilatéralement de l'application de cette disposition dans ses relations multilatérales, il y a donc des effets de bords énorme. Elle invite à se garder d'appliquer de façon très immédiate la décision et à réfléchir collectivement, au niveau européen, afin d'amender les textes de telle sorte que la France ne se retrouve pas à verser des sommes à des Etats qui ne les

lui versent pas au motif qu'il n'est pas possible de faire jouer les réserves émises au plan bilatéral et qu'il n'y a pas eu de réserve européenne. Il faut faire en sorte que la Commission européenne précise le champ d'application de ces dispositions.

Anne-Charlotte JEANCARD (ADAMI), en sa qualité de directrice des affaires juridiques et internationales de l'ADAMI, indique que le sujet évoqué acquiert une importance particulière en cette rentrée où l'ADAMI a déjà considéré la situation matérielle et morale des artistes-interprètes qui sont malmenés par la crise de la Covid. Les artistes-interprètes ont également dû batailler sur le droit à rémunération proportionnelle, dont la mise en œuvre n'est pas exactement ce qu'il y a dans le projet de loi audiovisuel, et ils se retrouvent maintenant avec les producteurs, en face de cette difficulté. Anne-Charlotte JEANCARD remercie les uns et les autres pour l'intérêt qu'ils portent à la situation des artistes-interprètes, et David EL SAYEGH pour ses mots sur les contributions à l'action artistique et culturelle qui vont être malmenées. S'agissant des artistes-interprètes, elle rappelle qu'il ne s'agit pas uniquement d'artistes américains mais d'artistes de toutes nationalités qui ont collaboré à des œuvres qui ont fait l'objet de fixation par un producteur de nationalité américaine. S'agissant des producteurs c'est un autre sujet. Elle explique, qu'en France, aucune discrimination n'est opérée à raison de la nationalité et qu'il faut donc se garder d'avoir une approche restrictive. Elle souscrit à la proposition de Valérie-Laure BENABOU d'avoir une approche européenne et une vision élargie des conséquences de cet arrêt. La problématique de l'extension à la rémunération pour copie privée a été identifiée et concerne tous les titulaires de droits en France. Se pose aussi la question des droits d'auteur en général qui peuvent être concernés par des critères de rattachement. Le sujet au niveau européen dépasse de loin la rémunération équitable des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes. Elle souhaite attirer l'attention du CSPLA et savoir s'il ne devrait pas s'emparer du sujet.

Oliver JAPIOT remercie Anne-Charlotte JEANCARD et indique qu'il évoquera ce sujet au prochain comité de pilotage. Il remercie Valérie-Laure BENABOU et passe la parole à Agnès DANIEL pour la présentation des affaires pendantes devant la CJUE.

## *VI. COMMENTAIRES DES AFFAIRES PENDANTES DEVANT LA CJUE*

Agnès DANIEL commence par rappeler que la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, dont elle fait partie, a notamment la charge de représenter

le gouvernement français dans toutes les affaires identifiées comme intéressant la France devant la Cour de justice de l'Union européenne.

S'agissant, donc, des affaires pendantes en matière de propriété littéraire et artistique, la France est présente dans six affaires, qui ont cependant toutes déjà été présentées lors de la dernière séance plénière du CSPLA. Très peu de nouvelles questions préjudicielles ayant été posées depuis dans le domaine de la PLA, Agnès DANIEL indique qu'elle se contentera d'une mise à jour sur l'état des affaires susceptibles d'intéresser le Conseil.

Le recours en annulation (C-401/19) contre l'article 17 de la nouvelle directive 2019/790 n'a pas connu d'évolution majeure. La France est en attente de la fixation d'une éventuelle audience, la phase écrite étant terminée.

Dans les affaires jointes *Youtube* et *Cyando* (C-682/18 et C-683/18) en revanche, l'avocat général a rendu mi-juillet ses conclusions, qui sont relativement éloignées des positions défendues par le gouvernement français, et c'est un euphémisme.

Pour commencer, l'avocat général considère que des prestataires de services comme *Youtube* et *Cyando* ne procèdent pas à des actes de communication au public, compte tenu de l'automatisation des procédés et de l'absence de contrôle des contenus. L'avocat général établit ce faisant un parallèle avec la jurisprudence de la CJUE en droit des marques, la Cour ayant notamment considéré que les places de marché comme eBay ne pouvaient pas se voir reprocher directement des activités de contrefaçon.

L'avocat général considère en outre que ces prestataires sont en tout état de cause couverts par l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive e-commerce au profit des intermédiaires, pour des motifs semblables. Pour lui, pour apprécier le rôle actif devant conduire à exclure l'exonération de responsabilité, il convient d'apprécier si le prestataire a acquis concrètement et individuellement le contrôle du contenu même de l'objet téléversé, ce qui constitue une lecture de l'arrêt eBay qualifiée d'inattendue du côté français.

