

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu de la séance plénière
du 16 novembre 2016*

Ministère de la Culture et de la Communication

LISTE DES PARTICIPANTS :

Pierre-François RACINE, président de section (h) au Conseil d'État, président

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

Personnalités qualifiées

Valérie-Laure BENABOU, professeure des universités

Josée-Anne BENAZERAF, avocat à la Cour

Joëlle FARCHY, professeure des universités

Laurence FRANCESCHINI, conseillère d'État

Jean MARTIN, avocat à la Cour

François MOREAU, professeur des universités

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Présidents de missions et rapporteurs

Alexandra BENSAMOUN, co-présidente de la mission sur le droit de communication au public

Marianne LUMEAU, rapporteure de la mission sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création

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

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

Administrations

Martin AJDARI, directeur général des médias et des industries culturelles au Ministère de la culture et de la communication

Samuel BONNAUD-LE ROUX, chargé de mission au bureau de la propriété intellectuelle du ministère de la culture et de la communication et secrétaire du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

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

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

David POUCHARD, adjoint au bureau de la propriété intellectuelle au Ministère de la culture et de la communication

Chantal RUBIN, sous-directrice des réseaux et usages numériques au sein de la direction générale des entreprises du ministère de l'économie et des finances

Daniel SEGOIN, agent du Gouvernement français auprès de la CJUE au sein de la sous-direction du droit de l'Union européenne et du droit international économique au Ministère des affaires étrangères

Olivier SERRE, sous-directeur des affaires juridiques de l'enseignement supérieur et de la recherche à la direction des affaires juridiques du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche

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

Membre titulaire : Harold CODANT (BnF)

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA).

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Hervé RONY (SCAM) ;

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

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

Membres titulaires : Franck MACREZ (AFUL) ;

Membres suppléants : Frédéric DUFLOT (ADULLACT).

Représentants des artistes-interprètes :

Membres titulaires : aucun ;

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

Représentants des producteurs de phonogrammes :

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

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

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Angélique DASCIER (CSDEM) ;
Membre suppléant : Philippine GIRARD-LEDUC (SEAM).

Représentants des éditeurs de presse :

Membres titulaires : Patrick SERGEANT (SEPM), Christian BRUNEAU (représenté par Boris BIZIC) (FNPS) ;
Membres suppléants : Sabine OZIL (représentée par Samir OUACHTATI) (SPQN).

Représentants des éditeurs de livres :

Membres titulaires : Yorric KERMARREC (SNE) ;
Membres suppléants : Laurent GUIRAUD-LE MARESQUIER (SNE).

Représentants des producteurs audiovisuels :

Membres titulaires : aucun.
Membres suppléants : aucun.

Représentants des producteurs de cinéma :

Membres titulaires : Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN (UPF), Frédéric GOLDSMITH (APC) ;
Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP).

Représentants des radiodiffuseurs :

Membres titulaires : aucun.
Membres suppléants : aucun.

Représentants des télédiffuseurs :

Membres titulaires : aucun ;
Membres suppléants : Sébastien FRAPIER (TF1) (accompagné d'Anthony LEVEL).

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membres titulaires : Ramatoulaye DIAGNE (GESTE), Eric BARBRY (ACSEL).
Membres suppléants : Jean-Frank CAVANAGH (GFII), Giuseppe DE MARTINO (ASIC).

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

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

Représentants des consommateurs :

Membres titulaires : Sylvain NIVARD (CFPSAA).
Membres suppléants : Antoine AUTIER (UFC-Que choisir).

Membres excusés :

Cyril BEAUFILS, rapporteur de la mission sur les chaînes de blocs, Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN (UPC), Christian BRUNEAU (FNPS), Pierre DUTILLEUL (SNE), Gilles BRESSAND (ESML), Olivier DA LAGE (SNJ), Cécile DURAND (Le bureau de la radio), Jean-Pierre DARDAYROL (personnalité qualifiée), Gérard DAVOUST (SACEM), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Thomas FOURMEUX (ABF), Olivier JAPIOT (personnalité qualifiée), Pascal ROGARD (SACD), Isabelle RAMOND-BAILLY (Editis).

ORDRE DU JOUR

- I. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 5 juillet

- II. Point sur l'actualité européenne et multilatérale

- III. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de cassation et la CJUE

- IV. Présentation des questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne et intéressant la propriété littéraire et artistique, par le ministère des affaires étrangères

- V. Échanges sur le rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse et sur la proposition contenue dans le projet de directive

- VI. Présentation du rapport de la mission sur le droit de communication au public

- VII. Point d'étape de la mission sur les chaînes de blocs

- VIII. Point d'étape de la mission sur l'interopérabilité des contenus numériques

- IX. Questions diverses

*I. ADOPTION DU COMPTE RENDU DE LA DERNIÈRE SÉANCE, PUIS POINT
SUR L'ACTUALITÉ EUROPÉENNE ET MULTILATÉRALE*

Le président ouvre la séance et invite les membres à présenter leurs observations éventuelles sur le compte rendu de la dernière séance plénière.

M. David EL SAYEGH (SACEM) demande que dans son intervention commençant à la fin de la page 23, les termes « a été » soient remplacés par le mot « constitue ». Il convient également de supprimer la phrase commençant par « par ailleurs » au début de la page 24 et de reformuler la dernière phrase du dernier paragraphe en indiquant que c'est la Cour de justice qui prend trop de liberté par rapport au texte de la directive et non celui-ci qui laisse trop de liberté à la Cour.

Sous réserve de ces corrections à apporter dans le compte rendu, celui-ci est adopté.

Le président confie la parole à M. Alban DE NERVAUX pour la présentation de l'actualité européenne et multilatérale.

M. DE NERVAUX revient d'abord sur le paquet « droit d'auteur » présenté le 14 septembre dernier par la Commission européenne, qui comporte la Communication intitulée « Promouvoir une économie européenne fondée sur le droit d'auteur juste, efficiente et compétitive dans le marché unique numérique », une proposition de règlement et une proposition de directive pour transposer le Traité de Marrakech, la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, et la proposition de règlement sur les transmissions en ligne des organismes de radiodiffusion et la retransmission des programmes de télévision et de radio.

Les autorités françaises considèrent que ce paquet témoigne d'une meilleure écoute que ce qu'on pouvait anticiper il y a deux ans. L'idée que le droit d'auteur constituerait un obstacle au marché unique numérique est désormais moins prégnante. Les développements demandés par la France sur le partage de la valeur et le rôle des hébergeurs sont également plus présents. Enfin, les

exceptions sont plus circonscrites que ce qu'on pouvait attendre, mais les autorités françaises resteront vigilantes sur ce point.

Le ministère de la culture a critiqué la proposition de règlement sur les radiodiffuseurs qui propose d'étendre le principe du pays d'origine aux diffusions en ligne, en raison du contexte dangereux lié aux affaires pendantes en droit de la concurrence, comme le cas Sky, ainsi que du caractère peu étayé de l'étude d'impact.

La proposition de création d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse a été accueillie favorablement par les autorités françaises, qui estiment en revanche que le paquet droit d'auteur ne peut faire l'économie d'une clarification de la notion de droit de communication au public.

D'autres discussions sont parallèlement en cours au niveau communautaire. La directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques, d'abord, qui soulève un enjeu d'articulation très débattu avec les règles du droit de la propriété intellectuelle. La proposition de règlement sur le géoblocage injustifié, ensuite, qui exclut de son champ l'audiovisuel mais couvre de nombreux contenus protégés. Plusieurs dispositions continuent de poser problème, notamment celles relatives aux ventes passives et à la non-discrimination des offres de biens et de services.

Émilie CARIOU complète cette présentation en précisant que la ministre et son cabinet ont porté activement le message suivant lequel les textes proposés vont globalement dans le bon sens mais que plusieurs points posent problème. Étendre le concept du pays d'origine à la télévision de rattrapage dans le contexte de l'affaire *Sky* en examen est dangereux car cela limiterait la volonté contractuelle et imposerait *de facto* aux professionnels de délivrer des licences paneuropéennes.

Le cabinet d'Audrey Azoulay a fait part de ces observations au cabinet de la Commissaire Vestager et s'est rapproché d'autres États membres, parmi lesquels l'Espagne, la Roumanie et le Danemark. Un Conseil des ministres européens se tient le 22 novembre et sera l'occasion de développer ces différents points, ainsi que les deux thèmes chers à la France, le partage de la valeur et la clarification du droit de communication au public.

