



**MINISTÈRE  
DE LA CULTURE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

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

*Compte rendu de la séance plénière  
du 5 juillet 2021*

*(en visioconférence)*

## *LISTE DES PARTICIPANTS*

Olivier JAPIOT, conseiller d'Etat, président

Anne-Elisabeth CREDEVILLE, conseillère (h) à la Cour de cassation, vice-présidente

### *Personnalités qualifiées*

Tristan AZZI, professeur des universités

Valérie-Laure BENABOU, professeure des universités

Joelle 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

### *Rapporteurs de missions*

Yves EL HAGE, maître de conférence, rapporteur de la mission sur les métadonnées liées aux images fixes

Guillaume LEFORESTIER, maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur de la mission sur les bases de données

### *Administrations*

Aurélie BRETON, chargée de mission au sein du département des politiques professionnelles et sociales des auteurs et des artistes de la direction générale de la création artistique du ministère de la culture

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

Chantal DEVILLERS-SIGAUD, juriste au bureau des affaires juridiques de la direction générale de la création artistique du ministère de la culture

Laure DURAND VIEL, déléguée à la régulation des plateformes numériques de la directive générale des médias et des industries culturelles 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 de la direction générale des médias et des industries culturelles du ministère de la culture

Julie FRANC, chargée de mission au sein du bureau du régime juridique de la presse de la direction générale des médias et des industries culturelles du ministère de la culture

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

Pierre HOTTINGER, stagiaire auprès du secrétaire général

Sarah JACQUIER, conseillère sur le droit des plateformes et du numérique auprès du chef 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

Anne LE MORVAN, cheffe du bureau de la propriété intellectuelle du secrétariat général 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 : Harold CODANT (BNF)

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA)

Professionnels

**Représentants des auteurs :**

Membres titulaires : Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Patrice LOCMANT (SGDL),  
Hervé RONY (SCAM)

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

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

Membre titulaire : aucun

Membre suppléant : aucun

**Représentants des artistes-interprètes :**

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

Membre suppléant : Jimmy SHUMAN (représente Catherine ALMERAS, SFA), Laurent  
TARDIF (SNAM-CGT)

**Représentants des producteurs de phonogrammes :**

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

Membres suppléants : Karine COLIN (représente Jérôme ROGER, SPPF), Marc GUEZ  
(SCPP)

**Représentants des éditeurs de musique :**

Membre titulaire : Carole GUERNALEC (CSDEM)

Membre suppléant : Philippine GIRARD-LEDUC (SEAM)

**Représentants des éditeurs de presse :**

Membres titulaires : Samir OUACHTATI (SPQN), Pierre PETILLAULT (SPQN)

Membre suppléant : Laurent BELARD-QUELIN, Boris BIZIC (FNPS), Julie LORIMY (SEPM)

**Représentants des éditeurs de livre :**

Membre titulaire : Pierre DUTILLEUL (SNE), 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 : Hortense DE LABRIFFE (API)

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

**Représentants des radiodiffuseurs :**

Membre titulaire : Jean-Michel ORION (SMSP)

Membre suppléant : Emmanuel BOUTTERIN (SNRL), Kevin MOIGNOUX (SIRTI)

**Représentants des télédiffuseurs :**

Membre titulaire : Sylvie COURBARIEN (SMSP), Vincent DUSAUGEY (représentant Nathalie MARTIN, ACP)

Membre suppléant : aucun

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

Membre titulaire : Amélien DELAHAIE (GESTE)

Membres suppléants : Thibault du MANOIR de JUAYE (GFII), Giuseppe de MARTINO (ASIC)

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

Membre titulaire : aucun

Membre suppléant : Sophie GOOSSENS (ESML)

**Représentants des consommateurs et utilisateurs :**

Membre titulaire : Kevin FICK-YEE (Familles de France), Julien LEONARD (UNAF), Alain LEQUEUX (CFPSAA), Christophe PERALES (ADBU)

Membre suppléant : Antoine AUTIER (UFC que choisir), Jamy BELKIRI (Familles de France)

Membres excusés : Eric BARBRY (ACSEL), Gérard DAVOUST (SACEM), Valérie LEPINE (UPC), Thierry MAILLARD (ADAGP)

## *ORDRE DU JOUR*

- I. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 15 décembre 2020
- II. Adoption du rapport d'activité 2020
- III. Point d'actualité
- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de justice de l'Union européenne
- V. Commentaires sur des affaires pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne
- VI. Présentation du rapport d'étape sur la protection juridique des bases de données
- VII. Présentation du rapport sur les métadonnées liées aux images fixes
- VIII. Point d'étape sur la mission sur les dispositifs de recommandation des œuvres auprès des utilisateurs des plateformes en ligne
- IX. Questions diverses

## *I. ADOPTION DU COMPTE RENDU ET DU RAPPORT D'ACTIVITE*

En l'absence d'observations, le compte rendu de la dernière séance plénière ainsi que le rapport d'activité sont adoptés.

## *II. INTERVENTION D'ALBAN DE NERVAUX, CHEF DU SERVICE DES AFFAIRES JURIDIQUES ET INTERNATIONALES AU SECRETARIAT GENERAL DU MINISTERE DE LA CULTURE*

Alban DE NERVAUX commence par un point d'actualité et de calendrier des textes en cours. Il indique que le ministère de la Culture avance dans la transposition des directives relatives au droit d'auteur. Deux premières ordonnances ont été publiées s'agissant de la transposition des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 d'une part, et de la transposition de la directive dite « Cab sat II » d'autre part. Le ministère vient de lancer une consultation sur la troisième ordonnance qui a pour objet la transposition du reste de la directive 2019/790. Alban DE NERVAUX indique que le ministère a bon espoir de mener à son terme la transposition de ces directives début septembre. Le Conseil d'Etat sera saisi sur la troisième ordonnance en juillet mais le texte ne pourra pas être examiné avant début septembre. Le ministère travaille en outre sur les mesures d'application qui peuvent être nécessaires.

S'agissant de l'actualité européenne, Alban DE NERVAUX s'en remet aux experts chargés de présenter les arrêts récents de la Cour de justice et les affaires pendantes, notamment les affaires YouTube et Ciando qui ont le mérite de conforter les choix faits dans le cadre de l'article 17 de la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique. Il souligne que le ministère est très attentif aux conséquences de l'arrêt *Raap*, que la Commission envisage une initiative législative mais que le calendrier implique de conduire un certain nombre d'études dont une pour laquelle les résultats ne sont pas attendus avant la fin de l'année. Alban DE NERVAUX indique que le ministère va maintenir la pression pour que ce dossier avance rapidement à Bruxelles.

Plus largement, Alban DE NERVAUX pense qu'il serait intéressant, lors d'une prochaine séance, que la question des priorités du ministère lors de la présidence française de la Commission européenne puisse être abordée, dans un contexte particulier car, compte tenu du calendrier électoral français, les temps forts politiques seront resserrés sur les mois de janvier à mars. Cela n'empêchera pas le ministère et la France de porter un certain nombre de sujets. Il



n'y aura pas de grandes négociations comme ces dernières années, dans le domaine du droit d'auteur. Néanmoins, la France a un certain nombre de priorités notamment les conséquences de l'arrêt *Raap* et la révision de la directive bases de données.

Olivier JAPIOT remercie Alban DE NERVAUX et rappelle qu'il s'agit de sa dernière intervention en séance plénière en sa qualité de chef de service des affaires juridiques et internationales du ministère de la Culture.

Alban DE NERVAUX annonce qu'il va en effet quitter ses fonctions de chef de service des affaires juridiques et internationales. Aux termes de presque six ans à occuper ces fonctions, il passera la main en septembre, et le nom de son successeur sera bientôt connu. Il indique qu'il a eu beaucoup de plaisir à suivre les travaux du CSPLA sous la présidence d'Olivier JAPIOT et à bénéficier de l'expertise de ses membres, personnalités qualifiées et rapporteurs. Il est bien placé pour connaître depuis longtemps le travail remarquable accompli par le CSPLA et les études très précieuses pour la politique du ministère en matière de droit d'auteur, puisqu'il a débuté sa carrière en tant que rapporteur de la mission sur la responsabilité des plateformes en 2006 présidée par Joëlle Farchy. Il remercie l'ensemble du CSPLA.

Olivier JAPIOT remercie chaleureusement, au nom des membres du CSPLA, Alban DE NERVAUX de son écoute et de son engagement en faveur de la protection du droit d'auteur, notamment dans la négociation très réussie de la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique et dans la transposition rapide de celle-ci. Il donne la parole à Hubert TILLIET.

Hubert TILLIET (SACD) souhaite poser deux questions de détail. La directive « Cab sat » prévoyant un agrément, il se demande s'il s'agit d'un nouvel agrément ou si l'agrément en cours doit s'appliquer. Il ajoute, s'agissant de consultation, qu'il est compliqué de répondre avant le 9 juillet et demande s'il y aura un délai supplémentaire au sujet de la gestion collective étendue. Il suppose que la demande d'agrément ne sera à faire qu'après la publication des textes réglementaires. Il demande si le projet de textes réglementaires relatifs à la troisième ordonnance seront bientôt transmis et si la demande d'agrément ne sera à faire qu'après publication des textes réglementaires.

Alban DE NERVAUX répond que les demandes d'agrément ne seront pas sollicitées avant la publication de l'ordonnance.

Anne le MORVAN (BDPI) précise que le ministère attendait la publication de l'ordonnance de transposition de la directive « Cab sat » pour envoyer aux un mail aux organismes de gestion collective leur demandant de préparer un dossier de demande d'agrément car le champ a été modifié et élargi. L'ordonnance prévoit un délai d'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> septembre pour permettre aux uns et aux autres de solliciter un agrément. Si les dossiers arrivent plus tard, on en tiendra compte mais ce délai a été prévu pour que ceux qui le souhaitent puissent déposer leurs dossiers cet été.

Olivier JAPIOT remercie Alban DE NERVAUX et donne la parole à Valérie-Laure BENABOU pour la présentation des commentaires de récents arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

### *III. PRESENTATION DES ARRETS DE LA CJUE*

Valérie-Laure BENABOU commence par indiquer que, bien qu'elle ne soit pas au centre de l'attention, la jurisprudence relative aux marques et aux dessins et modèles est susceptible de connaître des échos en matière de droit d'auteur, notamment lorsque ce dernier est invoqué au titre de droit antérieur. Elle évoque trois décisions récentes présentant à cet égard un certain intérêt sur l'analyse des preuves de la qualité d'auteur et de l'originalité de l'œuvre, affirmant l'existence d'une autonomie procédurale de l'EUIPO au regard du droit national.

Dans deux occurrences, une juridiction s'était déjà prononcée au plan national. Le tribunal mentionne l'existence de ces décisions mais la chambre de recours comme le tribunal ne se considèrent pas tenus par l'appréciation faite par les juridictions nationales du droit d'auteur. Il pourrait donc y avoir une différence entre l'appréciation par une juridiction nationale de l'existence d'un droit d'auteur et celle réalisée par la Chambre de recours ou le tribunal. Valérie-Laure BENABOU insiste donc sur la nécessité de rapporter de manière circonstanciée la preuve de la titularité ou de l'originalité d'une œuvre, devant les instances propres au droit des marques, puisqu'il ne suffira pas de venir avec une décision de justice nationale arguant du fait que le droit d'auteur a été reconnu, pour emporter la conviction de la chambre de recours ou du tribunal.

Dans le jugement rendu par le Tribunal (deuxième chambre) le 20 janvier 2021, aff. T 656/18, Hana Jareš Procházková C/ EUIPO, « PRIM », la Chambre de recours de l'EUIPO avait rejeté la demande des requérants visant à empêcher l'enregistrement d'une maque semi-figurative «

PRIM » au motif qu'elle aurait fait l'objet d'une antériorité par une œuvre protégée par le droit d'auteur, en l'occurrence un logo fait par Jiří Rathouský. La Chambre de recours avait considéré que les éléments de preuve avancés par les requérants ne permettaient pas de démontrer que ce dernier avait créé, de quelque manière que ce soit, ce logo. Le Tribunal valide cette appréciation au vu des règles de preuve applicables à l'EUIPO. Ce qui est remarquable dans cette affaire, c'est le traitement par le Tribunal d'un arrêt d'une juridiction tchèque qui avait également conclu à cette absence de preuve. Le Tribunal relève certes (point 83) que « l'arrêt de Krajský soud v Hradci Králové (cour régionale de Hradec Králové) doit être déclaré recevable » mais toutefois « dans la mesure où il est invoqué par l'intervenante uniquement pour corroborer la conclusion de la chambre de recours selon laquelle il n'a pas été démontré que Jiří Rathouský était l'auteur du logo prim. » Par conséquent, pour le Tribunal, l'EUIPO doit se livrer à une appréciation autonome de la qualité d'auteur du logo, l'appréciation de cette circonstance par une juridiction nationale n'étant prise en considération qu'à l'appui de cette appréciation. La décision ne dit pas ce qui se passerait en cas de contradiction. Il semble toutefois possible de considérer que la chambre de recours pourrait ne pas se trouver liée par l'appréciation de la qualité d'auteur (et peut être des autres conditions de déclenchement de la protection du droit d'auteur) opérée par une juridiction nationale si elle considère, au vu des pièces produites devant elle, qu'une interprétation divergente s'impose.