Mais l'avocat général ne s'arrête pas là. Il procède à un examen critique de la jurisprudence de la Cour découlant des arrêts *Filmspeler*, *Pirate Bay* et *GS Media*, qui par certains aspects est hautement justifié. En particulier, Agnès DANIEL considère que l'on peut se satisfaire de ce que l'avocat général estime que le critère de la connaissance de l'illicéité de la communication au public initiale est indifférent, tout comme le caractère lucratif de l'activité, qui peut certes être pertinent pour déterminer le niveau de l'éventuelle réparation, mais pas pour caractériser

un acte de communication au public. Cependant, l'avocat général considère également que le placement de liens hypertextes se limite à faciliter l'accès aux œuvres, et ne donne pas l'accès en tant que tel, de sorte qu'il ne devrait en réalité pas être considéré comme un acte de communication, ce qui constitue un gros retour en arrière par rapport à la jurisprudence de la Cour sur ces points... En outre, si la Cour devait appliquer la grille de lecture *Filmspeler/Pirate Bay/GS Media*, l'avocat général considère que la connaissance de l'illicéité devrait porter sur le contenu concret en cause, et non consister en une connaissance générale de la présence non autorisée de contenus protégés sur sa plateforme.

Agnès DANIEL indique que l'avocat général aborde la question du filtrage généralisé, dont il insiste sur le caractère selon lui contraire au droit de l'Union. Sa charge à l'encontre du filtrage, fondée en particulier sur l'équilibre des droits et libertés consacrés par la Charte, sonne curieusement au regard du recours en annulation pendant à l'encontre de l'article 17 de la directive 2019/790.

Enfin, l'avocat général écarte la position de la France tendant à considérer que l'article 17 de la directive 2019/790 n'aurait fait qu'explicitier la manière dont l'article 3 de la directive 2001/29 et l'article 14 de la directive e-commerce devaient déjà être interprétés en l'état antérieur du droit quant à la caractérisation d'un acte de communication au public et au champ d'application de l'exonération de responsabilité des hébergeurs.

Agnès DANIEL ajoute que l'affaire Puls 4 TV (C-500/19), qui est liée dans une certaine mesure aux affaires Youtube/Cyando, a été suspendue dans l'attente de l'arrêt Youtube.

Ont également été rendues récemment publiques les conclusions de l'avocat général dans l'affaire VG-Bildkunst (C-392/19) qui intéresse en particulier l'ADAGP.

Dans cette affaire, la Cour doit à nouveau se prononcer sur la caractérisation d'un acte de communication au public par l'usage de la transclusion, et ce par l'effet du contournement de mesures anti-transclusion.

L'avocat général procède lui aussi à une analyse critique de la jurisprudence de la Cour sur les liens hypertextes.

Au terme d'un argumentaire approfondi, cet avocat général, qui n'est pas le même que celui de l'affaire Youtube/Cyando, estime quant à lui justifié de considérer le placement de liens hypertextes comme des actes de communication.

L'avocat général prend également le soin de mettre en doute lui aussi la pertinence de l'élément subjectif consistant dans la connaissance de l'illicéité de la communication au public initiale dans la caractérisation d'une communication au public subséquente. Agnès DANIEL insiste sur ce point car devant la Cour, la France a été la seule à critiquer cette évolution de la jurisprudence de la CJUE et ses arguments semblent porter, au moins sur ce point, auprès des avocats généraux.

Surtout, l'avocat général revient sur le critère du public nouveau tel qu'appliqué jusqu'à présent par la Cour aux liens hypertextes. Pour lui, considérer que, dès qu'une mise à disposition autorisée sur internet intervient, que l'ensemble des utilisateurs d'Internet a été pris en compte par le titulaire de droits, est une « fiction juridique » conduisant à l'épuisement du droit de communication au public. Selon lui, le public pris en compte par le titulaire des droits doit être compris comme l'ensemble du public susceptible d'accéder à cette page internet précise, y compris au moyen de liens hypertextes. Il étend donc, dans une certaine mesure, la solution Renckhoff (C-161/17) à la situation des liens hypertextes.

Mais à partir de ce raisonnement, l'avocat général procède à une analyse minutieuse des différentes techniques de liens hypertextes, ce qui le conduit à distinguer suivant la technique mise en œuvre : il différencie ainsi, pour ce qui concerne la transclusion, entre la technique du « framing », fonctionnant au moyen de liens cliquables, et celle de l'incorporation au moyen de l' « inline linking », lien se déclenchant de manière automatique. Et selon lui, alors que les liens cliquables, y compris le framing et l'inline frame, seraient sans incidence sur le public ciblé, qui resterait toujours celui du site source, l'inline linking quant à lui donnerait accès à un public dont on ne peut considérer qu'il a été pris en compte par le titulaire des droits, car il génère de manière automatique une transmission du contenu aux utilisateurs du second site.

