



**MINISTÈRE
DE LA CULTURE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

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

*Compte rendu de la séance plénière
du 28 novembre 2019*

LISTE DES PARTICIPANTS

Olivier JAPIOT, conseiller d'État, président

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

Sylvie FORBIN, vice-directrice générale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), en charge du secteur du droit l'auteur et des industries de la création - invitée

Personnalités qualifiées

Josée-Anne BENAZERAF, avocate

Alexandra BENSAMOUN, professeure des universités

Joëlle FARCHY, professeure des universités

Jean MARTIN, avocat

Jean-Philippe MOCHON, conseiller d'Etat

François MOREAU, professeur des universités

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Célia ZOLYNSKI, professeure des universités

Président de missions et rapporteurs

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

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

Anne BUTLEN, directrice des affaires juridiques et internationales de la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet, membre de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes en ligne

Sarah DORMONT, rapporteure de la mission sur les ventes passives

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

Sylvain HUMBERT, rapporteur de la mission sur les outils de reconnaissances des oeuvres sur les plateformes en ligne

Carla MENALDI, directrice juridique adjointe en charge de la régulation numérique de la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet, membre de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes en ligne

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

Didier WANG, ingénieur à la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet, membre de la mission sur les outils de reconnaissance des oeuvres sur les plateformes en ligne

Administrations

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

David POUCHARD, adjoint à la cheffe du bureau de la propriété intellectuelle du secrétariat général du ministère de la culture

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

Membre titulaire : Harold CODANT (BnF)

Membre suppléant : Jean-François DEBARNOT (INA)

Professionnels

Représentants des auteurs :

Membres titulaires : Gérard DAVOUST (SACEM), Emmanuel DE RENGERVE (SNAC), Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP), Pascal ROGARD (SACD), Hervé RONY (SCAM)

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

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

Membre titulaire : Ophélie GAULLIS (représentant Emmanuel MARTIN, SELL)

Membre suppléant : Pauline PUELL (APP)

Représentants des artistes-interprètes :

Membre titulaire : Benoît GALOPIN (SPEDIDAM)

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

Représentants des producteurs de phonogrammes :

Membre titulaire : Alexandre LASCH (SNEP)

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

Représentants des éditeurs de musique :

Membre titulaire : Carole GUERNALEC (CSDEM)

Membre suppléant : Philippine GIRARD-LEDUC (SEAM)

Représentants des éditeurs de presse :

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

Membre suppléant : Samir OUACHTATI (SPQN)

Représentants des éditeurs de livre :

Membre titulaire : Julien CHOURAQUI (SNE)

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

Représentants des producteurs audiovisuels:

Membre titulaire: Olivier ZEGNA RATA (SPI)

Membre suppléant: aucun

Représentants des producteurs de cinéma:

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

Membres suppléants : Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

Représentants des radiodiffuseurs :

Membre titulaire : Frédérique RIETY (SMSP)

Membre suppléant : aucun

Représentants des télédiffuseurs :

Membre titulaire : Adélaïde BRIFFOD (représentant Sébastien FRAPIER, ACP)

Membre suppléant : Pascale OTTAVI (SMSP)

Représentants des éditeurs de services en ligne :

Membre titulaire : Amélien DELAHAIE (GESTE)

Membres suppléants : Anne-Claire MARQUET (représentant Denis BERTHAULT, GFII),
Giuseppe DE MARTINO (ASIC)

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

Membre titulaire : aucun

Membre suppléant : aucun

Représentants des consommateurs et utilisateurs :

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

Membre suppléant : Antoine AUTIER (UFC-Que Choisir)

Membres excusés : Valérie-Laure BENABOU (personnalité qualifiée), Eric BARBRY
(ACSEL)

Ordre du jour

- I. Intervention de Sylvie Forbin, vice-directrice générale de l'OMPI, en charge du secteur du droit d'auteur et des industries de la création
- II. Adoption du compte rendu de la séance plénière du 3 juin 2019
- III. Commentaire de l'arrêt du 4 juillet 2019 (16-13.092) rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation
- IV. Commentaires sur des arrêts significatifs rendus depuis la dernière séance par la Cour de justice de l'Union européenne
- V. Commentaires sur des affaires pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne
- VI. Présentation du rapport sur l'intelligence artificielle
- VII. Présentation du rapport sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes
- VIII. Présentation des conclusions de la mission sur les services de référencement automatique d'images sur Internet
- IX. Communication sur les missions en cours :
 1. Point d'étape sur la mission sur la preuve de l'originalité
 2. Point d'étape sur la mission sur la réalité virtuelle et la réalité augmentée
 3. Point d'étape sur le projet de charte de bonnes pratiques en matière d'impression 3D dans le domaine de l'art
- X. Questions diverses

Le Président Olivier JAPIOT ouvre la séance en souhaitant la bienvenue à Julie LORIMY du SEPM, Benoit Galopin de la SPEDIDAM, et Olivier ZEGNA RATA et Emmanuelle MAUGER du SPI, nouveaux membres du Conseil. Il remercie Sylvie FORBIN d'avoir accepté de participer à la séance pour présenter les travaux de l'OMPI et échanger avec les membres du Conseil.

I. INTERVENTION DE SYLVIE FORBIN

Sylvie FORBIN annonce que c'est non sans émotion et avec un très grand plaisir qu'elle participe à cette séance.

Elle rappelle que les travaux du CSPLA auxquels elle a eu l'honneur de collaborer dans le passé, notamment sous la conduite de Pierre SIRINELLI, n'ont cessé de démontrer par la suite combien la réflexion au sein de cette institution est novatrice et importante.

La mission qu'elle mène depuis 3 ans comme vice-directrice générale du secteur des droits d'auteur et des industries créatives au sein de l'OMPI, lui a permis de mesurer à quel point ce qui était développé en France confirme une maturité dans l'appréhension des sujets portant sur le droit d'auteur dans l'ère numérique.

Lorsque qu'elle voit la liste des missions récentes du CSPLA et notamment les sujets inscrits à l'ordre du jour de cette session, elle dit être convaincue que le dynamisme français sur beaucoup de questions n'est pas suffisamment exploité et valorisé en dehors du cercle de l'Union Européenne.

C'est aussi pour cette raison qu'elle est si heureuse de l'opportunité que lui a offerte Olivier JAPIOT d'ouvrir la séance avec une petite fenêtre sur l'international à l'occasion de cette séance plénière.

Le constat qu'elle a fait en arrivant à l'OMPI, était celui du grand écart entre les défis qu'affrontent les pays développés qui se retrouvent dans les missions du CSPLA et une réalité beaucoup plus complexe qui existe dans ce qu'il est convenu d'appeler les pays en développement.

La tâche qui lui est apparue prioritaire dans ce contexte était d'accélérer l'intégration des pays en développement ou en transition dans le système international du droit d'auteur.

Ce qui a facilité la réalisation de l'objectif qu'elle s'était fixé, c'était bien que le droit d'auteur tendait à devenir une valeur reconnue universellement. De fait, les pays en développement

prennent conscience que les industries créatives notamment la musique ou les arts graphiques, voir l'audiovisuel, constituent le fer de lance le plus prometteur de leur croissance économique, au côté de l'exploitation de leurs savoirs traditionnels.

Mais pour valoriser leurs industries créatives, ces pays en développement comprennent que le chemin le plus sûr passe par l'adhésion aux traités de l'OMPI : principalement, la convention de Berne, le WCT, le WPPT, la convention de Rome et, *in fine*, le traité de Beijing.

Cette approche offre l'avantage de constituer un outil de référence pour la mise en place de concepts de droit dans leurs propres lois et dans leurs propres systèmes juridiques, mais aussi un moyen de protection au moment où ils s'engagent sur le marché mondial.

Ce processus s'accélère puisque seulement cinq pays manquent à l'appel pour la convention de Berne et les traités dits internet atteignent aujourd'hui plus de 100 membres alors même que le rythme d'adhésion continue à être élevé.

Dans les pays qui font cet effort, il est également plus facile d'engager des activités de coopération en matière d'assistance législative et de mise en place de gestion de droits, individuelle ou collective.

Alors que l'organisation compte 140 pays en développement sur les 193 membres, Sylvie FORBIN explique que cette tâche occupe une très grande part de son programme de travail mais que l'effort en vaut la peine car l'OMPI constate des progrès continus. Par ailleurs, la mondialisation croissante des processus de création et de distribution confère à cette mise à niveau un enjeu majeur.

L'étude sur la musique dans l'environnement numérique commandée par les Etats membres dans le cadre du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR), et que l'OMPI a confié à Susan BUTLER, révèle en effet une croissance globale des flux de musique à l'ère numérique qui place les artistes de toutes parts du monde en tête de liste dans beaucoup de marchés nouveaux et émergents.

L'attraction des consommateurs pour des artistes situés dans des pays lointains, est un phénomène totalement nouveau et qui doit conduire à rechercher des solutions innovantes, positives pour tout le monde pour assurer que les bénéfices de cette explosion mondiale soient répartis entre toutes les parties prenantes de la chaîne de valeur.

L'extrême atout que possède l'OMPI – qui est également une extrême complexité - est de pouvoir et de devoir concevoir des solutions à l'échelle mondiale. Le terrain de jeux des

industries créatives est devenu précisément le monde entier dans cet environnement numérique.

Toutefois, Sylvie FORBIN explique que l'OMPI se trouve aujourd'hui face à un dilemme : un fossé croissant se creuse entre le temps requis pour l'adoption de la norme dans un environnement multilatéral de plus en plus complexe, et la rapidité de l'évolution des technologies et des usages dans l'environnement numérique.

C'est pourquoi la recherche de consensus pourrait emprunter d'autres voies dans l'avenir, y compris l'adoption d'instruments non-contraignants (chartes, guides, boîtes à outils, partenariats publics-privés).

Sylvie FORBIN achève son propos par une illustration récente : le dossier des Limitations et Exceptions pour les bibliothèques, les archives, les musées ainsi que l'éducation et la recherche. Les débats à l'OMPI sur ces sujets depuis dix ans étaient extrêmement polarisés entre les Etats membres tenants d'un traité et les Etats membres fermement opposés à cette idée, les Etats membres tenants d'un traité faisant surgir une recommandation prise en assemblée générale en 2012, valant recommandation obligatoire à exécuter, visant à travailler autour d'instruments internationaux sans exclure l'idée d'un traité sur ce sujet.

Un plan d'action vient d'être achevé et l'OMPI est à la recherche, non seulement du juste équilibre entre ayants droits et utilisateurs, mais aussi entre instruments contraignants et autres solutions contractuelles et/ou optionnelles.

Sylvie FORBIN indique avoir encore beaucoup d'autres choses à partager mais s'arrête là afin de pouvoir engager un dialogue éventuel avec les membres de l'assemblée.

Catherine ALMERAS (SFA) remercie Sylvie FORBIN et souhaite revenir sur le traité de Beijing portant sur les interprétations audiovisuelles. Elle souhaiterait connaître le sentiment de Sylvie FORBIN sur le fait que ce traité ne soit toujours pas ratifié par le nombre de pays suffisant et obtenir des précisions au sujet du fameux problème entre la France, les Etats membres, et l'Union européenne. Elle ajoute que les artistes-interprètes sont impatients et que, même si cela ne changera pas grand-chose à leur situation en France, il est important pour les artistes-interprètes des pays en développement que le traité soit ratifié.

Sylvie FORBIN explique que le traité a été ratifié par 29 Etats et que plusieurs Etats membres sont sur le point d'adhérer. Elle pense que la trentième adhésion est imminente et qu'une grande célébration pourra être évoquée avec la Chine, trois mois après l'entrée en vigueur du traité. Un évènement sera également organisé à Genève. Sur le fond, dans la mesure où l'Union

européenne était au départ allante sur ce texte, il serait dommage que les pays de l'Union n'adhèrent pas au traité. Sylvie FORBIN explique que le traité de Beijing n'exigerait pas *a priori* une compétence exclusive, n'ayant pas impliqué une modification des textes européens. L'OMPI espère que l'Union européenne va rejoindre ce traité car beaucoup de pays membres en Asie et en Amérique Latine sont très demandeurs. Ceux qui hésitent le font à cause d'une clause de réciprocité qui pourrait être gênante par rapport à ce que pourraient demander les Etats-Unis mais, dans la mesure où il est peu probable qu'ils adhèrent à ce traité, cette question de réciprocité avec les acteurs américains n'est pas un problème. Par ailleurs, il est toujours possible d'inscrire une réserve sur une disposition.

