

Conseil supérieur
de la propriété littéraire et artistique

*Compte rendu
de la réunion plénière
du 4 juillet 2008*

LISTE DES PARTICIPANTS :

Jean-Ludovic SILICANI, conseiller d'Etat, président

Marie-Françoise MARAIS, conseiller à la Cour de cassation, vice-présidente

Olivier HENRARD, conseiller au cabinet de la ministre de la culture et de la communication.

Personnalités qualifiées

Josée-Anne BENAZERAF, avocate à la cour

Jean BERBINAU, ingénieur général des télécommunications

Joëlle FARCHY, professeur des universités

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Membres excusés : Valérie-Laure BENABOU, professeur des universités ; André LUCAS, professeur des universités.

Administrations

Direction du développement des médias, représentée Axelle HOUINE

Direction générale des entreprises (ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi), représentée par Claude RUBINOWICZ

Direction des affaires civiles et du sceau (ministère de la justice), représentée par Nicolas GUILLOU

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Gérard DAVOUST (SACEM), Laurent DUVILLIER (SCAM), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC) ;

Membres suppléants : Thierry DESURMONT (SACEM),), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Marie-Christine LECLERC-SENOVA (SCAM), Hubert TILLIET (SACD)

Membre excusé : Dominique PANKRATOFF (UNAC).

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

Membre titulaire : Bernard LANG (AFUL) ;

Représentants des artistes-interprètes :

Membres titulaires : Xavier BLANC (SPEDIDAM), Bruno ORY-LAVOLEE (ADAMI), représenté par Isabelle FELDMAN (ADAMI) ;

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

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membre titulaire : Hervé RONY (SNEP) ;

Membre suppléant : Marc GUEZ (SCPP).

Représentants des éditeurs de musique :

Membre suppléant : Claude DUVIVIER (CEMF).

Représentants des éditeurs de presse :

Membre suppléant : Charles-Henri DUBAIL (FNPS).

Représentants des éditeurs de livres :

Membre titulaire : Vianney DE LA BOULAYE (Larousse) ;

Membres suppléants : Lore VIALLE-TOURAILLE (SNE), Christine DE MÄZIERES (SNE).

Représentants des producteurs audiovisuels :

Aucun.

Représentants des producteurs de cinéma :

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

Membre suppléant : Idzard VAN DER PUYL (CSPEFF).

Représentants des radiodiffuseurs :

Membre suppléant : Sébastien PETIT (SRGP), représenté par M. BRUNEL.

Représentants des télédiffuseurs :

Aucun.

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membre titulaire : Marine POUYAT (GESTE).

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

Aucun.

Représentants des consommateurs :

Membre titulaire : Patrice BOUILLON (INDECOSA-CGT)

Membre excusé : Sylvain NIVARD (CNPSAA)

Assistaient également à la réunion :

Marie-Liesse BAUDREZ, sous-directrice des affaires juridiques (ministère de la culture et de la communication) ;

Hélène de MONTLUC, chef du bureau de la propriété littéraire et artistique (ministère de la culture et de la communication) ;

David POUCHARD, chargé de mission au bureau de la propriété littéraire et artistique (ministère de la culture et de la communication) ;

Alban de NERVAUX, auditeur au Conseil d'Etat, rapporteur de la commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet ;

Matthieu-Hubert STANKOWSKI, secrétaire du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (ministère de la culture et de la communication)

Kévin PICCIAU, successeur au poste de secrétaire du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (ministère de la culture et de la communication).

ORDRE DU JOUR

- I. Approbation du compte rendu de la séance du 10 avril 2008
- II. Point d'actualité par le cabinet de la ministre
- III. Présentation du rapport de la commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet
- IV. Questions diverses

*APPROBATION DU COMPTE-RENDU
DE LA SEANCE PLENIERE DU 10 AVRIL 2008*

Le président invite les membres du Conseil supérieur à formuler d'éventuelles observations sur le projet de compte rendu de la réunion plénière du 10 avril 2008.

Les membres ne formulant pas d'observation, le compte rendu est adopté.

Le président donne alors la parole à M. HENRARD pour le point suivant de l'ordre du jour.

POINT D'ACTUALITE PAR LE CABINET DE LA MINISTRE

M. HENRARD indique que la projet de loi « Création et Internet » a été présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2008 et qu'il est conforme à la présentation qui en avait été faite aux membres du Conseil supérieur lors de sa séance plénière du 10 avril 2008. M. HENRARD exprime le souhait que ce texte soit l'un des premiers à être examiné par le Sénat suite au renouvellement partiel de cette assemblée. Compte tenu des délais nécessaires pour l'instruction et l'adoption du projet de loi par la commission des affaires culturelles, les sénateurs devraient pouvoir examiner ce texte dès le milieu du mois d'octobre. Le Président de la République a exprimé, lors de la présentation du projet de loi en Conseil des ministres, tout l'intérêt qu'il porte à ce texte et le caractère prioritaire qu'il revêt à ses yeux. M. HENRARD précise par ailleurs que le projet de loi relatif au financement de l'audiovisuel sera déposé devant le bureau de l'Assemblée nationale en première lecture et qu'il n'interférera donc pas avec le projet « Création et Internet ».

S'agissant des décrets d'application de la loi du 1^{er} août 2006, M. HENRARD indique que le décret relatif à la mise en œuvre de l'exception au profit des personnes handicapées a été finalisé avec le ministère chargé de la solidarité. Celui-ci a souhaité soumettre le projet pour avis au Conseil national consultatif des personnes handicapées lors de sa séance du 9 juillet 2008. Le Conseil d'Etat sera saisi dès le lendemain de cet examen pour permettre une signature du texte dès la rentrée.

En ce qui concerne le projet de décret relatif à l'information des consommateurs sur la mise en œuvre de mesures techniques, les réserves formulées par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ayant été levées, le ministère de la justice vient d'être saisi. Une signature prochaine de ce texte est là aussi envisageable.