M. EL SAYEGH souligne que d'autres aspects que le principe du pays d'origine posent difficulté dans le règlement « radiodiffuseurs », notamment en ce qui concerne les retransmissions secondaires. Il s'agit en particulier de l'injection directe, sur laquelle il souhaiterait connaître la

position des autorités françaises.

M. Hervé RONY (SCAM) demande où en sont les réflexions sur la responsabilité des hébergeurs.

Mme CARIOU répond à la première question qu'à ce stade, le gouvernement français demande le retrait pur et simple du règlement « radiodiffuseurs », tant le texte est dangereux. S'agissant de la deuxième question, la France enjoint la Commission à aller plus loin que ce qui a été mis sur la table, et considère que plusieurs des mesures envisagées n'auront pas d'effet si dans le même temps la communication au public n'est pas redéfinie.

M. Hubert TILLIET (SACD) s'inquiète de la tendance étonnante consistant à réformer des règles substantielles du droit d'auteur à travers des règlements. Cette tendance s'est enclenchée avec la proposition de règlement portabilité. En 2013, la Commission européenne avait soumis un questionnaire sur le point de savoir s'il faudrait concevoir un code du droit d'auteur européen, interrogation auquel la plupart des ayants droit ont répondu par la négative. Mais c'est pourtant ce que fait subrepticement la Commission. Or, les règlements sont d'application directe et ne laissent aucune marge de manœuvre aux États membres.

Mme CARIOU relève qu'un autre précédent existe en matière de données personnelles, matière dans laquelle un règlement est venu également modifier la directive de 1995. Il est en effet problématique de modifier des directives à travers des règlements. Le gouvernement français entend reprendre ce point, ainsi que la critique de l'étude d'impact dans les débats à venir sur le règlement portabilité.

Le président remercie les intervenants et transmet la parole à Mme Anne-Élisabeth Crédeville pour la présentation d'un arrêt du Tribunal des conflits.

II. COMMENTAIRES DES ARRÊTS SIGNIFICATIFS RENDUS

DEPUIS LA DERNIÈRE SÉANCE

Mme CREDEVILLE indique que depuis la réforme du 17 mai 2011, la rédaction de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle a conduit la jurisprudence à poser le principe d'une compétence exclusive de l'ordre judiciaire. Les décisions rendues par le Tribunal des conflits en 2014, 2015 et 2016 sont venues apporter des précisions aux conditions d'application de cette compétence.

Dans deux arrêts rendus le 7 juillet 2014 la règle de la compétence judiciaire exclusive a été rappelée : ressortissent aux juridictions judiciaires les actions en responsabilité engagées contre des personnes publiques sur le fondement de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle pour avoir exploité des photographies en dehors de toute cession de droits ou pour les avoir endommagées. La solution a été retenue y compris dans un cas où le demandeur invoquait la violation d'un contrat administratif en l'occurrence un marché passé en application du code des marchés publics.

Le 12 octobre 2015, il a été jugé que l'action de l'artiste propriétaire d'une œuvre qui impute à une personne publique des dégradations causées à cette œuvre relève, en application des dispositions de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, de la compétence de la juridiction judiciaire.

En 2016, le Tribunal a retenu que si la juridiction judiciaire est seule compétente pour se prononcer sur l'existence du préjudice résultant de la dénaturation qu'aurait fait subir à son œuvre un maître d'ouvrage, la juridiction administrative est en revanche seule compétente pour statuer, le cas échéant, sur la demande tendant à la réparation de ce préjudice par la réalisation de travaux sur un ouvrage public.

À la compétence exclusive de l'ordre judiciaire, le Tribunal des conflits précise la place de la juridiction administrative qui s'impose dès que l'on sort du droit d'auteur *stricto sensu*.

Ainsi dans le cas où l'auteur dont le droit moral a été méconnu, demande une réparation en nature ou une modification, le déplacement ou la destruction d'un ouvrage public, le contentieux se trouve scindé. Aux juridictions judiciaires il revient de traiter le contentieux des modifications

apportées à l'œuvre et aux juridictions administratives celui des modifications susceptibles d'être apportées à l'ouvrage.

La répartition proposée apparaît comme la seule manière de préserver à la fois le bloc de compétence judiciaire constitué par le législateur en matière de propriété littéraire et artistique et un chef de compétence administrative trouvant son fondement dans une prohibition placée au cœur du principe de la séparation des pouvoirs.

Dans un arrêt du 5 septembre 2016, le Tribunal des conflits a décidé que si la juridiction judiciaire est seule compétente pour se prononcer sur la question de savoir si un architecte a subi un préjudice résultant de la dénaturation qu'aurait fait subir à son œuvre un maître d'ouvrage, la juridiction administrative est en revanche seule compétente pour statuer, le cas échéant, sur la demande tendant à la réparation de ce préjudice par la réalisation de travaux sur un ouvrage public.

L'affaire objet d'une telle décision concernait M. Jean Nouvel titulaire, avec la société Ateliers Jean Nouvel, d'un marché de maîtrise d'œuvre conclu en 2007 avec l'association Philharmonie de Paris, maître d'ouvrage, aux droits de laquelle vient l'établissement public de la Cité de la musique-Philharmonie de Paris qui lui a succédé en 2015, pour la conception et la réalisation d'un équipement culturel abritant notamment une grande salle de concert ; estimant que le maître d'ouvrage avait altéré son œuvre d'architecte au point de la dénaturer, il l'a fait citer devant le tribunal de grande instance de Paris, afin que celui-ci le condamne, sous astreinte, à faire exécuter tous travaux nécessaires à la remise en état de l'œuvre ; M. Nouvel ayant fait appel du jugement du 16 avril 2015 par lequel le tribunal de grande instance a rejeté sa demande, le préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris, a présenté le 8 décembre 2015 un déclinatoire de compétence en soutenant que la juridiction administrative était seule compétente pour statuer sur une demande tendant à ce que soient ordonnés des travaux sur l'immeuble en cause ; après que la cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 12 avril 2016, rejeté son déclinatoire, le préfet a pris un arrêté de conflit le 29 avril 2016 .

Le Tribunal des conflits a cité l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle qui dispose que : « Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire » ; si ces dispositions réservent aux tribunaux de grande instance la connaissance des litiges qu'elles mentionnent, en dérogeant, le cas échéant, aux principes gouvernant la responsabilité

des personnes publiques, elles ne sauraient être interprétées comme donnant compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire pour ordonner des mesures de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité d'un ouvrage public.

Dès lors, si le tribunal de grande instance est saisi d'une demande tendant à ce qu'une atteinte au droit moral d'un architecte soit réparée par l'exécution de travaux sur un ouvrage public, il lui incombe de statuer sur l'existence de l'atteinte et du préjudice allégués, mais il doit se déclarer incompétent pour ordonner la réalisation de travaux sur l'ouvrage ; dans l'hypothèse où le juge administratif serait directement saisi d'une demande de travaux sur un ouvrage public fondée sur l'existence d'une atteinte au droit moral, il lui incomberait de ne statuer qu'après la décision du tribunal de grande instance compétent, saisi à titre préjudiciel, sur l'existence de l'atteinte et du préjudice allégués.

L'association Philharmonie de Paris, créée par l'État et la ville de Paris pour assurer la maîtrise d'ouvrage de l'équipement culturel en cause et pour y développer des actions culturelles au bénéfice du plus large public, exerçait une mission de service public ; l'équipement dont elle a assuré la maîtrise d'ouvrage, directement affecté au service public dont elle-même, puis l'établissement public de la Cité de la musique-Philharmonie de Paris, ont été chargés, a le caractère d'un ouvrage public.

Il en résulte donc que si la juridiction judiciaire est seule compétente pour se prononcer sur la question de savoir si M. Nouvel a subi un préjudice résultant de la dénaturation qu'aurait fait subir à son œuvre le maître d'ouvrage, la juridiction administrative est en revanche seule compétente pour statuer, le cas échéant, sur la demande tendant à la réparation de ce préjudice par la réalisation de travaux sur l'immeuble de la Philharmonie de Paris.

Considérant que le déclinatoire du préfet soutient seulement que la juridiction judiciaire est incompétente pour ordonner la réalisation de travaux sur l'ouvrage public c'est à bon droit que le conflit a été élevé sur ce point.

Cet arrêt de 2016 vient compléter la jurisprudence du Tribunal des conflits sur l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle.

Le président remercie Mme CREDEVILLE et confie la parole à Mme Valérie-Laure BENABOU.