Catherine BLACHE (SNE) remercie Sylvie FORBIN pour le travail formidable réalisé depuis son arrivée à l'OMPI à travers cette approche pragmatique des sujets et souhaite avoir son sentiment sur l'avenir. Elle souhaite s'adresser plus largement aux pouvoirs publics et estime qu'il faudrait convaincre les pays africains et accroître les efforts de sensibilisation avec ces pays avec le concours du ministère des affaires étrangères. Au niveau de l'Union internationale des éditeurs, une série de rapports visant à contribuer à ces débats est en préparation, le premier visant le rôle de la gestion collective sur l'usage pédagogique. D'autres rapports sont à venir sur le fonctionnement de l'édition scolaire, avec l'argument selon lequel l'éducation nécessite des contenus adaptés au contexte local, une édition locale, et donc un droit d'auteur qui soit approprié dans chaque pays.

Sylvie FORBIN reconnaît que les projets en Afrique dans ce secteur sont extrêmement importants et compte sur le soutien des éditeurs français pour faire progresser une industrie d'édition sur ce continent.

Sylvie FORBIN indique que la prochaine réunion du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) prévue pour la fin du mois de juin devrait fournir des comptes rendus exhaustifs de ce qui s'est passé dans les conférences régionales et de travailler avec les ayants droits et les fédérations internationales à des solutions qui pourront être proposées à la suite de cette conférence. Sylvie FORBIN préconise l'identification dans la gamme d'instruments de ce qui, de la plus *soft* à la plus normative des solutions, pourrait prévaloir pour traiter au mieux les sujets. Sylvie FORBIN retient que les lois des pays en développement ne prévoient pas d'exceptions ni de limitations, comme dans notre pays par exemple, il faut donc les aider à les intégrer. Des événements seront organisés dans les bibliothèques, Alexandrie notamment, et

dans les grands musées pour réfléchir à des solutions.

Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP) remercie Sylvie FORBIN et Olivier JAPIOT de l'avoir invitée car il est important que tous soient conscients que beaucoup de choses se passent à l'OMPI. Elle invite les industries culturelles et créatives à s'intéresser aux travaux du SCCR, et à s'inviter aux débats, tous secteurs confondus. Marie-Anne FERRY-FALL indique que les Etats africains sont importants et qu'il existe une césure entre les Etats francophones africains et les Etats anglophones africains, les premiers ayant pris la parole pour essayer de défendre les auteurs en faisant remarquer qu'avant même de créer des exceptions au droit des auteurs, il conviendrait que dans les pays où il y a du droit d'auteur, il soit exercé. Elle évoque ensuite les travaux concernant le droit de suite. Depuis cinq ans, il existe des discussions sur le droit de suite lié à la circulation des œuvres matérielles dans le marché de l'art, mais il n'est pas obligatoire et international, (la Chine ne le connaît pas). Il existe dans 80 pays du monde et il faudrait que l'OMPI puisse convaincre les pays réticents à avancer car les pays du continent Africain, d'Europe centrale et d'Amérique latine ont, par groupe régionaux, pris position pour ce droit qui est un facteur d'équilibrage et d'équité entre les créateurs et le secteur économique du marché de l'art.

Sylvie FORBIN rappelle que les sujets à l'OMPI sont discutés tant sur le fond que sur la forme dans le cadre d'un agenda formel et d'un agenda « points divers ». Les travaux sur le droit de suite, progressent mais figurent toujours dans les « points divers » ce qui signifie que les Etats membres ne sont pas prêts à l'idée d'en faire un traité. Néanmoins, ce sujet est maintenu de façon constante comme point divers aux côtés du sujet de l'évolution du droit d'auteur dans l'environnement numérique et d'un sujet qui est né à la demande de la Russie sur le droit des metteurs en scène, pour lequel a été lancée une étude d'impact afin d'analyser la nécessité d'un instrument international sur ce sujet. Il s'agit de trois sujets d'importance égale dans les temps de parole dans les points divers, auxquels s'ajoutent les sujets sur le projet de traité de radiodiffusion et la question des exceptions et limitations qui occupent quatre journées. Les sujets non formels occupent une journée, ce qui ne signifie pas que le travail n'avance pas mais les Etats membres discutent toujours assez âprement du passage vers les points formels. Si le sujet des exceptions et limitations pouvait prochainement ne plus se trouver comme un point sensible de l'agenda mais plutôt faire partie du programme de travail du secrétariat, cela dégagerait des jours de discussion pour d'autres sujets. Il en va de même pour le projet de traité de radiodiffusion qui est à l'ordre du jour du comité depuis plus de 20 ans. Sylvie FORBIN explique que le travail sur le droit de suite avance bien et qu'il est discuté dans des groupes de

travail qui ont pour mission de développer des dispositions. Sur ce sujet, il faut pouvoir dépasser la résistance de la Chine et des Etats-Unis.

Olivier JAPIOT remercie Sylvie FORBIN et souligne à son tour l'importance que les membres du CSPLA prêtent au travail réalisé à Genève où se retrouvent certains grands acteurs de l'économie mondiale.

Alain LEQUEUX (CFPSAA) remercie Sylvie FORBIN pour sa présentation et salue l'initiative de l'OMPI d'avoir créé *l'Accessible book consortium* qui constitue une avancée considérable pour l'accès à la culture pour les personnes handicapées. Il se félicite de l'incitation des pays à adhérer au traité de Marrakech, car c'est une manière de faire circuler la littérature et les œuvres dans un cadre juridique, réglementé, en respectant le droit d'auteur et les exceptions et espère que cette initiative pourra servir de modèle pour d'autres sujets.

Sylvie FORBIN explique que l'adhésion au traité de Marrakech est croissante. Le traité suscite beaucoup d'intérêt notamment pour les éditeurs, les bibliothèques. Grâce au partenariat public/privé, le consortium travaille à de nouvelles solutions techniques. Concernant l'inspiration pour d'autres sujets, pour d'autres handicaps, c'est en effet un précédent très utile. Mais dans tous les projets quels qu'ils soient il est essentiel que l'équilibre entre le respect des ayants droit et les besoins des utilisateurs soit garantie.

Olivier JAPIOT remercie Sylvie FORBIN d'avoir accepté de participer à cette réunion du Conseil et annonce qu'elle doit quitter la séance.

II. ADOPTION DU COMPTE RENDU DE LA DERNIERE SEANCE PLENIERE

Le compte rendu de la précédente séance plénière est adopté.

III. INTERVENTION D'ALBAN DE NERVAUX

Alban de NERVAUX annonce que le ministère a pris connaissance avec attention de toutes les contributions qui lui ont été adressées à la suite de l'appel à contribution dans le cadre de la préparation du projet de loi audiovisuel s'agissant des dispositions en matière de propriété

littéraire et artistique, et notamment sur la transposition des articles 17 à 22 de la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique. Il a pu être tenu compte de différentes observations dans le projet de loi dont les membres ont eu connaissance.

Il précise que l'examen au Conseil d'Etat a lieu en ce moment même et que les choix du Gouvernement sont largement validés en l'état des discussions. Le texte sera présenté en Conseil des ministres la semaine prochaine.

Le ministère reste à l'écoute et à disposition de ceux qui souhaiteraient poursuivre les échanges.

Alban DE NERVAUX en profite pour présenter aux membres du Conseil Hugues GHENASSIA-DE-FERRAN, qui a rejoint le service des affaires juridique et internationales en tant que sous-directeur des affaires juridiques, auquel est rattaché le bureau de la propriété intellectuelle dirigé par Anne Le Morvan. Il a occupé des fonctions importantes à la DGMIC, notamment au Service du livre.

IV. COMMENTAIRES DES ARRETS RECENTS DE LA COUR DE CASSATION

Cour de cassation : arrêt du 4 juillet 2019, pourvoi n°1613092 playmédia c/ France Télévisions

Conseil d'Etat : arrêt du 24 juillet 2019, n°391519, France Télévisions c/ Playmédia

La société Playmédia qui propose le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur le site internet playtv-fr, ainsi qu'un accès à la télévision de rattrapage sur son site Pluzz, se prévalant de la qualité de distributeur de services au sens de l'article 2-1 de la loi du 30 septembre 1986, a estimé tirer des dispositions de l'article 34-2 de la même loi le droit de diffuser les programmes édités par la société France Télévisions qui constitue le corollaire nécessaire de l'obligation de reprise posée par ces dispositions. La société Playmédia a demandé qu'il soit enjoint à France Télévisions de conclure un contrat l'autorisant à diffuser ses programmes et saisi le CSA qui a mis France Télévisions en demeure de se conformer aux dispositions de l'article 34-2 de la loi de 1986 en ne s'opposant pas à la reprise par la société Playmédia des services qu'elle édite.

La société France Télévisions a formé un recours contre la décision du CSA devant le Conseil d'Etat qui, après réponse le 13 décembre 2018 à la question préjudicielle posée à la Cour de

justice de l'Union européenne, a, par arrêt du 24 juillet 2019, annulé la mise en demeure du CSA à la société France Télévisions de ne pas s'opposer à la diffusion de ses programmes par le site de visionnage en ligne Playmédia .

Le Conseil d'Etat a constaté que l'offre de Playmédia qui s'adressait pour partie à des personnes souscrivant pour y accéder « un engagement de nature contractuelle matérialisé par l'acceptation de conditions générales d'utilisation et par le renseignement d'informations personnelles relatives à leur date de naissance et à leur sexe » a jugé qu'en en déduisant que la condition prévue à l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 tenant à la distribution du service à des abonnés était remplie mais que l'accès au service n'était pas subordonné au paiement d'un prix, le CSA avait fait une application erronée des dispositions de cet article et donc annulé la décision attaquée .

La société France Télévisions qui diffuse elle-même ces programmes en continu et en direct sur un site internet mis à la disposition du public a assigné en concurrence déloyale et en réparation d'actes de contrefaçon la société Playmédia.

Devant la Cour de cassation la société Playmédia qui avait été condamnée en appel à réparer le préjudice porté à France Télévisions en réparation de l'atteinte portée à ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle et à ses droits d'auteur et droits voisins de producteur sur les programmes dont elle est productrice soutenait que les diffusions incriminées avaient été réalisées en application de l'article 34-2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à l'obligation de reprise des chaînes publiques (must carry) .

La Cour de cassation a d'abord rappelé l'interprétation des dispositions de l'article 31§1 de la directive 2002/22/CE dite service universel , donnée par la CJUE le 13 décembre 2018 affaire C-298/17 dans sa réponse à la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, interprétation dont il résulte que l'activité de la société Playmédia n'entre pas dans le champ de l'obligation de diffusion prévue par l'article 31 de la loi de 1986, bien que les dispositions de la directive « service universel » doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'un Etat membre impose, dans une situation telle que celle en cause, une obligation de diffuser à des entreprises qui, sans fournir des réseaux de communications électroniques proposent le visionnage de programmes de télévision en continu et en direct sur internet .

En outre, elle a énoncé que le distributeur de services de communication audiovisuelle, soumis en application de l'article 34-2 de la loi susvisée à l'obligation de diffusion des chaînes publiques transmises par voie hertzienne dite « must carry » est, aux termes de l'article 2-1 de

la même loi, la personne qui établit avec les éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à la disposition du public par un réseau de communication électronique et que l'existence de ces relations contractuelles est une condition de la mise en œuvre de l'article 34-2 indépendante de la déclaration d'activité faite par le distributeur auprès du CSA .

Enfin l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 ne visant que les seuls services sur abonnement, la société Playmédia qui ne proposait pas à l'internaute la souscription à un abonnement mais exigeait une simple inscription anonyme pour créer un compte n'était donc pas fondée à soutenir que les diffusions incriminées avaient été réalisées en application de cet article.