En ce qui concerne le décret de mise en œuvre de l'article 15 de la loi, un consensus semble se dégager au niveau interministériel sur le caractère insatisfaisant des dispositions de la loi. Un vecteur approprié devra être utilisé afin de modifier ce texte avant de procéder à la rédaction du décret.

M. HENRARD évoque ensuite les travaux relatifs à la présidence française de l'Union européenne et le colloque consacré aux contenus créatifs en ligne des 18 et 19 septembre. Le colloque a pour objet de contribuer aux conclusions que la présidence française de l'Union Européenne souhaite voir adopter lors du Conseil Education, Jeunesse et Culture des 20 et 21 novembre 2008, ainsi que d'alimenter la recommandation de la Commission européenne sur les contenus créatifs en ligne attendue fin novembre 2008. M. HENRARD invite les membres du

Conseil supérieur à assister et à contribuer à ce colloque de façon à asseoir davantage son utilité.

Le décret d'application de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon est paru au Journal Officiel le 29 juin 2008. M. HENRARD donne la parole à Mme de MONTLUC pour en présenter le contenu.

Mme de MONTLUC indique que le décret vient préciser le délai, fixé par la directive 2004/48, pour demander la mainlevée de la saisie ou son cantonnement ainsi que pour engager l'action au fond dans le cadre de la procédure de saisie-contrefaçon. Les dispositions relatives à la spécialisation des tribunaux feront en revanche l'objet d'un décret spécifique.

M. HENRARD signale que la commission dite de la « rémunération équitable » prévue à l'article L. 214-4 du Code de la propriété intellectuelle poursuit actuellement ses travaux dans sa formation spécialisée dans la radiodiffusion sonore de service public. Le ministère renouvelle le souhait que ces travaux puissent aboutir avant la trêve estivale afin que les décisions relatives à chaque catégorie de diffuseur soient toutes actualisées.

S'agissant des travaux de la commission « copie privée », M. HENRARD rappelle que certaines de ses décisions font l'objet de recours contentieux devant le Conseil d'Etat. Parallèlement, le secrétariat d'Etat à l'économie numérique conduit, à la demande du Premier Ministre, une réflexion sur les méthodes de travail de cette commission, ce qui n'empêche pas la ministre de la culture et de la communication, principalement compétente sur ce sujet, d'élaborer de son côté des propositions. M. HENRARD exprime le souhait de sortir de cette période de relative incertitude ouverte par ces contentieux et ces travaux de réflexion avant la trêve estivale par la formulation d'améliorations qui pourraient être apportées aux méthodes de travail de la commission, voire, à la marge, aux modalités de fixation de la rémunération.

Ce point d'actualité étant terminé, le président passe la parole aux membres du CSPLA pour des remarques supplémentaires.

M. TILLIET (SACD) signale qu'un projet de loi actuellement examiné par le Congrès américain sur l'utilisation des œuvres orphelines comporte des dispositions qui concernent les œuvres étrangères. Ce projet prévoit des recherches diligentes mais dans des conditions qui ne correspondent pas à celles qui ont été fixées par la commission spécialisée du Conseil supérieur. Par ailleurs, ce projet ne donne pas la possibilité aux ayants-droit étrangers de faire valoir leurs droits dans tous les cas en leur imposant une procédure préalable de notification des droits. M. TILLIET

estime opportun de faire valoir les intérêts des ayants-droit européens dans la perspective de la présidence française de l'Union européenne.

M. LANG (AFUL) constate que de nombreux rapports susceptibles d'intéresser le Conseil supérieur sont élaborés par des commissions mises en place non seulement au ministère de la culture et de la communication mais aussi dans d'autres ministères. Il juge utile que ces travaux soient référencés sur le site Internet du Conseil supérieur pour garantir l'information de ses membres en temps utile de sorte qu'ils puissent éventuellement demander à être auditionnés.

Le président indique que le site du Conseil supérieur achève d'être refondu et complété. Il pourra effectivement mentionner les travaux relatifs à la propriété littéraire et artistique menés au sein d'autres instances.

Mme FERRY-FALL (ADAGP) interroge le cabinet de la ministre sur l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, de l'exception à des fins pédagogiques. Les arts visuels sont particulièrement intéressés dans la mesure où le projet de loi utilisant la notion d'« extrait » ne permet pas de déterminer précisément le champ d'application de cette exception pour cette catégorie d'œuvres.

M. HENRARD souligne la difficulté pour le ministère de progresser sur ce sujet en l'absence d'interlocuteur direct au ministère en charge de l'éducation nationale pendant plusieurs mois. La nomination récente de la nouvelle directrice des affaires juridiques de ce ministère, Mme Claire LANDAIS, doit permettre de débloquent ce dossier. Sur le fond, le ministère en charge de l'éducation nationale n'a pas manifesté le souhait de remettre en cause l'équilibre général issu des cinq accords sectoriels, notamment quant aux modalités concrètes des utilisations et à la compensation financière, quand bien même le contexte juridique dans lequel s'inscrit l'utilisation des œuvres n'est plus du tout le même puisqu'il s'agit dorénavant d'appliquer une exception.

M. DESURMONT (SACEM) fait part de toute sa perplexité quant à la manière dont les travaux relatifs aux prestataires de l'Internet sont conduits par les pouvoirs publics. Le Conseil supérieur a créé en son sein une commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet dont les travaux appellent des prolongements. Or, parallèlement à ces travaux, le secrétariat d'Etat à l'économie numérique a lancé une consultation publique destinée à dresser le bilan d'application de la loi pour la confiance dans l'économie numériques (LCEN), sujet qui recoupe très largement les travaux du CSPLA. M. DESURMONT s'interroge sur le fait que deux initiatives puissent être

lancées sur un sujet très similaire et sur les incidences que cette consultation publique est susceptible d'avoir sur les futurs travaux du CSPLA.