Pour Agnès DANIEL, si cette distinction peine à convaincre, ces conclusions permettent néanmoins sans doute de couvrir la plupart des situations problématiques identifiées.

Pour l'avocat général, la mise en œuvre de mesures anti-framing ne change rien au raisonnement à tenir. En revanche, ces mesures, lorsqu'elles visent à empêcher l'incorporation au moyen d'inline linking, relèvent de la protection instituée par l'article 6 de la directive 2001/29.

S'agissant enfin de la question préjudicielle *Sabam*, C-372/19, portant sur les modalités de la fixation des tarifs par les sociétés de gestion collectives à l'égard des festivals de musique, l'avocat général a rendu ses conclusions mi-juillet. Pour mémoire, la Cour est interrogée sur le

potentiel abus de position dominante que constituerait la fixation d'un tarif par tranches (1/3, 2/3, 3/3), assis sur les recettes brutes du festival sans retirer les dépenses qui ne seraient pas directement afférentes à la musique. En substance, l'avocat général rappelle les critères déjà posés par la Cour en matière de fixation des tarifs par les organismes de gestion collective, et renvoie l'application concrète de ces critères à la juridiction de renvoi. Il considère notamment que le chiffre d'affaires est une assiette de calcul qui est en principe équitable, notant en particulier que selon lui, il est indéniable que la musique constitue l'élément principal du produit offert au public d'un festival musical, même enrichi d'expériences diverses gravitant autour de la musique. C'était le point principal que voulait voir reconnaître le gouvernement français. S'agissant des tranches tarifaires, l'avocat général est moins clément, en tout cas pour ce qui concerne l'application d'un système 1/3-2/3-3/3, considérant en particulier qu'un tel dispositif peut être abusif si d'autres méthodes permettant de quantifier plus précisément les œuvres musicales réellement exécutées peuvent être mis en œuvre sans désavantage majeur. Sont en particulier ciblés les outils du type DJ Monitor. Compte tenu de la méthode d'analyse proposée par l'avocat général, dans la fixation de leurs tarifs, les sociétés de gestion collective devraient veiller d'une part à ce que font leurs voisins européens, et d'autre part à la cohérence de leurs tarifs dans leur ensemble, y compris pour des prestations similaires à celles des festivals.

Marie-Anne FERRY-FALL explique que l'ADAGP ne comprend pas pourquoi l'avocat général fait une différence avec l'image encapsulée et considère qu'il y a un public nouveau alors que la même encapsulation ne conduit pas vers un public nouveau quand elle renvoie à un site source. Dans le secteur de l'image, la communication au public n'est que l'affichage de l'image sur le site. Si l'on considère que l'affichage de l'image ne donne pas lieu à communication au public car il est issu du site source, cela revient à un épuisement du droit d'auteur. Dans le domaine de l'image, peu importe qu'il s'agisse d'un lien hypertexte ou d'une encapsulation, cela doit donner lieu à contractualisation et à rémunération si les auteurs le souhaitent. La société sœur allemande contre Bibliothèque nationale allemande qui refusait lorsqu'elle mettait à disposition les images des collections publiques, de mettre le texte qui permettait d'éviter qu'un site tiers puisse *framer* et rediffuser les images. Pour la bibliothèque, n'importe qui peut illustrer son site avec les images de sa collection. L'ADAGP attend avec impatience cette décision. Marie-Anne FERRY-FALL souhaite connaître la proportion de conclusions suivies ou non suivies des avocats généraux par la CJUE.

Agnès DANIEL indique ne pas disposer des statistiques de suivi des conclusions d'avocat général par la Cour. Elle indique qu'elle serait surprise que la Cour suive l'avocat général dans la distinction qu'il opère, dès lors que, en principe, l'aspect technique doit être indifférent dans la protection octroyée par le droit d'auteur, d'autant que l'effet pour l'utilisateur est sensiblement le même. Pour l'avocat général, dès lors que le lien est cliquable, l'utilisateur averti sait que potentiellement la ressource n'est pas sur le même site, et ce quand bien même l'adresse URL ne serait pas apparente. Agnès DANIEL estime que, s'agissant de l'expérience utilisateur, le fait de cliquer ou que le lien se déclenche automatiquement ne devrait pas être déterminant dans l'appréciation du public ciblé. L'avocat général considère en outre que le fait d'avoir pris des mesures tendant à empêcher la mise en place de ce type de lien cliquable est indifférent. Pourtant, si on s'intéresse vraiment au public ciblé par le titulaire de droit à l'origine, la manière dont l'avocat général écarte l'argumentaire de la France ne la convainc pas. Elle insiste sur le fait que dans tous les cas il s'agit d'une problématique relative au lien hypertexte. La différence opérée par l'avocat général porte sur la différence entre le lien cliquable et le lien à déclenchement automatique.