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

1. Le champ de la protection

CJUE (grande chambre), 13 novembre 2018, affaire C 310/17, Levola Hengelo BV c / Smilde Foods BV,

Dans cet arrêt la Cour était saisie d'une question préjudicielle posée par la Cour d'appel d'Arnhem visant à déterminer si la saveur d'un fromage frais aux herbes pouvait être protégée par le droit d'auteur. La Cour a estimé que la directive 2001/29/ du 22 mai 2001 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce que la saveur d'un produit alimentaire soit ainsi protégée au titre de cette directive et à ce qu'une législation nationale soit interprétée d'une manière telle qu'elle accorde une protection par le droit d'auteur à une telle saveur.

Après avoir jugé que la notion d'œuvre était une notion autonome du droit de l'Union à laquelle il revenait à la Cour de donner une signification, la CJUE avait jugé que la notion d'œuvre (point 40) implique nécessairement une expression de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente.

Cette exigence d'identification précise et objective est nouvelle dans la jurisprudence de la CJUE et ajoute à la définition de l'œuvre telle que couramment entendue comme une création de l'esprit. La condition est requise, dit la Cour de manière pragmatique, non seulement pour

que les juges chargés d'appliquer la protection puissent caractériser l'objet du droit mais aussi pour que les tiers, et notamment les concurrents puissent réaliser cette identification.

Un tel facteur d'exclusion n'est pas sans évoquer la jurisprudence de la Cour de cassation française quant à la protection du parfum, à rebours de la position de la Cour de cassation néerlandaise.

Elle ajoutait sans préciser clairement si le motif est surabondant (utilisant la locution en outre) que l'identification n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique (pt 43), ce qui laisserait potentiellement la place à une interprétation a contrario dans le futur si de tels moyens se mettaient à exister. Mais la reprise de cette même condition dans l'arrêt Cofemel se fait désormais sans référence aux limites techniques de l'identification.

CJUE (3ème chambre) 12 septembre 2019, affaire C 683/17, Cofemel – Sociedade de Vestuário SA, contre G-Star Raw CV

Durcissement du cumul droit d'auteur/ Droit des dessins et modèles

Rendu dans le contexte d'une contrefaçon traditionnelle d'une reproduction non autorisée d'un modèle de vêtement, l'arrêt Cofemel, rendu sur question préjudicielle de la Cour suprême du Portugal, présente deux intérêts distincts- la généralisation de la définition de l'œuvre et l'articulation du cumul entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles.

En premier lieu, sur la notion d'œuvre, il reprend, au regard de l'interprétation de la directive 2001/29, les critères de la notion d'œuvre développés dans l'arrêt Levola, (points 32 et suiv.) : elle implique nécessairement l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Elle précise à cet effet que ne répond pas à cette exigence une identification reposant essentiellement sur les sensations, intrinsèquement subjectives, de la personne qui perçoit l'objet en cause généralisant à l'ensemble des œuvres la formule utilisée dans l'arrêt Levola pour les saveurs.

Cette nouvelle condition pose un certain nombre de questions. La Cour fait d'une exigence probatoire une condition de fond de la protection puisqu'elle ne dit pas qu'à défaut de preuve du caractère précis de l'œuvre, celle-ci ne peut pas recevoir protection mais, plus radicalement, qu'une forme insuffisamment précise ne constitue pas une œuvre susceptible d'être protégée. Dans l'arrêt Levola, la Cour énonçait déjà qu'il existe (pt 41) une nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de

l'objet protégé, ce qui implique que ce dernier puisse faire l'objet d'une expression précise et objective. Elle reprend ici le même type d'exigence.

S'agissant de la condition d'originalité – que la Cour de manière erronée vise comme une composante de la notion d'œuvre -, elle reprend sa jurisprudence antérieure jugeant qu'il est à la fois nécessaire et suffisant que celle-ci reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier (pt 30).

La Cour examine ensuite les termes du cumul entre la protection du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles pour décider que l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une législation nationale confère une protection, au titre du droit d'auteur, à des modèles tels que les modèles de vêtements en cause au principal, au motif que, au-delà de leur objectif utilitaire, ceux-ci génèrent un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique.

Après avoir rappelé que selon l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la propriété intellectuelle est protégée, la Cour établit que tous les objets ne doivent pas tous bénéficier d'une protection identique. L'existence d'instruments de droit dérivé distincts détermine, en principe, une application distributive de ces derniers.

Mais si le législateur de l'Union a estimé que les objets protégés en vertu d'un dessin ou d'un modèle n'étaient en principe pas assimilables à ceux qui constituent des œuvres protégées par la directive 2001/29 (pt 40) il admet toutefois que les protections respectives du droit d'auteur et des dessins et modèles ne sont pas exclusives l'une de l'autre (pt. 41), ouvrant la voie à une possibilité de cumul. Elle juge toutefois que l'octroi d'une protection, au titre du droit d'auteur, à un objet protégé en tant que dessin ou modèle ne saurait aboutir à ce qu'il soit porté atteinte aux finalités et à l'effectivité respectives de ces deux protections (pt 51) et en déduit que ce cumul n'aura rien d'automatique.

La Cour détermine en l'espèce qu'il convient de vérifier que sont qualifiables d'œuvres des modèles tels que les modèles de vêtements en cause au principal, qui, au-delà de leur objectif utilitaire, génèrent un effet visuel propre et notable du point de vue esthétique. Or, elle juge qu'une telle caractéristique ne répond ni à la condition de précision précédemment évoquée ni à la définition d'originalité. Elle juge (pt53) que l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci et que cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision

et d'objectivité, ni ne permet de déterminer si l'œuvre reflète la liberté de choix et la personnalité de son auteur.

En résumé, ce n'est pas parce qu'un modèle est beau en plus d'être utile qu'il constitue une œuvre originale. La Cour, par une exigence d'application distributive stricte des critères de protection durcit les conditions du cumul. Elle établit une hiérarchie subreptice entre les deux types de protection qui va à l'encontre de la théorie de l'unité de l'art telle qu'elle est traditionnellement reçue en droit français, énonçant que « la protection des dessins et modèles vise à protéger des objets qui, tout en étant nouveaux et individualisés, présentent un caractère utilitaire et ont vocation à être produits massivement. En outre, cette protection est destinée à s'appliquer pendant une durée limitée mais suffisante pour permettre de rentabiliser les investissements nécessaires à la création et à la production de ces objets, sans pour autant entraver excessivement la concurrence. Pour sa part, la protection associée au droit d'auteur, dont la durée est très significativement supérieure, est réservée aux objets méritant d'être qualifiés d'œuvres » (pt 50).

CJUE (5ème ch) 14 novembre 2019, affaire C 484/18, Spedidam contre INA

On ne rappellera pas ici les termes de la question préjudicielle qui a déjà fait l'objet d'une exposition détaillée dans le cadre d'une précédente plénière. Rendue sur conclusions contraires de l'avocat général, la Cour a jugé que les articles 2, sous b), et 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale qui établit, en matière d'exploitation d'archives audiovisuelles par une institution désignée à cette fin, une présomption réfragable d'autorisation de l'artiste-interprète à la fixation et à l'exploitation de sa prestation, lorsque cet artiste-interprète participe à l'enregistrement d'une œuvre audiovisuelle aux fins de sa radiodiffusion. Elle valide ainsi la disposition française de la DADVSI ayant introduit ce mécanisme au profit de l'INA.

On notera d'abord que la Cour ne répond pas clairement sur l'application dans le temps de la directive 2001/29 à des enregistrements réalisés au cours des années 1959 à 1978. Si elle rappelle le principe d'application immédiate de ce texte aux objets encore protégés au 22 décembre 2002, elle renvoie cependant à la juridiction de renvoi la responsabilité de déterminer si à cette date les parties pouvaient se prévaloir de droits acquis qui feraient échec à l'application de la directive, laquelle s'applique « sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002 ».

Pour parvenir à valider la disposition litigieuse, la Cour passe par un double raisonnement. Elle

estime en effet que le mécanisme de présomption de cession ne constitue pas une exception au sens de la directive puisqu'elle examine la disposition en tant que condition d'exercice du droit et ne fait pas droit à la SPEDIDAM qui défendait qu'il s'agissait là d'un mécanisme d'exception non prévu dans la liste limitative de l'article 5 de la directive 2001/29. Elle précise que cette réglementation se borne à déroger à l'exigence, posée à l'article L. 212-3 du code de la propriété intellectuelle mais non prévue par le droit de l'Union, d'une autorisation écrite de l'artiste-interprète, ladite réglementation ne concerne que l'aménagement des modalités de preuve de l'existence d'une telle autorisation. (pt 43).

Par ailleurs, s'appuyant sur une lecture extensive de la jurisprudence *Soulier et Doke*, elle juge qu'une présomption réfragable de cession est conforme à la condition de consentement du titulaire, lequel est ici implicite et résulte de sa présence à la séance d'enregistrement. Après avoir rappelé abondamment que l'objectif du droit de l'Union était d'assurer un haut niveau de protection aux titulaires en leur conférant des droits de nature préventive exigeant leur consentement, la Cour juge toutefois que selon l'arrêt *Soulier et Doke*, la directive « ne précise pas la manière dont le consentement préalable de l'artiste-interprète doit se manifester, de sorte que ces dispositions ne sauraient être interprétées comme imposant qu'un tel consentement soit nécessairement exprimé de manière écrite ou explicite. Il y a lieu de considérer, au contraire, que lesdites dispositions permettent de l'exprimer également de manière implicite, pour autant, ainsi que la Cour l'a rappelé au point 37 du même arrêt, que les conditions dans lesquelles un consentement implicite peut être admis soient définies strictement, afin de ne pas priver de portée le principe même du consentement préalable. » (pt 40).

Tel est le cas en l'espèce lorsque l'artiste-interprète participe à la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, s'agissant de la fixation et de l'exploitation de sa prestation (pt 41). De sa participation à la réalisation de l'œuvre et de sa présence sur le lieu d'enregistrement à ces fins la Cour déduit la connaissance de l'utilisation envisagée de sa prestation et du fait qu'il effectue sa prestation aux fins d'une telle utilisation, elle déduit « qu'il est permis de considérer, en l'absence de preuve contraire, qu'il a, du fait de cette participation, autorisé la fixation de ladite prestation ainsi que l'exploitation de celle-ci »(pt 42).

Trois arguments supplémentaires semblent avoir fondé la décision de la Cour :

- Le caractère réfragable de la présomption car elle juge que la réglementation française ouvre la possibilité à l'artiste de démontrer qu'il n'a pas consenti aux exploitations ultérieures de sa prestation, ce qui sera en réalité extrêmement difficile à réaliser en pratique (car en effet

comment prouver qu'on n'a pas consenti à des exploitations subséquentes alors qu'on était présent ???)

- Le maintien d'un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires le blocage de l'exploitation des archives de l'INA du fait de l'impossibilité dans laquelle celle-ci est de retrouver les autorisations écrites des artistes priverait les réalisateurs des œuvres audiovisuelles en cause, des producteurs de celles-ci, à savoir les sociétés nationales de programme, aux droits desquels vient l'INA, ou encore d'autres artistes-interprètes qui sont susceptibles d'avoir effectué des prestations dans le cadre de la réalisation des mêmes œuvres d'une telle exploitation ;

- Enfin, le fait qu'une telle présomption ne saurait, en tout état de cause, affecter le droit des artistes-interprètes d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation des fixations de leurs exécutions.

L'arrêt de la Cour ouvre la voie à une interprétation extrêmement large du consentement implicite.

La conciliation entre le droit d'auteur et les libertés fondamentales

Trois arrêts d'extrême importance ont été rendus le 29 juillet 2019, qui, au-delà des différences propres à chaque espèce s'efforcent d'établir une grille de lecture de la conciliation entre liberté fondamentales, exceptions et droit d'auteur.

CJUE, gde ch. 29-07-2019, aff. C-476/17, Pelham

CJUE, gde ch. 29-07-2019, aff. C-516/17 Spiegel Online

CJUE, gde ch. 29-07-2019, aff., 29 juillet 2019, aff. C-469/17 Funke Medien

Les trois affaires viennent d'Allemagne, à l'initiative de questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof et ont en commun de chercher à résoudre, plus factuellement, des difficultés liées à l'usage « transformatif » des œuvres, c'est-à-dire à l'emploi d'œuvres dans d'autres œuvres et de mettre en exergue une opposition latente entre droit d'auteur et liberté d'expression journalistique ou artistique : usage de sample dans l'affaire « Metal auf Metal » ou Pelham (aff C-476/17) ; utilisation d'un document officiel dans la presse dans l'affaire Funke Medien encore connue sous le nom de Afghanistan papers (C-469/17) ou reprise d'extraits d'un ouvrage dans un article dans l'affaire Spiegel Online (aff C-516/17).