Le président propose qu'il soit répondu à cette interrogation lors de l'examen du point suivant de l'ordre du jour.

M. DUBAIL (FNPS) attire l'attention des membres du Conseil supérieur sur le projet de livre vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance. Ce projet comporte un certain nombre de dangers tenant, notamment, à la possibilité qui pourrait être reconnue aux bibliothèques de scanner l'ensemble de leurs ouvrages et d'en assurer la diffusion en ligne et aux moteurs de recherche d'exploiter librement les nouvelles de presse. M. DUBAIL signale également que ce projet pourrait rendre obligatoires certaines exceptions au droit d'auteur et remettre en cause le test en trois étapes.

M. HENRARD note qu'il ne s'agit que d'un livre vert et que l'on se situe à un stade très en amont dans le processus communautaire. Le cabinet de la ministre a d'ores et déjà pris note des préoccupations exprimées par un certain nombre de membres du Conseil supérieur. Les autorités françaises prendront, le moment venu, position sur l'ensemble de ce document.

Le président passe la parole aux présidents de la commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet.

PRESENTATION DU RAPPORT DE LA COMMISSION SPECIALISEE SUR LES PRESTATAIRES DE L'INTERNET

M. SIRINELLI rappelle que la commission spécialisée qu'il préside a été invitée à étudier l'évolution de l'activité des prestataires de l'Internet et de leur statut au regard de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). La commission a pour cela envisagé le sujet sous un angle technique, économique et juridique, en partant des pratiques afin de les confronter aux textes.

La commission a réuni ou consulté les principaux acteurs du secteur, ainsi que les ayants-droit, des experts techniques ou juridiques, et des représentants des différents ministères. Composée d'une cinquantaine de membres, la commission était composée pour moitié de personnes extérieures au Conseil supérieur pour permettre de croiser les analyses et d'enrichir les réflexions.

Au terme des quinze réunions qui se sont tenues, le projet de rapport a été adopté de manière consensuelle. Les membres de la commission ont souhaité que celle-ci ne se transforme pas en lieu de réquisition à l'égard de tel ou tel prestataire ou en instance d'appel de certaines décisions de justice. Même si le rapport ne comporte pas d'avis, il n'en traduit pas moins une opinion commune. M. SIRINELLI remercie à cet égard tous les membres de la commission qui ont accepté d'exprimer leurs opinions et manifesté une véritable volonté de travail en commun. Malgré les points de désaccord, les membres de la commission se sont finalement accordés sur l'existence et les raisons de ces désaccords, de sorte que des pistes de réflexion pour l'avenir puissent être tracées.

Le champ de la réflexion a été limité pour des contraintes de temps car cette première phase de réflexion devait être achevée avant le début de la présidence française de l'Union européenne. L'analyse s'est donc principalement concentrée sur les difficultés franco-françaises, même si le contexte européen et international n'a pu être ignoré, et sur les questions de propriété intellectuelle, même si des aspects de propriété industrielle ont également été pris en compte. Les questions fondamentales de droit international privé ont été laissées de côté car une commission spécialisée du Conseil supérieur a déjà travaillé sur ce thème par le passé.

La commission spécialisée a par ailleurs exclu un certain nombre des acteurs de l'Internet de son champ d'analyse faute de temps. Les moteurs de recherche et les fournisseurs d'accès à Internet ont ainsi été écartés des réflexions.

Le point de départ de la réflexion était de savoir si les activités déployées par ces prestataires de l'Internet peuvent être appréhendées par les dispositions de la LCEN et celles de la directive « commerce électronique » dont cette loi assure la transposition. Cette directive avait pour objectif initial, d'une part, d'assurer une certaine sécurité juridique en harmonisant les règles au niveau

communautaire et, d'autre part, de promouvoir la société de l'information, et plus particulièrement l'infrastructure de la société de l'information en créant un statut juridique dérogatoire au droit commun. Ce statut est, suivant le point de vue que l'on adopte, un statut de responsabilité limité ou d'irresponsabilité conditionnée.

La directive admet elle-même qu'elle constitue un texte à parfaire puisqu'elle prévoit le principe de sa révision. En outre, elle ne réglemente que certaines activités et laisse aux Etats membres la liberté d'adopter des régimes juridiques différents, notamment pour les moteurs de recherche ou les liens hypertextes, pour autant qu'ils ne vont pas à l'encontre de ses préconisations.

Le droit se voulant ici un instrument d'accompagnement de l'économie, la commission s'est dans un premier temps attachée aux enjeux économiques et aux conditions dans lesquelles les activités des prestataires se sont déployées. M. SIRINELLI cède sur ce point la parole à Mme FARCHY.

Mme FARCHY relève la diversité de la réalité que la commission a dû appréhender. Cette diversité tient tout d'abord au poids économique des acteurs, avec des acteurs majeurs comme la société Google, dont le chiffre d'affaire a été multiplié par plus de 40 en 5 ans, et des acteurs plus récents, comme la société Dailymotion, qui indique qu'elle n'a pas encore accédé à la rentabilité. Cette diversité tient ensuite à l'activité des prestataires, comme cela a été relevé précédemment par M. SIRINELLI. Cette diversité tient, enfin, à une réalité mouvante qui justifie que les positionnements et les stratégies des acteurs soient eux-mêmes très fluctuants et qu'ils soient à la recherche de modèles économiques innovants.