Dans un jugement rendu le 16 juin 2021, aff.T 678/19, Health Product Group sp. z o.o., C EUIPO, « ENTERSOGEL », le Tribunal, de la même manière que dans l'arrêt précité, rejette l'argumentation des requérantes selon laquelle la Chambre de recours aurait méconnu la convention universelle sur le droit d'auteur, la loi russe et la loi ukrainienne sur le droit d'auteur en refusant de reconnaître la protection du signe par le droit d'auteur. La requérante faisait notamment valoir que Kreoma-Pharm, actionnaire ukrainien de l'entité ukraino-russe AO Silma, était titulaire d'un droit d'auteur ou copyright sur le terme « enterosgel » tel que figurant, en particulier, dans le brevet ukrainien no 7472 transféré à Kreoma-Pharm le 3 mars 1999 pour les hydrogels méthyl-siliciques Enterosgel Super, et dans les autorisations pour usage médical, en vertu des droits russes et ukrainien en la matière (point 55). Le Tribunal rejette pourtant cette argumentation, y voyant une affirmation non étayée par des éléments de preuve. Il relève « En outre, le seul élément de preuve qui pourrait être pertinent en la matière a été fourni par l'intervenante et tendrait à prouver le contraire. », en l'espèce une décision d'une cour d'arbitrage de Moscou du 19 juin 2017 selon laquelle Kreoma-Pharm n'avait précisément pas

réussi à démontrer être titulaire d'un droit d'auteur sur ce terme. Ici encore, la prise en considération de la décision arbitrale semble être faite à titre surabondant.

Enfin, Valérie-Laure BENABOU évoque une ordonnance du 14 juin 2021, aff. T 512/20, TrekStor GmbH, C/ EUIPO, rendu par le Tribunal. En l'espèce, la Chambre de recours a estimé que la requérante n'avait pas démontré l'existence d'une œuvre protégée par le droit d'auteur et s'agissant du droit national applicable, qu'elle n'avait pas démontré non plus que l'œuvre bénéficiait d'une protection en vertu de la loi allemande sur le droit d'auteur. En effet, d'une part, la date ou le lieu de la première publication de l'œuvre n'était pas indiqué et, d'autre part, il n'était pas possible d'identifier le titulaire du prétendu droit d'auteur. Enfin, la chambre de recours a rejeté la demande d'audition de témoins en raison du fait que la requérante n'avait pas fourni d'explication indiquant pourquoi elle n'avait pas pu présenter de déclarations écrites de témoins ou les documents manquants, au cours de la procédure devant l'EUIPO

Le Tribunal refuse ici de consacrer la protection par le droit d'auteur d'un modèle de clavier d'ordinateur qui pourrait faire obstacle à l'enregistrement d'un dessin et modèle. La Chambre de recours avait considéré que les éléments probatoires avancés par les requérants n'étaient pas suffisants pour démontrer l'existence d'une protection au regard de la loi allemande. En l'espèce, la requérante n'avait produit qu'un contrat de cession de droits avec des dessins annexés mais le contrat avait été conclu postérieurement à l'enregistrement du dessin et n'avaient pas été produits les dessins antérieurs au contrat de cession qui auraient pu permettre la comparaison entre le dessin enregistré et le droit d'auteur allégué.

La décision est intéressante sur deux points. En premier lieu, la chambre de recours, sans être démentie par le Tribunal, a rejeté l'antériorité au motif qu'il n'était pas démontré pourquoi les dessins et images « étaient susceptibles d'atteindre le seuil permettant d'être admis en tant qu'œuvre d'art (sic), ni n'a produit aucun document pour confirmer leur protection par le droit d'auteur.» (point 23). S'agissant du critère de la multiplicité des formes, le Tribunal retient en l'espèce que « l'existence des dessins ou modèles alternatifs ne permettait pas d'exclure que les dessins et croquis de A étaient caractérisés par des considérations fonctionnelles. »

En second lieu, le Tribunal refuse de suivre l'argumentation des requérants fondée sur le fait que l'EUIPO aurait méconnu le seuil faible de protection du droit d'auteur allemand pour les œuvres utilitaires (Kleine Munze). Il relève, au contraire, que la chambre de recours s'était appuyée notamment sur l'arrêt du 23 mars 2017 (affaire I-20 U 125/15) de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf, Allemagne), lequel, dans une procédure

entre la requérante et l'intervenante relative aux dessins et aux croquis de A, avait estimé que, pour revendiquer une protection en tant qu'œuvre d'art, il ne suffisait pas que les caractéristiques du produit ne soient pas purement techniques, mais elles devaient également être conçues de manière à exprimer l'esprit créatif du concepteur de manière originale. À cet égard, la chambre de recours a considéré que la requérante n'avait indiqué aucun élément expliquant pourquoi les dessins et croquis pourraient passer le seuil permettant d'être admis en tant qu'œuvre d'art, « quel que soit le niveau auquel ce dernier était fixé. » (point 27)

Enfin, le Tribunal a approuvé la chambre de recours d'avoir refusé l'audition de témoins au motif qu'elle n'était pas tenue de le faire, d'autant que cette audition n'avait pas été faite auparavant devant la division d'annulation.

Au terme de ces trois décisions, il est donc recommandé de rapporter l'ensemble des éléments de preuve de l'existence du droit d'auteur le plus tôt possible dans les procédures d'opposition à l'enregistrement de titres postérieurs à un droit d'auteur. D'après les décisions rapportées, la seule production de décisions nationales ou de sentences arbitrales ne lie pas l'EUIPO dans son appréciation, même si la Chambre de recours peut les prendre en considération.

Valérie-Laure BENABOU évoque ensuite une décision très intéressante s'agissant des exclusivités territoriales, rendue le 9 décembre 2020 (aff. C 132/19 P, Groupe Canal + SA c/ Commission). En l'espèce, la Cour de Justice a invalidé la décision du Tribunal qui avait refusé de prononcer la nullité de la décision de la Commission qui avait rendu obligatoire erga omnes les engagements souscrits par la société Paramount dans le cadre de l'affaire Sky, au cours duquel il avait été conclu à l'existence et à la prohibition des exclusivités territoriales consenties. Canal + soutenait, en l'espèce, que cette décision conduisait à méconnaître les engagements contractuels de Paramount à son égard, alors qu'elle était tiers à la procédure Sky. La Cour considère que le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que les parties pouvaient demander l'inapplication des engagements concurrentiels de Paramount dans une procédure visant le respect des obligations contractuelles devant les juridictions nationales. En substance, le principe de primauté interdit à ces dernières de contredire une obligation communautaire et leur impose une clause de stand still tant que la Commission est susceptible de reprendre la procédure à l'encontre de Canal +.

La CJUE a, par ailleurs, conclu que la décision de la Commission devait être invalidée au motif qu'elle méconnaissait le principe de proportionnalité prévu à l'article 9 du règlement n°1/2003, en permettant une véritable ingérence dans la liberté contractuelle.

Toutefois, en dépit de cette annulation qui offre un répit à Canal + pour poursuivre les exclusivités territoriales absolues consenties par Paramount, il n'est pas acquis que lesdites clauses pourraient être validées dans le cadre d'une procédure en concurrence au principal. Tout particulièrement la manière dont la Cour de Justice a rédigé son communiqué de presse sur la décision démontre son souci de minimiser la portée de l'annulation prononcée en mettant l'accent sur les éléments de validation du raisonnement du Tribunal.

Elle approuve ainsi le Tribunal d'avoir rejeté le moyen tiré d'un détournement de pouvoir, qui visait, en substance, à démontrer que la Commission a éludé, en adoptant la décision litigieuse, le processus législatif portant sur la question du blocage géographique. La Cour relève que tant que le processus législatif n'avait pas abouti, il était sans préjudice des pouvoirs dont la Commission est investie en vertu de l'article 101 TFUE et du règlement n°1/2003. Par ailleurs, elle approuve le rejet par le Tribunal des arguments de Canal + visant à démontrer la licéité des clauses au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En effet, dans la mesure où les accords de licence en question comportaient des clauses qui visaient à éliminer la prestation transfrontalière des services de radiodiffusion du contenu audiovisuel concerné et conféraient, à cette fin, aux télédiffuseurs une protection territoriale absolue garantie par des obligations réciproques, la Cour juge que le Tribunal a pu valablement constater que de telles clauses sont, sans préjudice d'une éventuelle décision constatant définitivement l'existence ou l'absence d'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE à la suite d'un examen approfondi, de nature à susciter, pour la Commission, des préoccupations en matière de concurrence. La Cour considère également que la Commission n'avait pas à analyser un par un les marchés nationaux concernés, en raison du risque que présentent de tels accords pour le fonctionnement du marché unique dans son ensemble.

On ne peut enfin tirer aucune conséquence de l'affirmation selon laquelle il n'était pas possible de se prononcer sur les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE dans la mesure où le cadre procédural de l'article 9 du règlement n°1/2003 étant préliminaire à l'évaluation de la nature anticoncurrentielle du comportement en cause, le Tribunal a retenu justement que l'article 101, paragraphe 3, TFUE ne trouve à s'appliquer que si une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE a été constatée au préalable, ce qui ne pouvait donc se faire à ce stade.

Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP) est en désaccord avec cette analyse. Il estime que l'on ne peut pas considérer que le Tribunal n'a pas voulu s'exprimer sur le sujet et laisser entendre que ces clauses resteraient totalement illégales. Il n'a pas cette lecture de l'arrêt et, selon lui, il

s'agit d'un camouflet pour la Commission. Le fait que l'argumentation n'entre pas dans le jugement de fond de ce qu'était la compatibilité des clauses avec le droit européen peut se comprendre car il s'agissait d'un sujet de procédure et il y a eu une sanction à ce titre. Idzard VAN DER PUYL émet en revanche des réserves sur le fait que l'on puisse en tirer les conclusions selon lesquelles ces clauses-là resteraient illégales. Il pense que cet arrêt est majeur car il est à contre-courant de toute la doctrine relative à la disparition de la gestion territoriale à terme, au regard du droit européen.

Valérie-Laure BENABOU pense qu'il est possible d'avoir des lectures différentes de la décision. Ce qui est clair c'est que la Cour ne se prononce pas au fond sur les arguments relatifs à l'existence d'un caractère illicite des clauses de protection territoriale. Elle ne le fait pas parce que ce n'est pas le cadre de la procédure mais on ne peut pas inférer, à la lecture de l'arrêt, qu'elle licite pour autant ces clauses. Lorsqu'elle refuse de condamner le Tribunal car il a rejeté le grief de détournement de pouvoir, il lui semble qu'elle valide l'appréciation faite par ce dernier. A son sens, les choses restent ouvertes, la Cour ne dit pas que les clauses sont illicites mais elle ne dit pas l'inverse non plus.

Valérie-Laure BENABOU présente ensuite un arrêt rendu le 9 Mars 2021 (aff C-392/19 – VG Bild Kunst c/ Stiftung reußischer Kulturesitz).

En l'espèce, un organisme de gestion collective gérant des droits sur des images (VG Bild-Kunst) a passé un accord avec une fondation (SPK) exploitant une bibliothèque numérique (DDB) qui propose sur son portail des liens sous forme de vignettes éventuellement agrandissables, renvoyant à des institutions partenaires. VG Bild-Kunst voulait subordonner la conclusion du contrat général de représentation à la condition que soient mises en place par SPK des mesures techniques de protection empêchant des tiers de permettre la visualisation de ces images par une technique de « framing », à partir du site de la DDB. SPK contestait cette exigence, notamment au regard de l'obligation faite par la loi allemande aux organismes de gestion collective de délivrer une licence d'utilisation de son répertoire, à ceux qui lui demandent, à des conditions raisonnables tandis que VG Bild-Kunst se prévalait d'une jurisprudence ouvrant la possibilité d'y déroger pour des intérêts légitimes supérieurs.

