

N° 424398 Société Molotov  
N° 425595 Société Archos

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambre réunies

Séance du 13 novembre 2019  
Lecture du 27 novembre 2019

## CONCLUSIONS

**Mme Anne ILJIC, rapporteure publique**

Le régime de la copie privée, et en particulier le mécanisme de compensation financière dont il est assorti depuis la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, a donné lieu dans votre prétoire à un nombre si important d’annulations qu’il ne nous paraît pas utile aujourd’hui de nous attarder trop longuement sur sa présentation.

Il suffit de rappeler que l’exception de copie privée que connaissent plusieurs pays européens et qui est prévue en France aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle, est depuis plusieurs années maintenant encadrée par l’article 5§2 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects des droits d’auteurs et des droits voisins dans la société de l’information, qui autorise une telle dérogation au consentement des titulaires de droits d’auteur ou droits voisins à la reproduction de leurs œuvres à condition qu’ils bénéficient à ce titre d’une « *compensation équitable* », notion dont la Cour de justice a précisé qu’elle devait être interprétée de manière uniforme dans tous les Etats membres et devait se traduire par une indemnisation directement liée au préjudice causé aux titulaires de droits en raison de la réalisation de copies privées (CJUE, 21 octobre 2010, *Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y de Editores de España*, C-467/08 ; rappelé par CJUE, 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi*, C-463/12).

La détermination du barème de cette compensation forfaitaire, improprement baptisée par le code de la propriété intellectuelle « *rémunération pour copie privée* », qui ne revêt pas de caractère fiscal (6 février 2004, *Simavelec*, n° 250560, ccl. M.-H. Mitjavile, inédite), doit tenir compte du type de support ou de la durée ou de la capacité d’enregistrement qu’il permet, ainsi que de l’usage de chaque type de support, apprécié sur le fondement d’enquêtes (article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle). La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 ayant inclus dans le champ de la rémunération pour copie privée les services de reproduction à usage privé d’œuvres par voie d’accès à distance lorsque la reproduction est demandée par la personne physique avant la diffusion du programme ou au cours de celui-ci pour la partie restante (2<sup>e</sup> alinéa de l’article L. 311-4), le texte prévoit qu’outre les usages, il doit être tenu compte dans ce cas du nombre d’utilisateurs du service de stockage proposé par l’éditeur ou le distributeur.

La tâche d'identification des appareils, supports ou services frappés par la compensation et d'élaboration de son barème incombe en France à la commission tripartite prévue à l'article L. 311-5 du code, présidée par un représentant de l'Etat et composée en outre, pour moitié, de représentants des bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart, de représentants des fabricants et importateurs de supports soumis à cette dernière, et, pour le dernier quart, de représentants des consommateurs. Y siègent aussi, mais seulement avec voix consultative, des représentants des ministres en charge de la culture, de l'industrie et de la consommation.

La présence de représentants du secteur de l'industrie s'explique comme vous le savez par le fait que, pour des raisons de simplicité, c'est le fabricant, l'importateur, la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, ou l'éditeur ou le distributeur d'un service de reproduction audiovisuelle à distance d'œuvres qui doit verser la compensation (voyez les deux premiers alinéas de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle), ce mécanisme étant admis par la Cour de justice (voyez son arrêt *Padawan SL*, précité, § 46 à 49)<sup>1</sup>. Même si la logique voudrait que ce soit le consommateur final qui en supporte la charge économique via une répercussion sur les prix, cette particularité explique que ce soit de ces fabricants et importateurs de supports, ou des éditeurs ou distributeurs de services de reproduction d'œuvres qu'émane systématiquement la contestation des décisions prises par la commission pour la rémunération de la copie privée.

Force est de constater que ces derniers ont jusqu'à présent connu dans cette entreprise un certain succès, puisqu'après avoir annulé quatre de ces décisions (n°s 7,8, 9 et 10) pour n'avoir pas exclu de l'assiette de la rémunération, qui a pour seul objet de compenser la perte de revenus liées à la reproduction à usage privé d'œuvres à partir de sources licites, les reproductions illicites réalisées à partir des supports concernés (11 juillet 2008, *Simavelec*, n° 298779, p. 263 ccl. C. Vérot ; 17 décembre 2010, *SFIB et autres*, n° 310195, T. pp. 637-769-909-927, ccl. S.-J. Liéber ; 17 décembre 2010, *SFIB et autres*, n° 314308, inédite, ccl. S.-J. Liéber ; 17 décembre 2010, *SFIB et autres*, n° 315832, inédite, ccl. S.-J. Liéber ; et, confirmant la pertinence de cette distinction, CJUE, 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c/ Stichting de Thuiskopie et Stitching Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*, § 20 et suivants), vous en avez annulé deux autres (n°11 et n°13), en application de la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt *Padawan SL*, précité, complété par CJUE, 11 juillet 2013, *Amazon.com International Sales. Inc. et autres c/ Austro-Mechana Gesellschaft*), pour n'avoir pas non plus exclu les supports manifestement réservés à autre chose qu'à la réalisation de copies à usage privé, ou du moins prévu de possibilité de remboursement effective en cas d'usage professionnel (17 juin 2011, n° 324816 et s., *Canal + Distribution et autres*, p. 296, ccl. D. Hedary ; 25 juin 2014, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information et autres*, n° 347914 et a., ccl. E. Crépey, inédite).