Par delà les différents modèles économiques qui peuvent être observés, un modèle est apparu extrêmement présent, celui de la captation et de la valorisation de l'audience sur les réseaux. Ce modèle combine à la fois la puissance de l'effet de réseau du numérique et une logique de marché biface, qui consiste à offrir aux internautes des services gratuits financés par la monétisation d'une audience auprès d'annonceurs publicitaires. Ce modèle biface, s'il est très ancien, bénéficie néanmoins d'une valeur ajoutée sur Internet à travers le phénomène économique de la longue traîne. Il s'agit de valoriser non plus des audiences de masse, comme c'était le cas avec les médias classiques, mais des micro-audiences. Ce modèle pourrait être vertueux, même s'il n'a pas encore été validé empiriquement, pour les annonceurs et les industries de contenus.

Pour les industries de contenus, ce modèle de valorisation de l'audience pose au moins deux grands types de problèmes économiques. Le premier est celui de la concurrence sur le marché publicitaire. Même s'il est en plein essor, le marché de la publicité sur Internet s'est développé dans un contexte de morosité générale. Cela s'est traduit non pas par une augmentation de la taille du

marché publicitaire global, mais par une hausse de la part relative d'Internet sur ce marché, c'est-à-dire par un effet de substitution entre médias. La question est donc posée de savoir si les industries de contenus vont pouvoir profiter de ce nouvel environnement publicitaire ou si elles en seront écartées en raison de ces effets de substitution.

Le second problème tient à ce que de nombreux prestataires de l'Internet sont conduits, dans cette logique de valorisation de l'audience, à mettre à la disposition du public des contenus contrefaisants. Ces industries de contenus contribuent donc à capter l'audience des internautes au profit des prestataires de l'Internet alors qu'elles restent très largement en marge du processus de valorisation. Autrement dit, elles ne perçoivent pas les transferts financiers associés à l'utilité économique qu'elles rendent aux prestataires de l'Internet. Ce phénomène, tout à fait classique en économie, est un effet d'externalité.

Le problème principal à traiter est celui de l'articulation entre la résolution de ce problème d'externalité et la nécessité de tenir compte d'un certain nombre de coûts supportés par les prestataires. Le détournement d'œuvres protégées participe certes à la valorisation de l'audience mais il a également des coûts. La multiplication d'œuvres contrefaites ne contribue pas systématiquement à valoriser et à accroître l'audience, elle peut dans certains cas produire un effet inverse en faisant fuir les internautes et en imposant aux sites concernés de mettre en place des dispositifs coûteux de contrôle. Ces coûts associés expliquent également que l'on constate l'existence de clivages non seulement entre les ayants-droit et les prestataires mais aussi entre les prestataires eux-mêmes. Un clivage peut ainsi être relevé entre les opérateurs de télécommunication et les sites communautaires compte tenu du coût de la bande passante nécessaire à ces derniers pour exercer leur activité. Cela conduit les opérateurs de télécommunication à envisager des facturations supplémentaires pour les services à forte audience et à tenter d'être mieux associés aux revenus publicitaires.

Il convient donc de résoudre un problème d'externalité sans pour autant pénaliser une économie numérique en plein essor et donc porteuse de valeur ajoutée et d'emplois. En outre, ces nouveaux services peuvent permettre à la création de bénéficier de réelles opportunités de diffusion et de valorisation.

Au terme de ce constat, Mme FARCHY indique que quatre pistes peuvent être suivies pour résoudre ce problème. La première vise à interdire, à limiter ou à rendre obligatoires certains comportements à l'origine de l'externalité. Seraient visées ici des solutions techniques permettant de limiter les activités contrefaisantes. La seconde piste consisterait à mettre en place des règles de responsabilité visant à inciter les agents économiques à avoir des comportements efficaces. Il s'agirait d'envisager des modifications législatives concernant le régime dérogatoire de

responsabilité des prestataires. Les deux dernières pistes correspondent à l'organisation de nouvelles règles de partage des fruits de la valorisation de l'audience avec ceux qui contribuent à créer cette audience. Pour organiser un tel transfert de valeur, deux voix peuvent être suivies. La première consiste à imposer des taxes à proportion du préjudice subi afin d'inciter l'agent à prendre en compte l'externalité dans ses décisions. Cette piste n'a jamais été évoquée au sein de la commission car les membres du bureau ont estimé que l'opportunité d'une telle solution, quels que soient ses avantages et ses inconvénients sur le plan économique, n'est pas évidente dans le contexte actuel. Le second moyen d'opérer le transfert de valeur consisterait dans la conclusion d'accords de marché destinés à permettre aux victimes et aux bénéficiaires d'effets externes de négocier mutuellement des solutions avantageuses, indépendamment de toute responsabilité légale. Cela prendrait la forme soit d'accords contractuels, soit de *soft law*.

La commission n'a pas étudié l'opportunité de chacune de ces solutions qui ne sont pas exclusives les unes des autres et qui peuvent chacune ne pas être adaptées à l'ensemble des prestataires. Avant d'entamer ce travail d'étude des solutions, la commission s'est attachée à apprécier si le cadre juridique applicable était de nature à sécuriser les activités des prestataires et à les inciter à des comportements efficaces.

M. SIRINELLI indique que la commission s'est attachée à déterminer le rôle exact des différents intervenants et ensuite de placer ces activités dans les catégories juridiques existantes issues de la LCEN. Celle-ci prévoit un régime de responsabilité limitée pour trois activités précises : la fourniture d'accès à Internet, l'hébergement et le *caching*.

L'activité qui est apparue la plus délicate est celle qui a trait à l'hébergement. Deux catégories de prestataires en revendiquent le bénéfice : les sites contributifs et les plates-formes de commerce électronique. Pour apprécier le bénéfice du régime de responsabilité limitée édicté par la directive, il convient de raisonner en terme d'activité et non en terme d'opérateurs. Un même opérateur économique peut avoir des activités qui relèvent de plusieurs régimes juridiques. Un fournisseur d'accès à Internet peut ainsi offrir de l'hébergement, du contenu éditorial, etc... Une mosaïque de régimes juridiques, droit commun et droits spéciaux, peut donc s'appliquer aux prestataires, étant entendu que les régimes spéciaux sont d'application restrictive.