L'affaire est arrivée devant le Bundesgerichtshof qui, « en raison des doutes subsistants quant à la réponse à donner au regard de la jurisprudence de la Cour relative à la pratique des liens sur Internet (point 18) » considéra nécessaire d'interroger la Cour de Justice sur le point de savoir si l'incorporation par framing dans le site d'un tiers d'une œuvre disponible, avec le

consentement du titulaire des droits, sur un premier site Internet constitue une communication de l'œuvre au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 lorsqu'elle contourne des mesures de protection contre le framing adoptées par le titulaire ou imposées par lui à un licencié. Pour la Cour allemande, si tel était le cas, VG Bild-Kunst pourrait valablement exiger l'insertion de l'obligation de mise en œuvre des mesures techniques contre le framing dans le contrat de licence avec SPK, empêchant la réalisation d'un acte de communication au public subséquent.

La Cour de Justice jugea que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE « doit être interprété en ce sens que constitue une communication au public au sens de cette disposition le fait d'incorporer, par la technique de la transclusion, dans une page Internet d'un tiers des œuvres protégées par le droit d'auteur et mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur un autre site Internet lorsque cette incorporation contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées ou imposées par ce titulaire. » La décision ouvre ainsi la voie à la possibilité pour l'organisme de gestion collective de subordonner la conclusion du contrat de représentation générale à ce type de conditions.

Selon Valérie-Laure BENABOU, la reconnaissance que l'acte de transclusion, lorsqu'il n'est pas consenti par le titulaire, constitue une communication au public ne surprend pas véritablement, tant elle pouvait s'inférer d'une lecture a contrario de l'arrêt Svensson (CJUE, 13 février 2014, Svensson e.a., aff. C 466/12, EU:C:2014:76). Dans cette précédente décision, la Cour avait estimé que le lien opérant une communication visant les mêmes œuvres et ayant été effectuée sur Internet à l'instar de la communication initiale, donc selon le même mode technique, il convenait, pour parvenir à une qualification de communication au public, qu'elle soit adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public (Svensson point 24). Pour les juges, « le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement. » (Svensson point 26). La Cour avait considéré, dès lors, que faute de public nouveau, « ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à l'article 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet ». Cette même analyse avait été confirmée ultérieurement dans l'ordonnance BestWater (CJUE, 21 octobre 2014, BestWater



International, aff. C 348/13, EU:C:2014:2315) à propos d'un lien réalisé par la technique de la « transclusion » («framing»).

Valérie-Laure BENABOU ajoute que l'attendu 46 de la décision retient l'attention : « Il convient de préciser que, aux fins de garantir la sécurité juridique ainsi que le bon fonctionnement d'Internet, il ne saurait être permis au titulaire du droit d'auteur de limiter son consentement autrement qu'au moyen de mesures techniques efficaces, au sens de l'article 6, paragraphes 1 et 3, de la directive 2001/29 (voir, à ce dernier égard, arrêt du 23 janvier 2014, Nintendo e.a., C 355/12, EU:C:2014:25, points 24, 25 et 27). En effet, en l'absence de telles mesures, il pourrait s'avérer difficile, notamment pour les particuliers, de vérifier si ce titulaire a entendu s'opposer à la transclusion de ses œuvres. Une telle vérification s'avèrerait d'autant plus difficile lorsque ces œuvres ont fait l'objet de sous-licences (voir, par analogie, arrêt du 8 septembre 2016, GS Media, C 160/15, EU:C:2016:644, point 46). » (point 46)

La Cour confirme ici que le lien ne constitue pas en soi un acte de communication au public relevant du droit exclusif, qu'il soit cliquable ou par transclusion, faute de public nouveau. En revanche, lorsque le titulaire impose des mesures techniques limitant l'accès à ses œuvres à partir de sites tiers, il « est censé avoir exprimé sa volonté d'assortir de réserves son autorisation de communiquer ces œuvres au public sur Internet, aux fins de restreindre le public desdites œuvres aux seuls utilisateurs d'un site Internet particulier. » (point 42). En ce cas, tant les mises à disposition première que « secondaire » opérées par voie de transclusion constituent des communications à des publics différents, chacune d'entre elles devant faire l'objet d'une autorisation (point 43). La lecture a contrario de l'arrêt Svensson est validée et permet de conclure, qu'en l'espèce, la transclusion constituerait bien un acte de communication au public si elle contournait les mesures techniques empêchant sa réalisation.

Toutefois, dans la présente décision rendue sur conclusions inverses de l'avocat général, la Cour de Justice ferme la voie, qui demeurait encore ouverte après l'arrêt Svensson, de la diversité des modes d'expression du consentement du titulaire pour préciser le public cible de sa communication au public. Les juges restreignent ces hypothèses au seul cas dans lequel le titulaire avait limité l'accès à l'œuvre, au moment de la communication initiale, par des mesures techniques. Comme déjà relevé, l'attendu 46 établit que « aux fins de garantir la sécurité juridique ainsi que le bon fonctionnement d'Internet, il ne saurait être permis au titulaire du droit d'auteur de limiter son consentement autrement qu'au moyen de mesures techniques efficaces, au sens de l'article 6, paragraphes 1 et 3, de la directive 2001/29 ». Ainsi, la simple indication par voie d'avertissement ou par des conditions générales d'utilisation du site n'est

pas admise pour exprimer un consentement-écran au lien. La Cour juge en effet, « qu'en l'absence de telles mesures, il pourrait s'avérer difficile, notamment pour les particuliers, de vérifier si ce titulaire a entendu s'opposer à la transclusion de ses œuvres. Une telle vérification s'avèrerait d'autant plus difficile lorsque ces œuvres ont fait l'objet de sous-licences ». On retrouve ici la même préoccupation que celle figurant dans la décision GS Média, à savoir résoudre l'asymétrie informationnelle existant entre les titulaires et les utilisateurs.

Insistant toutefois à plusieurs reprises sur le fait qu'il n'existe pas d'épuisement du droit de communication au public, conformément à la lettre de l'article 3 de la directive 2001/29 (points 28 et 50), la Cour de justice ajoute que le titulaire est en mesure de « ségementer » les publics en précisant que seul le public d'un site particulier est visé par la communication au public. Mais, selon cette décision, il ne peut le faire qu'à travers des mesures de protection technique efficaces, à défaut de quoi les tiers rencontreraient de trop grandes difficultés pour connaître l'intention de l'auteur quant au degré d'exposition de son œuvre. C'est, semble-t-il, au moment de la publication initiale, que le titulaire dispose du choix d'opérer cette différenciation des publics et il ne peut le faire qu'à l'aide de mesures techniques efficaces.

La Cour de Justice consacre donc, dans les interstices de sa décision et en se réclamant de la décision Soulier & Doke, le principe selon lequel existe, par défaut, un principe d'autorisation de communication au public le plus élargi sur Internet, instaurant une licence implicite de lier. Il appartient au titulaire qui souhaiterait restreindre ce public de le faire mais uniquement à travers des mesures techniques de protection. Malgré ce qu'en disent les juges, cela ressemble diablement à un « épuisement » du droit de communication au public sur Internet pour les œuvres dont la mise à disposition initiale n'est pas entourée de mesures techniques efficaces.

Valérie-Laure BENABOU indique que cette position suscite des questions multiples et que l'on peut se demander comment s'opérera désormais l'organisation contractuelle et technique liée au modèle. La conciliation opérée par la Cour de Justice entre droit exclusif et liberté de lier, en affirmant le primat des mesures techniques, suscite en outre des craintes sur l'avenir du droit exclusif lorsque de telles mesures font défaut.

Sur le plan théorique, en premier lieu, la solution engendre une nouvelle perte d'intensité du droit exclusif de communication au public déjà sous-jacente dans l'arrêt Soulier et Doke. Or, d'après cette suite jurisprudentielle, une licence implicite de mise à disposition élargie à tous les internautes s'inférerait de la décision initiale de placer son œuvre sur un site libre d'accès. Ainsi, l'intention du titulaire est présumée et le candidat à l'usage de l'œuvre n'a pas, dans ces

conditions, à s'enquérir d'une autorisation. Si l'intention du titulaire est de restreindre les « lieux » de communication au public, celui-ci doit la formaliser (opt out). Mais cette obligation de formalisation – en contradiction avec la prohibition des formalités de la convention de Berne – ne se suffit pas de l'expression juridique du consentement puisqu'elle requiert en outre la mise en place de mesures techniques efficaces. L'efficacité de la mesure devient ici une condition non du simple exercice mais de l'existence même du droit exclusif.

Sur le plan pratique, les conséquences de la décision sont également discutables. Loin d'apporter plus de liberté de lier, l'arrêt de la Cour de Justice va inciter les titulaires à « verrouiller » davantage, par la technique, l'accès à leurs œuvres afin de s'assurer qu'ils puissent opérer des transferts de droit selon les différents marchés d'exploitation qu'ils identifient sur Internet, à l'instar de ce qu'exigeait VG Bild Kunst dans la présente affaire.

La Cour met finalement les titulaires « devant l'alternative soit de tolérer l'utilisation non autorisée de son œuvre par autrui » (point 51), soit de mettre en place des mesures techniques de protection. Pour les titulaires, risque donc de se développer un régime à double vitesse : d'une part des œuvres dont l'accès sera techniquement limité et l'audience contrôlée ; de l'autre, des œuvres « ouvertes » à tous les vents qui pourront faire librement l'objet de liens – y compris sous forme de transclusion –, de sorte que l'exploitant du site pointeur pourra générer des revenus propres qui échapperont complètement au titulaire.

Agnès DANIEL indique que le gouvernement s'est félicité de cette décision qui correspond exactement à la position du gouvernement français défendue dans cette affaire. Elle explique que la France partait avec un gros handicap, les jurisprudences Svensson et Best Water prenant pour principe qu'un titulaire de droits ne pouvait pas s'opposer à la transclusion de son œuvre. Finalement, le seul moyen pour les titulaires de droits d'éviter une forme d'épuisement de leur droit de communication au public consistait à mettre en place des mesures techniques. Dans cette affaire, était en jeu la possibilité pour les titulaires de droits d'imposer dans un contrat la mise en œuvre de mesures anti transclusion. Le risque était que l'on considère qu'il s'agissait d'un abus de position dominante. La France a obtenu de la CJUE le fait de considérer que la mise en œuvre de mesures anti transclusion permet de considérer qu'une mesure de transclusion contournant ces MTP est bien une communication au public. Le gouvernement a défendu le fait que cela restait cohérent avec la jurisprudence Svensson mais cela constitue une petite victoire pour les titulaires de droits qui ont ainsi la possibilité de limiter le phénomène de transclusion et d'éviter l'épuisement de leurs droits. Il ne semble pas que les conditions générales d'utilisation étaient de nature à empêcher le phénomène de transclusion et à en faire une

communication au public. Anges DANIEL voit mal où est le recul qu'il y aurait dans cet arrêt. C'était un enjeu important d'être en mesure d'imposer ces mesures anti transclusion.

Marie-Anne FERRY FALL (ADAGP) ajoute que certains juristes d'OGC sont d'avis de Valérie-Laure BENABOU, d'autres d'Agnès DANIEL. On sait aujourd'hui que l'on peut imposer des mesures techniques de protection (MTP). Dans les arts visuels, quand on parle de MTP, il s'agit d'inscrire, dans le fichier qui publie l'image, une ligne de code interdisant la transclusion. Comme signalé à plusieurs reprises par l'ADAGP, suite à l'arrêt Best Water, c'est un non-sens économique d'imposer des mesures techniques telles que la création d'un compte avec un mot de passe. Si l'ADAGP imposait au Centre Pompidou de soumettre l'accès aux œuvres à la création d'un compte, ce serait un tollé. Le rendre possible via des conditions juridiques, ce serait encore mieux, mais ce n'est pas encore le cas.

Valérie-Laure BENABOU n'est pas tout à fait convaincue car l'arrêt de la CJUE du 7 août 2018 (aff. C 161/17) opposant le Land Nordrhein-Westfalen et Dirk Renckhoff, semblait considérer que l'on pouvait déterminer des publics différents en fonction de l'attractivité des sites. Par ailleurs, l'arrêt du 9 Mars 2021 a été rendu sur conclusions contraires de l'avocat général qui défendait une vision beaucoup plus favorable aux ayants droit. C'est un recul par rapport aux potentialités de lecture a contrario de l'arrêt Svensson.

Nicolas MAZARS (SCAM) ajoute que si la lecture de Valérie-Laure BENABOU s'avérait être la bonne, cela subordonnerait la protection par le droit d'auteur à la mise en place de mesures techniques de protection, ce qui est, à son sens, contraire aux principes du droit d'auteur et à la Convention de Berne qui dispose que la protection ne saurait être subordonnée à des formalités. Si on suit cette analyse, il y a donc un problème de contraction entre l'arrêt rendu et la Convention de Berne.