Même si les trois décisions diffèrent à la marge, certains passages identiques démontrent la

communauté d'interprétation qui habite les arrêts de la Cour de Justice. Celle-ci s'est efforcée de délivrer des solutions cohérentes, équilibrant les différents intérêts en présence et proposant des réponses praticables au juge de renvoi.

Dans ses décisions rendues le 29 juillet, la Cour de Justice écarte la voie d'un recours direct aux libertés fondamentales pour créer des exceptions au droit d'auteur. La question était posée en ces termes devant elle, la juridiction de renvoi lui ayant demandé si la liberté d'information et la liberté de presse consacrées à l'article 11 de la Charte pouvaient justifier, en dehors des exceptions et limitations prévues dans la directive 2001/29 des dérogations aux droits exclusifs qui y figurent. Elle décide d'y répondre par la négative en avançant plusieurs justifications à l'appui de son positionnement.

Grossièrement résumés, les arrêts considèrent que :

- L'énumération stricte des exceptions dans la directive 2001/29 doit être comprise en ce que les libertés fondamentales ne peuvent être actionnées comme des exceptions au droit d'auteur hors de la liste ;
- La conciliation des intérêts en présence réside en principe dans les exceptions ;
- L'interprétation des exceptions doit s'appuyer sur leur effet utile et se réaliser au regard des libertés fondamentales qui en sous-tendent la justification ;
- Il appartient au juge de procéder à la balance des intérêts et notamment au contrôle de proportionnalité de l'usage au regard de sa finalité.

Même si ce contrôle de proportionnalité semble inspiré de la jurisprudence de la CEDH, il s'en démarque profondément dans la mesure où, à l'inverse de cette dernière la Cour de Justice ne part pas de l'existence d'une atteinte à la liberté d'expression pour envisager ou non son caractère justifié (article 10 paragraphe 2), notamment au regard du test de proportionnalité mais de l'assertion selon laquelle le droit d'auteur ne peut pas subir en principe d'autres limites que celles qui figurent au sein de sa législation, l'analyse de la proportionnalité devant être envisagée comme une méthode d'interprétation des exceptions et non comme un mécanisme externe.

Par exemple, a été jugé dans l'arrêt Pelham à propos d'une législation allemande qui permettait de réaliser des extraits de phonogrammes, qu'un État membre ne peut prévoir, dans son droit national, une exception ou une limitation au droit du producteur de phonogrammes prévu à l'article 2, sous c), de la directive 2001/29/CE, autre que celles prévues à l'article 5 de cette

directive et ce en se fondant sur la seule liberté d'expression.

Ponctuellement, elle précise que l'article 5, § 3, sous d), de la directive 2001/29/CE doit être interprété en ce sens que la notion de « citations », visée à cette disposition, ne couvre pas une situation dans laquelle il n'est pas possible d'identifier l'oeuvre concernée par la citation en cause.

La mise en œuvre des droits – responsabilité du fournisseur d'hébergement

CJUE (3ème chambre) 3 octobre 2019, affaire C 18/18, Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited,

Bien que rendu à propos d'une atteinte à l'honneur et non au droit d'auteur, l'arrêt de la Cour présente un intérêt certain, s'agissant d'une potentielle interprétation par analogie quant aux obligations de stay down et de blocage qui peuvent être mis à la charge de l'hébergeur à propos de contenus illicites.

La Cour a jugé que l'article 15 de la directive 2000/31/dite commerce électronique » ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction d'un État membre puisse :

- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est identique à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de ces informations ;
- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est équivalent à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, pour autant que la surveillance et la recherche des informations concernées par une telle injonction sont limitées à des informations véhiculant un message dont le contenu demeure, en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu au constat d'illicéité et comportant les éléments spécifiés dans l'injonction et que les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information déclarée illicite précédemment ne sont pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu, et
- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations visées par l'injonction ou de bloquer l'accès à celles-ci au niveau mondial, dans le cadre du droit international pertinent.

La Cour admet ainsi une possibilité d'enjoindre à un hébergeur un stay down et un blocage en cas de réapparition d'un contenu identique à celui qui a déjà été signalé mais aussi d'un contenu « équivalent » si cela ne conduit pas le prestataire à procéder à une appréciation autonome du

contenu. En outre, elle permet d'étendre le blocage d'accès à l'ensemble des contenus hébergés quel que soit leur lieu de stockage.

VI. COMMENTAIRES DES AFFAIRES PENDANTES DEVANT LA CJUE

Agnès DANIEL indique que le Ministère des affaires étrangères est actuellement présent dans huit affaires. Elle précise que l'audience des affaires *Youtube* et *Cyando*, qui portent sur la possibilité d'engager la responsabilité des prestataires lorsque des utilisateurs téléversent des contenus contrefaisant, s'est tenue fin novembre. Les débats ont porté sur l'incidence de l'article 17 de la nouvelle directive droit d'auteur, étant précisé que la Cour devrait juger que la directive n'est pas applicable *ratione temporis* mais souhaite savoir ce qu'il faut en déduire sur l'état actuel du droit.

Agnès DANIEL évoque quatre nouvelles affaires présentant un intérêt pour la propriété littéraire et artistique en France. La première est une question préjudicielle qui porte sur la manière dont les OGC fixent les tarifs à l'égard des festivals. Deux festivals belges allèguent que la *Sabam* commettrait un abus de position dominante en fixant un tarif par tranches (1/3, 2/3, 3/3), tarif assis sur une assiette comprenant l'ensemble des recettes brutes du festival sans retirer les dépenses qui ne seraient pas directement afférentes à la musique. La France est intervenue au soutien du dispositif *Sabam* en insistant sur la question de l'assiette, pour défendre le principe selon lequel l'assiette peut porter sur l'intégralité du chiffre d'affaire en s'appuyant sur les arrêts *Stim*, *Bassets*, et *Tournier* de la CJUE et que les dépenses diverses n'ont pas à être déduites de cette assiette. En ce qui concerne le dispositif du tarif par tranche, la France l'a soutenu du bout des lèvres. La Commission adopte dans ses écritures une position qui considère que l'assiette peut être globale mais que le tarif par tranche en question ne convient pas car il n'est pas assez proche de la réalité de l'utilisation de la musique. Si le festival utilise 1% du répertoire de l'OGC, elle paie 33% du tarif, ce qui ne correspond pas à la réalité.

Agnès DANIEL présente ensuite une question préjudicielle allemande, *Végébilkunst*, C392/19, qui porte sur la transclusion dans le domaine de l'art pictural. La CJUE a déjà dit, dans son arrêt *Svensson* et dans l'ordonnance *Best Water*, que la diffusion de lien hypertexte, y compris avec la mise en œuvre de la technique de la transclusion, ne constitue pas une communication au public en l'absence de public nouveau. Le cas d'espèce est différent: la question porte sur la mise en ligne de liens hypertextes avec usage de la technique de transclusion, mais en

contournant des mesures anti-transclusion prises lors de la diffusion initiale du contenu. Il s'agit de savoir si ce contournement conduit à considérer que la mise en ligne des liens hypertextes constitue une communication au public. L'enjeu est de permettre aux titulaires de droit d'imposer dans les contrats de licence conclus avec les bibliothèques nationales, les musées, des clauses imposant la mise en œuvre de mesures techniques anti-transclusion. En somme, si cette mise en ligne ne peut être qualifiée de communication au public, il y a fort à parier que la clause soit constitutive d'abus de position dominante de l'OGC et ne soit pas considérée comme légale. La France défend le fait qu'il s'agit bien de communication au public si la diffusion avec transclusion contourne des mesures techniques anti-transclusion.

Agnès DANIEL évoque ensuite le recours en annulation contre l'article 17 de la directive 2019/790. La Pologne attaque l'obligation de meilleurs efforts en vue de garantir l'indisponibilité des contenus, et met en avant la liberté d'expression en invoquant le fait que la directive imposerait un mécanisme de censure préventive généralisée. Elle indique que la France va intervenir au soutien du Conseil et du Parlement ainsi que l'Espagne et le Portugal, afin de défendre le mécanisme porté par la France lors de la négociation et sa proportionnalité.

L'affaire *Plus 4 TV* quant à elle s'inscrit dans la continuité des affaires *YouTube* et *Cyando*. Il s'agit de savoir s'il est possible d'opposer les exonérations de responsabilité prévues à l'article 14 de la directive e-commerce, pour les hébergeurs, à de simples actions en cessation et non des actions en dommage et intérêt et de savoir si lorsqu'il y a communication au public, il est encore possible d'invoquer l'article 14 de la directive.

Enfin, Agnès DANIEL évoque l'affaire *BY CX*, qui porte sur le fait de savoir si la transmission de documents protégés par le droit d'auteur à une juridiction (photo) est susceptible de constituer une communication à un public ou une distribution au public, en particulier lorsque les documents de la procédure sont susceptibles d'être mis en ligne.

David EL SAYEGH (SACEM) intervient au sujet de l'arrêt *Playmedia* rendu par la Cour de cassation, qu'il a du mal à concilier avec la jurisprudence de la CJUE. Il explique que dans les arrêts *Best Water* et *Svensson*, la transclusion ou le lien profond nécessitent un nouveau public tandis qu'en l'espère on reconnaît un droit au profit des radiodiffuseurs qui irait plus loin car ils feraient jouer un droit exclusif alors même que la CJUE considère que la notion de public est la même s'agissant du droit d'auteur et des droits voisins. La justification serait que le droit voisin des organismes de radiodiffusion ne serait pas totalement harmonisé alors qu'il l'est. David EL SAYEGH ne comprend pas comment un droit exclusif peut être à géométrie variable

alors que le principe édicté par la CJUE est que les périmètres des droits sont les mêmes. Il souhaite obtenir des précisions sur ce point car cela signifie *in fine* que, pour être plus puissants, les droits ne devraient pas être harmonisés. Il paraît en effet problématique qu'un droit voisin puisse avoir une portée plus importante que le droit d'auteur qui, lui, est harmonisé ou d'autres droits voisins harmonisés.

Anne-Elisabeth DE CREDEVILLE explique que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas répondu directement à la question et se sont emparés du problème contractuel posé dans cette affaire et qui a permis de condamner la société *Playmedia*. Le problème n'était pas posé dans ces termes.

Olivier JAPIOT remercie Anne-Elisabeth CREDEVILLE et donne la parole à Alexandra BENSAMOUN et Joëlle FARCHY pour la présentation de leur rapport sur l'intelligence artificielle.

VII. PRESENTATION DU RAPPORT SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Joëlle FARCHY explique que les systèmes d'intelligence artificielle (IA) qui existent actuellement sur le marché sont des IA faibles, c'est-à-dire spécialisées dans un domaine particulier et non conscientes. Autrement dit, une IA peut conduire, une autre peut produire le résumé d'un texte, une troisième peut répondre en langage naturel ou à une question posée en langage naturel, mais aucune ne peut à ce jour accomplir ces trois tâches.

Dans cette vaste famille des IA faibles, la grande voie de développement contemporain de l'IA est l'apprentissage automatique, des systèmes qui utilisent des algorithmes inductifs et par conséquent une très grande masse de données, ce à quoi s'intéresse le rapport.

Aujourd'hui, la question de l'IA est étroitement corrélée à celle des données, dont le terme regroupe en réalité différentes catégories hétérogènes puisque pour des raisons historiques certaines catégories (données personnelles, données publiques, données-œuvres) font l'objet d'une qualification juridique bien précise, tandis que d'autres catégories de données (données d'usage, métadonnées) sont uniquement liées à des pratiques professionnelles.

Ces catégories se recoupent très souvent. Les données d'usage sont, d'un point de vue juridique,

bien souvent des données personnelles au sens du RGPD. Les données-œuvres font l'objet d'une attention particulière pour les spécialistes de propriété intellectuelle, les données personnelles font l'objet d'une attention particulière pour la CNIL mais, pour les chercheurs en IA, toutes ces données sont dans leur pratique, des données comme les autres.

Sur le plan économique, l'étude de l'IA dans les secteurs culturels peut être résumée en deux points.