---

<sup>1</sup> La mise à disposition des utilisateurs d'appareils permettant d'effectuer des reproductions d'œuvre à des fins privées suffit à établir un lien entre la rémunération pour copie privée et l'usage de ces appareils y compris lorsqu'ils ne sont pas effectivement utilisés à des fins de reproduction dès lors qu'elle suppose qu'ils puissent être utilisés dans la plénitude de leurs fonctions.

Rompant avec le cycle infernal des annulations que vous aviez prononcées jusque-là, vous avez en revanche rejeté les recours formés contre les décisions n° 14 et n° 15 de la commission soumettant à la rémunération pour copie privée les tablettes tactiles multimédia et réactualisant, pour tirer les conséquences des annulations précédentes, les barèmes applicables à une douzaine de supports (19 novembre 2014, n°s 358734 et s., *Société Research in motion*, ccl. E. Crépey ; 19 novembre 2014, n° 366322 et a., *Société Canal + et autres*, ccl. E. Crépey).

La société Molotov, sous le n° 424398, et la société Archos, sous le n° 425595, vous demandent aujourd'hui respectivement l'annulation des décisions n°s 17 et 18 de la commission pour la rémunération de la copie privée.

\*

Nous commencerons par l'examen du recours dirigé contre la décision n°17, datée du 3 juillet 2018, revoyant à la hausse le barème de la compensation due au titre des services d'enregistreurs audiovisuels personnels en réseau (*Network personal video recorder* ou NDVP), inclus, nous vous l'avons dit, dans le champ de la rémunération pour copie privée par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016.

Ce barème avait d'abord été fixé par référence à celui prévu pour les box et décodeurs par la décision n° 16 du 19 juin 2017, élaborée sans étude d'usage, comme le permet, à titre provisoire, le quatrième alinéa de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle. La validité de cette décision expirait le 1<sup>er</sup> août 2018, imposant à la commission de mener une telle étude pour fixer le barème définitif.

Or, il se trouve que l'enquête menée courant 2018 par l'institut Médiamétrie et dont les résultats ont été examinés par la commission lors de sa séance du 13 juin 2018 a mis en évidence l'importance des pratiques de copiage de programmes audiovisuels réalisés à partir d'enregistreurs personnels en réseau, ce qui l'a conduite à augmenter très substantiellement le montant de la rémunération pour copie privée due au titre de ces services, dont le tarif a été fixé par paliers en fonction des capacités de stockage offertes aux usagers (exprimées en gigaoctets ou en heures selon l'équivalence 1 heure = 1 gigaoctet).

Si la société Molotov attaque cette décision, c'est qu'elle est concernée au premier chef : exploitante depuis 2016 d'un service en ligne dit « *over the top* » (OTT) permettant de regarder en direct ou en différé les programmes des différentes chaînes de télévision, elle est assujettie au paiement de la rémunération pour copie privée au titre du service de magnétoscope virtuel dénommé *Bookmark* qu'elle était, du moins à la date de l'étude, la seule à proposer, et qui permettait aux utilisateurs d'enregistrer et de lire des programmes dans un espace virtuel distant, gratuitement jusqu'à 8 gigaoctets ou 8 heures mensuelles et de manière payante au-delà.

La requérante reproche à la décision du 3 juillet 2018 d'avoir doublé le tarif de la rémunération pour copie privée pour les plus petits espaces de stockage, d'une capacité allant jusqu'à 8 heures d'enregistrement vidéo, porté à 21 centimes par mois et par abonné ou

utilisateur contre 10,5 sous l'empire du barème provisoire, et d'avoir significativement augmenté celui applicable espaces de stockage de capacités immédiatement supérieures. Sans attendre l'issue du présent contentieux, cette révision à la hausse des premières tranches du barème la rémunération semble avoir conduit l'intéressée à ne plus réserver l'usage de la fonctionnalité *Bookmark* qu'à ses utilisateurs payants tout en augmentant à 150 h mensuelles minimum les capacités de stockage offertes à ces derniers.

Le moyen de légalité externe ne vous retiendra pas. Si l'article L. 311-5 prévoit que la commission pour la rémunération de la copie privée est composée de manière paritaire, l'article R. 311-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit pour sa part une simple règle de quorum, subordonnant la validité de ses décisions à la présence d'au moins trois quarts de ses membres. Or, contrairement à ce qui soutenu, le respect de cette règle n'est pas subordonné à l'exigence que les membres présents représentent les bénéficiaires de la rémunération, les fabricants et importateurs de supports et les consommateurs dans des proportions reflétant la composition de la commission elle-même (voyez par exemple en ce sens 4<sup>e</sup> SSJS, 14 novembre 2009, *Ministre de l'agriculture et de la pêche c/ M. L...*, n° 309864, citée par Copie France en défense).