David EL SAYEGH (SACEM) considère que cette décision n'est que la conséquence de l'introduction du critère qui ne convient pas, élaboré par la CJUE, du public nouveau. Ce critère n'existe pas en droit français ni dans les conventions internationales qui obligent la Cour à des contorsions qui rendent sa jurisprudence illisible. Si l'on change de mode technique, on n'a pas besoin de public nouveau. Si le mode technique est le même, il faut un public nouveau. Si la mesure de protection existe, on peut considérer que le public a été limité, en amont, au site ou au service en ligne. Le critère de Convention de Berne est qu'à partir du moment où un tiers reprend un flux, il doit solliciter une autorisation, qui est un principe simple et cohérent auquel il faudrait revenir pour éviter toutes ces complexités.

Valérie-Laure BENABOU signale un arrêt du 3 juin 2021, dans une affaire C762/19 à propos des bases de données et renvoie à son commentaire dans Dalloz IP/IT qui paraîtra prochainement.

Valérie-Laure BENABOU aborde ensuite deux affaires jointes C 682/18 et C 683/18 (arrêt du 22 juin 2021), Frank Peterson c/ Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC. Ces deux affaires ont été liées par le Président de la CJUE considérant que les questions posées posaient suffisamment de similitudes pour les joindre alors que les services concernés n'ont pas tout à fait les mêmes configuration, YouTube étant une plateforme de partage de contenus mis à disposition par les Youtubeurs, l'autre étant un système d'hébergement et de partage de fichiers écrits avec des fonctionnalités assez différentes. Les questions juridiques étaient néanmoins semblables.

Valérie-Laure BENABOU a identifié trois objets dans ces questions : l'interprétation de la directive DADVSI, la directive « commerce électronique », et la directive respect des droits de propriété intellectuelle. La CJUE devait se prononcer sur la qualification d'acte de communication au public des plateformes et, si cette qualification n'était pas retenue, elle devait se prononcer sur la conséquence de la qualification de fournisseur d'hébergement au sens de la directive commerce électronique (article 14). S'il n'y avait ni acte de communication au public, ni activité d'hébergement, la CJUE devait se prononcer sur l'article 11 de la directive de 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, pour savoir si une plateforme de cette nature pouvait être considérée comme un contrevenant et s'il était possible de lui demander des dommages et intérêts. La CJUE ne s'est pas prononcée sur ce dernier point car elle a répondu par la positive à la qualification d'hébergeur.

Valérie-Laure BENABOU indique que l'arrêt était très attendu, surtout en France, où une grande partie de la doctrine avait notamment défendu que l'activité que YouTube pouvait constituer un acte de communication au public au sens de l'article 3 de la directive avant même l'entrée en vigueur de l'article 17 et du nouveau régime que celui-ci est en train d'instaurer. S'agissant de l'articulation avec l'article 17, il faut souligner que la Cour n'entend pas donner une interprétation de l'article 17 puisqu'elle précise au point 59 qu'elle se prononce au regard du droit antérieur à la directive et qu'en aucun cas ce qu'elle dit ne doit avoir une influence sur le régime de l'article 17. Il n'en demeure pas moins qu'en écartant la qualification d'acte de communication au public, elle semble quand même considérer qu'on ne pouvait pas, jusqu'alors, estimer que l'activité des plateformes de partage de contenus constituait en elle-même un acte de communication au public.

La CJUE considère que le simple fait de donner accès à des contenus, y compris contrefaisants, dans le cadre d'une activité de plateforme ne constitue pas un acte de communication au public lorsque rien n'est fait au-delà de la simple mise à disposition de la plateforme aux utilisateurs. Mais l'arrêt déclenche un certain nombre de situations dans lequel il y a acte de communication au public.

La CJUE s'appuie sur le critère de l'utilisateur incontournable et plus précisément sur l'exigence de conscience de mise à disposition d'un contenu pour déterminer sa ligne de conduite dans la continuité de l'arrêt GS Media. Pour autant, elle marque une inflexion par rapport à cette jurisprudence, utilisée en matière de liens, et considère qu'elle ne peut s'appliquer mutatis mutandis aux plateformes, et ne saurait être considérée comme créant une présomption de connaissance en raison du caractère économique de l'activité. En d'autres termes, le fait que l'activité des plateformes soit faite à titre lucratif n'est pas en soi un élément permettant d'identifier la connaissance des contenus illicites qui figurent sur la plateforme, alors que dans l'arrêt GS Media, il avait été jugé que le caractère lucratif entraînait une forme de présomption de connaissance de l'illicéité dans le chef de la personne permettant la communication des contenus protégés.

La Cour de Justice énumère ensuite un certain nombre d'éléments qui permettent d'identifier que l'opérateur pouvait ou devait avoir connaissance du caractère illicite d'un contenu. Il ne s'agit pas d'une connaissance globale de ce qu'il existe des contenus illicites sur la plateforme mais d'une connaissance précise de contenus particuliers qui nécessite, de la part des ayants droit une identification préalable et précise des contenus faisant l'objet d'une contrefaçon.

L'énumération des indices permettant de démontrer que la plateforme en tant qu'utilisateur avait bien conscience qu'elle mettait à disposition des œuvres illicites et effectuait un acte de communication au public n'est pas restrictive. Il faut, notamment, que l'opérateur ait concrètement connaissance de la mise à disposition d'un contenu illicite et qu'il se soit abstenu d'agir, ou qu'il sache que d'une manière générale que des contenus protégés sont illégalement mis à disposition du public par l'intermédiaire de la plateforme et qu'il s'abstienne de mettre en œuvre des mesures techniques appropriées qu'il est normalement permis d'attendre d'un opérateur diligent pour contrer de manière crédible et efficace des violations du droit d'auteur sur sa plateforme. S'en infère donc un critère de connaissance générale de l'existence de flux de contrefaçons sur la plateforme conjugué à l'absence de mise en œuvre de mesures techniques appropriées empêchant de manière crédible et efficace les violations du droit d'auteur. L'acte de communication est donc constitué, en l'absence de telles mesures, alors qu'il y a

connaissance de flux de contrefaçon. La Cour établit en outre un autre critère de qualification de l'acte de communication au public dans le cas où la plateforme a participé à la sélection de contenus protégés communiqués au public ; fourni des outils spécifiquement destinés au partage illicite de tels contenus ou promu sciemment de tels partages, ce dont est susceptible de témoigner la circonstance que l'exploitant a adopté un modèle économique incitant les utilisateurs de sa plateforme à procéder illégalement à la communication au public de contenus protégés sur celle-ci. Le critère ne serait donc pas celui de l'activité lucrative de la plateforme en tant que telle mais du modèle économique de celle-ci lorsqu'il incite les utilisateurs à faire une communication illégale d'œuvre au public. Un tel comportement constituerait un indice de la connaissance du caractère illicite et un critère de déclenchement du droit de communication au public.

Pour résumer, si la seule mise à disposition de la plateforme ne peut s'apparenter à un acte de communication au public des œuvres, la plateforme peut se voir reprocher un tel acte si elle va au-delà en fournissant intentionnellement des contenus illicites, ou en s'abstenant de retirer les contenus illicites spécifiques ou encore en s'abstenant d'adopter une configuration standard permettant de limiter la contrefaçon alors qu'elle avait la connaissance de l'existence de tels flux de contrefaçon sur ses installations.

Valérie-Laure BENABOU aborde ensuite la deuxième question sur l'interprétation de l'article 14 de la directive « commerce électronique ». S'agissant de la qualification de fournisseur d'hébergement, la Cour juge que, en principe, l'activité de ces plateformes en relève. Sa décision est conforme à sa jurisprudence antérieure en ce qu'elle reprend le critère du caractère actif pour déterminer si l'opérateur peut ou non jouir de la qualification d'hébergeur et du mécanisme de limitation de responsabilité qui en découle, notamment au regard du considérant 42 de la directive dite « commerce électronique ». Il résulte de ce considérant que les dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire revêt un caractère purement technique, automatique et passif, impliquant que ledit prestataire n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées (voir, en ce sens, arrêt du 23 mars 2010, Google France et Google, C 236/08 à C 238/08, EU:C:2010:159, points 112 et 113). (point 105).

L'opérateur ne doit pas avoir une connaissance ou un contrôle des contenus téléversés s'il veut jouir de la limitation de responsabilité. Cette connaissance ne doit pas être globale mais doit consister en une connaissance précise d'un contenu « concret » (points 112 et 113). Elle ne peut

être déduite des services d'indexation, de recherche ou de recommandation qui figurent sur la plateforme (point 114).

Si cette connaissance peut résulter d'une découverte spontanée par le prestataire, elle procède le plus souvent d'une notification « laquelle ne saurait, certes, automatiquement écarter le bénéficiaire de l'exonération de responsabilité prévue audit article 14, étant donné que des notifications d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées », mais « constitue, en règle générale, un élément dont le juge national doit tenir compte pour apprécier, eu égard aux informations ainsi transmises à ce prestataire, la réalité de la connaissance par celui-ci de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité » (arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal e.a., C 324/09, EU:C:2011:474, point 122). (point 115). Pour déclencher une telle connaissance, la notification doit contenir suffisamment d'éléments pour permettre à l'exploitant de cette plateforme de s'assurer, sans examen juridique approfondi, du caractère illicite de cette communication et de la compatibilité d'un éventuel retrait de ce contenu avec la liberté d'expression. (point 116).

Le troisième enseignement de la décision a trait à l'interprétation de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 relatif à la possibilité de faire des injonctions. La Cour est saisie d'une question particulière car le droit allemand prévoit une notification préalable à l'injonction. La question posée à la Cour est de savoir si cette étape préalable est contraire à l'article 8 paragraphe 3, question à laquelle la Cour répond par la négative. Cette notification est au contraire très respectueuse de la balance des intérêts. La Cour nuance son argumentation en disant qu'un tel processus d'identification préalable ne doit pas contrarier la rapidité et l'effectivité de mesures procédurales d'urgence qui ont pour objet la cessation de l'illicite.

David EL SAYEGH considère que cet arrêt a le mérite de souligner l'intérêt de l'article 17 qui dit deux choses, à savoir, que les plateformes, en donnant accès à des contenus protégés, réalisent un acte de communication au public, ce qui prend à contrepied la décision de la Cour de Justice, et rappelle que ces mêmes plateformes ne peuvent se réfugier derrière le statut d'hébergeur. La directive corrige ainsi les errements de la jurisprudence.

Oliver JAPIOT remercie Valérie-Laure BENABOU pour ces commentaires d'arrêts qui se retrouveront dans la lettre d'information du CSPLA et donne la parole à Agnès DANIEL qu'il remercie pour son action en faveur du droit d'auteur.



#### *IV. PRESENTATION DES AFFAIRES PENDANTES DEVANT LA CJUE*

Agnès DANIEL indique que la France est actuellement présente dans quatre affaires pendantes devant la CJUE en matière de propriété littéraire et artistique.

La première affaire est le recours en annulation (C-401/19) contre l'article 17 de la directive 2019/790. L'avocat général, qui est le même que dans les affaires YouTube/Cyando, a repoussé la publication de ses conclusions au 15 juillet 2021, sans doute pour être en mesure de tirer d'éventuelles conséquences de l'arrêt YouTube/Cyando. Comme signalé par Valérie-Laure BENABOU, il est difficile de tirer des conclusions nettes de cet arrêt sur le recours en annulation puisque la Cour a veillé à préciser qu'elle se prononçait sur l'interprétation du droit en vigueur et non sur le plan de la directive 2019/790.

Agnès DANIEL ajoute qu'est également toujours pendante l'affaire Puls 4 TV, C-500/19, connexe à l'affaire YouTube/Cyando. La Cour avait logiquement suspendu cette affaire à l'issue de la phase écrite dans l'attente de l'arrêt YouTube. La procédure devrait reprendre maintenant que l'arrêt a été rendu. Est en jeu la possibilité d'agir contre les plateformes comme YouTube en cessation de la violation des droits de propriété intellectuelle et non en responsabilité et la possibilité d'invoquer l'exclusion tirée de l'article 14 de la directive « commerce électronique » à l'encontre d'une telle action en cessation.

La troisième affaire pendante est l'affaire autrichienne Austro-Mechana, C-433/20, portant sur la compensation équitable dans le cadre de l'exception de copie privée. La Cour est interrogée en substance sur le point de savoir si l'exception de copie privée est applicable à des reproductions d'œuvres sur des espaces de stockage dans le nuage (« cloud ») et, si c'est le cas, sur la possibilité d'assujettir les fournisseurs de service mettant à disposition des utilisateurs ce type d'espaces de stockage, à la redevance pour copie privée.