Mme BENABOU indique à titre liminaire qu'elle ne commentera pas l'arrêt *GS Media*, lequel sera présenté dans le cadre de la réflexion sur le droit de communication au public.

Elle présente en premier lieu l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* du 10 novembre 2016 (affaire C-174/15), qui a donné suite à une question préjudicielle néerlandaise. Il s'agissait en l'espèce d'un dispositif de prêt public numérique en bibliothèque qui mimait les conditions du prêt physique en prévoyant que la copie d'une œuvre est mise à disposition de l'utilisateur pour une durée limitée, pendant laquelle un autre utilisateur ne pouvait y avoir accès. La question posée consistait à savoir si un tel dispositif était constitutif d'un prêt au sens de la directive 2006/115¹. Il était également demandé si le fait d'imposer la condition d'une commercialisation préalable de l'œuvre sur le marché était compatible avec la directive.

L'avocat général s'était prononcé pour une assimilation avec le prêt analogique. La Cour l'a suivi en considérant que dès lors que rien dans les textes n'empêche d'appliquer la théorie de l'équivalence fonctionnelle, on peut considérer que le prêt numérique est analogue au prêt physique. En revanche, ce raisonnement ne vaut pas pour la location, la Cour se référant ici aux Traités de l'OMPI qui visent expressément des copies tangibles.

L'arrêt contient un point important sur la marge de manœuvre des États membres. La Cour de justice approuve le fait que le gouvernement néerlandais ait imposé des conditions pour estimer que l'ouvrage prêté doit au préalable avoir été commercialisé. Cette solution est justifiée par le fait que, d'une part l'harmonisation du droit de prêt est minimale selon la Cour, et que d'autre part pareille condition est conforme au triple test.

Enfin, l'arrêt confirme à nouveau l'importance de la source licite, de même que la Cour a déjà pu dégager la nécessité d'une source licite pour les exceptions de copie privée et de reprographie, semblant ainsi poser une condition générale d'accès au bénéfice des exceptions.

Mme BENABOU revient ensuite sur l'arrêt *Tobias Mc Fadden* du 15 septembre (affaire C-484/14). Il s'agissait en substance de savoir si la personne qui met à disposition un accès wifi dans un café peut être tenu responsable des infractions commises *via* ce réseau. La Cour a répondu que la personne en question est bien un fournisseur d'accès au sens de la directive « commerce électronique » et qu'elle ne peut être tenue responsable des violations de droits d'auteur commises par un utilisateur en application de l'article 12 de la directive. En revanche, la Cour retient que la directive ne s'oppose pas à ce que le titulaire de droits demande à une autorité ou à une juridiction

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

nationale d'enjoindre à un tel prestataire de mettre fin à toute violation des droits d'auteur commise par ses clients ou de prévenir de telles violations. La Cour a dès lors constaté qu'une injonction ordonnant la sécurisation de la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe permet d'assurer un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle des titulaires de droits et le droit à la liberté d'entreprise des fournisseurs d'accès et le droit à la liberté d'information des utilisateurs du réseau.

Le président remercie Mme Benabou et confie la parole à M. Segoin.

III. PRÉSENTATION DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES PENDANTES DEVANT LA CJUE ET INTÉRESSANT LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

M. SEGOIN souligne que l'actualité est un peu moins riche que lors des dernières séances du Conseil, ce qui pourrait laisser augurer d'une consolidation bienvenue de la jurisprudence de la Cour. Il est toutefois possible de relever deux affaires préjudicielles actuellement pendantes en matière de propriété littéraire et artistique dans lesquelles le gouvernement français est intervenu.

D'abord, les autorités françaises ont décidé d'intervenir dans l'une des premières affaires post-*GS Média* où la Cour aura à déterminer la portée de cet arrêt. En l'espèce, dans l'affaire C-610/15, *Stichting Brein*, la Cour était saisie d'un renvoi préjudiciel formulé par le Hoge Raad néerlandais. La juridiction néerlandaise a ainsi posé deux questions préjudicielles à la Cour de Justice. En premier lieu et à titre principal, la Cour de justice était invitée à se prononcer sur la possibilité ou non de qualifier l'indexation par le site The Pirate Bay de liens torrents qui permettent aux utilisateurs de ce site de télécharger et d'accéder sans autorisation des ayants droit à des œuvres protégées par le droit d'auteur de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

Les autorités françaises ont proposé à la Cour de répondre à cette question par la positive et de qualifier l'indexation de liens torrents par le site de The Pirate Bay de communication au public. Cette interprétation résulte notamment de la lecture renouvelée de la notion de communication au public sur Internet que la Cour a consacrée dans l'arrêt *GS Média*.

À cet égard, il convient de rappeler que la qualification de communication de public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « public ». S'agissant de l'existence d'un acte de communication dans l'affaire au principal, il nous est apparu utile de fonder notre argumentaire sur l'arrêt du 15 mars 2012, *Phonographic Performance Limited*, selon lequel c'est à l'aune du rôle incontournable joué par l'intermédiaire qui permet la réalisation de l'acte de communication, qu'une telle qualification peut être retenue. À ce titre, il semblait aux autorités françaises difficilement contestable que le site The Pirate Bay disposait d'un tel rôle incontournable. En effet en l'absence de ce site, la communication des œuvres concernées semblait peu vraisemblable.

S'agissant du second critère, à savoir la communication d'une œuvre à un public, les autorités

françaises se sont très largement fondées sur les apports de la jurisprudence GS Média. Pour rappel, dans cet arrêt, la Cour insiste notamment sur l'importance de la recherche d'un but lucratif pour qualifier une présomption, réfragable, de communication au public dans le chef d'un intermédiaire qui met à disposition un hyperlien.

Or, dans le cas d'espèce, le site Internet The Pirate Bay rendait disponible des liens torrents indexés sur son site. Ce même site comportait de nombreux encarts publicitaires qui auraient permis, selon les estimations non contestées d'une partie au litige, de générer près de 30 millions d'euros par an. Selon les autorités françaises, ces éléments permettaient d'attester de l'existence d'un but lucratif et par conséquent de supposer que l'acte de communication réalisé par le site The Pirate Bay constituait bien une communication au public.

À titre subsidiaire, la juridiction de renvoi demandait à la Cour si, en cas de réponse négative à la première question, les titulaires de droit pouvaient obtenir en l'espèce le prononcé d'injonction sur le fondement des directives 2001/29 et 2004/48. À titre liminaire, les autorités françaises ont rappelé que le prononcé d'injonction et la communication d'une œuvre au public ne devaient pas être confondus de par leur nature différente et ne pouvaient pas en conséquence être perçus comme des alternatives.

Au fond, après avoir rappelé qu'une telle appréciation relève de l'appréciation des juridictions nationales, il semblait utile de rappeler que rien ne s'opposait au prononcé de telles injonctions dans l'affaire au principal. En effet, aux termes d'une jurisprudence constante, la Cour a consacré la possibilité de prononcer des injonctions à l'encontre de fournisseurs d'accès à Internet destinées à prévenir ou à faire cesser la commission d'infractions portant atteinte au droit d'auteur. Dès lors qu'une telle demande était conforme à la balance entre les intérêts fondamentaux en présence, il paraissait tout à fait concevable de prononcer de telles injonctions.

La seconde affaire concernait quant à elle la compensation pour copie privée et le « *cloud computing* ». La Cour a en effet été saisie d'une question préjudicielle du Tribunal de Turin, l'interrogeant en substance, sur la possible application de l'exception de copie privée à la réalisation de copies privées d'œuvres protégées par le droit d'auteur réalisées au moyen d'un système informatique en nuage ou « *cloud* ».

Les autorités françaises ont proposé à la Cour de répondre à cette question par l'affirmative. A titre liminaire, il a été rappelé la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle les États membres qui désirent instaurer une exception de copie privée disposent d'une large marge

d'appréciation pour définir les modalités d'application de cette exception. À ce titre, les autorités françaises ont tout d'abord soutenu que la reproduction par un particulier d'une œuvre protégée par le droit d'auteur en utilisant le *cloud* relevait bien du champ d'application de l'exception de copie privée.

En effet, comme le prescrit l'article 5, paragraphe 2, sous b) de la directive 2001/29, l'exception de copie privée ne concerne que les reproductions d'œuvres réalisées par des personnes physiques pour un usage privé et à des fins non-commerciales. Ces conditions étaient bien remplies en l'espèce car ce sont bien les particuliers qui, au moyen d'un système d'enregistrement en ligne et du cloud, réalisaient des copies d'œuvres protégées.