Marie-Anne FERRY-FALL considère que les auteurs n'ont pas à subir le fait que le second site utilise un lien cliquable ou non, dans la mesure où l'utilisation de l'œuvre est réalisée.

Olivier JAPIOT remercie Agnès DANIEL pour sa présentation très claire. Il passe ensuite la parole à Alexandre KOUTCHOUK et Jean MARTIN pour la présentation du rapport sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée.

## *VII. PRESENTATION DU RAPPORT SUR LA REALITE VIRTUELLE ET LA REALITE AUGMENTEE*

Jean MARTIN remercie Alexandre KOUTCHOUK et les personnes qui ont accepté de participer à la mission. Il regrette l'absence de certains organismes qui auraient pu apporter des contributions mais n'ont pas pu contribuer. Il s'agit d'un travail d'approche d'un sujet très complexe, protéiforme.

Alexandre KOUTCHOUK commence par rappeler que la réalité virtuelle, ou réalité de synthèse, désigne l'ensemble des techniques qui procurent à un individu le sentiment de pénétrer dans un

univers synthétique complet. Cet univers serait modélisé en trois dimensions à travers lequel il pourrait se déplacer et interagir. La réalité augmentée permet d'enrichir visuellement la réalité souvent en temps immédiat, soit par des informations, soit par des images. Les deux techniques peuvent être combinées via la réalité mixte.

Ces techniques immersives ont en commun deux caractéristiques qui les distinguent vraiment d'autres procédés comme le cinéma ou la TV : l'immersion et l'interaction.

La première partie du rapport rappelle brièvement la genèse et le développement des techniques immersives qui conduisent à la création d'objets et peut être d'œuvres immersives, aussi bien dans le domaine professionnel qu'auprès du grand public. La mission a, à ce titre, mis en lumière un paradoxe selon lequel, alors que ces réalités immersives sont prêtes à conquérir le grand public avec des outils toujours plus performants, puissants (casques), elles souffrent encore d'un faible engouement. Le rapport essaie d'en analyser les raisons.

La première est le coût important, les contenus peut-être encore trop restreints et éventuellement l'absence d'un usage qui provoquerait le déclic. Le rapport évoque la « Killer app », application qui permettrait la généralisation de ces techniques comme l'iPhone l'a été pour le smartphone. Alexandre KOUTCHOUK mentionne une exception qui est le cas du secteur du jeu vidéo, réceptacle naturel des techniques immersives, mais qui peine encore à diffuser dans le reste du grand public. Alexandre KOUTCHOUK mentionne aussi le développement de pratiques collectives dans des enceintes dédiées (telles que les *escape games* en réalité virtuelle dans des espaces propres) avec une pratique plus collective que ce que l'on avait imaginé.

Malgré des prévisions optimistes, la réception de ces techniques par le grand public reste décevante. Au contraire, dans le domaine professionnel, le recours à ces techniques se développe. Alexandre KOUTCHOUK évoque un grand nombre d'applications notamment dans l'industrie, mais également dans l'enseignement, la formation, la médecine (chirurgie facilitée par la réalité augmentée), l'immobilier, le design, ou encore le tourisme. Ces techniques sont des outils communs pour le développement économique et commercial.

A la croisée de ces chemins, le secteur culturel, qu'il s'agisse du patrimoine et des institutions muséales ou de l'industrie du loisir, a trouvé un intérêt assez net pour les réalités immersives. Les musées les utilisent comme des outils complémentaires voire substitutifs à la visite (cf. la

crise sanitaire). L'audiovisuel et le cinéma s'y intéressent de près, avec un rôle très important du CNC et d'Arte, mais également de TF1 et France 2, qui ont tenté un certain nombre d'approches. Les plasticiens ont également vu dans ces techniques de nouvelles possibilités de création. La première partie du rapport essaie d'illustrer de façon concrète tous ces usages nouveaux des réalités virtuelles, augmentées ou de leur fusion.