Le cœur de la critique porte sur la méthode et l'interprétation des résultats de l'étude menée par Médiamétrie, ainsi que sur l'absence de prise en compte des mesures imposées par plusieurs chaînes de télévision pour restreindre les possibilités d'enregistrement offertes aux utilisateurs.

Vous avez jugé que, pour fixer le montant de la rémunération pour copie privée, la commission prévue à l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle doit apprécier, sur la base des capacités techniques des matériels et de leurs évolutions, le type d'usage qui en est fait par les différents utilisateurs, en recourant à des enquêtes et sondages qu'il lui appartient d'actualiser régulièrement, précisant que si une telle méthode repose nécessairement sur des approximations – peut-être auriez-vous dû parler d'extrapolations - et des généralisations, celles-ci doivent toujours être fondées sur une étude objective des techniques et des comportements et ne peuvent reposer sur des hypothèses ou des équivalences supposées (17 juin 2011, *Canal + Distribution et autres*, n° 324816 et autres, ccl. D. Hedary, dont la formulation a été reprise ensuite dans plusieurs de vos décisions).

L'étude litigieuse a été menée en recourant à un questionnaire adopté par la commission (voir compte-rendu de sa séance du 22 mai 2018), sur une période de quinze jours, du 17 au 31 mai 2018, auprès d'un panel de 327 utilisateurs actifs de la fonctionnalité *Bookmark* de Molotov, dont 75% dans sa version gratuite et 25% de manière payante (voir étude, point 1 « dispositif méthodologique et contexte »). Ce sont donc environ 245 utilisateurs de la version gratuite de la fonctionnalité qui ont été sondés, et non 74 comme le soutient la requérante, qui feint de croire que le panel de 327 personnes sélectionné par Médiamétrie comprenait des utilisateurs ayant simplement déclaré avoir ouvert un compte Molotov, dont il faudrait ensuite retrancher les détenteurs de comptes inactifs, ceux qui n'utiliseraient pas la fonctionnalité *Bookmark*, et, pour la fixation du tarif correspondant à la première tranche du barème (0 à 8h d'enregistrement), ceux qui se seraient abonnés à sa

version payante. Rien ne permet de penser que l'échantillon retenu serait insuffisant ou non représentatif des utilisateurs du service NDPV proposé par la requérante.

Il est vrai que les réponses apportées par les intéressés peuvent sembler au premier abord surprenantes, puisqu'elles font notamment apparaître que des personnes s'étant déclarées utilisatrices de la version gratuite de *Bookmark* ont affirmé disposer en moyenne de 11,8 h d'enregistrements dans leur espace personnel (voir les pages 20 et 21 de l'étude). Médiamétrie a également indiqué « *qu'une proportion non négligeable (environ 1/3 des répondants) citent spontanément un volume horaire ne correspondant pas à un forfait Molotov* ». Mais comme cela a été expliqué lors de l'examen des résultats de l'étude par la commission, ces incohérences concernant les réponses apportées aux questions sur le nombre d'heures enregistrées par les utilisateurs dans leur espace personnel s'expliqueraient par une connaissance encore partielle du service par ses utilisateurs en raison du caractère récent de la fonctionnalité *Bookmark* à la date de l'étude, ainsi que par une confusion entre le nombre d'heures de vidéos stockées à un instant T et le nombre d'heures enregistrées en flux sur une période donnée. Or ce sont les données de flux qui importent pour déterminer les usages des utilisateurs du service en termes de reproduction d'œuvres. Celles-ci figurent de manière très claire en fin d'étude, les personnes interrogées ayant en moyenne enregistré sur les trois derniers mois 7 films, 4,5 téléfilms, 11,1 épisodes de séries TV, 4,9 émissions de divertissement, 4,7 documentaires, 4,4 concerts et 8,5 clips vidéo. Il ressort de la présentation de l'étude faite par le représentant de Copie France lors de la séance de la commission du 13 juin 2018 que ce sont ces données de flux qui ont servi à bâtir la proposition de barème finalement adoptée (voyez les pp. 6 et 7 du PV de cette réunion).

Rien n'indique par ailleurs que la commission n'aurait pas tenu compte des données fournies par la société Molotov, faisant état de 4,5 heures de programmes enregistrés ou « *bookmarkés* » en moyenne par mois. Cet élément a au contraire été expressément relayé par le représentant des ayants-droits lors de cette réunion, et il n'apparaît pas incohérent au regard des données relevées par ailleurs par l'étude Médiamétrie.

Vous pourrez écarter le moyen d'erreur de droit à s'être fondée sur cette étude qui ne fournirait pas selon elle d'analyse objective des techniques et des comportements.