Par ailleurs, les autorités françaises ont également relevé que si la décision de réaliser la copie privée est bien prise par un particulier, la réalisation de ladite copie est le fait d'un système mis à disposition par un tiers, en l'occurrence une entreprise commerciale. Or, la Cour a pu admettre dans son arrêt du 5 mars 2015 *Copydan Bandkopy* que le droit de l'Union autorisait une compensation équitable réalisée à partir d'un dispositif appartenant à un tiers.

Enfin, il apparaissait également utile de rappeler qu'un tel mécanisme était également conforme à la jurisprudence de la Cour en ce que l'entreprise commerciale qui met à disposition un tel système d'enregistrement via le « *cloud* » et qui est donc redevable du financement de la compensation équitable, a la possibilité de répercuter la charge réelle du financement sur les utilisateurs privés.

En effet, en l'espèce, les particuliers qui entendaient réaliser une copie privée avaient recours aux services d'une entreprise commerciale. Instaurer une redevance pour copie privée à la charge de cette entreprise était donc possible car cette entreprise pouvait alors répercuter le montant de cette charge sur les particuliers, de sorte que ces derniers supportent effectivement la charge de financer l'indemnisation due au titulaire de droit.

Pour l'ensemble de ces raisons, il semblait donc possible aux autorités françaises de conclure qu'un service d'enregistrement de copies privées d'œuvres protégées par le droit d'auteur au moyen d'un « *cloud* » pouvait être soumis à l'exception de copie privée.

Le président remercie M. Segoin pour sa présentation

IV. ÉCHANGES SUR LE RAPPORT DE LA MISSION DE RÉFLEXION SUR LA CRÉATION D'UN DROIT VOISIN POUR LES ÉDITEURS DE PRESSE ET SUR LA PROPOSITION CONTENUE DANS LE PROJET DE DIRECTIVE

Le président rappelle le contexte et le délai particuliers dans lesquels la mission a été lancée. L'objectif était de pouvoir transmettre une réflexion avant l'adoption de la proposition de texte de la Commission européenne. Il est naturel, à ce stade, que puisse désormais avoir lieu une discussion au sein du Conseil, tant sur le rapport de Mme Franceschini que sur la proposition de la Commission.

Mme FRANCESCHINI rappelle d'abord qu'elle n'a pas souhaité s'inscrire dans le contexte de 2012 d'élaboration d'une « Lex Google » ni répondre uniquement aux conséquences de l'arrêt *Reprobel*. L'objectif de sa mission consistait répondre à de nouvelles pratiques, tel le « *crawling* », auxquelles la notion d'œuvre collective appliquée au journal ne répond pas efficacement. Elle a souhaité également tenir compte des expériences européennes sur le sujet, et des effets pervers qu'elles ont pu avoir.

Le diagnostic dressé est celui d'une évolution du métier de l'éditeur de presse : le numérique induit des métiers nouveaux et fait se rapprocher l'éditeur d'un producteur. Dans ce contexte, l'attribution d'un droit voisin serait la contrepartie de l'investissement ainsi qu'une arme pour que les éditeurs aient une capacité à négocier. L'idée de rémunération n'est pas première ; il s'agit plutôt de permettre que soient noués des partenariats plus équilibrés qu'à l'heure actuelle. Le rapport propose un droit voisin ciblé pour une durée limitée – entre cinq et quinze ans –, la Commission européenne envisageant d'ailleurs une durée plus longue.

Par ailleurs, le rapport tient compte des critiques dressées par les journalistes. S'il y a accroissement de la valeur du titre de presse après l'attribution d'un droit voisin, une négociation d'entreprise pourra intervenir dans le cadre de la loi Hadopi de 2009 qui a créé le régime de rémunération des auteurs journalistes. Mme Franceschini salue l'échange fécond qu'elle a eu avec Maître Jean Martin sur le sujet, dont elle a retenu l'idée d'une instance de règlement des différends pour les cas où on constaterait que l'existence du droit voisin bloquerait la circulation d'articles de presse. Cela permettrait de trouver un équilibre avec la liberté d'information, enjeu vital pour la presse.

M. RONY remercie Mme Franceschini pour son rapport mais relève que le statut de ce type de rapport devrait être clarifié pour l'avenir afin d'éviter toute ambiguïté. En effet, lorsque ce rapport a été rendu public, la presse l'a présenté comme étant la proposition du CSPLA de création d'un droit voisin. Les journalistes membres de la SCAM s'en sont émus, puisque les membres du CSPLA, dont la SCAM, n'avaient pu alors faire leurs observations sur le rapport.

La demande de création d'un droit voisin repose sur des raisons légitimes. Mais plusieurs organisations de journalistes craignent que cela ait un effet de bord sur les rémunérations octroyées aux journalistes. Ce n'est pas tant la question de la cession des droits d'auteur qui inquiète que l'application pratique qui sera faite du droit voisin.

Le président indique que pour ce type rapport, il sera désormais précisé à la fois dans le rapport et sur le site Internet du Conseil que le rapport engage la seule responsabilité de son auteur et non celle du Conseil.

M. Emmanuel DE RENGERVÉ (SNAC) indique que certains auteurs de bandes dessinées et de livres pour la jeunesse s'inquiètent de la porosité existant entre les éditeurs de presse et les éditeurs de livres.

Mme FRANCESCHINI estime ce constat très juste, et qu'il conviendra d'être vigilant dans la négociation pour bien délimiter les contours des bénéficiaires du droit voisin.

M. EL SAYEGH relève que le rapport écarte à juste titre l'idée d'un droit voisin comme seul traitement des conséquences de l'arrêt *Reprobel*. Il faut en revanche se pencher sur la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, qui précise que les exceptions existantes s'appliqueront *mutatis mutandis* au nouveau droit voisin. Cette disposition signifie que les nouveaux titulaires d'un droit voisin percevront une part de la rémunération pour copie privée, alors que d'autres éditeurs n'en bénéficieront pas à qualité. Cela posera difficulté et perturbera les clés de répartition actuelles.

M. Patrick SERGEANT (SEPM) salue le travail très solide qui a été conduit par Madame Franceschini. Il conteste cependant la présence, dans la définition de l'éditeur de presse proposée en page 16 du rapport, de la notion d'agence de presse, qui ne devrait pas y figurer. Lors de l'élaboration de la loi Hadopi en 2009, il était clair que la notion d'éditeur de presse ne recouvrait pas les agences. D'autre part, il remarque que le rapport envisage dans un premier temps un droit nouveau qui s'appliquerait aux exploitations multi-supports d'un titre de presse, à travers le principe de neutralité technologique, mais que finalement c'est un droit limité aux utilisations numériques qui est mis en avant. Enfin, il déplore que le rapport envisage une durée de cinq à quinze ans, et non de cinquante, qui est la durée accordée aux droits voisins existants. Ces questions se retrouvent dans la proposition de directive, qui comporte plusieurs ambiguïtés. En dépit de ces réserves qui sont liées au fait que le nouveau droit voisin semble n'être vu que comme un droit utilitaire, les éditeurs de presse se félicitent de la reconnaissance d'un tel droit.

M. TILLIET indique que la proposition de directive prévoit que le nouveau droit voisin sera circonscrit aux publications d'information et de divertissement, à l'exclusion des articles de recherche. Où se situera exactement la frontière ?

Mme FRANCESCHINI indique que la notion d'agence de presse figure entre crochets dans la définition avancée par le rapport. Il s'agit plutôt d'un clin d'œil, en référence à la problématique très proche qui se pose pour les agences, lesquelles officient sur un marché entre professionnels, contrairement aux éditeurs. Dans le cas des agences, il faudrait plutôt se rapprocher d'un droit ressemblant au droit *sui generis* sur les bases de données.

S'agissant des frontières entre les contenus, elles sont délicates en effet, et il convient d'attirer l'attention de la Commission sur ce sujet. L'idée est de cantonner le droit voisin pour ne pas déstabiliser l'édifice particulier des éditeurs de presse.

V. PRÉSENTATION DU RAPPORT DE LA MISSION SUR LE DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC

Le président rappelle qu'à l'occasion de la précédente séance plénière, l'intervention de Maître Josée-Anne Benazeraf avait permis de dresser un tableau sans équivalent de la jurisprudence de la CJUE sur le droit de communication au public. Il souhaite que la présentation aille cette fois à l'essentiel, afin de pouvoir engager ensuite un échange avec les professionnels.