La deuxième partie du rapport s'intéresse à la nature de l'objet immersif au regard du droit de la propriété littéraire et artistique, que l'objet soit créé *ex nihilo* ou à partir du réel. La mission s'est attachée à décortiquer le processus de création qui possède certaines spécificités, en particulier dans le domaine de l'image avec un processus créatif organisé différemment d'un point de vue fonctionnel et temporel. Il existe certaines ressemblances avec les domaines de l'audiovisuel et du cinéma mais aussi, dans la segmentation des tâches, quelques particularités. La mission n'a pas de doute sur le fait que l'objet immersif a le statut d'une œuvre car, la plupart du temps, il s'agit d'un objet original. De la même manière, les contributeurs, dès lors qu'ils marquent l'objet de leur empreinte originale, sont des auteurs, quand bien même ils mettraient en œuvre des techniques qui reproduiraient le réel (photo). La mission s'est intéressée à la question de la nature de la protection, qui fait débat puisque le propre d'une œuvre immersive est de rassembler plusieurs strates, et a conclu, *a minima*, à une protection distributive par strate d'œuvres, ce qui correspond à une application classique de la jurisprudence *Cryo* mais peut-être, aussi, une protection unitaire pour l'ensemble de l'œuvre. C'est ce que dit la CJUE pour les jeux vidéo, et il n'est pas certain que cela ne s'applique pas aux œuvres immersives, même si la jurisprudence nationale n'a pas encore tranché faute de contentieux. Cette absence de contentieux ne signifie pas une absence de problème mais aucune décision ne tranche ce sujet de façon claire.

La mission s'est aussi posée la question de savoir si l'œuvre est une œuvre collaborative ou collective, ce qui a un impact important sur les questions de titularité de droits, de cessibilité et de rémunération. Là encore, elle n'a pas tranché car cela dépendra de ce qui ressort du processus de création. Elle met toutefois en garde car, si les qualifications contractuelles que les parties voudraient donner ne respectent pas la nature de l'œuvre, les parties courent le risque d'une requalification du contrat par le juge. La mission a insisté sur ce point car les auditions qu'elle a menées ont révélé que l'incertitude relative au degré de protection et à la qualification de l'œuvre peuvent freiner le développement du secteur. Pour lever ces freins, un statut *ad hoc* pourrait être envisagé, sur le modèle de celui qui avait été développé dans le cadre de la mission

sur les œuvres multimédia. Il s'agirait d'appliquer le droit commun en le tempérant par plusieurs présomptions. La première présomption évoquée est une présomption de titularité qui reposerait sur la participation aux tâches déterminantes. La mission propose que le secteur s'empare de ce sujet pour définir ce que sont ces tâches déterminantes, car elles ne sont pas les mêmes qu'en matière audiovisuelle ou de cinéma. La deuxième présomption envisagée est une présomption de cession automatique des droits pour permettre une sécurité juridique pour les investisseurs. A la différence des œuvres multimédia, il peut être envisageable qu'une rémunération forfaitaire soit prévue plutôt qu'une rémunération proportionnelle car il s'agit d'un secteur où les œuvres sont peu diffusées et où leur diffusion est difficilement quantifiable ce qui justifierait plutôt une rémunération forfaitaire mais tout cela est à débattre.

Le dernier point porte sur le constat d'une quasi inexistence des demandes d'évolution normative et par un certain consensus sur le *statu quo* législatif par l'absence de contentieux. Le rapport tente toutefois de montrer que le statut de l'objet immersif n'est pas totalement évident et que la protection des créateurs d'un côté et des responsables économiques de l'autre ne se satisfait peut-être pas totalement d'un *statu quo*. C'est pourquoi la mission préconise une démarche progressive et l'institution de bonnes pratiques sous forme de guides susceptibles d'aboutir à des contrats types qui seraient adaptés à l'objet de l'œuvre immersive et éventuellement, une évolution du droit.

Jean MARTIN remercie Alexandre KOUTCHOUK pour sa présentation. Il souligne un paradoxe souvent rencontré dans l'analyse de l'évolution du droit et des technologies, qui est l'incertitude sur le développement de cette technologie (il donne l'exemple du téléphone qui a commencé par le théatrophone), l'incertitude du degré de pénétration de cette technique dans la société. La RVA touche tous les secteurs, tous les usages techniques, professionnels, qui ne sont pas exempts des préoccupations de propriété intellectuelle et bien sur les industries culturelles : cinéma, télévision, applications patrimoniales. Jean MARTIN indique qu'il ne s'agit pas d'une technique mature, mais d'une virtualité, c'est-à-dire d'une potentialité, qui pénètre progressivement de nombreux secteurs, avec une modification du paradigme de notre perception du réel. Il évoque à titre d'exemple le choc du cinéma ou encore le choc culturel de l'art pariétal avec notamment la découverte de la grotte Chauvet. Il s'agit d'un paradoxe car on est en présence d'incertitudes, inhérentes aux évolutions techniques et des usages, mais également d'une certitude, celle de l'absence de vide juridique. En réalité, la mission a constaté que, depuis de nombreuses années, à chaque évolution technique il n'y avait pas réellement de