S'agissant des sites contributifs, la commission s'est longuement interrogée sur le statut d'hébergeur et sur la seule obligation véritable qui existe à leur charge, à savoir l'identification des internautes. L'hébergeur n'est pas responsable car il n'est qu'un prestataire technique neutre, mais il doit permettre l'identification du véritable responsable, l'hébergé. L'exécution de cette obligation est fondamentale car si elle n'est pas exécutée, aucun responsable ne pourra être désigné. L'analyse

de la jurisprudence témoigne de ce que les juges ont bien perçu ce danger et fait une interprétation extensive de cette obligation d'identification. La jurisprudence estime ainsi que l'adresse IP qu'est susceptible de fournir l'hébergeur est une donnée personnelle mais qu'elle est insuffisante car elle ne permet pas d'identifier directement l'hébergé. La jurisprudence est si soucieuse d'appliquer ce régime qu'elle l'applique même lorsque le prestataire qui se présente comme un hébergeur ne reçoit pas cette qualification. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, les juges ont qualifié un prestataire d'éditeur tout en lui appliquant le régime juridique de l'hébergeur dans sa phase d'identification et en lui imposant une obligation de vérification des éléments d'identification fournis par l'hébergé. L'hébergeur pourrait, lorsqu'il n'exécute pas cette obligation d'identification, être non seulement sanctionné (75000 euros d'amende et un an d'emprisonnement) mais aussi considéré comme un responsable de premier rang. Le rapport de M. Dionis du Séjour et de Mme Erhel estime que, dans l'hypothèse où on ne pourrait pas retrouver l'hébergé du fait de l'hébergeur qui n'aurait pas assumé son obligation d'identification, celui-ci pourrait répondre du préjudice causé par l'acte de contrefaçon sur le plan civil et sur le plan pénal. Il encourrait donc non seulement les sanctions applicables du fait de l'inexécution de son obligation, mais aussi du fait du dommage causé.

S'agissant de la responsabilité de l'hébergeur du fait des contenus hébergés, la commission n'est pas parvenue à un travail de qualification définitif puisque deux courants s'opposent. Certains des membres estiment qu'il est difficile d'envisager un site contributif comme n'étant qu'un simple hébergeur compte tenu de ses fonctions et qu'il doit donc être qualifié d'éditeur. Les sites contributifs soutiennent la thèse inverse. Par ailleurs, les textes sont extrêmement complexes et ouverts à des interprétations diverses. La LCEN ne prend même pas soin de définir la notion d'éditeur et confond la notion d'éditeur de services et d'éditeur de contenus. Du point de vue jurisprudentiel, il est apparu à la commission que cette question a été mal présentée et mal tranchée. Certaines décisions de justice, pour asseoir leur raisonnement, citent ainsi une définition de l'éditeur alors que la loi ne connaît aucune définition de ce type. Pour pouvoir bénéficier d'un régime spécial de responsabilité, un prestataire devrait normalement établir qu'il remplit les conditions d'application de ce régime. Or, le raisonnement judiciaire est inversé sous l'influence des avocats de sorte que le statut d'hébergeur est automatiquement appliqué dès lors que le statut d'éditeur est écarté. Enfin, dans l'hypothèse où le statut d'hébergeur est retenu, la commission a constaté un durcissement, chez certains juges, tenant à ce que ce statut n'apparaît parfois pas assez contraignant.

Le statut de l'hébergeur s'établit autour d'un triptyque : savoir, pouvoir, inertie. Quand l'hébergeur peut-il être réputé connaître l'existence des faits ? Sur quoi la connaissance doit-elle porter ? Que doit-il faire une fois cette connaissance réputée acquise ? L'hébergeur n'est

responsable que s'il a connaissance de l'existence d'éléments contrefaisants et qu'il reste inactif alors qu'il a le pouvoir de faire cesser le trouble. Tout repose sur l'élément de connaissance mais la directive ne précise pas les hypothèses dans lesquelles cet élément peut être réputé acquis. La LCEN a donc prévu pour cela la voie de la notification, qui n'est pas la voie unique. Cela dit, la connaissance du prestataire doit porter sur deux éléments, à savoir la connaissance de l'existence du contenu et le caractère illicite de ce contenu. Ces deux éléments ayant été disjoints, il arrive que certains prestataires ne se plient pas à la notification dans la mesure où le caractère illicite des contenus notifiés n'est pas établi et que seul le juge est à même, selon eux, de l'établir. Pourtant, le législateur a créé, en contrepartie de la notification, une garantie au profit de l'hébergeur à travers le délit de dénonciation abusive. Compte tenu de ce délit éventuel, on devrait pouvoir estimer que les notifications réalisées sont par principe fondées et qu'elles entraînent, comme aux Etats-Unis, une obligation de retrait du contenu.

En cas d'atteinte à la vie privée ou de diffamation, on peut admettre que l'hébergeur puisse mettre en doute le caractère illicite des faits. En revanche, lorsque la notification est le fait d'une société de gestion collective, on devrait estimer que la notification vaut non seulement pour l'existence du contenu mais aussi pour son caractère illicite.

Les tribunaux sont conscients de cette situation et certaines décisions de justice imposent aux hébergeurs de réagir très promptement pour retirer les contenus. Les tribunaux sont également sensibles au *stay down*, c'est-à-dire qu'une fois qu'un contenu a été notifié en règle, l'hébergeur a une obligation de surveillance particulière à l'égard de ce contenu. Il doit mettre en œuvre des moyens pour éviter une nouvelle mise en ligne du contenu notifié par un autre internaute.