M. Pierre SIRINELLI remercie le président et rappelle que la lettre de mission indiquait que l'objectif était de repérer quels écarts pouvaient exister entre les textes et les interprétations qui en sont faites. Après de nombreuses auditions, notamment d'un magistrat de la CJUE, il est apparu que ces écarts sont importants, et qu'une intervention législative est nécessaire.

Me BENAZERAF revient en premier lieu sur l'histoire des décisions rendues en matière d'hyperliens, afin d'éclairer la dernière décision intervenue en la matière, l'arrêt *GS Media* rendu le 12 septembre dernier. Dans les affaires *Svensson* et *Bestwater*, il était question d'œuvres mises licitement à disposition sur un site Internet par les titulaires de droits, sans limitation particulière. La Cour a jugé que la fourniture de liens vers ces œuvres sur un site tiers ne constituait pas, à défaut de public nouveau, un acte de communication au public. Cette solution reposait sur la prémisse selon laquelle les ayants droit sont censés avoir visé dans l'autorisation initiale la totalité des internautes et par conséquent accepté la pose de liens. Dès lors, on pouvait s'interroger sur la solution retenue en présence d'un lien pointant vers une œuvre mise illicitement en ligne.

Avant l'arrêt *GS Media*, on pouvait penser que deux voies étaient possibles. Soit la Cour de justice suivait l'avis de l'Avocat général, qui concluait à l'absence d'un acte de communication au public, du fait que le seul acte réalisant une communication au public est la mise en ligne sur le site cible. Soit la Cour pouvait considérer qu'en l'absence d'autorisation des ayants droit, le public était par nécessairement nouveau. *A contrario* des solutions retenues dans les arrêts *Svensson* et *Bestwater*, le droit de communication au public devrait donc être opposable.

Or, dans son arrêt *GS Media*, la Cour de justice a emprunté une voie très différente, reposant

sur une balance des droits fondamentaux. Elle change de raisonnement et adopte une appréciation individualisée afin de tenir compte, dans cette affaire particulière, de la difficulté pour le poseur de liens de savoir si l'œuvre a été mise en ligne licitement ou non. La Cour structure sa solution autour d'un principe, une exception et une présomption.

Le principe est que si l'œuvre est librement accessible sur le site cible, la fourniture du lien n'est pas une communication au public. L'exception joue s'il est établi que le poseur de lien savait ou devait savoir que l'œuvre figure sur le site cible de manière illicite, ou si le lien permet de contourner des mesures de restriction prises par le site pour en restreindre l'accès à ses seuls abonnés : il y a alors communication au public. Enfin, lorsque le lien est placé dans un but lucratif, il existe une présomption réfragable de connaissance de l'illicéité de la mise en ligne de l'œuvre sur le site cible.

Il faut remarquer que la Cour parvient au même résultat – le droit de communication au public ne s'applique pas – au terme de raisonnements logiques totalement différents : dans le cas d'une mise en ligne licite, en raison de l'absence de public nouveau, et dans le cas d'une mise en ligne illicite, en raison de l'absence d'acte de communication.

En pratique, on ne peut être que perplexe quant aux moyens de prouver que le poseur d'un lien savait ou non que l'œuvre avait été mise illicitement en ligne. L'arrêt semble dégager une forme de système de notification : les ayants droit seraient donc confrontés à un nouveau type d'hébergeur. Finalement, compte tenu de la présomption formulée par l'arrêt, le droit de communication au public semble ne pouvoir être opposable qu'en matière d'exploitations lucratives.

M. SIRINELLI considère que la CJUE s'écarte de plus en plus des textes européens et internationaux. Quatre points principaux posent problème dans sa jurisprudence : l'exigence d'un public nouveau, une interprétation de la notion de public porteuse d'une grande imprévisibilité, des critères d'interprétation inhabituels ou malvenus, et enfin une solution retenue pour l'injection directe qui méconnaît l'intervention économique de différents acteurs.

La méthode de la Cour est davantage perturbante encore : elle utilise une batterie de critères à géométrie variable, fluctuants au gré de la jurisprudence. La mission en a identifié pas moins de seize. Cette jurisprudence a des effets pratiques néfastes aussi bien pour les ayants droit que pour les utilisateurs, qui ne peuvent s'appuyer sur la prévisibilité des solutions. Personne ne peut aujourd'hui prédire quel critère maniera la Cour dans telle affaire, et en dernier ressort le juge

national ne peut en retenir aucun éclairage pertinent. Ce constat est d'ailleurs effectué par certains juges de la Cour, qui estiment que le législateur devrait intervenir pour codifier le travail prétorien. Les autres personnes auditionnées par la mission sont d'accord avec l'idée d'une intervention législative, afin de revenir à la solution originelle du droit de communication au public.

Le rapport propose deux méthodes d'intervention : une première, dite globale, et une seconde, ventilée. La mission préfère la première, plus cohérente et ciblée dans un seul instrument. La seconde, contextuelle, est moins ambitieuse mais plus pragmatique. En effet, il y a en réalité peu de chances à ce jour que la solution globale soit acceptée, sauf à ce que la France conduise une action particulièrement forte. Un autre avantage de la seconde solution est qu'elle s'inscrit dans des textes qui sont aujourd'hui sur la table.

L'approche globale procède en deux temps. Il s'agit d'abord de revenir au sens commun du droit de communication au public, puis de créer une exception en faveur de certains hyperliens. La CJUE méconnaît les acceptions traditionnellement retenues des notions de « public » et d'« acte de communication ». Pour remédier à cela, la mission propose de modifier l'article 3 de la directive 2001/29 et d'ajouter un nouveau considérant. Leur objet est de préciser que rendre accessible une œuvre met en œuvre le droit de communication au public, sans qu'il soit nécessaire que l'acte soit effectivement suivi d'une transmission. Il est proposé ensuite de mieux cerner le droit de communication au public en indiquant que certains critères sont pertinents ou à l'inverse indifférents. Il s'agit ici de décliner la notion dans des hypothèses sur lesquelles la CJUE a apporté des solutions erronées. En matière de communication secondaire, il est affirmé que l'intervention d'un tiers suffit à enclencher la mise en œuvre du droit de communication au public, sans qu'entrent en considération les questions du mode technique employé ou d'un public nouveau. S'agissant de l'injection directe d'autre part, le texte rappelle que l'acte de communication au public est accompli solidairement par deux acteurs.

La dernière disposition proposée concerne la notion de public, en rappelant le sens commun de cette notion et en renvoyant vers le guide interprétatif de l'OMPI. Est une communication au public la communication qui sort du cercle de famille. La proposition de considérant 24 bis précise que la notion de public doit être distinguée de celle de clientèle, et que par conséquent le caractère lucratif de l'acte est indifférent. En outre, il n'y a pas lieu de se livrer à une approche quantitative du public. Enfin, le considérant indique qu'il n'est pas exigé de rechercher la présence d'un public nouveau pour qualifier l'acte.

La solution ne fait ici que rappeler des fondamentaux. Dans un deuxième temps, toutefois, elle avance une solution particulière pour les hyperliens. Si la CJUE maltraite les solutions fondamentales, c'est que la plupart du temps elle procède *via* un syllogisme inversé en partant du résultat à atteindre. En outre, elle semble avoir fait sienne l'idée selon laquelle le droit d'auteur ne vit pas en autarcie et qu'il doit être en équilibre avec d'autres droits fondamentaux.

Le retour à l'orthodoxie pourrait conduire à la soumission au droit de communication au public de nombreux hyperliens. La démarche de la mission a donc consisté à trouver un équilibre à l'intérieur du droit d'auteur, en imaginant une exception. L'idée est de soustraire certains liens au droit de communication au public dès lors qu'ils remplissent quatre exigences cumulatives : le lien ne doit pas viser une œuvre illicitement mis en ligne, celle-ci doit être accessible sans limite technique, le poseur de liens ne doit pas poursuivre un but lucratif, et enfin, le lien ne doit pas donner à l'internaute le sentiment de consulter l'œuvre sur le site proposant le lien. Cette dernière condition fait référence à la transclusion mais la mission n'a pas souhaité figer un état donné de la technique. Il n'est pas apparu nécessaire, enfin, de prévoir un mécanisme de compensation pour cette exception.