Il est ensuite soutenu que la commission aurait commis une autre erreur de droit et entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas compte des mesures de protection imposées par les chaînes de télévision restreignant les possibilités de copie privée (sur la nature de votre contrôle voyez 25 novembre 2002, *Syndicat des industries de matériaux audiovisuels et autres*, n° 229447, T., ccl. C. Maugüé).

Comme le rappellent les écritures, l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *les éditeurs et distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique* ». Il prévoit aussi la conclusion par les éditeurs d'une convention avec les distributeurs de services d'enregistrement personnels à distance, définissant les fonctionnalités du service de stockage fourni (3<sup>e</sup> alinéa du même article).

Or la société fait valoir que les chaînes de télévision lui ont imposé un certain nombre de mesures de protection, ce que confirme un avis de la Hadopi versé au dossier (n° 2018-1 du 29 octobre 2018). Certaines, mais pas toutes, ont une incidence sur le nombre de copies privées pouvant être réalisées par les utilisateurs de la fonctionnalité *Bookmark*, telles que la limitation à 20 heures des enregistrements des programmes d'un même groupe de chaînes. Elle se prévaut également, par a contrario, de votre décision *SAS Canal + Distribution* du 19 novembre 2014 (n° 366322, précitée), écartant l'absence de prise en compte de certaines mesures de restriction au motif qu'elles n'interdisaient pas la réalisation de copies de sources licites sur les décodeurs enregistreurs mais uniquement leur recopie ou leur transfert sur des supports tiers.

Mais le moyen n'est pas fondé : l'étude d'usage utilisée par la commission a forcément pris en compte les restrictions imposées à la société Molotov puisqu'elle s'est intéressée aux usages effectifs de la fonctionnalité *Bookmark*. L'un des considérants de la décision attaquée fait même état de la nécessité de prendre en considération l'impact éventuel des fonctionnalités négociées entre les éditeurs de programmes et les distributeurs de services d'enregistrement personnel à distance.

La dernière critique est la plus délicate. Elle est tirée de ce que la commission aurait entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation et méconnu le principe d'égalité en soumettant le service d'enregistrement vidéo à distance proposé par Molotov à un barème deux fois supérieur, pour sa première tranche, à celui applicable aux box et décodeurs.

La requérante vous rappelle que la Cour de justice, dans son arrêt *Copydan Bandkopi* du 5 mars 2015 (aff. C-463/12), a jugé que les États membres ne sauraient prévoir des modalités de compensation équitable qui introduiraient une inégalité de traitement injustifiée entre les opérateurs économiques commercialisant des biens comparables visés par l'exception de copie privée ou entre les différentes catégories d'utilisateurs d'objets protégés.

Nous n'avons guère de doute sur le fait que les possibilités d'enregistrement et de stockage sur les supports physiques que constituent les disques durs des box et décodeurs sont comparables à celles offertes par le service de magnétoscope à distance de Molotov. Du point de vue de l'utilisateur, l'expérience est pour ainsi dire identique, à ceci près, comme l'a relevé la commission dans sa décision, que les capacités de stockage offertes ou souscrites peuvent dans le second cas être ajustées en temps réel par le prestataire du service.

Reste que le fait que le service offert soit équivalent n'implique pas que le montant de la rémunération pour copie privée le soit aussi si les usages, eux, sont différents. Autrement dit, c'est une égalité de traitement à usages équivalents qu'il appartient à la commission pour la rémunération de la copie privée d'assurer, sous votre contrôle. Et comme l'avez jugé, le code de la propriété intellectuelle exige que la prise en compte des usages soit faite sur la base d'enquêtes et sondages devant être régulièrement actualisés, sans reposer sur des hypothèses ou sur des équivalences supposées (17 juin 2011, *Canal + Distribution et autres*, précitée).

En l'espèce, les résultats de l'enquête d'usage confiée à Médiamétrie ont conduit la commission à remettre cause le postulat d'une équivalence d'usage entre box et décodeurs d'une part et enregistreurs personnels vidéo à distance sur lequel reposait la fixation du barème provisoire. La décision attaquée précise en son article 2 que la rémunération pour copie privée a été fixée en tenant compte des usages du service proposé par Molotov TV, « par comparaison avec les usages pris en compte lors de la détermination du barème provisoire correspondant à ceux constatés sur les box et décodeurs à disques durs », en valorisant ces usages selon la méthode décrite par sa décision n° 15, qui a, justement, fixé la méthode de calcul de la rémunération pour copie privée due sur ces supports, et en tenant compte de l'incidence de la rémunération sur les services concernés.

La requérante ne conteste pas la formule de calcul elle-même, mais l'interprétation faite par la commission de la comparaison des résultats de l'étude de 2018 de Médiamétrie sur son service *Bookmark* avec les résultats des études menées sur les box et décodeurs. Selon elle, les usages de ses utilisateurs, chiffrés à 7 films de cinéma enregistrés en moyenne sur les 3 derniers mois, soit 14 films de cinéma sur 6 mois, seraient tout à fait comparables à ceux constatés pour les usagers de box et décodeurs par l'étude CSA finalisée en décembre 2017 sur les box et décodeurs, faisant apparaître une moyenne de 15 films copiés en moyenne sur les 6 derniers mois, de sorte que le décrochage du tarif applicable aux usagers de *Bookmark* ne serait pas justifié.