Une question approchante avait déjà été posée dans l'affaire VCAST mais, compte tenu des spécificités de l'espèce, la Cour n'avait pas eu à se prononcer sur cette question, in fine, en 2017. La Cour avait en effet constaté que le fournisseur de service offrait une double fonctionnalité, à savoir qu'il mettait à disposition du public les contenus en amont ou concomitamment à leur enregistrement sur le nuage, sans l'autorisation des titulaires de droits. Or, selon la Cour, l'exception de copie privée était insusceptible d'écarter le droit de communication au public de sorte qu'elle avait jugé que le service ne pouvait pas en relever.

Dans l'affaire Austro-Mechana, la France soutient en premier lieu que l'exception de copie privée s'applique y compris dans le nuage, et est suivie par tous les Etats membres intervenus au motif que le nuage est en réalité constitué de serveurs qui sont les supports physiques de la reproduction. La Commission européenne considère, quant à elle, que le stockage sur le nuage n'est pas à envisager sous l'angle du droit de reproduction mais sous l'angle de la communication au public. L'audience conduira la France à réfuter cette analyse, au moins partiellement. Le sujet est technique, mais la France considère que s'agissant des casiers personnels (lockers) de type icloud ou Google drive, le fournisseur de service ne procède à aucune communication au public, l'utilisateur réalisant pour sa part une reproduction entrant dans le champ de la copie privée, sous réserve de la licéité de la source de la copie. Par ailleurs, s'agissant des NPVR, de type Molotov, ces fournisseurs communiquent au public le contenu, ce qui découle en particulier de l'arrêt VCAST. Mais, contrairement à cette précédente affaire VCAST, dès lors que pour les NPVR, cette communication intervient avec autorisation des titulaires de droits, la reproduction subséquente ou concomitante concerne une œuvre dont la source est licite et qui peut donc relever de l'exception de copie privée. Là où la Commission européenne considère que la communication au public exclut la reproduction, la France considère que l'une succède à l'autre mais qu'il y a bien deux atteintes distinctes, une mise à disposition du public d'une part, et une reproduction d'autre part.

En second lieu, sur la question de savoir s'il est possible d'assujettir les fournisseurs de services pour la mise à disposition de cet espace de stockage dans le nuage, la réglementation française assujettit désormais certains services de NPVR à la redevance pour copie privée, de sorte que la France intervient au soutien de cette possibilité. Il apparaît néanmoins que la France est isolée à cet égard. Les autres participants considèrent soit que le droit de l'Union ne permet pas un tel assujettissement soit, s'agissant du requérant au principal, que le droit de l'Union impose d'assujettir tous les fournisseurs de tels services, ce qui ne correspond pas non plus à la réglementation française (qui, à ce stade, n'assujettit pas les lockers). Le principal argument soulevé par les contradicteurs de la France repose sur le risque de surcompensation. Ce risque est d'abord invoqué dans l'hypothèse où les serveurs qui servent au stockage seraient localisés dans un autre Etat membre assujettissant les fabricants et importateurs de serveurs. Est ainsi pointé du doigt le risque que les copies privées susceptibles d'être stockées sur ces serveurs soient déjà couvertes par une redevance. Selon la France, la Cour a déjà jugé qu'une redevance déjà payée dans un Etat membre ne saurait couvrir le dommage découlant de la copie privée réalisée par des utilisateurs situés dans un autre Etat membre car il doit être considéré que ce

dommage se réalise dans ce second Etat membre, c'est donc à lui d'assurer l'indemnisation. Ensuite, selon les contradicteurs de la France, le risque de surcompensation découlerait du fait que l'accès au service en nuage se ferait nécessairement depuis des terminaux tels que les tablettes, et qui donneraient déjà lieu à redevance pour copie privée. Néanmoins, le gouvernement français défend le fait que les copies privées réalisées sur des espaces de stockage intégrés à ces terminaux sont bien distinctes des copies réalisées sur le nuage et que ces copies distinctes doivent chacune donner lieu à une indemnisation propre. Il est certainement loisible d'envisager, comme les Pays-Bas l'ont fait, d'intégrer dans la redevance payée sur ces terminaux les copies réalisées sur le cloud, et alors le droit interne ne devrait pas assujettir les fournisseurs d'espace de stockage en nuage pour éviter une surcompensation. Mais si ces terminaux sont assujettis uniquement au regard de leur capacité d'espace de stockage propre, pour les copies réalisées sur ces espaces de stockage internes, aucun risque de surcompensation n'est caractérisé.

Agnès DANIEL ajoute que le gouvernement français s'apprête à intervenir dans une nouvelle question préjudicielle portugaise C-263/21, Ametic, portant elle aussi sur la copie privée mais cette fois sur la composition et les pouvoirs de la personne morale chargée de délivrer le certificat d'exception ex ante de paiement de la compensation pour copie privée. La première question, qui motive l'intervention du gouvernement français, porte sur le fait que cette personne morale est constituée, comme en France, par les organismes de gestion collective qui défendent les droits des créanciers de la compensation équitable sans qu'y soient associés les débiteurs ou autres parties intéressées. La juridiction de renvoi s'interroge sur la compatibilité d'un tel mécanisme avec la directive 2001/29 et, plus largement, avec les principes généraux du droit de l'Union qu'elle s'abstient d'énumérer précisément.

Olivier JAPIOT remercie Agnès DANIEL et donne la parole à Emmanuel GABLA et Guillaume LEFORESTIER pour la présentation du rapport sur la protection juridique des bases de données et indique qu'Alexandra BENSAMOUN n'a malheureusement pas pu assister à la séance en raison d'un problème de connexion.

## *V. PRESENTATION DU RAPPORT D'ETAPE DE LA MISSION SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES BASES DE DONNEES*

Emmanuel GABLA excuse Alexandra BENSAMOUN qui n'a pas pu se connecter mais indique que la présentation a été préparée en accord avec elle.

Guillaume LEFORESTIER commence par présenter un état des lieux de la mission. Il indique qu'elle trouve son origine et son contexte dans le plan d'action de la Commission européenne en faveur de la propriété intellectuelle qui prévoit, notamment, un réexamen de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, afin, en particulier, de faciliter le partage et le commerce des données produites par des machines et des données générées dans le cadre du déploiement de l'internet des objets. Dans ce cadre, la mission confiée à Emmanuel GABLA et Alexandra BENSAMOUN vise à évaluer l'impact, notamment économique, de la protection instituée par la directive, d'analyser les éventuelles demandes de modifications qui pourraient résulter de la jurisprudence. Les travaux de la Commission ont pris un peu de retard, ce qui explique que la mission ne fasse qu'un seul rapport d'étape.

S'agissant du droit sui generis, avant l'intervention de la directive bases de données, ces dernières étaient protégées sur le fondement de la Convention de Berne, et les protections nationales étaient assez hétérogènes, les pays de Common law appliquant alors un critère assez peu exigeant de l'effort intellectuel et des ressources consacrées et les pays d'Europe continentale le critère d'originalité propre au droit d'auteur. La directive a poursuivi trois objectifs, le premier étant d'harmoniser la protection au sein de l'Union, avec l'introduction d'un droit sui generis qui permet de protéger le contenu d'une base de données alors même qu'il ne présente pas le critère d'originalité. Le deuxième objectif était un objectif économique visant à encourager l'investissement dans les bases de données notamment afin de combler un écart que l'on déplorait à l'époque avec les Etats-Unis. Le troisième objectif était de préserver l'équilibre entre les droits et les intérêts des producteurs de bases de données, d'un côté, et leurs utilisateurs, de l'autre.

Le droit sui generis protège un producteur qui a investi, spécificité qui se traduit aussi dans la façon dont le législateur français lui a fait une place dans le code de la propriété intellectuelle car il ne figure pas parmi les droits voisins du livre II mais dans un titre IV spécifique au sein

du livre III. C'est un droit considéré par la plupart de la doctrine comme l'un des plus puissants et des plus aisés à obtenir en propriété intellectuelle.

Les bases de données sont définies par la directive comme des « recueils d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière ». C'est une définition indifférente au support même si elle s'adresse d'abord aux bases de données électroniques qui peuvent facilement faire l'objet d'extraction ou utilisation massive. La condition qui tient à l'arrangement systématique et méthodique n'implique pas existence d'un stockage physique, organisé et visible mais seulement qu'il existe un ou plusieurs moyens techniques de récupérer un élément indépendant dans la base.

Deux régimes de protection sont prévus par la directive : un droit d'auteur, classique, qui protège la structure de la base, sur laquelle la mission n'intervient pas, et le droit sui generis en lui-même qui porte sur le contenu de la base et qui est susceptible de s'appliquer même si le contenu n'est pas protégé par le droit d'auteur.

L'article 7 de la directive définit le droit et prévoit que « Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». Le droit ne protège pas un contenu original mais un investissement qui peut être financier, matériel, humain et il est sans préjudice des droits pouvant exister sur le contenu. Le caractère substantiel de l'investissement n'est pas précisément défini ce qui rend le seuil d'ouverture de la protection assez incertain. La doctrine estime qu'il est placé de façon assez basse par beaucoup de juridictions nationales. La question s'est posée de savoir si l'investissement pouvait être pris en compte lorsque la base est réalisée pour les besoins de l'activité principale de son producteur. Pour certains auteurs, en vertu de la théorie du spin off, le droit sui generis devrait être exclu mais la CJUE a affirmé dans des arrêts de 9 novembre 2004 que la circonstance que la constitution d'une base soit liée à l'exercice d'une activité principale dans le cadre de laquelle la personne qui constitue la base est également le créateur des éléments contenus dans cette base, n'exclut pas en tant que telle que la personne puisse revendiquer la protection au titre du droit sui generis. C'est une solution reprise par la Cour de cassation française. L'exclusion des investissements consacrés à la création des données prive cette distinction de son intérêt. L'obtention des données désigne leur collection et non leur création. La solution retenue qui oblige à ventiler pour le titulaire de droits

ses investissements en tant qu'ils concernent la création des données et la création de la base, peut conduire à des solutions assez complexes pour l'acteur économique qui entend se prévaloir du droit sui generis. Cela pourrait être un frein à l'exercice de ce droit devant les juridictions.

Guillaume LEFORESTIER ajoute que la notion de fabricant de bases de données n'est pas définie par la directive mais qu'il résulte de ses considérants qu'il s'agit de la personne qui prend l'initiative et le risque d'investir, ce que le code de la propriété intellectuelle reprend expressément. Cela peut être une personne physique ou morale. En revanche, la directive ne dit rien sur le point de savoir si le droit peut revenir au préposé d'une personne tierce.

Les termes d'extraction et de réutilisation renvoient aux notions de reproduction et de communication au public en droit d'auteur et sont entendus très largement. L'extraction est à la fois le retrait et la copie des données de la base manuelle par impression et téléchargement et la réutilisation renvoie à toute opération qui a pour conséquence de rendre la base accessible au public.

La protection ne vise pas les simples actes de consultation de la base sauf si, techniquement, s'agissant des bases de données électroniques, la visualisation sur un écran du contenu de la base nécessite de transférer de façon permanente ou temporaire la totalité ou une partie substantielle du contenu vers un autre support (extraction) et le droit sui generis ne permet pas non plus au producteur d'interdire l'accès à sa base.

Extraction et réutilisation ne sont prohibées que si elles portent sur la totalité ou une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de la base. Cet aspect substantiel sera apprécié par rapport au volume de données concerné par rapport au volume total de la base source, le tout en raison du rapport de proportionnalité qui existe entre l'investissement et le contenu.

En outre, la notion d'utilisateur légitime n'est pas définie et n'a pas été explicitée par la jurisprudence. La doctrine a plusieurs approches. La plus large renvoie à tout utilisateur qui pourrait se prévaloir d'une exception par la loi ou le contrat, la plus restrictive renvoie à tout utilisateur titulaire d'une licence d'utilisation. Une compréhension médiane serait de définir l'utilisateur légitime comme celui qui a légitimement acquis la base de données par des moyens qui ne se limitent pas à l'obtention d'une licence.

Les Etats membres peuvent prévoir des exceptions au droit sui generis dans trois cas de figures. Comme en droit d'auteur, lorsqu'il s'agit d'une extraction à des fins privées du contenu d'une

base de données non électronique, pour des extractions à des fins d'illustration à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique et une extraction pour une réutilisation à des fins de sécurité publique ou de procédure administrative ou juridictionnelle. La directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique a modifié l'article 9 de la directive de 1996 pour prévoir que l'exception qui concerne l'extraction à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique était par ailleurs sans préjudice des exceptions et limitations qu'elle prévoyait elle-même, à savoir la fouille de textes et de données, l'utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activité d'enseignement numérique et transfrontière et la conservation du patrimoine culturel.

En droit interne, le code de la propriété intellectuelle inclut déjà les exceptions d'extraction privée, en faveur des personnes handicapées, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique et pour la fouille de textes et de données et le code du patrimoine prévoit une exception afin de permettre le dépôt légal des bases de données et le code des relations entre le public et l'administration que, sous réserve des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, le droit sui generis dont pourraient se prévaloir les administrations sur leurs bases de données ne peut pas faire obstacle à la réutilisation du contenu de celles qu'elles publient en ligne en vertu des dispositions du code.