L'approche contextuelle consiste à se rattacher aux propositions de textes existantes, à savoir la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique et le règlement « radiodiffuseurs ». Cette approche laisse de côté les questions liées aux hyperliens, qui se situent hors du champ des modifications proposées. Le considérant 33 de la proposition de directive, évoquant les liens hypertextes uniquement à l'aune du nouveau droit voisin des éditeurs de presse, est apparu comme une accroche trop complexe. L'approche contextuelle permet en revanche de préciser les contours originels de la notion de public et de régler la question de l'injection directe.

Le président invite les membres à réagir sur le rapport au cours d'un tour de table.

M. Harold CODANT (BnF) indique que la BnF n'a pas de remarque particulière.

M. Jean-François DEBARNOT (INA) s'interroge sur la manière dont la condition selon laquelle le lien ne doit pas donner le sentiment à l'internaute de consulter l'œuvre sur le site liant trouverait à s'appliquer en matière d'applications mobiles. Il semble irréaliste, en pratique,

d'appliquer le droit exclusif aux transclusions.

M. David EL SAYEGH juge que le rapport est d'une grande qualité, car il étaye les critiques faites contre la jurisprudence de la Cour de justice, qui sont de trois ordres. D'abord, la Cour s'écarte des textes internationaux. Deuxièmement, en termes de compétence, elle préempte certains sujets, alors que dans l'esprit des rédacteurs de la directive 2001/29, il était clair que ces sujets relevaient des États membres. Enfin, ses arrêts produisent de l'insécurité juridique et ont un effet inflationniste : puisque les décisions ne sont pas claires, les juges nationaux se tournent à nouveau vers la Cour de justice. La Cour a adopté en réalité une approche casuistique, qui conduit au fait qu'elle décide ce qu'elle veut.

En page 17 du rapport sont synthétisés les quatre critères requis selon la Cour pour qualifier un acte de communication au public. Il observe que le critère du public nouveau est exigé, mais seulement dans le cas d'une communication secondaire. En outre, est évoqué le caractère lucratif, qui selon la Cour est un critère non dénué de pertinence mais qui n'est pas un critère en tant que tel. M. EL SAYEGH demande donc la suppression de ce quatrième critère : il ne faudrait que par la suite, le rapport du CSPLA soit invoqué à l'occasion de contentieux.

En ce qui concerne les deux approches proposées, il faut noter l'avantage de la première, qui est globale. Pour autant, elle reste une pomme de discorde avec la Commission européenne et les autres États membres et est donc politiquement compliquée à mettre en œuvre. Dans la première version de la proposition de directive qui avait fuité, la Commission avait écarté cette approche globale. L'approche contextuelle permet de traiter des questions importantes, notamment l'injection directe, sujet sur lequel la Cour de justice a rendu deux décisions contradictoires.

M. TILLIET juge le travail de la mission remarquable et préfère l'approche globale dans la mesure du possible, ne serait-ce que pour la raison qu'il a développée précédemment : la modification d'une directive par un règlement n'est pas satisfaisante. Par ailleurs, il souhaiterait que le texte soit plus synthétique dans les formulations proposées. Enfin, sur l'exception relative aux hyperliens, le mot « sentiment » semble inadéquat dans une directive.

M. RONY salue la qualité du rapport. Il se dit très séduit par l'approche globale, qui est

excellente mais le rapport résume parfaitement la situation en page 39 : la solution dépend d'un choix politique majeur.

Mme Maïa BENSIMON (SGDL) juge le rapport très complet et argumenté sur les critiques formulées à l'encontre de la jurisprudence. La SGDL se prononce pour l'approche globale.

M. DE RENGERVE indique que le SNAC n'a pas de remarque particulière.

M. Olivier BRILLANCEAU (SAIF) loue les développements du rapport sur une jurisprudence erratique. Il préfère l'approche globale.

M. Thierry MAILLARD (ADAGP) fait part également de sa préférence pour l'approche globale, sous réserve que soit conservé finalement le dispositif prévu, compte tenu de la problématique de la nouvelle exception proposée. La rédaction prévue au sujet de la transclusion est satisfaisante et nécessaire : aujourd'hui, dans les arts graphiques et plastiques, des sociétés ont recours à la transclusion pour exploiter massivement des images. Il est bon par ailleurs de ne pas prévoir d'exonération globale au bénéfice des moteurs de recherche.

M. Frédéric DUFLOT (ADULLACT) considère que c'est un très bon rapport et n'a pas de remarque particulière.

M. Laurent TARDIF (SNAM-CGT) salue le rapport et privilégie l'approche globale. C'est au gouvernement qu'il appartient de faire ce choix et de le défendre. Il faut avoir conscience du rapport de forces compliqué au niveau européen sur ces questions, et M. TARDIF transmet systématiquement les travaux du CSPLA aux organisations d'artistes-interprètes à l'échelon européen afin d'alimenter leurs positions. D'une manière générale, les questions d'application du droit exclusif et de compensation sont très importantes pour les artistes.

Mme Catherine ALMERAS (SFA) félicite la mission pour son rapport très pédagogique et estime l'approche globale meilleure. De même que M. TARDIF, elle transmettra ce rapport aux organisations d'artistes au plan européen. Il faut maintenant proposer ces pistes à d'autres gouvernements.

Mme Karine COLIN (SPPF) juge ce travail très important et préfère l'approche globale.

M. Alexandre LASCH (SNEP) considère que l'analyse critique est très complète et espère qu'elle servira utilement. Il préfère l'approche contextuelle, même si l'approche globale est intéressante, notamment en raison de la difficulté de défendre une exception. Une fois qu'elle sera sur la table, ne sera-ce pas le seul élément retenu ? De plus, le critère de la lucrativité devrait davantage être affiné. Il faut également se demander à partir de quel moment on prendra acte de l'échec de l'approche globale. Enfin, qu'est-il advenu de la proposition du précédent rapport de la mission, selon laquelle l'autorisation accordée à une plateforme par les titulaires de droits couvrirait aussi celle de l'internaute y postant un contenu ? Le second rapport ne semble pas reprendre cette piste.

M. GUEZ (SCPP) salue le rapport et affirme sa préférence pour la solution contextuelle, de crainte que l'encadrement de l'exception tel que prévu actuellement ne disparaisse au cours de la discussion. Par ailleurs, en raison du critère de lucrativité qu'il est très complexe d'appréhender, l'exception serait difficile à mettre en œuvre.

Mme Angélique DASCIER (CSDEM) remercie la mission pour son rapport. Si l'approche globale est un idéal, le pragmatisme impose plutôt de poursuivre la méthode ventilée. Elle demande en outre si le rapport sera publié.

Le président répond que ce sera le cas, comme pour tous les rapports du Conseil. Il sera également, si possible, traduit en anglais.

M. Samir OUACHTITI (SPQN) estime le rapport excellent et attend surtout un volontarisme politique sur le sujet. D'une certaine manière, peu importe la méthode pourvu que le droit de communication au public soit effectivement remanié avec cohérence. D'autre part, le critère du but lucratif devrait être précisé, en lien notamment avec le futur droit voisin des éditeurs de presse. Enfin, la question des moteurs de recherche ne semble pas poser de difficulté dans la mesure où de toute façon, un moteur qui permettrait d'accéder illicitement à un contenu serait hors du champ du dispositif.

M. Patrick SERGEANT (SEPM) salue le rapport et privilégie l'approche globale. S'agissant de l'approche ventilée, il objecte que la précision apportée au considérant 33 ne concerne que les hyperliens au regard du droit voisin des éditeurs de presse, alors qu'il était possible de traiter de manière générale les hyperliens au sein du considérant 34, qui est plus large.

M. Boris BIZIC (FNPS) explique que le rapport sera un document précieux pour la formation professionnelle. L'approche globale est meilleure, car elle paraît plus à même de garantir la pérennité des modèles économiques. Il souscrit à la remarque de M. SERGEANT et souhaiterait que les développements de l'approche ventilée proposés au considérant 33 intègrent plutôt le considérant 34.

M. Yoric KERMARREC (SNE) juge l'approche globale préférable, dans la mesure où elle est équilibrée et intéressante politiquement en mettant en avant une exception, à travers un effort d'équilibre interne. L'approche ventilée semble moins atteindre l'objectif de lisibilité de la norme, car il y a un risque qu'une partie seulement soit modifiée sans l'autre.

Mme Hortense DE LABRIFFE (API) remercie les rédacteurs du rapport pour la qualité de ce dernier. Le conseil d'administration de l'API n'a pas encore exprimé de position officielle sur le travail, mais à ce stade, la solution contextuelle paraît la plus pragmatique.

M. Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP) juge le rapport remarquable, car il offre une

véritable boîte à arguments. Sur la forme, il met cependant en garde sur le ton parfois trop acerbe de la critique portée contre la jurisprudence de la Cour de justice. En termes de calendrier, l'alternative entre la première et la seconde solution semble exagérée, car une troisième piste peut se faire jour dans les discussions. À ce stade le règlement « diffuseurs » qui est sur la table pose problème, du fait qu'il remet en cause la territorialité, et le gouvernement français a demandé son retrait. À cet égard, le rapport peut poser problème, car il ne faut pas pour l'heure s'appuyer sur cet instrument.

M. Frédéric GOLDSMITH (UPC) salue la qualité du travail accompli, qui doit maintenant être utilisé au niveau européen. Il préfère la seconde approche dans son principe, même si la première clarifie les objectifs. Dans le même temps, deux autres éléments sont à prendre en compte : la prudence à avoir quant à l'exception proposée, et le caractère inacceptable du règlement « radiodiffuseurs ». Il se dit donc favorable à une approche 2 bis, qui consisterait à prendre ce qu'il est proposé d'intégrer dans le règlement pour le loger dans la proposition de directive, afin de réserver la cohérence de la position française.

Par ailleurs, l'annexe 7 du rapport est excellente car elle illustre le problème de l'écart entre la jurisprudence de la CJUE et les normes internationales. Ce point devrait faire l'objet d'une analyse en tant que tel au sein du Conseil supérieur. On est en effet aujourd'hui dans la situation où la France, de part les effets directs des Traités ADPIC et l'article 55 de sa Constitution, serait davantage tenue de respecter les engagements internationaux que la CJUE.

Le président ajoute que la conférence donnée à Paris le 1^{er} juillet dernier par M. Malenovský juge à la CJUE devant des membres du CSPLA et de l'AFPDA a illustré cet écart.

M. Anthony LEVEL (TF1) salue le rapport et préfère l'approche globale. Ce choix s'explique par son refus de l'approche ventilée, qui repose sur le règlement « radiodiffuseurs », littéralement légal pour ce secteur. Il reste certain que défendre l'option globale sera compliquée politiquement.

M. Giuseppe DE MARTINO (ASIC) explique que l'ASIC a une démarche très légitimiste par rapport à la jurisprudence. Elle respecte les décisions de la Cour de cassation aussi bien que celles de la CJUE. Elle ne souhaite par conséquent pas commenter un rapport doctrinal qui les remet en

cause.

M. Eric BARBRY (ACSEL) ne soutient pas le rapport et formule différentes critiques. Sur la forme d'abord, il convient d'être vigilant dans le style employé et éviter de s'en prendre directement aux juges : le rapport évoque des « décisions aberrantes ». Sur le fond ensuite, qui peut prétendre avoir qualité pour remettre les juges dans le droit chemin ? Il est problématique en soi de considérer que les juges disent n'importe quoi et qu'il faudrait par conséquent leur imposer ce qu'ils devraient décider. Penser que par un texte on fera en sorte qu'à l'avenir les interprétations iront dans le sens qui arrange est utopique.

D'autre part, il faut veiller à ne pas viser dans le texte les *like* sur Facebook, les *tweets* ou encore d'autres manifestations des liens hypertextes. Les décisions, du point de vue de tels usages numériques, ne sont pas si aberrantes : sur Internet, on ne peut vérifier à chaque fois si le poseur d'un lien avait ou non connaissance de l'illicéité.

L'ACSEL souhaite donc être présentée comme s'opposant aux solutions et à la diffusion du rapport.

M. Jean-Marie LE GUEN (FFTélécoms) ne partage pas non plus les propositions du rapport, qui apparaissent déséquilibrées. La Fédération française des télécoms vient d'adresser un courrier au président du CSPLA pour lui faire part de ses remarques sur le contenu du rapport. Celui-ci glisse en effet vers une appréhension d'actes qui ne devraient pas figurer dans le champ du droit d'auteur et vers une remise en cause du cadre réglementaire d'Internet. Cette extension du droit d'auteur pourrait avoir des conséquences majeures sur les activités des intermédiaires de l'Internet. D'autres outils que la propriété intellectuelle permettent de répondre aux enjeux de la numérisation.

M. Antoine AUTIER (UFC-Que choisir) précise d'abord que l'UFC est en train de se construire sa doctrine sur le droit de communication au public. En tous les cas, elle ne partage absolument pas les conclusions de la mission. Sur la question majeure du lien hypertexte, la mission conduit bien vite à l'appui des traités internationaux qu'on se situe dans le champ de la communication au public. L'UFC pense à l'inverse que la Cour de justice a plutôt été contrainte de combler les lacunes des textes communautaires et internationaux qui ne couvrent pas les nouvelles

pratiques sur Internet. L'UFC est plutôt sur la même ligne que l'Avocat général dans l'affaire *GS Media* : le seul acte de mise à disposition qui a lieu est la diffusion primaire.

L'approche globale est dangereuse : l'UFC considère que les conditions de l'exception envisagée sont fictives et impossibles à mettre en œuvre. En revanche, une précision sur la transclusion peut s'avérer utile, car la Cour de justice a tranché un peu rapidement dans l'affaire *Bestwater*. Il convient sur de telles questions de ne pas avoir une vision uniquement juridique.

Dans la proposition de la mission, le caractère lucratif a un spectre large, en sorte que le site *quechoisir.org*, par exemple, pourrait être vu comme lucratif, car il propose des abonnements payants. De plus, cela entraîne le risque que des plateformes soient jugées coresponsables aux côtés des internautes pour certaines utilisations.

M. AUTIER se dit choqué par la reprise dans le rapport des propos de M. Malenovský. Il ne s'agissait d'ailleurs pas d'une audition, comme cela a été dit, mais d'une intervention. Si c'était une audition, a-t-il été prévenu ? Par ailleurs, a-t-il accepté que ses propos soient utilisés et existe-t-il un compte rendu de son intervention ? Le rapport indique que M. Malenovský est « manifestement conscient » de la distance prise avec les textes européens. Or, il a plutôt relevé que les juges devaient combler les lacunes des textes. Enfin, le rapport explique que les magistrats de la CJUE « aspirent » à voir leurs interprétations devenir texte de loi. Sur quoi s'appuie la mission pour affirmer cela ? Les propos de M. Malenovský n'engageaient que lui et il a simplement indiqué que le législateur pourrait préciser certains points.

M. Sylvain NIVARD (CFPSAA) souhaite que dans la discussion sur le droit de communication au public, on entende par ce dernier terme tous les publics. À cet égard, pourrait être étudiée la piste intéressante selon laquelle le droit ne pourrait être opposé si tous les publics n'ont pas été visés. Les personnes non voyantes éprouvent aujourd'hui une grande frustration lorsqu'elles ont notifié de multiples fois à des éditeurs de contenus que ces derniers ne sont pas accessibles et qu'elles ne reçoivent aucune réponse.

Mme CARIOU remercie la mission pour son travail. À ce stade, il représente ce qui est discuté au sein du Conseil supérieur et non la position officielle du Gouvernement français. Le problème est que la France est en réalité la seule à se poser de telles questions. Il ne faut pas

négliger le fait que les autres États membres sont moins bien outillés sur la propriété littéraire et artistique. Le Gouvernement ne sait pas encore quelle position il défendra ; l'approche globale semble intéressante mais il est certain qu'il faudra faire vivre le rapport et faire de la pédagogie auprès des autres États.

La question touche au cœur de l'Internet. Il faudra notamment échanger avec les professionnels qui ne participent pas aux travaux du CSPLA mais qui sont concernés par le sujet. D'un autre côté, des professions entières des industries culturelles sont aujourd'hui en péril, et il est urgent de traiter le problème.

Le président rappelle que le rapport émane d'une mission et n'engage donc que ses auteurs. Il sera rendu public, mais pas immédiatement, afin de tenir compte des remarques laudatives ou critiques effectuées. L'habitude a été prise par le Conseil, quand un rapport a trait à des questions sensibles, d'inviter les organisations professionnelles à produire des réactions sur le rapport, qui sont ensuite publiées sur le site Internet du Conseil.

S'agissant de la conférence de M. Malenovský, le compte rendu réalisé a été relu et validé par ses soins. Il n'a pas toutefois pas souhaité que ce compte rendu soit publié sur le site Internet du Conseil.