Cette présentation des chiffres par la société Molotov n'est pas tout à fait exacte : l'étude CSA de 2017, dont des extraits sont produits au dossier, fait en effet état d'une moyenne de 15 films et téléfilms (14,7 exactement) enregistrés sur 6 mois par les usagers de box et décodeurs, avec une ambiguïté forte sur le point de savoir si cette moyenne ne concerne que ceux de ces usagers qui enregistrent effectivement des programmes (53% des possesseurs de ces supports), ce qui impliquerait que ce chiffre de 14,7 soit divisé par deux (soit un 7,35 films et téléfilms), ou si elle concerne déjà l'ensemble des détenteurs de box et décodeurs. Mais de toute façon, le nombre de programmes copiés par les usagers du service *Bookmark* est bien supérieur, la société Molotov omettant de prendre en compte les copies de téléfilms : l'étude Médiamétrie fait état de 7 films et 4,5 téléfilms copiés sur les trois derniers mois, soit 23 films et téléfilms copiés en moyenne sur six mois par ses usagers.

Reste que nous sommes très gênée par la démarche consistant à se livrer à une telle comparaison des usages au moyen d'études menées selon des méthodologies différentes, sur des échantillons de taille et de composition différentes et à des dates différentes, et ce alors que les usages en matière numérique évoluent de manière extrêmement rapide. Cette gêne est d'autant plus grande que pour les box et décodeurs, la rémunération pour copie privée est assise sur un support physique (3<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle) alors que la loi de 2016 a prévu, dans le cas des enregistreurs personnels vidéo à distance, qu'elle portait sur le service de reproduction rendu aux usagers (4<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 311-4), point qui a pu avoir une incidence sur la conduite des études respectivement menées sur les box et décodeurs et sur les usages de la fonctionnalité *Bookmark* de Molotov.

Pour autant, nous ne pensons pas que vous deviez faire droit au moyen soulevé par la requérante. Nous vous l'avons dit, du point de vue de l'usager, la copie privée de programmes télévisés sur disque dur physique est comparable à la copie de tels programmes sur disque dur virtuel. Vous vous trouvez donc en présence de biens comparables, pour reprendre les termes employés par la Cour de justice dans son arrêt *Copydan Bandkopi*, ce qui a pu conduire la commission à présumer une équivalence d'usage et à fixer à titre provisoire le barème de la rémunération pour copie privée à un niveau identique à celui applicable aux box et décodeurs. Mais les différences techniques entre ces supports et le service proposé par la requérante justifiaient la conduite d'une étude d'usage distincte, ce qu'elle ne conteste pas. Dès lors que vous admettez ce point, la seule chose qui compte est de savoir si le montant de la rémunération pour copie privée fixée pour le service de magnétoscope à distance qu'elle propose est en lien avec le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de son utilisation, déterminé par extrapolation des résultats de l'étude d'usage. L'égalité de traitement est assurée par le fait que chacun des barèmes fixés par la commission l'a été par des études d'usages menées sur la base d'échantillons pertinents et en suivant une méthodologie exempte d'erreur de droit. Si vous nous suivez, vous écarterez le moyen d'erreur de droit au regard du principe d'égalité et d'erreur manifeste d'appréciation à avoir soumis le service proposé par la société Molotov à un barème significativement plus élevé, pour ses premières tranches, que celui retenu pour les box et décodeurs.

Le moyen tiré de ce que ce barème, en sanctionnant l'innovation, méconnaîtrait le principe de neutralité technologique nous semble également devoir être écarté : à supposer que la société puisse utilement se prévaloir de ce principe ancien régissant le droit des télécommunications (voyez notamment sur ce point les conclusions de X. Domino sur 11 mai 2015, *Société Free*, n° 375482, inédite), le barème retenu ne peut être regardé comme privilégiant une technologie plutôt qu'une autre dès lors que la rémunération pour copie privée est dans tous les cas assise sur les usages constatés.

Nous vous invitons en définitive à rejeter la requête présentée par la société Molotov et à ce que soit mise à sa charge une somme de 3000 euros au titre des frais de procédure, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur la fin de non-recevoir opposée en défense s'agissant de sa capacité pour agir.

\*

Vous en viendrez à l'examen de la requête formée sous le n° 425595 par la société Archos à l'encontre de la décision n°18 du 5 septembre 2018, par laquelle la commission a réactualisé les barèmes applicables à plusieurs familles de support, dont les tablettes tactiles avec fonction baladeur, et assujetti à la rémunération pour copie privée la sous-famille de ces tablettes que sont les tablettes PC sans clavier ou avec clavier détachable, mais non attaché.