Le droit sui generis peut être amené à s'articuler avec le droit de la concurrence. La Cour de cassation a pu contrôler le prix permettant l'accès à une base de donnée sur ce terrain pour les bases de données considérées comme des infrastructures essentielles, la question restant ouverte de savoir quelle base de donnée pourrait être qualifiée d'infrastructure essentielle.

Le droit expire 15 ans après le 1er janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement, de la fabrication ou de la mise à disposition du public mais cette durée court à nouveau entièrement en cas de modification substantielle du contenu de la base, ce qui fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'une protection pratiquement aussi longue que la durée de vie de la base elle-même, voire que c'est un droit qui se caractérise par une perpétuité de fait pour les bases régulièrement actualisées.

Le droit sui generis reste une exception européenne. Un projet de traité sur les bases de données en 1996 avait été suscité par l'Union européenne et les Etats-Unis, dont le contenu était proche de la directive mais la démarche n'a pas abouti, une opposition très vive s'étant manifestée de la part de la communauté scientifique américaine qui redoutait que le droit verrouille l'accès aux bases. Les Etats-Unis avaient entraîné avec eux la plupart des pays non européens de

l'OCDE (Japon, Australie, Canada). A ce jour, aux Etats-Unis, l'orientation favorable aux techniques contractuelles et les actions en responsabilité civile sont diamétralement opposées à l'esprit du droit sui generis. Les échanges que la mission a pu avoir sur ce sujet, avec Jane Ginsburg, professeur d'université, confirment qu'aucune appétence pour l'importation du droit sui generis n'est constatée à ce jour aux Etats-Unis.

Emmanuel GABLA poursuit par une présentation des premiers éléments d'évaluation de la mission. Il indique qu'un questionnaire détaillé a été adressé aux parties prenantes, et que la mission a organisé des auditions de bénéficiaires potentiels du droit sui generis. La Commission européenne avait, de son côté, procédé à deux évaluations du droit sui generis, l'une en 2015, l'autre en 2018, dont il ressortait que cet instrument demeure méconnu et suscite un intérêt limité de la part des parties prenantes. Ce constat a été partagé par la mission car il ressort des auditions que les acteurs adoptent une position qui mêle scepticisme et prudence, lorsqu'ils connaissent l'existence du droit sui generis. Son abolition n'est pas pour autant souhaitée car on estime que c'est un droit ex post dont la suppression apparaîtrait à contre temps des avancées technologiques qui nécessitent la protection des bases de données. Les éditeurs scientifiques semblent davantage conscients des réflexions en cours sur le droit sui generis mais n'articulent pas de position construite sur la question, tout en disant que son maintien serait positif. Le droit sui generis est mis à l'œuvre à la fois à travers des clauses contractuelles et la mise en œuvre de mesures techniques.

La directive de 1996 est marquée par le contexte technologique et économique de l'époque. Les arrêts rendus par la CJUE en 2004 resserrent la portée de ce droit sui generis en excluant la protection des données créées et contribuent à ce qu'échappe à la protection un nombre croissant de bases générées automatiquement par intelligence artificielle, ce qui est au cœur de la révision qu'envisage la Commission. La Commission reconnaît que le droit sui generis n'a pas eu d'effet avéré sur la production globale des bases de données en Europe, pas plus que sur la compétitivité du secteur européen des bases de données, alors que c'était l'objectif premier de la directive. Celle-ci n'a pas non plus réussi à combler l'écart avec les Etats-Unis qui continuent de dominer ce marché. Le droit sui generis s'est plutôt imposé comme un droit ex post, de nature à protéger les titulaires contre l'action d'un tiers et mobilisé en cas de litige plutôt que comme un droit ex ante qui viendrait stimuler l'investissement.

La protection est suffisamment ciblée pour assurer un juste équilibre entre les droits et les intérêts des fabricants et des utilisateurs et, dans les auditions, la mission a constaté que les uns et les autres estiment que l'équilibre atteint est satisfaisant.



L'interprétation restrictive du droit par la CJUE est perçue comme un atout par la Commission, puisqu'elle atténue le risque de verrouillage dans la circulation des données et, en particulier, de monopole informationnel. Cela se situe dans la ligne de la doctrine générale de la Commission qui consiste à favoriser au maximum la réutilisation des données, avec le postulat que, plus l'information circule, plus c'est positif pour la création de valeur et donc pour la croissance. Ce postulat n'est pas vraiment démontré mais a présidé à l'action de la directive en 1996 et est à la base de la philosophie de la révision que la Commission veut mener.

Le droit sui generis est considéré par les producteurs de bases de données comme utile, complémentaire aux droits de propriété intellectuelle qui ne s'appliquent pas aux tiers. Globalement, la CJUE a retenu que la directive ne pouvait interdire les limitations contractuelles à l'utilisation de bases de données non protégées par le droit sui generis ce qui peut aboutir à la situation paradoxale que certaines bases non protégeables par le droit sui generis, bénéficieront d'une protection plus forte par contrat. Il y a donc bien une incitation indirecte à contractualiser les réutilisations de bases de données.

Emmanuel GABLA explique que le droit sui generis est aujourd'hui principalement remis en question par l'émergence de l'économie fondée sur les données. L'un des principaux enjeux de l'actualisation du droit sui generis concerne le sort des bases de données composées de données brutes, générées par des machines ou des capteurs qui sont le coproduit d'une activité principale. Ce droit ne semble pas protéger les objets, dans la mesure où la condition d'investissement substantiel dans l'obtention des données n'est pas remplie, et où la frontière entre la création de la base de données et l'obtention des données est difficile à observer. L'évaluation de 2018 conclut d'ailleurs sur le constat prudent selon lequel la directive de 1996 est rendue partiellement obsolète par l'émergence d'une économie de données, mais que les interactions du droit sui generis dans ce nouvel environnement doit faire l'objet d'un suivi plus approfondi.

Il ressort des discussions menées avec différents acteurs que la notion d'obsolescence touche à la fois la notion d'extraction et de réutilisation. Globalement, il n'est pas exclu que la protection par le droit sui generis aggrave significativement certains problèmes d'accès à la donnée, mais il ne faut pas ignorer certains besoins de protection ciblée pour les données à haute valeur ajoutée. La mission a pu s'entretenir sur ces enjeux avec le directeur interministériel du numérique qui, à titre personnel, l'a mise en garde sur l'angélisme consistant à croire au bénéfice de l'ouverture générale des données, ce qui semble être en contradiction avec le

postulat selon lequel l'accès aux données est forcément positif pour la croissance globale de l'économie.

Emmanuel GABLA explique que, depuis la diffusion de la note d'étape par la mission, la CJUE a adopté une décision créant une jurisprudence concernant l'application du droit sui generis aux moteurs de recherche. Après avoir précisé que le droit sui generis est capable de s'appliquer non seulement aux méta moteurs de recherche mais aussi aux moteurs de recherche spécialisés, la Cour pose pour la première fois le fait que l'extraction et la réutilisation réalisées doivent, pour être prohibées, avoir pour effet de priver le titulaire « de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de son investissement ». Ne sont interdites l'extraction et réutilisation que si elles empêchent le détenteur de la base de réaliser son amortissement, ce qui constitue une approche nouvelle. La Cour ajoute qu'il convient d'établir un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt légitime des fabricants de bases de données d'être en mesure de réaliser l'amortissement de l'investissement substantiel et, d'autre part, celui des utilisateurs et des concurrents de ces producteurs d'avoir accès aux informations contenus dans ces bases de données, ainsi que la possibilité de créer des produits innovants basés sur ces informations. Enfin, la Cour ajoute que le critère principal de mise en balance des intérêts légitimes en présence doit être l'atteinte potentielle à l'investissement substantiel de la personne ayant constitué la base de données concernée, à savoir le risque que cet investissement ne puisse être amorti. Cela constitue une évolution majeure et bienvenue de la jurisprudence.

La dernière nouveauté depuis la publication de la note d'étape est l'avancement des travaux de la Commission avec trois initiatives. La première est la publication le 28 mai 2021 d'une feuille de route « Inception impact assessment », relative au Data act consacrée notamment à la révision de la directive bases de données. On y lit en particulier que le droit sui generis nécessite d'être réinterrogé dans le contexte des évolutions technologiques tant pour lever certaines incertitudes juridiques que pour approfondir la question de son application aux données générées par les machines, mais également que la révision envisagée doit permettre de s'assurer que la directive ne fait pas obstacle à l'accès et à l'utilisation des données générées par les machines ou dans le domaine de l'Internet des objets. La deuxième nouveauté est le lancement d'une consultation publique en ligne le 3 juin 2021 ouverte jusqu'au 3 septembre, fondée sur un questionnaire dont une partie est consacrée au droit sui generis. Les questions soulevées font directement écho aux constats et évaluations de 2015 et portent à la fois sur la pertinence de recours aux droits de propriété intellectuelle en matière de données, l'usage qui est fait du droit sui generis comparativement à d'autres instruments, les difficultés éventuelles d'application

rencontrées par les bénéficiaires, les termes de la directive qu'il convient de clarifier, l'opportunité d'un traitement spécifique des bases de données détenues par les autorités publiques et l'application du droit sui generis aux données générées par les machines. Le troisième acte effectué par la Commission est un mandat donné à un cabinet de réaliser une étude afin d'explorer divers scénarios du droit sui generis ; il confirme que les scénarios esquissés dans la note d'étape sont également ceux envisagés par la Commission, à savoir, soit un statu quo, soit l'abrogation ou l'exclusion des données générées par les machines soit leur inclusion et la création d'un régime spécifique. La mission pense que la publication d'une proposition de la directive interviendra non pas à la fin de l'année mais au début de la présidence française.

Il ressort des travaux menés par la mission que le droit sui generis n'a pas atteint les objectifs économiques qui lui étaient assignés à savoir stimuler l'investissement européen dans les bases de données et réduire le différentiel avec les Etats Unis. Toutefois, il a contribué à harmoniser la protection dans les Etats membres pour aboutir à un cadre juridique plus clair. La majorité des acteurs estime que l'abolition de ce droit n'est pas souhaitable, les producteurs estimant paradoxal de supprimer ce droit à l'heure de la généralisation de l'économie fondée sur les données, les investisseurs redoutent que la suppression du droit entraîne celle des exceptions. Supprimer les exceptions n'est pas positif pour les utilisateurs. La mission va s'attacher dans les prochaines semaines à suivre les travaux de la Commission, recueillir l'avis des différentes parties prenantes sur les pistes mentionnées et proposer le cas échéant des propositions d'amendement à la directive lorsque la Commission l'aura proposée.

Olivier JAPIOT remercie la mission d'avoir réalisé la note d'étape dans le court délai demandé.

Laurent BELARD-QUELIN (FNPS) indique que la FNPS a travaillé avec le SNE et le GFII sur ce dossier et qu'ils ont été auditionnés conjointement par la mission. Il opère un premier parallèle avec le droit voisin des éditeurs de presse qui vient de reconnaître la protection des investissements des éditeurs. Le droit sui generis était un autre outil envisagé. Il constate que la protection par le droit d'auteur n'est pas toujours suffisante et a parfois besoin d'être complétée par la protection des investissements raison pour laquelle le droit sui generis doit être conservé même s'il n'est pas très utilisé pour l'instant. Il est quand même vu par les exploitants des contenus, puisque le droit sui generis est visé dans les contrats comme une protection devant faire l'objet de licences, et que, par exemple, Google le prend en considération quand il vient contractualiser. En complément de ce qui a été dit, il y a un double débat : un débat des bases de données « créatives » et des bases de données automatisées. L'open data parasite ce débat,

car elle ne vise pas les mêmes préoccupations. Les ayants droits n'ont pas les mêmes perspectives, il s'agit de bases de données créatives qui demandent un investissement continu. S'agissant de l'amortissement, qui est une notion importante, il est continu car les bases de données sont régulièrement mises à jour. Sans la mise à jour, la base de donnée créative n'est pas pertinente. S'il y a investissement continu, il y a amortissement continu. Le droit d'auteur n'étant pas toujours applicable à ces bases, la seule défense est la concurrence déloyale et le parasitisme, les tribunaux étant réticents à mettre en œuvre ce genre de protections, le droit sui generis est donc très utile. Comme avec le droit voisin, l'idée est que si le contenu des bases de données est utilisé pour créer de la valeur, il doit y avoir partage de la valeur, il n'est donc pas pertinent de supprimer ce droit.

Olivier JAPIOT renouvelle ses remerciements à la mission et donne la parole à Tristan AZZI et Yves EL HAGE pour la présentation du rapport sur les métadonnées liées aux images fixes.