L'IA est déjà très présente dans la culture et a de manière évidente investi ces secteurs, offrant de multiples applications concrètes qui sont développées par trois catégories d'acteurs : des acteurs de la recherche publique mais surtout privée, les grandes entreprises et les start-ups spécialisées. Ces applications de plus en plus nombreuses apparaissent tout au long de la chaîne de valeur ; trois niveaux sont retenus par le rapport :

- Le niveau de la consommation : l'IA et les algorithmes sont massivement utilisés pour recommander de manière personnalisée des contenus aux internautes, posant de nombreuses questions, notamment celle de l'éditorialisation dans un monde de recommandations personnalisées ou encore de la diversité des contenus proposés et leur découvrabilité par les internautes dans un catalogue de plus en plus fournis.
- Le niveau de la production : l'une des grandes promesses de l'IA est de comparer, sur la base de l'exploitation de données historiques, les contenus qui ont connu le succès avec ceux en cours de production, afin d'analyser les clés de la réussite et d'éventuellement l'anticiper.
- Le niveau de la création : parmi les différentes expérimentations, deux catégories ont des points d'intersection, à savoir les expériences qui se contentent d'accompagner le processus humain de la création, que l'on trouve surtout dans l'audiovisuel et l'édition, et d'autres expériences qui tentent de s'en émanciper, que l'on retrouve plutôt dans la musique et le marché de l'art.

En outre, dans la mesure où la quantité et la qualité des données utilisables pour alimenter les IA deviennent un facteur de compétitivité, l'un des plus gros enjeux économiques concerne le partage et la circulation des données pour les entreprises culturelles. Ces enjeux ne sont pas toujours liés à des questions de propriété intellectuelle mais n'en sont pas moins considérables.

S'agissant des données d'usage, l'enjeu principal est celui de la transparence et de la juste répartition des revenus au profit des ayants droit, mais tous les équilibres au sein de la filière risquent d'être remis en cause par l'accès aux données d'usage ou au contraire par la perte de cet accès et de la relation des entreprises avec leurs clients.

Concernant les métadonnées, l'objectif essentiel est de qualifier les contenus afin d'accompagner les processus de création artificielle mais aussi afin de renouveler les formes de prévisions ou de recommandations qui sont basées sur les données d'usages, puisque, pour faire des recommandations adéquates aux internautes, encore faut-il qualifier les œuvres qu'ils vont écouter ou regarder. La question qui va se poser est celle des régulations qui tiennent compte des spécificités sectorielles et qui pourraient accompagner le développement de l'IA dans les secteurs culturels.

Joëlle FARCHY indique que, s'agissant de la question de l'accès et du partage des données, la mission en est restée au stade du constat sans proposer des solutions concrètes.

Alexandra BENSAMOUN s'est, quant à elle, concentrée sur l'impact de l'IA sur la création culturelle et a envisagé l'amont et l'aval.

Sur l'amont, le principe même de l'apprentissage-machine repose sur l'utilisation de masses de données parmi lesquelles il peut y avoir des œuvres de l'esprit. Par exemple, pour *Daddys'car*, le single à la manière des Beatles, l'IA a ingéré quarante-cinq titres. La question se pose de savoir si l'analyse des œuvres ingérées peut être considérée comme un acte d'exploitation de l'œuvre et, le cas échéant, si une exception pertinente peut s'appliquer. Si aucune exception pertinente ne s'applique, il faut déterminer quelle solution est envisageable.

Sur le fait de savoir s'il s'agit d'un acte d'exploitation, les avis divergent en doctrine, certains considérant que non car les œuvres ne sont pas exploitées pour elles-mêmes mais pour leur valeur informationnelle ou que ce n'est pas la fonction du droit d'auteur ; d'autres au contraire considèrent qu'il s'agit d'une appropriation de l'œuvre, le droit de reproduction étant défini très largement dans la directive 2001/29. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce problème, mais on peut citer l'arrêt *Pelham*, portant sur le *sampling*, et qui a jugé qu'il n'y a pas de reproduction si l'échantillon est utilisé, pour créer une nouvelle œuvre, sous une forme modifiée et non reconnaissable. Se pose donc la question de savoir s'il est possible d'appliquer à l'IA ce

raisonnement.

Du côté de la loi, les exceptions de copie privée, de l'accessoire, de reproduction technique provisoire et transitoire ou encore de recherche ne semblent pas pouvoir s'appliquer. L'exception fouille de données (text and data mining, TDM) de l'article 4 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 laisse penser que cet acte amont fait partie du monopole ; sinon, il n'aurait pas été nécessaire de créer une exception. Dès lors, si l'acte amont fait partie du monopole, l'autorisation du titulaire de droit est requise.

Cette nouvelle exception TDM a été imaginée très largement pour tout type de données, usages commerciaux compris, sans rémunération. En contrepartie, il faut un accès légitime à l'œuvre et la possibilité d'*opt-out* par le titulaire de droit, ce qui constitue un mécanisme innovant. Certains ayants droit considèrent qu'ils exerceront l'*opt-out* par mesure de précaution ; d'autres solutions sont donc à envisager.

En ce qui concerne l'aval et le statut des créations générées par l'IA, à titre liminaire, il est très difficile d'identifier les créations issues de l'IA, entre les créations assistées et les créations générées. Les exemples actuels, tels que *Daddy's Car*, titre à la manière des Beatles, ou le tableau d'Edmond de Bellamy, vendu chez Christie's, représentent des créations assistées plus que générées. Le droit d'auteur classique doit donc continuer de s'appliquer. Toutefois, dans certains secteurs, la création totale par IA sera rapidement possible ; il convient donc de s'y intéresser. Certains prônent l'absence totale de droits privatifs, indiquant qu'il faut intégrer ces réalisations au domaine public. La solution est mentionnée dans le rapport mais Alexandra BENSAMOUN n'est pas convaincue par cette solution.

L'objectif est de faire état de toutes les propositions à un niveau international.

La première est l'appropriation par le droit d'auteur. Il s'agit d'une piste suggérée par le Parlement européen qui suppose de relire les critères d'accès à la protection, critères de création, d'originalité et la question de l'identification d'un auteur. C'est la solution qui semble juridiquement la mieux assise. En effet, selon Alexandra BENSAMOUN, il est possible d'identifier un acte créatif, le critère de conscience de la création n'est pas unanimement admis, l'originalité peut être caractérisée. Il reste à identifier l'humain créateur, exigence internationale. Se pose la question de savoir où est l'humain dans une création générée par une IA. Selon

Alexandra BENSAMOUN, il pourrait s'agir du concepteur de l'IA, sans doute le plus impliqué dans la détermination des possibles. D'autres, surtout des auteurs de doctrine américaine, proposent l'utilisateur, en faisant référence au *work made for hire*.

Alexandra BENSAMOUN expose également des propositions alternatives au droit d'auteur. L'une d'elles consiste à rester dans le droit d'auteur en créant un régime spécial pour les créations issues de l'IA, sur le modèle du logiciel. Une autre consiste à créer un nouveau « droit voisin » en s'inspirant du régime de l'œuvre posthume. Certains avancent la création d'un droit *sui generis* sur le modèle du droit des producteurs de bases de données.

Quoi qu'il en soit, les créations générées par une IA sont assimilables à des œuvres de l'esprit, ce qui nécessite de raisonner en contemplation du droit d'auteur. Selon Alexandra BENSAMOUN, il s'agit en réalité d'un choix de politique législative. A droit constant, le droit d'auteur peut accueillir ce genre de créations. Reste à savoir si le législateur voudra laisser le droit constant prendre la main sur ces créations ou s'il fera le choix d'un droit spécial, tout en sachant qu'il ne pourra pas être totalement isolé du droit d'auteur car, d'une part, ces créations sont assimilables à des œuvres et, d'autre part, il faudra envisager le cas des artistes-interprètes pour ces réalisations.

Le Président Olivier JAPIOT remercie Alexandra BENSAMOUN et Joëlle FARCHY et souligne la qualité du rapport, avec une réflexion très riche sur un sujet que le CSPLA n'avait pas encore commencé à examiner sous cet angle et pose les bases de la question.

David EL SAYEGH (SACEM) remercie les auteures du rapport pour le travail considérable fourni et la pertinence des analyses fournies mais est un peu gêné par les conclusions. Le rapport souligne à juste titre que le processus créatif est "*comparable à celui des créations réalisées par l'homme. L'IA est par nature mimétique, elle simule, imite l'humain*". Il s'agit là du premier critère. En ce qui concerne le critère de l'originalité, le rapport explique que l'IA crée des œuvres assimilables à des œuvres de l'esprit tant dans leur forme que leur originalité et que le critère de l'originalité a tendance à s'objectiver, qu'il ne s'agit plus simplement de l'empreinte de la personnalité de l'auteur mais une forme de nouveauté relative par rapport à ce qui a été fait précédemment. Sur la base de ces critères, on pourrait considérer que le droit d'auteur a vocation à s'appliquer. Néanmoins, l'obstacle mentionné à juste titre par le rapport est l'autorat. Le rapport fait référence à une jurisprudence précisant qu'une personne morale ne peut être auteure car elle

n'a aucunement participé au processus créatif, quand bien même elle a investi, permis aux œuvres d'être réalisées, mais ne crée pas en tant que telle. Il est vrai que quand le législateur a imaginé la création protégée il y avait peu d'IA. David EL SAYEGH trouve que les auteurs écartent un peu vite la piste du droit d'auteur, d'autant plus que les pistes alternatives ne lui semblent pas répondre aux objections. Il ne voit pas de différence entre droit voisin et droit *sui generis* et, par ailleurs, ne comprend pas la référence à la condition d'originalité attachée au droit voisin dans le cadre des propositions puisque la protection accordée par le droit voisin n'est justement soumise à aucune condition d'originalité.

Il mentionne qu'à la page 45 du rapport, en l'état du droit positif, la piste privilégiée est la création d'un droit spécial, notamment au motif que le droit d'auteur est de plus en plus contesté par les partisans de la liberté d'expression. Selon David EL SAYEGH, ils ne contestent pas le droit d'auteur mais le droit de propriété, et ne seront donc pas satisfaits dans la mesure où il y aura malgré tout un droit de propriété qui sera un droit *sui generis*. De plus, droit auteur aussi liberté fondamentale. Pour David El SAYEGH, la solution du droit *sui generis* est une fausse bonne idée.

En ce qui concerne l'utilisateur, David EL SAYEGH considère que l'étude des inconvénients découlant de l'octroi de droit à l'utilisateur constitue une question fondamentale. Soit l'utilisateur intervient de manière créative et il s'agit d'une création assistée et, dans ce cas, il est logique de lui attribuer la qualité d'auteur comme c'est le cas aujourd'hui dans le cadre de la création assistée par ordinateur en matière musicale par exemple, soit les choix de l'utilisateur sont peu significatifs et n'impliquent aucune activité créatrice auquel cas, il ne peut se voir attribuer la qualité d'auteur. L'IA se place plutôt dans les cas de figure où les choix de l'utilisateur sont peu significatifs, ce sont plutôt les choix du concepteur qui provoquent les résultats.

La SACEM est résolument opposée à la création d'un droit *sui generis* ou d'un droit voisin qui ne résoudra pas les critiques que l'on prétend attribuer au droit d'auteur. Il faut peut-être poursuivre la réflexion. Le droit classique est à même, sous réserve de certaines évolutions, d'appréhender la matière complexe de l'IA et est ouvert aux réflexions.

Hubert TILLIET (SACD) souhaiterait qu'Alexandre BENSAMOUN revienne sur le point concernant la référence au "*work made for hire*" pour la titularité des utilisateurs. Plus largement,

selon Hubert TILLIET, la solution la plus sage serait d'attendre qu'il y ait de la jurisprudence afin de déterminer s'il y a nécessité de légiférer sur le sujet. Cela a été le cas en matière de droit voisin pour les artistes interprètes. La jurisprudence ne trouvait pas de solution satisfaisante donc le législateur est intervenu. Enfin, Hubert TILLIET ne voit pas la différence entre droit *sui generis* et droit voisin, cela revient à la même chose. A force de multiplier les droits voisins dès qu'un problème se pose, tout risque à terme d'être protégé par le droit voisin.