Depuis 2011, étaient seulement concernées les tablettes tactiles dites média, équipées de systèmes d'exploitation pour terminaux mobiles ou de systèmes d'exploitation propres, celles équipées de systèmes d'exploitation Windows ou Linux étant considérées comme de mini PC, destinées essentiellement à un usage professionnel et à ce titre exclues du champ de la rémunération pour copie privée. Vous avez admis qu'une telle distinction était exempte

d'erreur manifeste d'appréciation par votre décision *Sté Research in motion et autres* du 19 novembre 2014 (n°s 358734 et s., ccl. E. Crépey, précitée).

Mais les études d'usages menées par l'institut CSA en décembre 2017 sur ces deux sous-familles de tablettes tactiles ont mis en évidence une convergence des usages, ce qui a conduit la commission, au terme de nombreux débats en séances plénières et en groupes de travail, à abandonner le critère initialement retenu du système d'exploitation pour celui lié à l'absence ou au caractère détachable du clavier, permettant de distinguer les tablettes tactiles multimédias avec fonction baladeur des ordinateurs proprement dits, dont le clavier est au contraire attaché. C'est donc désormais l'ensemble des tablettes tactiles qui est assujéti à la rémunération pour copie privée, selon un même barème fonction des capacités d'enregistrement de ces supports.

L'évolution des technologies et des usages numériques est telle que l'on peut mettre en doute la persistance d'une différence de traitement entre tablettes tactiles multimédias et ordinateurs, en particulier lorsqu'ils sont portables, reposant sur le postulat que les seconds seraient principalement destinés à un usage professionnel quand les premières seraient dédiées aux loisirs. Sans doute reste-t-il encore quelque chose aujourd'hui de la volonté historique de ne pas freiner l'équipement des ménages en ordinateurs.

La société Archos, requérante, en fait l'un de ses principaux axes de contestation, voyant là une rupture du principe d'égalité introduisant une distorsion de concurrence entre opérateurs économiques. Il faut dire que cette société française qui s'est fait connaître dans les années 2000 pour ses baladeurs MP3 semble désormais équiper ses tablettes tactiles, qui fonctionnaient initialement sous Android, d'un système d'exploitation mixte, utilisable à la fois dans l'univers fixe et mobile. Par assimilation aux ordinateurs, elle voudrait y voir matière à exclusion du champ de la rémunération pour copie privée, mais Copie France n'est pas de cet avis, ce qui a donné lieu à un contentieux toujours en cours devant le juge judiciaire. On comprend dans ce contexte que la requérante voie d'un fort mauvais œil l'assujétissement à la rémunération pour copie privée des tablettes PC, et vous demande l'annulation des articles 2 et 6 de la décision du 5 septembre 2018, divisibles du reste de ses dispositions, prévoyant respectivement le principe de l'assujétissement à la rémunération pour copie privée de ces tablettes et le barème applicable à ces dernières.

Mais faut-il voir dans le fait que la distinction entre tablettes et ordinateurs portables ne convainc plus guère (voyez en ce sens le rapport d'information n° 2978 du 15 juillet 2015 déposé par M. Rogemont, député en conclusion des travaux de la mission sur le bilan et les perspectives de trente ans de copie privée) une cause d'illégalité de la décision attaquée ?

Tout en faisant valoir que l'étude des usages de copie privée au moyen d'ordinateurs est inscrit au programme de travail que s'est fixé la commission d'ici 2021, le ministre et Copie France mettent en avant en défense la destination « notoirement professionnelle » des ordinateurs et indiquent que c'est en général l'acte de téléchargement initial d'une œuvre dans le cadre d'un acte d'acquisition légal qui s'opère sur un ordinateur, cet acte relevant de l'autorisation expresse du titulaire des droits, à la différence des copies subséquentes sur d'autres supports, qui constituent des actes de copie privée.

De telles affirmations mériteraient sans doute d'être étayées par des données récentes, mais il faut à nos yeux vous en tenir au fait que les études d'usages menées par l'institut CSA en décembre 2017 ont mis en évidence des pratiques de copie privée par les détenteurs de tablettes PC comparables à celles constatées pour les détenteurs de tablettes média, justifiant leur assujettissement à la rémunération pour copie privée selon un barème identique. Sauf à considérer que tablettes PC et ordinateurs constituent une catégorie unique de support sur laquelle la commission aurait dû se prononcer par une même décision, ce qui nous paraît discutable eu égard à leurs différences de caractéristiques techniques, ce n'est qu'au regard des résultats des études d'usage menées sur les ordinateurs qu'une décision pourra être prise quant à l'assujettissement à la rémunération pour copie privée de ces derniers. Et à supposer que l'équivalence technique entre tablettes PC et ordinateurs se traduise alors par une équivalence d'usage, c'est le traitement réservé à ces derniers qui devra être aligné sur celui des tablettes, et non l'inverse. Cela ne signifie pas que l'absence d'assujettissement des ordinateurs à la rémunération pour copie privée ne peut être contestée, mais seulement que la bonne voie de droit réside ailleurs, par exemple dans la contestation d'une éventuelle décision de refus d'assujettissement de ces supports qui serait opposée à une demande qui pourrait notamment être introduite par un ayant-droit.