M. SIRINELLI souligne que les auditions menées ont permis d'entendre les différentes positions en présence et ont fait évoluer les réflexions de la mission. L'UFC-Que choisit ayant indiqué lors de son audition qu'elle était opposée à un changement du cadre actuel, l'idée d'une exception est née aussi pour aller dans le sens des intérêts que l'UFC défend. Toute personne en désaccord avec les préconisations de la mission peut bien entendu s'exprimer, mais la situation reste asymétrique. Alors que la mission a entendu, tenu compte et intégré un certain nombre de critiques dans son travail, les organisations professionnelles ne verront pas leurs contributions soumises au même examen.

M. SIRINELLI a personnellement entendu M. Malenovský à trois occasions et pense par conséquent ne pas avoir déformé sa pensée. Il est toutefois possible de lisser le style du rapport. La mission avait pour objet même l'analyse de la jurisprudence. Il est compréhensible que des avocats puissent ne pas être d'accord avec la critique qui en découle, mais le rôle d'un professeur de droit

est bien de mener des analyses critiques. La mission a le plus grand respect pour les magistrats et n'a pas de parti-pris la matière ; elle a simplement constaté une dérive sur le droit de communication au public.

Enfin, il est vrai que le « caractère lucratif » est très complexe, mais la mission a invité les membres du Conseil, et réitère cette invitation, à nourrir le rapport sur ce point.

Mme BENAZERAF réagit sur la critique « d'un ton parfois trop acerbe » qui serait celui du rapport. L'analyse du rapport s'est voulue approfondie et globale, en s'attachant autant à la forme qu'au fond. Or, les décisions sont parfois très difficiles à lire. Le résultat final n'a pas paru très rigoureux, compte tenu du niveau d'une instance comme la Cour de justice. Il en va de la sécurité juridique, qui n'est rien moins qu'un principe général du droit de l'Union et une exigence fondamentale, selon la Cour de justice.

Le président note que la loi est élaborée par les Parlements et qu'il est classique qu'à un moment donné, le législateur reprenne la main si une interprétation judiciaire d'une loi ne lui paraît pas conforme à son intention.

M. AUTIER demande s'il sera possible de commenter l'ultime version du rapport.

Le président précise que les commentaires peuvent se faire sur la version présentée en séance plénière, mais pourront également se faire au regard des modifications que la mission jugera utile ou nécessaire d'apporter au présent texte, compte tenu des débats d'aujourd'hui.

Il transmet la parole à Maître Jean Martin pour un point d'étape de la mission sur les chaînes de blocs.

VI. POINT D'ÉTAPE DE LA MISSION SUR LES CHAÎNES DE BLOCS

Me MARTIN souligne que l'idée de la mission est venue de M. Jean-Pierre Dardayrol, qui co-préside la mission avec lui et apporte sa vision d'économiste. Tous deux sont assistés, compte tenu de la complexité du sujet, de deux rapporteurs : M. Cyril Beaufils, auditeur au Conseil d'État, et M. Charles-Pierre Astolfi, agent du ministère de l'économie et des finances.

Les chaînes de blocs sont une technologie de gestion intelligente automatisée de l'information, qui est différente de l'Internet. De nombreux secteurs poids lourds de l'économie y ont consenti des investissements importants : les banques et les assurances notamment. Il s'agit d'une technologie disruptive : elle peut aussi bien aider les acteurs en présence que les perturber. Les industries culturelles ont intérêt à s'y intéresser pour leur métier. Les chaînes de blocs peuvent en effet modifier en profondeur la gestion collective, la programmation des chaînes de télévision, les informations sur la titularité des droits, ou encore le suivi des contrats, des mesures techniques de protection et des flux financiers qui y sont liés. Les enjeux sont considérables et représentent tant une opportunité qu'une menace pour les acteurs existants. Il faut s'interroger sur les intérêts des chaînes de blocs pour les industries culturelles et sur les moyens d'optimiser la prise en mains de ces outils.

La méthode poursuivie par la mission consiste, à ce stade, à recueillir un certain nombre de matériaux et d'ausculter le sujet, avant d'organiser des ateliers avec les différents secteurs concernés

Le président remercie Me MARTIN et confie la parole à M. Jean-Philippe MOCHON pour un point d'étape de sa mission sur l'interopérabilité des contenus numériques.

VII. POINT D'ÉTAPE DE LA MISSION SUR L'INTEROPÉRABILITÉ DES CONTENUS NUMÉRIQUES

M. MOCHON indique que la mission a débuté l'été dernier et qu'elle a déjà conduit une vingtaine d'auditions. Les membres du Conseil qui souhaitent encore être entendus sont les bienvenus. La réflexion est partie à l'origine d'une démarche d'interopérabilité née dans le secteur du livre numérique. Elle s'inscrit en outre dans le calendrier de négociation européen de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique. La mission a resserré son agenda afin d'être en adéquation avec l'évolution de cette négociation ; elle produira dans les semaines à venir une note d'étape et rendra son rapport final en début d'année 2017.

Le sujet peut être abordé selon deux angles. Un premier angle, transversal, se décline en deux approches. La première privilégie la reconnaissance d'un principe général d'interopérabilité pour les œuvres diffusées sous format numérique. La seconde consiste à s'intéresser aux plateformes de distribution, en prévoyant qu'elles offrent une garantie d'interopérabilité.

L'autre angle de travail est sectoriel et a la faveur de la mission, laquelle souhaite se concentrer sur le livre numérique, n'ayant pas à ce stade identifié d'enjeu d'interopérabilité des contenus au-delà du champ de ce secteur. Les enjeux liés à l'interopérabilité sont en effet à relativiser dans les autres secteurs, tandis qu'on assiste à une stratégie délibérée, dans le livre, de grands acteurs comme Amazon pour faire obstacle à l'interopérabilité. La problématique concerne plus précisément les œuvres qui ont fait l'objet d'une licence souscrite par l'utilisateur final pour une durée non limitée dans le temps, et non les œuvres auxquelles celui-ci a obtenu un droit d'accès dans le cadre d'un service d'abonnement.

L'interopérabilité peut jouer à différents niveaux, selon le choix du format, des mesures techniques de protection ou de l'environnement de lecture. L'objectif du rapport sera à cet égard d'éclairer les cas dans lesquels il n'y a pas interopérabilité et pour quelles raisons. Il s'agira ensuite de remédier à ces problèmes en inscrivant les réponses dans le cadre d'objectifs de politique publique, comme la promotion de la diversité culturelle.

Les propositions de la mission ont vocation à s'insérer dans la proposition de directive. Trois options ont été identifiées. En premier lieu, on pourrait imposer que la fourniture de livres numériques ait lieu dans un format interopérable et sans contrainte, ce qui reviendrait à généraliser

le format ePub. Une piste intermédiaire consisterait à imposer que la distribution se fasse en complément dans un format ouvert : les formats propriétaires seraient alors accompagnés d'un autre format, ouvert. Enfin, la question peut être traitée sous l'angle plus minimaliste de la portabilité. L'idée serait ici d'imposer au distributeur de prévoir des modalités permettant au consommateur de récupérer le contenu sous un autre format dans l'optique d'une portabilité du contenu.

La prochaine note d'étape récapitulera ces différentes voies, sachant que d'autres modalités que l'intervention législative restent également envisageables.

Le président remercie M. Mochon pour sa présentation. Il demande à Mme Benabou une présentation succincte de l'arrêt rendu pendant la séance par la CJUE dans l'affaire « *Soulier et Doke* ».

Mme BENABOU indique que la Cour a invalidé le dispositif français « ReLire » issu de la loi de 2012 sur les livres indisponibles. Elle a considéré notamment que les titulaires de droits n'avaient pas reçu une information préalable et individualisée dans le cadre de l'« *opt out* » mis en place par la loi. D'autre part, le fait que la mise en œuvre du droit d'opposition par l'auteur qui souhaite sortir du dispositif soit conditionnée au fait que celui-ci prouve qu'il est bien le détenteur des droits sur l'ouvrage a été qualifié de formalité contraire à l'article 5, paragraphe 2, de la convention de Berne. La Cour a relevé que le dispositif français était contraire aux articles 2 et 3 de la directive 2001/29 mais n'a pas répondu sur le point de savoir si le mécanisme de gestion collective obligatoire constituait une exception au sens de l'article 5. Il faudra se poser la question des effets de bord de la décision, certains commentateurs sur les réseaux estimant déjà que la disposition de la loi relative à la liberté de création sur les moteurs de recherche d'images devrait en être affectée.

Le président remercie tous les membres et clôt la séance. La prochaine séance plénière se tiendra le mercredi 19 avril 2017.