Christophe PERALES (ADBU) souhaite savoir si la préconisation faite par les rapporteurs de la mission de mettre en place une licence collective ayant un effet étendu est envisagée dans le cadre de l'article 3 ou de l'article 4 de la directive. Il souhaite également savoir si la portabilité des données d'usage est envisagée uniquement pour des rapports BtoB ou concerne aussi les rapports BtoC.

Alexandra BENSAMOUN considère que l'on s'en sort à droit constant. Le système qui la convainc le plus est celui de la remontée des droits aux concepteurs de l'IA. La voie soutenue par la majorité est celle de la création d'un droit spécial. D'évidence, elle estime qu'aujourd'hui, les conditions du droit d'auteur sont suffisamment flexibles pour accueillir ce genre de créations, mais il s'agit d'une réflexion en cours et il ne s'agit pas de suggérer une intervention législative à courte échéance.

En ce qui concerne le terme "*work made for hire*", elle explique qu'il s'agit d'une proposition très fictive qui fait fi du droit d'auteur. Elle ne croit pas à l'idée de faire redescendre les droits sur les utilisateurs comme le propose la doctrine américaine, considérant que l'IA serait l'auteur en fait et que l'utilisateur serait l'auteur en droit. Dans la mesure où l'auteur en droit donne l'ordre à l'auteur en fait, les droits remontent à l'auteur en droit. Jane GINSBURG est d'ailleurs assez critique sur cette remontée aux utilisateurs.

En ce qui concerne la piste du droit voisin, Alexandre BENSAMOUN explique qu'elle aurait dû mettre le terme entre guillemets, car il s'agit d'un droit voisin qui traite de ce qui relève du *corpus* du droit d'auteur puisque la comparaison se fait par rapport à l'œuvre posthume où on accorde un droit d'exploitation au propriétaire du support qui divulgue bien l'œuvre, raison pour laquelle elle fait référence à l'originalité.

Sur le TDM, elle n'envisage que la solution de l'article 4 car l'exception de l'article 3 est une

exception obligatoire, à laquelle il ne peut être dérogé par contrat. Il existe une marge de manœuvre uniquement sur l'article 4.

Le Président rappelle que ce rapport est un document ouvert faisant état de pistes de réflexion et sera traduit en début d'année afin de pouvoir alimenter les réflexions européennes et internationales. La publication s'accompagnera des observations des membres du CSPLA qui le souhaitent.

Le Président donne ensuite la parole aux rapporteurs de la mission sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes et se félicite de ce premier rapport conjoint avec l'Hadopi et le CNC dont il remercie les représentants.

VIII. PRESENTATION DU RAPPORT SUR LES OUTILS DE RECONNAISSANCE DES ŒUVRES SUR LES PLATEFORMES

Jean-Philippe MOCHON rappelle qu'il s'agit d'une mission conduite conjointement par le CSPLA, l'Hadopi et le CNC. Il propose de laisser la parole à Pauline BLASSEL pour commencer la présentation du rapport sur un certain nombre de sujets sur lesquels les équipes de l'Hadopi ont travaillé particulièrement.

Pauline BLASSEL indique que l'Hadopi est très fière d'avoir participé à cette mission et remercie le président du CSPLA d'avoir pris cette initiative. Elle indique qu'elle consacrera son intervention à la présentation de l'état de l'art et à l'évaluation des outils. Elle explique que les outils existent, en nombre, dans la plupart des domaines (audio, vidéo, images et textes). Seul le domaine du jeu vidéo présente des difficultés techniques à identifier les œuvres protégées. Les outils sont globalement dominés par des systèmes d'empreintes mais d'autres solutions peuvent être utilisées de façon complémentaire (hachage, métadonnées, tatouage numérique).

En outre, bien que ces outils existent et fonctionnent en nombre, leur déploiement sur les plateformes est encore très hétérogène. Les plateformes orientées vers l'audio et la vidéo les utilisent éventuellement de façon généralisée, les plateformes généralistes les utilisent dans une moindre mesure, de façon plus récente, les plateformes dédiées à l'image les utilisent très peu et celles dédiées aux textes ne les utilisent pas. Si ces plateformes utilisent de façon hétérogène

des outils pour la reconnaissance des œuvres, elles utilisent toutes des outils automatisés pour la gestion de leurs contenus au service de leur politique éditoriale ou commerciale. Ce ne sont donc pas les outils de reconnaissance qui feraient basculer les plateformes vers un filtrage de leurs contenus.

En ce qui concerne l'efficacité des outils de reconnaissance, trois critères ont été retenus pour l'évaluer: la robustesse, la praticité pour les ayants droit et la finesse (objectif de ne pas conduire à des retraits ou blocages excessifs).

En ce qui concerne la robustesse, quatre séries de tests ont été réalisées sur les plateformes audio et vidéo: une série de tests sur des contenus en l'état (extraits sur des œuvres protégées), une série de tests sur des contenus avec une altération modérée (agrandissements, *zooms*, etc), une troisième série avec des altérations sévères (accélération fortes, *zooms* très importants, éventuellement tremblements), et une série de tests extrêmes avec des altérations qui rendent le contenu impossible à regarder (effets sépia, effets lumineux qui rendent le contenu impossible à regarder, lecture à l'envers). Dans le cas des tests extrêmes et sévères, au-delà des difficultés que cela représente pour l'utilisateur qui met en ligne le contenu, il existe des difficultés pour l'utilisateur qui veut regarder le contenu. Il doit être en situation de le rétablir faute de quoi il ne peut pas le consulter.

Les résultats de ces tests montrent que lorsqu'il n'y a pas d'altération des contenus, les outils les reconnaissent dans 100% des cas. Quand les altérations sont modérées, les outils les reconnaissent dans 80 à 100% des cas. Dans les cas d'altérations extrêmes ou sévères, les outils les plus performants continuent de reconnaître dans des proportions parfois importantes, les œuvres protégées. Cela dit quelque chose sur ce que l'on est en droit d'attendre des plateformes en termes de résultats.

La praticité, quant à elle, dépend beaucoup de la façon dont les modèles de technologies sont déployés. Certains modèles sont intégrés ou propriétaires. Ce sont, dans ce cas, les plateformes qui développent leur outil ou des modèles externalisés faisant intervenir les tiers, les difficultés principales étant d'éviter que les ayants droit se trouvent face à une multiplicité de systèmes d'empreintes qui les conduiraient à en générer trop. Il existe des solutions de guichet unique, en

particulier le dispositif proposé par l'ALPA aux producteurs audiovisuels.

L'évaluation de la finesse des outils de reconnaissance pose d'abord la question du risque de faux positifs, qui, en ce qui concerne les outils aujourd'hui déployés, est apparue à la mission comme largement surmonté, ce qui rejoint ce qui vient d'être dit en ce qui concerne la robustesse des outils. La finesse de la reconnaissance, dans la mesure où elle doit permettre de préserver les usages légitimes, rejoint également la question de la mise en œuvre des exceptions, notamment de citation ou de parodie. Les outils de reconnaissance peuvent être, dans une certaine mesure, paramétrés pour prendre en compte une partie de ces préoccupations, notamment par le biais de la durée et de la proportion de contenu repris en ce qui concerne la citation. En matière de parodie, la reconnaissance est particulièrement complexe. On pourrait commencer par envisager à l'avenir d'utiliser les systèmes d'empreintes, s'ils venaient à identifier tant le son que l'image, de manière à distinguer les cas où ils diffèrent, ce qui pourrait donner une première indication sur la nature du contenu. Globalement, l'approche nécessairement quantitative et a priori des outils de reconnaissance reste cependant très différente de l'appréciation au cas par cas, fine, parfois complexe, qui définit le raisonnement juridique en matière d'exception. C'est pourquoi les règles aujourd'hui fixées par les ayants droit dans la définition des règles de gestion (en particulier la présence autorisée d'une certaine durée de contenus) joue de fait un rôle très important pour assurer la mise en œuvre des exceptions.

Une étude a également été conduite auprès des utilisateurs pour déterminer les cas dans lesquels ils avaient vu leur contenu bloqués ou retirés. Globalement, ils connaissent les règles de droit d'auteur, ont l'habitude de partager des contenus, mais seuls 6% se sont retrouvés dans une situation où leurs contenus étaient bloqués (4% sur l'audio et la vidéo), seule la moitié d'entre eux a contesté ce blocage. Dans 75% des cas, les contenus contestés ont été libérés par les ayants droit. On se trouve donc face à une très faible portion d'utilisateurs qui rencontre des difficultés, ce qui permet de largement relativiser l'argument selon lequel ces technologies entraîneraient d'importants effets de censure.

Jean-Philippe MOCHON rappelle que l'étude, en s'inscrivant dans le contexte de la récente négociation de l'article 17 de la directive européenne sur le droit d'auteur et de sa prochaine mise en œuvre, avait pour objet de remédier aux asymétries d'informations sur ce sujet, qui sont

massives et ont contribué à enflammer les débats.

Jean-Philippe MOCHON se concentre sur la présentation de quelques points emblématiques du rapport.

Le premier est la place centrale des outils existants en matière de reconnaissance des contenus dans la mise en œuvre de l'article 17 et, en particulier pour les contenus audio et vidéo, la place centrale des systèmes d'empreintes. L'histoire de la négociation de la directive fait que les termes sont formulés de manière générale avec les notions de "meilleurs efforts" et d'informations "pertinentes et nécessaires" devant être fournies par les ayants droit. Ces meilleurs efforts s'apprécient évidemment en fonction de l'existant, et donc de l'état de l'art qui vient d'être décrit en matière d'outils de reconnaissance. Le premier message véhiculé par le rapport est donc celui de la faisabilité du dispositif prévu par l'article 17, qui s'inscrit dans une réalité déjà très concrète.

Le deuxième point porte sur la description du mécanisme de l'article 17 et souligne sa flexibilité intrinsèque. L'article 17 n'est pas un dispositif imposant un système d'empreinte généralisé sur toutes les plateformes. C'est une obligation de moyen renforcée imposée aux plateformes si elles veulent bénéficier du mécanisme d'exonération de responsabilité et elle dépend des efforts réalisés, de la fourniture par les ayants droit des informations pertinentes et nécessaires.

Le troisième point permet de souligner que l'article 17 ne conduit pas à imposer des outils qui n'existent pas mais à organiser et encadrer par le droit d'auteur l'usage d'outils existants en apportant des garanties nouvelles en matière de transparence, en matière de règlement des plaintes et des conflits. Il est important de montrer que, pour les usages de partage sur les plateformes, entrer pleinement dans le champ du droit d'auteur c'est évidemment mieux contribuer au renouvellement de la création mais c'est aussi bénéficier d'un certain nombre de garanties définies par le législateur européen.

Le quatrième point porte sur la diversité des solutions possibles. La performance des outils déployés par YouTube et Facebook constitue un sujet important mais le panorama dressé montre une diversité de solutions possibles. Les outils déployés par ces opérateurs ne

représentent pas la seule solution.

Le cinquième point met en exergue le fait que les contenus audio et vidéo ont été un sujet central au moment de la négociation de l'article 17, mais que pour toutes les autres formes de contenus, l'article 17 nécessite un travail. La pleine entrée dans le champ du droit d'auteur répond à un besoin, l'article 17 apporte une réponse juridique et la réponse pratique commence à se définir. Le rapport se penche sur ce sujet concernant les arts visuels, images fixes, l'écrit, y compris les contenus de l'écrit qui relèvent du droit voisin des éditeurs de presse.

Le sixième point est relatif aux équilibres qu'implique l'application effective du droit d'auteur sur les plateformes de partage. C'est une préoccupation du texte qui précise que les usages légitimes des contenus ne doivent pas être affectés et en particulier que les utilisateurs doivent pouvoir se prévaloir des exceptions de citation et de parodie. La conviction de la mission est que le sujet des exceptions peut se traiter à travers le traitement des plaintes et recours, dispositif prévu très précisément par la directive et qui doit en assurer le respect. Plus globalement, il faut être conscient que la démarche voulue par le législateur européen est une démarche d'équilibre, qui doit prêter attention à la fluidité des usages. Cela mérite une vigilance particulière de la part de l'ensemble des parties prenantes.