Quant à l'argument tiré du remplacement subreptice, sans débat contradictoire, du critère du système d'exploitation au profit du critère accessoire lié à l'existence ou non d'un clavier attaché, permettant d'inclure dans le champ de la rémunération l'ensemble des tablettes tactiles multimédias, il ne saurait en tout état de cause vous retenir : les conséquences à tirer de l'apparition de supports hybrides et de systèmes d'exploitation mixtes sont un sujet qui avait déjà été identifié en 2015 à l'occasion du rapport de la mission de médiation sur la commission de la copie privée remis par Christine Maugué à la ministre de la culture, et donné lieu à des discussions de la commission au cours de la même année (séances des 14 octobre et 7 décembre 2015). La pertinence de la distinction entre tablettes média et tablettes PC avait encore été évoquée à lors de la définition du programme de travail de la commission pour le mandat 2015-2018 (séance du 8 mars 2016) puis lors des débats ayant précédé la commande d'études d'usage sur chacun de ces supports (séance du 21 juin 2016), puis de nouveau au moment de la présentation de leurs résultats (séance du 10 juillet 2018).

Si vous nous suivez, vous pourrez juger, sans qu'il soit besoin de consulter l'Autorité de la concurrence sur une éventuelle pratique anticoncurrentielle (article L. 462-3 du code de commerce), que c'est sans méconnaître le principe d'égalité ni commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la commission prévue à l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle a pu assujettir à la rémunération pour copie privée les tablettes PC sans faire de même, par la décision attaquée, pour les ordinateurs.

Les autres moyens de la requête font écho à des questions plus balisées par votre jurisprudence et par celle de la Cour de justice.

Il est dans un premier temps soutenu que la décision attaquée méconnaîtrait directement les exigences de la directive 2001/29/CE relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information faute d'avoir évalué le préjudice subi par les

ayants-droits, faute encore d'avoir veillé à harmoniser le barème applicable avec ceux en vigueur dans les autres Etats membres, et faute encore d'avoir établi de distinction selon l'usage privé ou professionnel des tablettes. Pris à la lettre, ces moyens sont inopérants, cette directive ayant été transposée en droit interne dans le code de la propriété intellectuelle.

A supposer que vous fassiez l'effort de lire les écritures comme dirigées contre ces dispositions législatives, ils ne devraient pas non plus vous retenir.

L'exigence tenant à ce que le montant de la rémunération pour copie privée soit fixé de manière à compenser de manière équitable le préjudice subi par les titulaires de droits impose seulement que leur soit procuré un revenu globalement analogue à celui que représenterait la somme des paiements d'un droit à chaque auteur d'une copie privée s'il était possible de l'établir et de la percevoir (11 juin 2011, n° 324816), sans que la commission soit tenue d'établir le montant des sommes dues en l'absence de toute exception de copie privée (voyez votre décision *Société Research in motion* du 19 novembre 2014, précitée). Vous avez admis que la rémunération pour copie privée soit fixée de façon forfaitaire sur la base du préjudice potentiel à compenser, lui-même calculé en fonction du type et des capacités de stockage de chaque support ainsi que par généralisation et extrapolation des résultats ressortant d'études d'usage régulièrement actualisées (même décision), dans le respect du droit de l'Union qui confère aux Etats membres une large marge d'appréciation pour fixer la forme, les modalités de financement et le niveau de la compensation équitable (arrêt *Padawan*, précité, voyez aussi, par exemple, CJUE, 9 juin 2016, *Entidad de Gestion de Derechos de les Productores Audiovisuales c/ Administracion del Estado*, C-470/14, point 22, cité en défense). Tel est bien la façon dont la commission a procédé en l'espèce.

Le moyen tiré de l'absence d'harmonisation du barème avec ceux prévus dans d'autres Etats membres n'est, pour sa part, pas assorti pour sa part des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé, seul étant produit un tableau comparatif du montant de la rémunération pour copie privée due au titre des tablettes et, le cas échéant, des ordinateurs dans différents Etats membres de l'Union.