## *VI. PRESENTATION DU RAPPORT DE LA MISSION SUR LES METADONNEES LIEES AUX IMAGES FIXES*

Tristan AZZI commence par remercier toutes les personnes qui ont été auditionnées, son rapporteur Yves EL HAGE, pour son aide précieuse, ainsi que Mathieu DESOUBEAUX, de l'entreprise Imatag, qui a réalisé une étude annexée au rapport sur la question de savoir selon quelle fréquence et par qui les métadonnées liées aux photographies sont écrasées et altérées quand elles sont mises en ligne. Il précise qu'il s'agit d'une étude commandée par le ministère avant le lancement de la mission.

En guise d'introduction, Tristan AZZI indique que la mission a été assez courte ce qui signifie qu'il a fallu se concentrer sur certains sujets. Il n'a pas été possible de traiter des arts graphiques hors photographie et le propos a été centré sur la photographies, en particulier les photographies de presse, même si la majeure partie des conclusions du rapport concernent les autres formes de photographies et parfois les autres formes d'expressions graphiques.

Les métadonnées sont des informations sur des informations. En matière de photographies, il s'agit de données de textes embarquées dans le fichier image qui décrivent un certain nombre de choses relatives à la photographie telles que le nom de l'auteur, la date, le lieu de la prise de vue, le nom du titulaire de droits, les éventuelles restrictions d'utilisation, la description du sujet

représenté, de l'évènement représenté et un certain nombre de paramètres techniques (champs IPTC).

Le rapport obéit à une structure simple et s'est, dans un premier temps, attaché à cerner la notion de métadonnées en matière d'images fixes, et dans un second temps, à étudier le régime des métadonnées en matière d'images fixes.

S'agissant de la notion, la mission a essayé de répondre à deux questions. La première est de savoir ce qu'est une métadonnée en matière d'images fixes et la seconde, quelle est l'utilité de ces métadonnées.

Il y a deux aspects dans les métadonnées, d'une part, leur contenu, les informations qu'elles portent et, d'autre part, le contenant, le vecteur informatique. Tristan AZZI indique que sa présentation portera sur la question du contenu, les informations que comportent les métadonnées. Les métadonnées comportent des informations, ce qui signifie que, en droit de la propriété littéraire et artistique, elles répondent à la qualification de mesures techniques d'information (ci-après « MTI »). Si la qualification est assez simple, les MTI ont fait l'objet de très peu d'études, contrairement aux mesures techniques de protection. En matière de photographies ces MTI renferment les informations suivantes : le nom du photographe et sa qualité, la date et le lieu de la prise de vue, le nom du titulaire des droits sur la photographie, les éventuelles restrictions d'utilisation, la personne ou les personnes représentées sur l'image, l'évènement représenté sur l'image et des données techniques relatives au boîtier et au procédé technique de prise de vue. Parmi toutes ces informations, deux posent des problèmes, qui sont liées aux droits se rapportant à l'image. Il s'agit de la rubrique sur les titulaires de droit et de la rubrique sur les restrictions d'utilisation. Une fois que la métadonnée est intégrée au fichier image, il n'a pas vocation à être modifié. Or, si entre la création de la métadonnée et une date ultérieure, le nom du titulaire de droits ou les restrictions changent, des fichiers de la même photo vont circuler sur Internet et ne seront pas à jour. Il n'y a aucun moyen de mettre à jour toutes les métadonnées d'une même image circulant sur Internet. La seule recommandation est que lorsque la personne qui met en ligne la photographie entre les métadonnées dans le fichier, elle indique une date pour ces deux rubriques afin que la personne qui consulte ces métadonnées sache que ces informations étaient vraies à telle date.

S'agissant de l'utilité des métadonnées, Tristan AZZI indique que les métadonnées ont des utilités en propriété littéraire et artistique et des utilités en dehors du droit de la propriété littéraire et artistique. D'un point de vue général, les métadonnées, parce qu'elles renseignent

sur l'œuvre, sont des outils de meilleure gestion des droits. Elles permettent de mieux suivre les œuvres sur Internet, de mieux contrôler le volume d'exploitation, à condition qu'elles ne soient pas altérées ou supprimées. Elles permettent une meilleure gestion individuelle et collective. Au-delà de ces considérations, on trouve des applications spéciales en lien avec certains textes précis. Le premier est l'article 17 de la directive DAMUM puisque les métadonnées font partie des informations pertinentes et nécessaires que les titulaires de droits doivent fournir aux plateformes, en échange de quoi les plateformes doivent fournir leurs meilleurs efforts. Les métadonnées peuvent contribuer utilement à cette collaboration que la directive instaure entre titulaires de droits et plateformes. Les métadonnées peuvent, en outre, dans plusieurs cas, exprimer un retrait que souhaite opérer les titulaires de droits. C'est évident s'agissant de l'exception de fouille de textes et de données puisque la directive prévoit que si un titulaire de droits ne souhaite pas que son œuvre soit moissonnée, il peut le préciser dans les métadonnées. Cela vaut aussi pour le régime des œuvres indisponibles et les licences collectives étendues. L'autre utilité est que tout ce qui vaut pour le droit d'auteur, vaut aussi pour le droit voisin des éditeurs de presse. Plus accessoirement, certains photographes auditionnés ont indiqué que les métadonnées techniques se rapportant à l'image pouvaient servir à établir l'originalité de la photo devant un juge. Il y a aussi des enjeux en matière de droit moral (droit de paternité), et les métadonnées peuvent alors aussi servir à mettre en œuvre le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre puisqu'elles décrivent le contenu de la photographie. Les métadonnées peuvent en outre servir à l'exercice du droit de divulgation puisqu'un auteur peut indiquer qu'il ne souhaite pas que le cliché soit divulgué ou à certaines conditions.

Tristan AZZI aborde ensuite les enjeux qui vont au-delà de la propriété littéraire et artistique. Un des enjeux évidents est l'archivage. Un autre enjeu est la lutte contre les fausses nouvelles. Dans la même logique que pour le droit moral, si une photographie circule sur Internet et qu'un personnage est par exemple supprimé pour des raisons politiques, la confrontation de la copie de la photographie tronquée avec les métadonnées de la photographie d'origine, permettra de savoir qu'un personnage a été supprimé et que la photographie contribue à la diffusion de fausses nouvelles.

Tristan AZZI présente ensuite la seconde partie du rapport qui s'attache à mieux définir le régime des métadonnées en matière d'images fixes. Il indique que la démarche de la mission a été de présenter le droit positif avant d'imaginer le droit prospectif.

S'agissant du droit positif, à première vue, il existe un arsenal assez conséquent régissant la question des métadonnées et permettant de lutter contre leur altération et leur suppression. Cet

arsenal réside principalement dans deux séries de textes qui sont d'abord des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les MTI et des dispositions spéciales qui concernent précisément les photographies de presse. S'agissant de l'arsenal général, le dispositif actuel prévoit qu'une MTI doit être autorisée par l'auteur. Le code de la propriété intellectuelle prévoit que le « producteur doit obtenir l'autorisation de l'auteur », or il ne s'agit pas du producteur au sens du code de la propriété intellectuelle mais de toute forme d'exploitant. Le terme mériterait donc d'être modifié. Ensuite, au-delà de l'autorisation des auteurs pour intégrer des métadonnées, se pose la question cruciale de leur protection. Le code de la propriété intellectuelle prévoit un dispositif relatif aux MTI avec des sanctions en cas d'altération et un renvoi exprès au régime de l'action en contrefaçon. Tristan AZZI explique que ce système présente peut-être un défaut qui est l'exigence d'une double intention de la part de la personne qui aurait altéré les métadonnées. L'écrasement des métadonnées doit avoir été fait sciemment et en conscience du fait que cela pouvait avoir des conséquences en droit d'auteur. Ce double critère est peut-être un peu trop strict. Au titre de la protection, Tristan AZZI évoque aussi l'atteinte au droit moral, le fait de supprimer une métadonnée pouvant dans certains cas constituer une atteinte au droit de paternité.

Tristan AZZI aborde ensuite la question de la régulation avec, sur le papier, un rôle qui pourrait être confié à l'actuelle Hadopi en matière de protection des métadonnées, la transposition de l'article 17 renforçant le rôle de l'Hadopi et lui permettant de procéder par voie de recommandation ce qui pourrait s'appliquer à la question des métadonnées.

Au-delà de ce dispositif légal, existe un assez lourd dispositif conventionnel propre au secteur de la presse. Il existe un code des bonnes pratiques entre éditeurs, agences et photographes de presse qui commence par les métadonnées puisque l'article 2 de ce code de 2014 indique en substance que les éditeurs ne doivent pas écraser les métadonnées des photographies. En outre, l'Etat passe depuis quelques années des conventions-cadres avec différentes entreprises de presse, qui accordent des aides financières au secteur de la presse en échange de quoi les entreprises de presse prennent des engagements, notamment celui de respecter les métadonnées en matière de photographie. Tristan AZZI souligne le paradoxe selon lequel tout ce dispositif fonctionne mal et est très inégalement appliqué. L'étude d'Imatag montre que l'écrasement des métadonnées est une réalité en dépit de cet arsenal, que les réseaux sociaux ne sont pas très respectueux des métadonnées, tout comme certains éditeurs de presse, entre autres.

Tristan AZZI explique que la mission s'est attachée à découvrir les causes d'inefficacité de cet arsenal. Les raisons principales semblent être des raisons pratiques et politiques. Les raisons

pratiques sont d'inégales valeurs. Autrefois, du côté des éditeurs de presse et de ceux qui écrasent les métadonnées, était invoqué le fait que la bande passante était réduite et qu'il fallait supprimer tout le « gras » des images pour fluidifier la diffusion des photographies. Or, dans ce « gras », il y a les métadonnées qui ne sont pas directement utiles pour les diffuseurs. Aujourd'hui, la bande passante est ultra développée et il n'est donc plus nécessaire de supprimer les métadonnées. L'autre argument pratique est que certains logiciels utilisés par certains éditeurs de presse ne sont pas parfaitement à jour et écrasent automatiquement les métadonnées. Or ils ne peuvent être paramétrés différemment sauf à les mettre à jour, ce qui a un coût, coût important pour un secteur qui a une santé fragile. L'autre argument avancé par les photographes et les agences de presse est de dire qu'il existe un arsenal mais s'il leur revient de le mettre en œuvre cela revient à faire des procès à leurs clients au risque d'être « blacklistés ». Le dernier argument qui justifie le relatif échec du dispositif actuel est l'argument politique. Il existe des conventions-cadres en matière de presse prévoyant des procédures de contrôle du respect des engagements des entreprises de presse et des sanctions sous forme de malus, qui consistent à limiter voire à annuler les subventions (conditions fixées par décret). L'Etat contrôle la mise en œuvre des conventions-cadres mais, à la connaissance de la mission, les sanctions n'ont jamais été prononcées, afin de ne pas fragiliser davantage ce secteur.

Face à ce constat, pour remédier aux carences du dispositif, la mission a soulevé deux questions. La première est celle de l'impérativité des métadonnées. La mission se demande s'il ne faudrait pas imposer les métadonnées aux auteurs d'images fixes et aux agences car elles présentent toutes les utilités décrites précédemment. La mission répond par la négative car imposer les métadonnées dans toutes les photographies et images présenterait des difficultés techniques insurmontables compte tenu du volume d'images qui circulent sur Internet et puis surtout un obstacle juridique qui est l'article 5 § 2 de la Convention de Berne qui interdit de conditionner l'octroi du droit d'auteur à une quelconque formalité. Dire qu'il ne peut y avoir de droit d'auteur que s'il y a des métadonnées dans l'image serait donc contraire à la Convention de Berne. Pour la mission, on ne peut pas imposer dans la loi des métadonnées en matière d'images fixes, même si cela s'impose de soi dans les faits puisqu'aujourd'hui tous les photographes connaissent les enjeux de métadonnées et leurs boîtiers en fournissent un certain nombre.