La commission s'est penchée plus rapidement sur le statut des plates-formes de commerce électronique. La problématique est la même que pour les sites contributifs : une plate-forme de vente peut-elle être jugée responsable lorsque des internautes écoulent des contrefaçons ? Ces plates-formes mettent en avant la statut d'hébergeur mais l'évolution jurisprudentielle est ici fondamentale. Le tribunal de grande instance de Troyes et le tribunal de commerce de Paris ont très récemment reconnu la responsabilité d'une plate-forme pour activité de courtage. La qualification d'hébergeur ne semble donc ne pas devoir être systématiquement retenue et une application distributive des statuts doit prévaloir. Cette analyse semble corroborée par une réponse fournie par la Commission européenne à une parlementaire et qui indique que les statuts établis par la directive sont d'application restrictive et qu'un même prestataire peut relever de plusieurs statuts en fonction de la diversité de ses activités. Enfin, une association représentant les intérêts de ces plates-formes de vente en ligne a souligné la nécessité d'une telle approche distributive et indiqué que l'activité de courtage ne rentre pas dans le champ de la LCEN.

Reste alors à identifier le régime applicable. Il importe, pour cela, de se référer à la situation qui prévalait avant la LCEN sur la base du droit commun. La jurisprudence actuelle évalue également le comportement de ces prestataires au regard du standard civil de référence du « bon père de famille ».

Passé ce diagnostic commun à tous les membres de la commission, celle-ci n'a pas eu le temps d'envisager les solutions mais a manifesté le souhait que ses travaux puissent se poursuivre d'une façon ou d'une autre. Diverses voies de solutions paraissent en effet possibles, depuis une modification législative jusqu'à la mise en place d'outils techniques, en passant par l'élaboration de règles consensuelles. Tous les membres de la commission semblent s'accorder pour établir un régime équilibré, tenant compte des contraintes des uns et des aspirations des autres.

Le président souligne la grande qualité du travail mené et remercie les membres de cette commission. Il invite les membres du Conseil supérieur à réagir dans un premier temps sur le contenu du rapport avant d'évoquer dans un second temps les suites qui pourraient lui être données.

M. LANG estime que les données du débat ne se limitent pas à la confrontation entre les intérêts des prestataires et ceux des ayants-droit et que les enjeux liés aux libertés publiques méritent d'être également considérés. A cet égard, M. LANG insiste sur l'importance de la terminologie de la LCEN qui évoque l'« identification » des internautes plutôt que leur « identité ». Cette distinction doit permettre de protéger non seulement les libertés publiques mais aussi les activités économiques contre l'espionnage industriel. M. LANG regrette l'emploi qui peut être fait du terme « identité » à différentes reprises dans le rapport. Il souhaite que la note 104 qui fait état de ces divergences terminologiques précise que la LCEN s'en tient à la notion d' « identification ».

M. SIRINELLI propose de prendre en compte cette demande de modification de la note 104 afin d'y introduire la référence à la LCEN. Cette proposition est approuvée par les membres du Conseil supérieur.

En l'absence d'autres observations sur le fond, le président indique que la ministre lui fera connaître prochainement les suites qu'elle souhaite donner à ce travail en précisant, notamment, les questions jugées prioritaires et le calendrier. S'agissant de la méthode, le choix devra être fait sur les modalités de poursuite des travaux : dans le cadre d'une commission spécialisée ou sous la forme d'auditions ?

M. RONY (SNEP) souligne la nécessité de poursuivre ces travaux car le rapport relève que certaines notions législatives sont insatisfaisantes et suscitent des jurisprudences complexes. Pour autant, la question ne peut être traitée sans référence au niveau communautaire où l'opportunité de rouvrir le débat sur la directive « commerce électronique » n'apparaît pas aussi évidente pour tous les acteurs. Il importe donc de prendre le temps nécessaire pour trouver la meilleure méthode.

M. DESURMONT est également favorable à la poursuite des travaux. La situation actuelle n'étant pas satisfaisante, on ne peut se contenter d'un simple constat sans donner de suites. M. DESURMONT est également partisan de prendre le temps requis pour pouvoir traiter comme il se doit ce sujet extrêmement complexe.

La lettre de mission vise les prestataires de l'Internet, à savoir les hébergeurs, les prestataires de cache et les fournisseurs d'accès. Comme cela a été souligné par le Pr SIRINELLI, les travaux de la commission se sont essentiellement concentrés sur la problématique des sites contributifs et de leur rapport avec le statut des hébergeurs. M. DESURMONT estime néanmoins que le statut de quasi-irresponsabilité des fournisseurs d'accès mérite un examen supplémentaire compte tenu du rôle qu'ils jouent dans l'exploitation illicite de contenus protégés.

M. GOLDSMITH (APC) salue la qualité du travail effectué par la commission et soutient l'idée d'une poursuite des travaux. M. GOLDSMITH estime cependant que les débats sur ce sujet ne doivent en aucune façon interférer avec les prochaines discussions parlementaires sur le projet de loi « Création et Internet » et perturber l'adoption de ce texte fondamental pour la survie des industries culturelles.

M. TILLIET juge qu'avant de déterminer la méthode, il importe de lister les sujets et de les hiérarchiser. A cet égard, M. TILLIET estime que le sujet des fournisseurs d'accès à Internet est un sujet très important.

M. LANG s'interroge sur le point de savoir si les trois concepts de fournisseurs d'accès, d'hébergement et de cache peuvent raisonnablement recouvrir toutes les activités visées et pense qu'une réflexion pourrait être utile sur ce point.

Le président relève l'existence d'une unanimité pour poursuivre les travaux d'une façon ou d'une autre, pour traiter le champ complet du sujet et les différentes catégories de prestataires, prendre en compte la dimension européenne du sujet et inscrire la réflexion dans un cadre

interministériel. Il recherchera avec la ministre et son cabinet la méthode qui apparaîtra la plus efficace pour poursuivre les travaux, compte tenu des différents rendez-vous législatifs nationaux ou communautaires. Le président relève enfin le souhait exprimé que certains sujets soient traités en priorité par rapport à d'autres.