Le dernier point est un point de méthode. La révolution induite par article 17 se joue au plan national et appelle l'adoption de mesures législatives qui en assureront la transposition, mais elle appelle aussi la définition d'une forme de régulation sur les meilleurs efforts attendus des plateformes. Cette transition se joue aussi au plan européen, le dialogue entre les parties prenantes est déjà ouvert à Bruxelles. Les orientations de la Commission en seront un élément important.

Jean-Philippe MOCHON conclut en indiquant que, pour permettre une discussion détaillée sur les orientations envisagées par le rapport, la mission organisera avant sa remise une réunion ouverte aux membres du Conseil supérieur.

Idzard VAN DER PUYL (Procirep) remercie le CSPLA, l'Hadopi et le CNC pour ce rapport extrêmement détaillé. Il est intimement persuadé que ce rapport est un élément très important qui permettra de dépassionner le débat autour de l'article 17. Il est frappant au niveau des débats du forum de dialogue à Bruxelles que les parties n'aient pas conscience de ce qui est déjà mis

en œuvre aujourd'hui, de façon pragmatique. Il souhaiterait que, à l'issue de cette réunion de débat complémentaire proposée par Jean-Philippe MOCHON, le rapport soit traduit en anglais et présenté au sein du forum de discussions à Bruxelles autour de l'article 17.

David EL SAYEGH (SACEM) tient également à remercier les rédacteurs du rapport. Les outils de reconnaissance peuvent servir à bloquer mais pas uniquement, ils interviennent aussi dans la gestion des contrats, permettant l'identification des œuvres, ce qui constitue un enjeu fondamental compte tenu de la massification des œuvres. Il souligne que, pour apprécier l'efficacité d'un outil, encore faut-il bien comprendre les règles. Le rapport soulève à juste titre qu'aujourd'hui, les règles ne sont pas transparentes et peu claires. Par ailleurs, la situation pour les titulaires de droit est loin d'être satisfaisante concernant l'identification des contenus. La SACEM a constaté, sur une période récente, que le taux d'erreur était à plus de 60% sur une question simple: qu'est-ce qu'un contenu musical ou non musical, ce qui a un impact déterminant sur la rémunération puisque les contenus musicaux ne sont pas rémunérés de la même manière que les contenus non musicaux. Il est donc essentiel d'avancer sur l'identification des œuvres.

Hervé RONY (SCAM) remercie la mission de cet état des lieux et souligne sa vertu pédagogique. Il se félicite de l'idée de pouvoir traduire cette étude en anglais et de la diffuser à Bruxelles dans le cadre du dialogue sur l'application et la transposition de l'article 17. Il revient sur le fait que l'identification internationale des œuvres est essentielle, notamment le numéro ISAN. Néanmoins, et malgré les contraintes que le CNC fait peser, le numéro ISAN n'est pas suffisamment développé. La SCAM souhaiterait que la loi rende plus contraignante la position de ces numéros d'enregistrement d'œuvres, ce qui mériterait une réflexion supplémentaire.

Giuseppe DI MARTINO (ASIC) souligne la qualité du travail effectué et des échanges mais regrette que le rapport intervienne plus de douze ans après la mise en place du *fingerprinting* en France. Il souligne que la transparence dans l'accès au répertoire des œuvres des OGC aiderait également les plateformes.

Olivier JAPIOT rappelle alors qu'il a lui-même contribué à un rapport sur le sujet il y a trois ans.

Jean-Philippe MOCHON reconnaît que l'objectif du rapport était bien d'identifier les problèmes, les sujets sur lesquels il faut travailler. Il est vrai que les questions de transparence sont essentielles, il souhaite continuer un échange sur le sujet. Une traduction du rapport est prévue et sera réalisée par l'Hadopi. L'objectif est que le rapport constitue une contribution portée sur

la scène européenne.

Le Président remercie l'Hadopi de sa proposition de traduire le rapport et rappelle que, de même que le rapport de 2016 visait à alimenter les travaux de l'Union européenne, l'idée est que ce rapport alimente les lignes directrices, les réflexions du Parlement européen et, le moment venu, les réflexions de l'ARCOM dans leur mise en œuvre. Il remercie les rapporteurs du travail réalisé. Il indique qu'il serait intéressant qu'un travail de suivi du rapport soit réalisé. Il annonce qu'une réunion sera organisée pour permettre à ceux qui sont intéressés d'aller plus dans le détail.

IX. PRESENTATION DU RAPPORT SUR LES SERVICES AUTOMATISES DE REFERENCEMENT D'IMAGES SUR INTERNET

Pierre SIRINELLI rappelle au préalable que la mission consistait à se pencher sur les articles L. 136-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle issus de la loi du 7 juillet 2016, texte demeuré sans application concrète à ce jour. Cette loi avait mis en place un système de gestion collective obligatoire à propos des services de référencement d'images. La construction législative reposait sur un double constat : d'une part, ces services mettent en œuvre le droit d'auteur par des actes de reproduction et/ou de communication au public et, d'autre part, ces services ne peuvent bénéficier des textes dérogatoires au droit commun mis en place par la directive 2000/21 relative au commerce électronique car il ne s'agit pas d'activité de *caching* ni d'activité d'hébergement en raison du rôle actif qu'ils accomplissent. Fort de ces observations, le Parlement avait voté à la quasi-unanimité un texte énonçant que le droit d'auteur était opposable à ces services.

L'objectif poursuivi était clair et double. Il s'agissait, d'une part, de simplifier la vie des moteurs de recherche par la mise en place d'un système de gestion collective obligatoire en leur permettant de recueillir assez facilement les séries d'autorisations nécessaires et très vastes en raison des millions d'images présentes et, d'autre part, de permettre aux auteurs de toucher une juste rémunération pour l'utilisation de leurs oeuvres. Ces objectifs étaient louables mais la loi souffrait d'une malfaçon législative ce qui explique vraisemblablement qu'elle soit restée inefficace en absence de décret du Conseil d'Etat.

Il a donc été demandé à la mission de revoir cette construction et de proposer une nouvelle

écriture du texte pour permettre la réalisation de ces deux objectifs.

Or, depuis 2016, les normes européennes ont évolué, et il a semblé possible, à l'issue des nombreux entretiens réalisés - Pierre SIRINELLI remercie à ce titre les membres du CSPLA et les personnes extérieures, plus nombreuses - d'envisager de substituer au système de gestion collective obligatoire, qui était la solution originelle, un système de licence collective étendue, qui est une option autorisée par l'article 12 (« *Octroi de licences collectives ayant un effet étendu* ») de la directive 2019/790, du 17 avril 2019, sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (DAMUN).

Au terme de cette approche, il ne devrait plus exister d'obstacle à la mise en œuvre effective des deux objectifs susvisés.

Sarah DORMONT explique alors les griefs faits à l'ancien système puis le mécanisme de la licence collective étendue.

Le problème posé en 2016 était le suivant : parallèlement à l'adoption de la loi liberté et création et à la volonté du législateur de passer par un système de gestion collective obligatoire pour le référencement des images, la CJUE a censuré en 2016 par l'arrêt *Soulier et Doke* les dispositions françaises sur les œuvres indisponibles, une autre législation, qui reposait sur un mécanisme similaire. Il est probable que cette censure explique qu'aucun décret n'ait été pris pour mettre en œuvre le référencement automatique d'images, le pouvoir réglementaire craignant que cette loi ne soit devenue incompatible avec la jurisprudence de la CJUE. Dès lors, sur le fondement du respect du consentement préalable des auteurs, rappelé dans l'arrêt, le système pour améliorer la situation des auteurs en matière de référencement d'images a été paralysé.

Dans ce contexte, il a fallu trouver un système alternatif, sachant que pour régler la question de l'utilisation des œuvres par les moteurs de recherche, le recours au contrat individuel n'est pas réaliste, et la gestion collective classique présente elle-même des limites, car la conclusion d'un accord entre un moteur de recherche et un OGC ne permet que l'utilisation des œuvres du répertoire de l'organisme. Or, le système du référencement ne permet pas de prévoir quelles œuvres seront utilisées puisque les images d'œuvres sont référencées en fonction des requêtes

des internautes.

Le mécanisme prévu à l'article 12 de la directive DAMUN sur les licences collectives ayant un effet étendu, inspiré par une pratique des pays du Nord et de l'Est de l'Europe, est apparu comme la solution. En effet, la directive envisage les licences étendues pour régler des situations dans lesquelles il est improbable qu'une transaction soit conclue en raison des circonstances. Cela renvoie à une défaillance du marché.

Le mécanisme consiste pour un organisme de gestion collective à conclure un accord avec un utilisateur pour l'utilisation des œuvres de son répertoire puis, dans un second temps, à étendre l'effet de l'accord aux œuvres de même nature mais d'ayants droit qui ne sont pas membres de l'organisme, ce qui permet de couvrir l'utilisation de l'ensemble des œuvres. Le mécanisme est donc intéressant pour les utilisateurs car il sécurise leur situation et répond à une situation dans laquelle le périmètre des œuvres utilisé n'est pas déterminable en amont.

L'article 12 pose toutefois un certain nombre de conditions. Ainsi, le mécanisme ne peut concerner que des domaines définis. Il semble que l'hypothèse du référencement automatique d'images par le moteur de recherche remplisse cette condition. L'organisme de gestion collective doit être au départ suffisamment représentatif et devra traiter de manière égale tous les ayants droit. Il doit recevoir un agrément spécifique.

Par ailleurs, pour répondre aux griefs de la jurisprudence de la CJUE, comme l'extension de l'accord a pour effet de permettre l'utilisation d'œuvres d'ayants droit n'ayant pas expressément donné leur accord, l'article 12 pose une double condition permettant d'encadrer le consentement. Tout d'abord, l'organisme de gestion collective qui veut étendre l'accord doit en amont procéder à des mesures de publicité pour informer les ayants droit de l'existence du système de licence étendue ainsi que de la possibilité d'en sortir. Cette obligation est complétée en aval par un système d'*opt-out* qui doit, selon la directive, être facile et effectif, afin de permettre aux ayants droit non membres de sortir de l'accord étendu.

En considération de ces principes, la mission propose une modification des articles L. 136-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Pierre SIRINELLI souligne que le grief formulé à l'ancien système n'était pas celui d'inciter les

moteurs de recherche à payer les ayants droit mais celui de méconnaître les intérêts des auteurs. Il s'agissait donc pour la Mission, pour atteindre l'objectif proclamé par le Législateur, de trouver une construction juridique qui respecte la volonté des auteurs.

Le texte présenté est structuré en cinq articles. Le premier article est un texte de définition. C'est seulement à cette occasion qu'est conservée l'ancienne rédaction issue de la loi de 2016. La mission s'est contentée d'ajouter un terme, « technique », pour souligner qu'il s'agissait, là, d'une simple description des activités des personnes concernées par le texte et non d'une analyse juridique. Pierre SIRINELLI remercie ici les prestataires techniques entendus d'avoir présenté leurs moteurs de recherche, notamment Qwant et Google.

Le texte suivant (article L. 136-2) énonce une solution juridique en proclamant l'opposabilité du droit d'auteur à ces prestataires techniques et en tire les conséquences. Le premier alinéa dispose que si le prestataire accomplit soit un acte de communication au public soit un acte de reproduction, alors il met en œuvre le droit d'auteur. Les dispositions suivantes dressent les conséquences. Le deuxième alinéa prévoit ainsi qu'une autorisation est nécessaire moyennant, si l'ayant droit le souhaite, une rémunération ; le texte prenant soin de préciser l'assiette de la rémunération. Sont compris dans cette assiette aussi bien les revenus issus de l'exploitation commerciale que d'autres revenus tirés notamment de la publicité. Le troisième alinéa explique l'exercice du droit : il s'agit d'un système de gestion volontaire qui peut prendre la forme d'un contrat de gré à gré ou d'une gestion collective volontaire. L'alinéa 4 est une nouveauté en droit français et explique la possibilité d'un recours à la licence collective étendue. C'est la simple transposition de l'article 12 de la directive 2019/790.

Le troisième alinéa pose ce que la directive impose en termes de garanties dont doivent bénéficier les auteurs. Ces dernières ont été précédemment mentionnées par Sarah DORMONT. En ce qui concerne le consentement, il faut que des mesures de publicité soient prises pour que tous les auteurs concernés puissent en être avertis (reprise stricte de l'article 12). L'exigence de publicité peut faire l'objet de mesures générales et l'information n'a pas à être adressée aux auteurs individuellement. Une fois que l'information est réputée parvenue à destination des auteurs, ces derniers bénéficient d'un droit de retrait (*opt-out*) qui permet de garantir la réalité du consentement.