La deuxième question est celle du respect de l'intégrité des métadonnées : comment faire en sorte qu'elles soient mieux respectées ? Deux axes ont été envisagés par la mission. La mission souhaiterait que les choses se fassent naturellement mais elle a prévu une piste plus offensive. La voie la plus légère consisterait à maintenir le droit positif mais à l'appliquer. Il faut donc



réfléchir à comment faire en sorte qu'il soit mieux respecté. Plusieurs éléments ont constitué la réflexion de la mission. Le premier élément est que, vraisemblablement, les choses devraient s'améliorer naturellement notamment grâce à la transposition de la directive DAMUN puisqu'au moins deux choses devraient changer. Dans le domaine de la presse, les éditeurs n'ont plus intérêt à écraser les métadonnées. En effet, ils sont aujourd'hui titulaires d'un droit voisin (article 15 directive DAMUN) et ont donc eux aussi intérêt à ce que l'intégrité des métadonnées soit préservée. L'autre élément est l'article 17 de la directive DAMUN qui prescrit aux plateformes de fournir leurs meilleurs efforts. Une plateforme à qui les titulaires de droits ont donné les informations pertinentes et nécessaires sous forme de métadonnées qui écraserait les métadonnées ne fournirait pas ses meilleurs efforts. En restant dans le schéma du droit existant, l'autre possibilité consisterait à inciter l'Etat à continuer de passer des conventions-cadres avec les entreprises de presse, en insistant sur le rôle des métadonnées, en contrôlant la bonne exécution des conventions, en présentant mieux et en prononçant effectivement les sanctions existantes. En outre, l'Hadopi pourrait lancer une mission d'observation en la matière, ou indiquer des recommandations dans le cadre de l'article 17.

Si cette première voie ne fonctionnait pas et qu'il fallait vraiment modifier le droit existant, le rapport envisage plusieurs pistes. La première piste, qui n'est pas la plus importante, serait l'allègement du critère intentionnel attaché aux sanctions pénales. Le moyen serait de s'aligner sur le texte de la directive 2011/29 qui formule le critère intentionnel de manière plus souple que le code de la propriété intellectuelle. La deuxième piste consisterait à investir l'ARCOM de véritables attributions en matière de métadonnées. Le texte créant l'ARCOM est en cours d'adoption. Dans la dernière version à laquelle la mission a eu accès, la réforme permet de renforcer les pouvoirs de l'ARCOM en matière de métadonnées. La mission insiste sur plusieurs points à ce sujet. L'ARCOM dispose de la possibilité de mener des mesures de sensibilisation et de pédagogie. Elle peut également publier une liste noire des contrevenants à la propriété intellectuelle et peut-être de ceux qui écrasent des métadonnées, comme l'ont suggéré plusieurs personnes auditionnées par la mission. L'ARCOM va en outre disposer d'un pouvoir de conciliation mais le texte correspondant n'est pas très clair car, s'il concerne le droit de l'audiovisuel, il n'est pas certain qu'il couvre aussi le droit de la propriété littéraire et artistique.

Enfin, le dernier cran de la réponse suggérée par la mission serait de renforcer, au-delà de la réforme actuelle, le rôle de l'ARCOM en matière de métadonnées. Le système préconisé par la mission est inspiré à la fois des mises en demeure du CSA et de la réponse graduée que connaît

l'actuelle Hadopi. Il se déroulerait de la manière suivante : un titulaire de droits signale à l'ARCOM que les métadonnées sur ses œuvres sont altérées par tel opérateur. L'ARCOM, avec ses moyens d'investigations, procède aux investigations nécessaires et met en demeure l'opérateur de respecter les métadonnées qu'il ne respectait pas jusqu'à présent. Le système serait progressif en ce qu'il laisserait à l'opérateur un délai pour se conformer à ses obligations qui pourrait être négocié, par exemple pour mettre son logiciel à jour si telle est la cause de l'écrasement des métadonnées. Si l'opérateur visé ne respecte toujours pas les métadonnées passé le délai prévu, deux voies s'ouvriraient : une voie judiciaire, avec le juge pénal qui pourrait, le cas échéant, prononcer des sanctions pénales ; en parallèle, mais uniquement pour les éditeurs de presse, l'ARCOM transmettrait le dossier à la DGMIC en l'incitant à mettre en œuvre les sanctions prévues par les conventions-cadres. Cette solution aurait l'avantage, d'abord, de ne pas mettre les titulaires de droits au premier plan, ensuite, de reposer sur des pratiques que l'actuelle Hadopi et l'actuel CSA ont l'habitude de mettre en œuvre et, enfin, de créer une voie progressive avec un dialogue constant entre les parties prenantes. Pour la mission, cette ultime voie est subsidiaire. Il ne faudrait réfléchir à l'adoption de ce système que dans l'hypothèse où l'application du droit existant ne fonctionnerait pas.

Olivier JAPIOT remercie Tristan AZZI et Yves EL HAGE pour la présentation du rapport, dont les propositions sont tout à fait conformes à l'approche habituelle du CSPLA, et les remercie particulièrement d'avoir conduit cette mission dans des délais réduits.

Marie-Anne FERRY-FALL salue le travail accompli dans des délais extrêmement courts. Le rapport attendu de longue date a tenu ses promesses, il pose à la fois toutes les règles, les obstacles, quels qu'ils soient, et lance aussi des pistes de solutions dont le secteur a vraiment besoin. Marie Anne FERRY FALL fait la demande que ce rapport soit suivi d'effets, qu'il y ait une clause de revoyure et que le ministère de la culture se saisisse du sujet afin de pouvoir faire des propositions sur sa mise en œuvre. Son autre demande est que l'on élargisse le champ aux autres arts visuels, notamment des œuvres d'art dont la photographie est le mode de captation et qui circulent abondamment sur les plateformes ou dans les titres de presse, avec des difficultés complémentaires car ces photos peuvent être saisies par d'autres sources ou par le grand public, ce qui est un vrai sujet. L'ADAGP aimerait une cartographie des enjeux et possibles solutions.

Hervé RONY (SCAM) s'associe aux propos de Marie-Anne FERRY FALL et aux remerciements pour ce rapport clair, pédagogique. Il rappelle l'importance de ce sujet pour les auteurs. Il se dit favorable à l'extension des missions de l'Hadopi et considère que tout ce qui

peut aller dans le voie d'une régulation parait une excellente chose. Il constate que l'on ne parle pas beaucoup des illustrateurs. La SCAM comporte beaucoup de membres administrateurs et indique que c'est une profession dont il faut se soucier.

Olivier BRILLANCEAU (SAIF) s'associe aux remerciements pour ce rapport de mission très complet, qui dresse un état des lieux d'une situation pour la photographie assez inquiétante. L'état des lieux montre qu'il est essentiel d'intervenir. Il pense qu'il est encore possible d'intervenir sur la transposition en cours pour permettre d'alerter le pouvoir de régulation qui sera conféré à l'ARCOM, ce qui est un point très important. Le dispositif permet d'agir, et un dispositif conventionnel qui montre une absence d'effet pour le moment, n'a pas produit les effets escomptés. Dans l'attente de réformes législatives, il insiste sur la nécessité de mettre en œuvre les dispositions de sanctions qui existent déjà notamment dans les conventions-cadres.

Tristan AZZI remercie Yves EL HAGE, notamment pour la partie du rapport relative à la dimension technique et informatique des métadonnées. S'agissant de la remarque relative à la transposition aux autres formes d'art que la photographie, la mission aurait pu évoquer tous ces points si le délai qui lui a été accordé avait été plus long. La mission n'évoque que les photos qui sont nativement numériques, or, le problème naît aussi souvent de la numérisation d'images qui ne sont pas numériques à l'origine. Ces problèmes n'ont pas pu être abordés dans le rapport, faute de temps. Néanmoins, si l'on met de côté les spécificités de la presse, les recommandations du rapport peuvent s'appliquer à toutes les autres formes d'art visuel.

Olivier JAPIOT renouvelle ses remerciements à Tristan AZZI ainsi qu'à Yves EL HAGE pour ce rapport. Il donne la parole à Valérie-Laure BENABOU et Joëlle FARCHY pour un point d'étape sur la mission sur les dispositifs de recommandation.

## *VII. POINT D'ETAPE DE LA MISSION SUR LES DISPOSITIFS DE RECOMMANDATION DES ŒUVRES SUR LES PLATEFORMES*

Joëlle FARCHY commence par indiquer que la phase des auditions et de lectures complémentaires vient de s'achever, et que trois points peuvent être soulignés.

Le premier est que la pratique de la recommandation est devenue incontournable dans l'économie de l'attention. L'utilisateur a besoin de se repérer et la recommandation fait partie des outils de repérage.

Le deuxième point est que les points de vue sur la recommandation sont contrastés, avec beaucoup d'inquiétudes, certaines justifiées, d'autres plus fantasmées.

Le troisième point concerne la terminologie : on parle de la recommandation alors qu'on devrait parler des recommandations car le terme renvoie à des dispositifs différents selon les interlocuteurs. Les traitements algorithmiques jouent un rôle mais ne résument pas à eux seuls tous les types de recommandations.

Face à l'étendue du champ, la mission a décidé de se concentrer sur les aspects audiovisuels et musique. Dans la phase de rédaction qui débute, la mission va préciser ce que l'on entend par recommandation, quelles sont les typologies des formes de recommandation et le rôle joué par les algorithmes. La mission va envisager la qualification juridique de la notion de recommandation par rapport à d'autres notions assez proches.

Joëlle FARCHY soulève ensuite quelques enjeux majeurs : la question de l'enfermement des usagers supposé, la question des conditions de mise en avant et des biais potentiels pour les ayants droit de la recommandation et la question de la régulation au nom de la promotion de la diversité culturelle.

Valérie-Laure BENABOU ajoute que la mission a pu, lors des auditions, repérer une asymétrie importante d'informations entre certains acteurs qui sont plongés dans cet univers et le maîtrisent et d'autres qui le découvrent. L'une des vertus du rapport pourra peut-être être de créer un élément de sensibilisation à ces développements.

Le concept de recommandation commence à avoir une juridicité plus précise dans la proposition DSA où elle cohabite avec les notions de modération et de publicité avec lesquelles elle entretient des rapports assez complexes. Il faudra déterminer ce qui relève véritablement de la recommandation et ce qui peut s'apparenter à de la publicité. L'enjeu étant de savoir si la recommandation est rémunérée ou pas, s'il y a un marché de la recommandation et savoir comment les ayants droit peuvent se positionner ou non.

Olivier JAPIOT remercie Joëlle FARCHY et Valérie-Laure BENABOU pour cette présentation.

Au titre des questions diverses, Laurent BELARD QUELIN souhaite attirer l'attention du Conseil sur le danger encouru par la notion de presse juridique. Suite à la démission globale de la rédaction de *Science et vie*, une mission a été lancée pour établir un lien direct entre la présence des journalistes dans les rédactions et le statut de presse. Or, dans la presse spécialisée,

il est fait appel à des auteurs, spécialistes, qui n'ont pas la qualité de journaliste au sens du code du travail. Il souhaite alerter sur le fait qu'un certain nombre d'éditeurs disent que s'ils perdent le statut, ils vont arrêter de publier ces revues, ce qui met en danger un certain nombre de titres.

Hubert TILLIET (SACD) revient à la question précédente sur les recommandations et souhaite savoir s'il y aura un rapport d'étape avant la remise du rapport définitif en décembre.

Joëlle FARCHY est d'accord sur le principe, une fois que la rédaction sera avancée.

Valérie-Laure BENABOU considère que c'est une bonne chose et qu'il est, en outre, envisageable d'auditionner les membres qui le souhaitent et n'ont pas encore été associés à la mission.

Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP) souhaite soutenir et conforter le point évoqué par Hubert TILLIET. Il faut s'astreindre si possible à cet exercice de réunion multilatérale sur la base d'un projet de rapport car cela permet de lever d'autres points qui peuvent être difficiles à faire valoir dans un rapport qui ne s'écrit que sur la base d'auditions bilatérales.

Olivier JAPIOT confirme qu'il incite les rapporteurs de mission à prévoir un temps d'échange avec les membres du CSPLA le plus en amont possible de la remise du rapport, sur la base de conclusions provisoires, afin de pouvoir faire évoluer le rapport en fonction des observations ainsi recueillies.

Au titre des questions diverses, Valérie-Laure BENABOU souhaite attirer l'attention du Conseil sur l'état de la recherche en propriété intellectuelle. Elle indique avoir récemment assisté à des conférences organisées par juristes européens du droit de propriété intellectuelle, une série de jeunes chercheurs qui écrivent sur tous les sujets relatifs au droit d'auteur européen. Elle a constaté que la doctrine française était totalement absente de ce cénacle, ce qui est une source de préoccupation universitaire, et une autre source de préoccupation qui est que cette absence de chercheurs français fait que la recherche menée au plan européen est éloignée de la manière de voir le droit d'auteur comme on le voit en France. Cette absence est de nature probablement à fragiliser à long terme la vision française de la propriété intellectuelle au niveau européen. Elle engage toutes les personnes qui le peuvent à publier en anglais, à inciter les gens qui le peuvent à publier en anglais.

Olivier JAPIOT se joint à ses propos et indique que le CSPLA essaie d'y contribuer en traduisant un certain nombre de rapports en anglais.

Olivier JAPIOT remercie l'ensemble des membres pour leur participation à la séance et indique que la prochaine réunion plénière se tiendra début décembre.