M. HENRARD indique que la nécessité de poursuivre les travaux est apparue évidente à la ministre à la lecture des travaux de la commission spécialisée. L'objectif de la seconde phase qu'il convient de lancer est d'identifier les différents scénarios susceptibles d'être suivis par les pouvoirs publics (intervention législative, charte, code de bonne conduite, etc...).

S'agissant de la méthode, il faudra établir des priorités même si tous les sujets sont susceptibles d'être appréhendés par le législateur. En terme de calendrier, M. HENRARD évoque le rendez-vous législatif du mois d'octobre et rappelle que le projet de loi comporte une disposition modifiant la procédure qui permet au juge de prononcer les mesures, notamment de filtrage, visant à retirer des éléments contrefaisants. Le débat concernant les prestataires peut se poser à cette occasion, ce qui impose de travailler rapidement. De ce point de vue, une modalité de travail plus resserrée qu'une commission spécialisée serait certainement plus adaptée. La concertation interministérielle devra être engagée aussitôt.

S'agissant du point évoqué précédemment par M. DESURMONT, relatif à l'articulation des travaux du Conseil supérieur avec la consultation publique lancée par le ministre chargé de la consommation et le secrétariat d'Etat à l'économie numérique, M. HENRARD note que la consultation s'inscrit dans le cadre général des Assises du numérique où de très nombreux sujets sont évoqués. Il était naturel que le sujet des prestataires de l'Internet soit évoqué au sein de ces Assises. Cette consultation s'inscrit néanmoins dans un autre cadre et un autre temps que celui du Conseil supérieur qui a déjà largement engagé la réflexion et dispose aujourd'hui d'un premier rapport.

Le président indique aux membres qu'ils recevront en septembre des informations sur les conditions dans lesquelles ces travaux se poursuivront.

En l'absence d'autres observations, le président passe au point suivant de l'ordre du jour.

PROGRAMME DE TRAVAIL DU CONSEIL SUPERIEUR POUR LA PERIODE 2008-2009

En plus de la poursuite des travaux relatifs aux prestataires de l'Internet, le président indique que le Conseil supérieur pourrait traiter du droit de suite. L'existence même du droit de suite n'étant pas en cause, le sujet pose des questions importantes, mais essentiellement d'ordre technique (durée, assiette et taux du droit). Il pourrait donc être décidé de confier à un expert le soin d'établir un rapport. Cet expert devrait entendre toutes les personnes intéressées avant de présenter le résultat de ses travaux au Conseil supérieur.

Mme FERY-FALL s'interroge sur la méthode de l'expertise et son caractère inhabituel au regard des méthodes de travail du Conseil supérieur.

Le président indique que cette méthode a déjà été utilisée à différentes reprises. La mise en place de commissions spécialisée est privilégiée s'agissant des sujets qui soulèvent d'importants débats de fond, posant des questions de principe et impliquant des éléments de diagnostic extrêmement lourds. Pour des sujets plus techniques ou plus urgents, la méthodologie de l'expertise est davantage retenue.

Le président rappelle que l'arrêté de création prévoit la possibilité de confier l'examen d'un sujet précis à un expert, celui-ci étant soit une personnalité qualifiée du CSPLA soit un intervenant extérieur.

Mme FERRY-FALL demande s'il est envisageable de créer une commission spécialisée sur le droit de suite.

Le président rappelle qu'il appartient aux membres du Conseil de proposer la méthodologie la plus adaptée au sujet. C'est dans un souci d'efficacité et de rapidité qu'il propose que le sujet du droit de suite soit traité sous forme d'un rapport d'expert s'appuyant sur des consultations ad hoc des membres du CSPLA et de personnes extérieures.

Mme FERRY-FALL estime que la réforme des droits de suite telle que proposée par la ministre dans son programme du renouveau du marché de l'art, consistant à supprimer des droits

post mortem d'une part et à redéfinir l'assiette des droits de suite d'autre part, remet en cause les principes fondamentaux du droit de la propriété littéraire et artistique. Mme FERRY-FALL tient à souligner que le droit de suite est un droit d'auteur à part entière, donc inaliénable et incessible, et est protégé comme tel. De ce fait, elle considère que toute révision du régime du droit de suite renvoie nécessairement au débat de fond sur les principes du droit et ne saurait être ramené à une préoccupation d'ordre technique.

Le président remercie Mme FERRY-FALL et affirme avoir bien saisi la nature de son interrogation. Il passe ensuite la parole à Olivier HENRARD, pour de plus amples informations sur le contexte de la réforme.

M. HENRARD explique que la ministre a récemment été saisie d'une lettre signée par deux principales catégories de professionnels du marché de l'art, le syndicat des commissaires de vente et l'ADAGP identifiant, de manière consensuelle, certains points du décret de 2007 sur le droit de suite qui, dans leur esprit, nécessitent un réexamen. La ministre a répondu favorablement à cette démarche et propose au CSPLA de se pencher sur cette question afin de trouver des solutions donnant satisfaction, à la fois, aux bénéficiaires du droit de suite et à ceux qui y sont assujettis. M. HENRARD souligne qu'à terme, cette réflexion est censée permettre d'aboutir à un nouveau texte de décret.

Bien que la SACEM ne soit pas directement concernée par la réforme du droit de suite, M. DESURMONT souhaite partager avec les membres du CSPLA son opinion selon laquelle une suppression des droits de suite post mortem est une intervention dans les fondamentaux du droit de la propriété littéraire et artistique et ne peut être considérée comme une modification purement technique. Une telle intervention équivaut à un affaiblissement du droit d'auteur, par définition inaliénable et incessible, et remet en cause la stabilité et la constance du régime de protection du droit d'auteur. Sans se prononcer sur les modalités de traitement du sujet par le CSPLA, M. DESURMONT appelle à ce que le choix de la méthodologie de travail tienne compte du caractère fondamental du débat pour l'évolution du droit de suite et surtout pour la stabilité du droit de la propriété intellectuelle.