Pierre SIRINELLI pense qu'il est possible— et c'est une différence avec la précédente solution

mise en place, système de gestion collective obligatoire - que certains auteurs, tels que les auteurs de *creative commons* par exemple, ne souhaiteront pas bénéficier de la construction nouvelle, . D'aucuns n'aspireront pas être rémunérés tandis que d'autres peuvent préférer la conclusion d'accords de gré à gré. Il est donc loisible à tous ces auteurs de faire le choix de sortir du système de la licence étendue (*opt-out*).

Le reste du texte proposé constitue une reprise presque mot à mot des exigences de l'article 12 de la directive européenne 2019/790. Ainsi, l'article L. 136-4 prévoit selon quelles modalités l'habilitation sera donnée à l'OGC. En outre, l'article L. 136-5 s'intéresse à l'office des différentes personnes concernées, organismes de gestion collective et moteurs de recherche. L'organisme de gestion collective est tenu d'assurer une égalité de traitement. Les auteurs membres ne doivent pas être mieux traités que ceux qui sont touchés par l'extension. Le prestataire technique a, quant à lui, l'obligation de donner à l'organisme de gestion collective des informations sur l'utilisation de l'œuvre afin de permettre la rémunération des auteurs.

Pierre SIRINELLI attire l'attention des membres du CSPLA sur le fait qu'une proposition ne figure pas dans le texte qui leur est proposé car elle est parvenue *a posteriori* aux auteurs de la mission. Elle porte sur la création d'un service de médiation afin d'inciter les prestataires techniques à passer un accord ou à analyser l'économie véritable de l'accord. Pierre SIRINELLI indique que la proposition figure non pas dans le projet de texte mais dans le rapport car elle vient de différents ayants droit.

Pierre SIRINELLI conclut en expliquant que les prestataires techniques rencontrés peuvent être divisés en deux camps : ceux qui présentent un fort intérêt pour le système et ont d'ores et déjà annoncé qu'ils passeraient des accords (Qwant) ; Et ceux qui se sont montrés moins enthousiastes à l'idée de passer un accord.

Le Président remercie les rapporteurs de la mission et ouvre le débat.

Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP) félicite les rapporteurs de la mission car elle rappelle que les délais étaient très contraints. Elle rappelle qu'il s'agit d'un sujet très attendu et très important pour les artistes auteurs représentés par l'ADAGP. Elle souscrit aux analyses juridiques réalisées par la mission : les prestataires techniques ne sont pas des hébergeurs et n'entrent pas dans les exonérations de responsabilité de la directive commerce électronique. En

ce qui concerne la proposition législative, il y a eu une volonté politique très forte du législateur il y a plusieurs années qui a été stoppée par la décision de la CJUE. La proposition de Pierre SIRINELLI et de Sarah DORMONT permet de répondre à la nécessité de prendre acte des règles de droit décidées par la CJUE et d'être très pragmatiques pour permettre son fonctionnement. Marie-Anne FERRY-FALL rappelle que le sujet est ancien et a été abordé dès 2008 dans le cadre du CSPLA, mais n'a pas forcément été entendu par les ministres dans un premier temps, mais a été entendu par Françoise NYSSSEN la première à l'occasion d'un colloque en 2017 et puis par le ministre actuel Franck RIESTER, qu'elle remercie. Elle interroge le ministère sur la suite de ces travaux et la manière dont ils vont s'inscrire dans le projet de loi audiovisuel.

Olivier BRILLANCEAU (SAIF) souhaite remercier vivement la mission pour ses analyses très claires et les propositions qui en découlent qui sont équilibrés et opérationnelles. L'analyse juridique a clarifié la situation au regard de la directive e-commerce, et par rapport à la jurisprudence européenne sur les hyperliens. La proposition a le mérite de valider le recours indispensable à la gestion collective. La loi "liberté de la création" prévoyait un système de gestion collective obligatoire qui a montré quelques failles dans le cadre de la jurisprudence européenne mais il semble que le système de licence collective étendue issu de l'article 12 de la nouvelle directive montre sa parfaite adaptation, ce dont la et SAIF se félicite. Olivier BRILLANCEAU ajoute que la SAIF faisait partie des organismes qui ont communiqué après la première réunion une proposition qui envisageait une médiation car un système de licence étendue suppose qu'il y ait un premier accord de licence à étendre, ce qui n'est pas toujours simple même si le cadre juridique est nettement clarifié. La proposition figure en annexe du rapport. Il souhaite également obtenir des informations sur la suite et le processus d'intégration des propositions dans la loi audiovisuel.

Carole GUERNALEC (CSDEM) souhaite savoir comment doit procéder un auteur qui a choisi de ne pas adhérer au système de la licence collective étendue et change d'avis par la suite s'il n'a pas réussi à conclure un accord avec un l'OGC.

Pierre SIRINELLI répond qu'il faudra que l'OGC puisse renégocier pour que la rémunération soit elle-même plus importante.

Marie-Anne FERRY FALL explique que dans le cadre de contrats globaux, l'économie du contrat peut changer en fonction des individus qui « optent-in » ou « optent-out ». Au quotidien, les OGC sont habitués à gérer des adhésions ou des démissions.

Carole GUERNALEC souhaite savoir auprès de qui doit se manifester l'ayant droit qui, après avoir reçu la publicité relative au système des licences étendues et émis le souhait de ne pas adhérer à ce système, souhaite finalement intégrer le système de la licence étendue.

Selon Pierre SIRINELLI, il doit juste se manifester auprès de l'OGC.

Idzard VAN DER PUYL remarque que lorsque la proposition de texte avait été présentée il y a quelques semaines, avait été évoquée l'idée d'harmoniser certaines rédactions. Il mentionne notamment l'emploi des termes « droit de communication au public » puis, concernant les dispositions sur OGC, « droit de représentation ». Il souhaite savoir pourquoi cette idée a été abandonnée. L'autre point concerne la situation de certains titulaires de droit par rapport à ce régime. Il est fait mention des auteurs et ayants droits, plus des titulaires de droit. *Quid* des cessionnaires de droit d'auteur, des titulaires de droit voisin? Comment le texte s'articule-t-il avec le droit voisin des éditeurs de presse? Y-a-il des phénomènes de recoupement? N'aurait-il pas mieux valu conserver la rédaction initiale qui parlait d'objets protégés et pas seulement d'œuvres?

Idzard VAN DER PUYL souligne, en outre, la nécessité de clarifier les effets de l'*opt-out*. En effet, il s'agit bien d'un dispositif juridique qui prévoit l'application par principe du droit d'auteur. Les auteurs qui exercent l'*opt-out* reprennent donc leur liberté de négociation, d'autorisation, à titre gratuit ou contre rémunération, ou éventuellement interdiction. Idzard VAN DER PUYL n'est pas convaincu par la possibilité pour l'ayant droit de revenir dans le mécanisme d'*opt-in* sans adhérer à l'OGC. Il estime qu'une fois que l'*opt-out* a été exprimé, l'adhésion au système de licence étendue doit passer par l'adhésion à l'OGC.

David EL SAYEGH estime que deux points mériteraient d'être clarifiés. En ce qui concerne l'imputabilité d'un acte de communication au public, il pose la question de savoir si, à l'aune de la jurisprudence, on est bien en présence d'un acte de communication au public. En ce qui concerne le régime de responsabilité, il s'interroge sur le fait de savoir si les moteurs de recherche dans ce cas cela relèveraient de l'article 17 ou d'un autre régime. Il partage le point de vue de l'ADAGP sur le fait que la jurisprudence considère indument qu'ils peuvent se retrancher derrière le statut d'hébergeur, mais néanmoins la jurisprudence existe. La troisième question porte sur la solution proposée par la mission. L'article 12 n'existe aujourd'hui que pour des exploitations mono-territoriales. Or, par principe, la diffusion d'un moteur de recherche est multi-territoriale. Se pose donc la question de savoir comment concilier la dimension mono-territoriale de l'article 12 avec l'exploitation multi-territoriale des moteurs de recherche et

comment gérer le caractère étendu quand on va au-delà de notre territoire. Cela peut conduire à des enchevêtrements de licences collectives étendues.

Pierre SIRINELLI rappelle que certaines questions techniques ont été évoquées lors des réunions préparatoires.

En ce qui concerne la terminologie « droit de représentation »/ « droit de communication au public », Pierre SIRINELLI explique que les Français parlent de représentation mais les textes européens parlent de communication au public. Lorsque le terme « communication au public » est conservé, c'est au sens technique de communication au public en tant qu'élément d'un ensemble « droit de représentation ». L'emploi des différentes terminologies peut être amélioré mais il faut éviter les effets de bord préjudiciables en harmonisant.

En ce qui concerne les termes « objets protégés », la question s'était posée de savoir s'il ne fallait pas écrire un texte couvrant à la fois les droits d'auteur et les droits voisins. Or, l'étude de l'objet étant les "images", les œuvres de plasticiens, faisait référence au champ du droit d'auteur qui et non à celui du droit voisin. Le rapport aurait pu évoquer les objets protégés car certains Etats retiennent qu'une photo non originale peut être protégée par un droit voisin, mais ce n'est pas le cas de la France. Cela posait un inconvénient et les auteurs du rapport ont préféré éviter de créer une confusion sur des questions aujourd'hui très débattues. Parler d'objet protégé renvoie à l'idée d'un droit voisin, on songe au nouveau droit voisin des éditeurs de presse. Or, dans ce droit, il y a aussi des photos. Cette crainte rejoint la crainte de chevauchement évoquée par David EL SAYEGH. Les auteurs du rapport voulaient éviter une double rémunération, au titre du droit d'auteur pour œuvres photo et au titre du droit voisin des éditeurs de presse.

Sur le fait de savoir s'il s'agit bien d'un acte de communication, Pierre SIRINELLI indique que le législateur s'est déjà prononcé sur cette question et qu'il appartient au juge d'en décider. Dans le nouveau texte, il ne s'agit pas d'envisager des hypothèses d'actes de reproduction et de communication, il suffit que l'un des deux soit présent. Si la question de David EL SAYEGH consiste à savoir s'il s'agit simplement de la mise en œuvre d'un hyperlien, la réponse est non. Il y a mise en œuvre de la technique de l'hyperlien qui conduit sur le site de la photographie et à un acte de représentation, de communication au public, dans l'affichage, qui est également un acte de reproduction. Pierre SIRINELLI doute que l'on puisse être en présence d'une hypothèse où il n'y aura ni l'un ni l'autre.

Le Président Olivier JAPIOT s'associe aux remerciements qui ont été formulés et laisse la parole à Alban de NERVAUX pour évoquer les suites de la mission.

Alban de NERVAUX ajoute aux remerciements exprimés aux auteurs pour la qualité du travail et rappelle que cela répond à une commande politique compte tenu de l'expression du ministre sur ce sujet. Les travaux vont être portés à la connaissance du cabinet pour qu'ils puissent être utilisés dans le cadre du projet de loi audiovisuel. Des opportunités se présenteront certainement dans le cadre des travaux parlementaires.

Le Président explique que, compte tenu de l'heure, les points d'étape de Jean MARTIN sur la mission Réalité virtuelle et réalité augmentée et de Josée-Anne BENAZERAF et Valérie BARTHEZ sur la mission Preuve de l'originalité prendront une forme écrite publiée sur la lettre d'information en janvier.

Olivier BRILLANCEAU (SAIF) demande s'il y a du nouveau concernant le calendrier de la mission sur l'originalité ou des difficultés particulières.

Josée-Anne BENAZERAF explique que depuis la présentation des conclusions provisoires dans le cadre de la dernière séance plénière, Valérie BARTHEZ et elles-mêmes ont été informées par la Chancellerie que certains magistrats n'étaient pas favorables à la solution préconisée. Elles ont donc réfléchi à une solution de compromis, et souhaiteraient organiser une réunion avec les membres intéressés. Elles envisagent de soumettre une proposition permettant d'aboutir à un résultat comparable avec les précédentes conclusions mais avec une opposition moins frontale.

Olivier JAPIOT remercie l'ensemble du Conseil et lève la séance.