vide mais un trop plein : chaque secteur tendant à appliquer ses pratiques juridiques habituelles, ce qui rend difficile la rencontre de ces divers mondes dans l'univers commun qu'est la RVA. Jean MARTIN estime qu'il ne faut pas laisser en jachère juridique ce secteur aux enjeux financiers et culturels importants et donc éviter que des habitudes professionnelles soient prises alors que les équilibres trouvés dans la pratique ne sont pas nécessairement satisfaisants par rapport à notre culture de la propriété littéraire et artistique. Il évoque le travail important réalisé avec Valérie-Laure BENABOU concernant l'œuvre multimédia, et ne doute pas que le CSPLA parviendra encore à faire progresser les choses.

Olivier JAPIOT remercie Jean MARTIN et Alexandre KOUTCHOUK et reconnaît que ce rapport permet au CSPLA d'explorer les nouvelles formes d'art, des technologiques et de soulever les questions qui se posent en matière de droit d'auteur. Il donne la parole à Hubert TILLIET (SACD).

Hubert TILLIER (SACD) fait référence à la présomption de titularité pour les tâches déterminantes et pose la question de savoir si le terme recouvre les tâches de création ou les tâches déterminantes par rapport à ce qu'est la réalité virtuelle ou de synthèse.

Alexandre KOUTCHOUK explique que le terme de tâches déterminantes est utilisé pour permettre d'identifier les auteurs comme les créateurs de l'œuvre. En cas d'œuvre immersive, il y a un certain nombre de contributeurs qui sont des auteurs car certaines œuvres sont originales et d'autres non. Dans le secteur du cinéma, chaque participation à l'œuvre est différente en fonction de studio, raison pour laquelle la mission renvoie au secteur le soin de définir ce qu'est une tâche déterminante (réaliser un *story board*, placer une caméra, etc).

Jean MARTIN ajoute qu'il s'agit des tâches du processus créatif, et non de tâches techniques, avec la difficulté de déterminer la frontière entre tâches créatives et techniques. Il évoque notamment l'évolution de la jurisprudence et de la législation sur les réalisateurs.

Hubert TILLIET demande à Jean MARTIN s'il considère que la réalité virtuelle modifie les frontières actuellement définies dans le CPI entre ce qui est créatif et ce qui est technique.

Selon Jean MARTIN, l'idée n'est pas d'entamer les bases de la reconnaissance de la qualité d'auteur ni de la définition de l'œuvre, mais de se nourrir de ces fondamentaux pour approcher ces nouvelles pratiques, techniques et leurs usages.

Olivier JAPIOT renouvèle ses remerciements à Jean MARTIN et Alexandre KOUTCHOUK pour cette étude qui est un appel à la poursuite de la réflexion, et propose de le traduire en anglais.

Olivier JAPIOT donne la parole à Jean-Philippe MOCHON afin de faire un point d'étape sur la mission sur les outils de reconnaissance sur les plateformes.

### *VIII. POINT D'ETAPE DE LA MISSION SUR LES OUTILS DE RECONNAISSANCE DE CONTENUS SUR LES PLATEFORMES DE PARTAGE EN LIGNE*

Jean-Philippe MOCHON rappelle que le premier rapport a été présenté à Bruxelles juste avant la crise sanitaire. Il indique que la deuxième étape de la mission a été décidée pour faire connaître les conclusions de la première étape, approfondir ces conclusions, notamment sur les notions de meilleurs efforts et d'informations pertinentes et nécessaires pour la mise en œuvre de ces meilleurs efforts, à affiner dans chaque secteur de la création et assurer une veille sur l'ensemble des développements, en particulier l'élaboration des lignes directrices attendues de la Commission européenne.

Le premier objectif n'a pas été le plus simple à mettre en œuvre dans le contexte des mois écoulés. Les présentations du rapport dans les autres États membres ont dû être reportées. Heureusement, le rapport a pu faire l'objet d'une présentation à la RPUE juste avant la crise sanitaire. Il est connu des acteurs européens. Toutes les occasions restent à saisir pour en propager les conclusions.

Le deuxième objectif a donné lieu à des auditions complémentaires de la mission en visioconférence avant l'été auprès des parties intéressées : ayants droit, plateformes et utilisateurs. La mission a pu mieux approfondir le traitement de certaines problématiques, notamment le contenu texte, et interroger les parties sur l'état de préparation à la mise en œuvre de l'article 17, car cette préparation est véritablement en cours. Jean-Philippe MOCHON cite à

ce titre deux exemples parmi d'autres : la signature récente d'un accord entre Twitch et la SACEM ou encore l'annonce récente faite par Facebook sur l'introduction d'un outil de reconnaissance des images à des fins de protection du droit d'auteur

Le troisième objectif est en réalité le plus crucial car la conviction de la mission est que le premier rapport doit éclairer les choix à retenir pour la transposition et la mise en œuvre de l'article 17. Or deux développements particulièrement préoccupants sont à signaler, à savoir la présentation par le ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs d'un texte préparatoire à la transposition et les termes de la consultation organisée par la Commission européenne pendant l'été. La Commission prend parti pour une lecture de l'article 17 qui pose de nombreuses questions.