M. Hubert TILLIER s'accorde avec les propos tenus par le M. DESURMONT et Mme FERRY-FALL et s'associe à la proposition de créer une commission spécialisée sur les droits de suite.

M. DUVILLIER tient à appuyer cette proposition et rappelle, pour insister sur l'enracinement du droit de suite dans le droit français, la presque centenaire tradition de celui-ci. Par ailleurs, il estime que son caractère fondamental s'exprime également par la présence de l'adjectif artistique dans l'expression « droit de propriété littéraire et artistique ». Ainsi, il est capital que les membres du CSPLA puissent, s'il le souhaitent, être associés aux travaux sur cette question, quelle que soit la méthodologie choisie.

M. de RENGERVE s'associe à la proposition de mettre en place une commission spécialisée sur le droit de suite et déclare sa volonté d'y participer.

Le président remercie tous les intervenants d'avoir apporté leur point de vue sur la question et tient à préciser qu'en qualifiant le sujet de technique, il n'entendait aucunement banaliser l'existence des enjeux de taille de ce sujet. Toutefois, bien que fondamentaux, ces enjeux restent assez faciles à cerner, même si des positions assez variées existent sur le fond du sujet.

Devant la richesse des remarques formulées, le président conclut que les membres du CSPLA estiment nécessaire d'inscrire le sujet du droit de suite au programme de travail 2008/2009. Il annonce qu'il fera prochainement part aux membres du CSPLA de ses suggestions concernant la méthodologie de travail, de manière à ce que la réflexion puisse être engagée. Il souligne à ce titre qu'on peut également concevoir des solutions intermédiaires afin d'associer aux travaux sur le droit de suite tous les professionnels qui le souhaitent sans forcément mettre en place un dispositif lourd et complexe en terme de gestion, comme une commission spécialisée.

Le président soumet ensuite aux membres la proposition formulée par Mme Valérie-Laure BENABOU – déjà envisagée l'an passé – d'examiner la question de la liquidation des sociétés de production audiovisuelle. Avec l'accord de Mme BENABOU, il passe la parole à Pierre SIRINELLI, coauteur de cette proposition.

Le professeur SIRINELLI explique que l'idée de ce sujet est née du constat d'un certain décalage entre l'état actuel du droit des procédures collectives et le droit d'auteur. A ce titre, les disposés en vigueur du code de la propriété intellectuelle ne semblent pas totalement adaptés à la diversité des réalités auxquelles sont confrontés les créateurs et, qui plus est, leur effet se révèle souvent anti-économique. Il note également l'existence d'importantes divergences entre la procédure

collective qui s'applique à l'édition classique et celle qui se rattache à l'audiovisuel. Selon lui, la démarche du Pr. BENABOU consisterait à trouver un point d'équilibre entre la légitime défense des droits des auteurs et des créateurs et la possibilité d'exploitation des œuvres en dépit de difficultés économiques des sociétés de production audiovisuelle.

Le professeur SIRINELLI tient à souligner que le droit des procédures collectives a récemment connu des évolutions importantes; il lui paraît donc judicieux de s'interroger sur la portée de ses réformes, d'autant plus que le poids du secteur audiovisuel est non négligeable pour l'industrie culturelle française.

Conscient que le problème d'indivision des droits se pose avec une acuité particulière pour les œuvres audiovisuelles qui sont souvent le fait d'une multitude de partenaires, le président se demande si le sujet proposé par Mme BENABOU doit se limiter aux seules sociétés de production audiovisuelle.

Le professeur SIRINELLI souligne que le sujet peut également porter sur la production des jeux vidéo pour lesquels, à ce jour, il n'existe pas de texte spécifique. Il souligne également qu'en état actuel du droit, la notion d'œuvre de collaboration s'applique surtout au domaine audiovisuel alors qu'elle pourrait l'être à d'autres types d'œuvres.

En réaction à ce propos, Monsieur de RENGERVE tient à souligner que, s'agissant du contrat d'édition, le code de la propriété intellectuelle prévoit d'ores et déjà la résiliation du contrat en cas de liquidation de biens. La question qui peut faire problème est de savoir à quel moment, dans de telles circonstances, le contrat d'édition s'achève. Monsieur de RENGERVE dénonce notamment le cas des auteurs qui, en cas de liquidation de la société d'édition dont ils dépendent, ne sont pas payés par les repreneurs. Il estime que les procédures collectives dans leur forme actuelle empêchent les auteurs de mettre un terme à leur contrat d'édition pour en signer un autre avec un éditeur plus sûr.

M. Nicolas Guillou propose d'élargir ce sujet à la question de la réalisation des sûretés sur le droit de la propriété intellectuelle, d'autant plus que cette question est aujourd'hui débattue au niveau international, notamment dans le cadre du groupe six de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) dont les travaux vont se poursuivre pendant les deux prochaines années.

Le président remercie M. Guillou pour cette suggestion et l'assure qu'elle sera prise en considération lors de la formulation du sujet.

Pour conclure, le président récapitule les trois sujets qui ont été proposés pour la session 2008/2009 des travaux du CSPLA : la poursuite des travaux sur le thème des « prestataires de l'Internet », le droit de suite et la question de la liquidation des sociétés de production audiovisuelle. Il souligne toutefois qu'il ne s'agit pas d'une liste limitative et qu'elle pourra donc être élargie.

Le président remercie les membres pour leur participation aux travaux du CSPLA lors de la session 2007/2008, leur souhaite d'agréables vacances et indique que la prochaine réunion du Conseil supérieur pourrait se tenir au mois d'octobre.