La première est une question de méthode : le texte de la consultation semble assez loin de l'exercice de recensement et synthèse des bonnes pratiques qui devrait inspirer les lignes directrices attendues de la Commission européenne.

La question centrale que pose le document résulte de l'équilibre qu'il trace entre l'exercice des droits de propriété intellectuelle et les usages légitimes en application de l'article 17.7. Affirmant que la protection des usages légitimes ne saurait être assurée seulement par le mécanisme de recours prévu par la directive, le document envisage une très forte limitation de l'efficacité des mesures préventives en affirmant que le blocage automatique doit être limité aux seuls contenus susceptibles d'être contrefaisants.

Le texte des services de la Commission reconstruit ainsi profondément l'équilibre de la directive en introduisant ces notions de contenus susceptibles d'être contrefaisants et contenus susceptibles d'être légitimes, en esquissant des lignes directrices qui réserveraient les blocages aux seuls cas de certitude de contrefaçon, et en donnant à la protection des exceptions, ainsi qu'en réalité à une très forte extension de leur portée (puisque'une simple possibilité d'exception impliquerait une paralysie des mesures préventives) un place centrale au détriment de l'effectivité des droits. C'est une profonde réécriture des équilibres envisagés par le texte de la directive.

A cela s'ajoutent d'autres préoccupations, importantes, notamment sur l'affirmation de l'application du principe du pays d'origine, à l'encontre du principe traditionnel en droit d'auteur du principe dans lequel la protection est réclamée.

Dans ce contexte nouveau, la mission a échangé avec les services du ministère de la culture dans le cadre de la préparation de la Note des autorités françaises en réponse à la consultation. L'HADOPI a par ailleurs apporté sa réponse à la consultation.

L'objectif de notre nouvelle mission est donc de peser dans ce débat des prochains mois en utilisant tout l'acquis d'expertise et de concertation déjà traduit dans le premier rapport.

Olivier JAPIOT remercie Jean-Philippe MOCHON et compte sur l'Hadopi et le ministère pour avancer sur ce sujet notamment par rapport à certaines orientations du projet d'orientation de la Commission qui sont un peu préoccupantes. Il donne la parole à Alexandra BENSAMOUN.

## *IX. PRESENTATION DE LA MISSION SUR L'EXCEPTION DE « TEXT AND DATA MINING »*

Alexandra BENSAMOUN indique qu'elle conduit cette mission avec Yohann BOUQUEREL.

La directive impose de transposer deux exceptions relatives à la fouille de textes et de données, visées aux articles 3 et 4. La première exception a un champ qui peut paraître assez cadré car elle concerne principalement le domaine académique, la recherche, mais il ne faut pas oublier que les partenariats public/privé sont prévus, ce qui peut grandement ouvrir cette exception, qui est une exception obligatoire et à laquelle on ne peut déroger par contrat. La directive précise par ailleurs qu'elle se fera sans compensation puisque le préjudice est minime. La France doit également transposer l'article 4 qui pose une exception très ouverte, qui couvre tous les usages, y compris commerciaux, et a sans doute été réfléchi en contemplation de l'intelligence artificielle. Pour compenser cette ouverture maximale, Alexandra BENSAMOUN indique qu'une possibilité d'*opt-out* est prévue, mais qu'à ce stade, il est difficile de déterminer comment elle peut s'exercer ou s'articuler avec l'article 3 de la directive pour lequel cette possibilité n'est pas prévue.

Alexandra BENSAMOUN souhaite profiter de cette séance plénière pour adresser plusieurs messages aux membres du Conseil. Le premier message est que, d'évidence, cette mission met en exergue le lien entre le droit d'auteur, les droits voisins, toute la propriété littéraire et

artistique, et le droit des données de manière générale, puisque cet *opt-out* va sans doute devoir s'exercer au moins en partie par des procédés automatiques, des lectures automatiques, des métadonnées, ce qui rejoint la question de savoir comment procéder quand des métadonnées sont retirées. La deuxième remarque est que la mission commence et a du mal à mobiliser les différents acteurs, du fait des différentes actualités. Alexandra BENSAMOUN est consciente que les titulaires de droits sont mobilisés et annonce qu'elle se tient à leur disposition pour entendre leur prise de position. Elle rappelle que la mission est courte dans le temps et qu'elle ne sera pas en capacité de rendre le rapport dans les temps si les ayants droit et les acteurs en général n'ont pas la possibilité de contribuer. Peut-être que la mission pourra être un peu prolongée du fait du calendrier législatif. Alexandra BENSAMOUN précise que les membres qui ne souhaitent pas être auditionnés peuvent contribuer par écrit.

Olivier JAPIOT remercie Alexandre BENSAMOUN et relaie son appel à contributions des membres du CSPLA. Il rappelle la différence entre les missions prospectives et les missions plus opérationnelles qui débouchent sur un texte, d'où le temps relativement court pour traiter un sujet très complexe. Olivier JAPIOT invite les membres du Conseil à se mobiliser.

Christophe PERALES (ADBU) souligne l'importance de cette transposition pour le monde de l'enseignement supérieur et de la recherche. Il regrette qu'il n'y ait aucun représentant du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche au CSPLA. Il s'agit d'un secteur particulier, où les auteurs ne sont pas rétribués. À côté du secteur éditorial classique, un certain nombre d'acteurs ont basculé dans un modèle économique qui n'a rien à voir avec le modèle éditorial classique, qui est beaucoup plus proche de celui des GAFAs avec le même système économique : la captation de contenus gratuits puisque l'auteur n'est pas rétribué, la monétisation de ces contenus en les revendant aux bibliothèques qui rachètent ce que les chercheurs ont fourni très gracieusement, mais aussi monétisation par le biais d'un certain nombre de traitements algorithmiques qui permettent à ces éditeurs de mettre sur le marché des systèmes experts d'évaluation de la recherche, de pilotage de la recherche en partant des contenus gratuits qu'ils ont captés sur lesquels ils font passer des traitements algorithmiques. L'objet et l'intérêt de cette directive est de rétablir une balance et de permettre aux chercheurs de pouvoir fouiller ces contenus. Comme cela a été souligné, le deuxième article pose la question d'une zone grise sur laquelle il va falloir réfléchir de manière un peu pointue, car il y a de la recherche partenariale dans le secteur public et la question de savoir à partir de quand on considère qu'on est toujours dans les intérêts publics ou les intérêts commerciaux se pose. Il semble important au moins pour l'article 3 de coller à la rédaction de la directive. Christophe

PERALES indique qu'il se manifestera très vite pour répondre au questionnaire et désigner à Alexandra BENSAMOUN un certain nombre d'acteurs qui sont des opérateurs de travaux sur la fouille de textes et de données (Inist-CNRS qui travaillent sur la plateforme nationale ISTEX).

Olivier JAPIOT rappelle que le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche est membre du CSPLA.

Alexandra BENSAMOUN ajoute qu'elle a contacté le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, qu'elle a auditionné un certain nombre de personnes, a travaillé sur des propositions. Elle est notamment en contact avec Marin DACOS et travaille depuis un certain temps sur le sujet avec le ministère.

Julien CHOURAQUI (SNE) évoque des travaux avec l'Institut de l'information scientifique et technique et indique qu'il y a quelques années, le SNE avait formalisé une sorte de contrat type à destination de ses éditeurs pour faciliter les opérations de TDM sur le langage, qui avait été suivi. Il pense que les accords contractuels sont essentiels pour organiser la diffusion des données dans des formats exploitables pour la recherche. S'agissant des échanges à venir avec le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, il est preneur d'échanges avec les chercheurs de terrain, ceux qui sont au quotidien dans les opérations de TDM, afin de connaître leurs attentes, leurs difficultés. Il annonce que le SNE échangera avec Alexandra BENSAMOUN.

Christophe PERALES explique que l'une des contraintes fortes de la recherche est qu'elle est essentiellement financée sur projet ou de plus en plus et dans des temps extrêmement contraints. C'est la raison pour laquelle il n'est pas tellement favorable à la contractualisation outre mesure, car cela prend du temps, temps qui n'est pas compatible avec la pression du temps de la recherche. En revanche, on peut imaginer de travailler de manière conjointe via des bonnes pratiques.

Olivier JAPIOT invite les membres à échanger sur le fond dans le cadre de réunions bilatérales avec les responsables de la mission.

Alexandra BENSAMOUN précise qu'elle a auditionné un nombre important de chercheurs en sciences dures qui font du TDM et ont une vision assez claire de leurs besoins. S'agissant de la contractualisation et des chartes, elle rappelle que la directive nous y oblige et qu'il faudra se mettre autour de la table et trouver les conditions de transposition de l'article 3.

En l'absence de questions diverses, Olivier JAPIOT lève la séance.