La prise en compte des usages professionnels exigée par la jurisprudence de la Cour de justice (voyez ses arrêts *Padawan SL* et *Amazon.com International Sales. Inc. et autres c/ Austro-Mechana Gesellschaft*) mérite en revanche que l'on s'y arrête plus longuement. Il ne fait pas de doute que cette dernière n'appelait pas l'édiction de dispositions particulières de la part de la commission puisqu'elle est désormais assurée par l'article L. 311-8 du code de la propriété intellectuelle lui-même, qui dispose en particulier que la rémunération pour copie privée n'est pas due au titre des supports acquis notamment à des fins professionnelles et lorsqu'aucun usage à des fins de copie privée ne peut être présumé. Le même article organise, à défaut de conclusion d'une convention entre acquéreurs et organismes représentant les titulaires de droit définissant les modalités de l'exonération des supports acquis à des fins professionnelles, un droit au remboursement de la rémunération copie privée acquittée à de telles fins, sur production de justificatifs. Il est vrai que vous avez déjà annulé une décision de la commission pour n'avoir pas tenu compte de l'existence d'usages professionnels mais c'était avant l'édiction de ces dispositions (25 juin 2014, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information et autres*, n° 347914 et a, ccl. E. Crépey, précitée). La

requérante ne conteste par ailleurs pas la mise en évidence par l'étude d'usage de l'acquisition de tablettes PC à titre personnel par leurs utilisateurs ainsi que l'existence de pratiques de copies privées de la part de ces derniers, ce qui suffisait à assujettir les tablettes PC à la rémunération sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence effective de telles copies privées par chacun des acquéreurs (voyez par exemple sur ce point l'arrêt *Padawan*, précité, points 54 et 55 admettant dès lors que des équipements ont été mis à disposition de personnes physiques à des fins privées, il n'est nullement nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées au moyen de ces derniers, puisqu'elles sont présumées bénéficier intégralement de cette mise à disposition en utilisant ces équipements dans la plénitude de leurs fonctionnalités).

Mais dans le dernier état de ses écritures - dont les derniers développements datent seulement d'hier -, la requérante étend sa critique aux modalités d'exonération et de remboursement de la rémunération pour copie privée des supports acquis notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à fins de copie privée, prévues à l'article L. 311-8 du code de la propriété intellectuelle, qu'elle juge contraires la directive 2001/29. Ces dispositions ont été mises en œuvre par un arrêté du 20 décembre 2011 dont vous avez jugé qu'il ne méconnaissait pas les objectifs poursuivis par la directive (12 avril 2013, *Société Nokia France SA et Syndicat de l'industrie des technologies de l'information*, ccl. D. Hédary, inédite). La société concentre en particulier sa critique sur l'absence d'exonération ex ante des usages professionnels, le bénéfice de l'exonération étant subordonné à la conclusion de conventions entre Copie France et les personnes exonérées. Elle conteste également le fait qu'à défaut de conclusion d'une telle convention, le remboursement, sur justificatifs, de la rémunération acquittée est réservée au seul utilisateur final du support.

Mais ce moyen nous semble inopérant à l'appui de la contestation des articles 2 et 6 de la décision n° 18, qui se bornent à assujettir à la rémunération pour copie privée les tablettes PC et à fixer le barème applicable à ces supports. En effet, si vous avez déjà admis l'opérance, à l'appui de la contestation d'une décision de la commission, du champ des supports soumis à la rémunération et annulé, avant l'édiction de l'article L. 311-8 du code de la propriété intellectuelle, des décisions demeurées muettes sur l'exclusion des supports et appareils acquis par des personnes autres que physiques et à des fins manifestement étrangères à la copie privée, il nous semble qu'il doit en aller différemment d'une contestation dirigée contre les modalités de mise en œuvre de cette exclusion. Autrement dit, nous croyons que la contrariété au droit de l'Union des modalités d'exonération et de remboursement de la rémunération pour copie privée au titre des supports pour lesquels elle n'est pas due serait en tout état de cause sans incidence sur la légalité des dispositions contestées. Une telle contestation ne pourrait selon nous trouver sa place qu'à l'appui d'un recours dirigé par exemple contre les dispositions réglementaires prises pour la mise en œuvre de l'article L. 311-8 ou du refus de les modifier ou de les abroger, ou d'un recours formé à l'appui d'un refus de conclusion d'une convention d'exonération ou de remboursement présentée sur le fondement de cet article.

Sans répondre directement à la critique tirée de ce que le montant trop faible, aux yeux de la société, des remboursements opérés jusqu'à présent démontrerait le caractère inefficace,

au sens de la jurisprudence européenne, du dispositif français, précisons tout de même que contrairement au dispositif italien ayant donné lieu à la question préjudicielle à laquelle a répondu la Cour dans son arrêt *Microsoft Mobiles Sales International Oy e.a / Nokia* du 22 septembre 2016 (C-110/15, ccl. N. Wahl), le droit français comprend une disposition générale prévoyant que la rémunération n'est pas due sur les supports acquis notamment à des fins professionnelles dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à fins de copie privée (art. L. 311-8, II du code de la propriété intellectuelle), que l'alinéa prévoyant la conclusion de conventions d'exonération entre les organismes agréés par le ministre chargé de la culture et les redevables de la rémunération est rédigé de manière beaucoup plus prescriptive que les dispositions italiennes, et que le refus de conclure une telle convention doit être motivé, donnant prise à un contrôle du juge. Cette architecture générale nous paraît de nature à prévenir le risque d'inégalité de traitement entre les personnes assujetties au paiement de la rémunération. La Cour de justice a par ailleurs dit pour droit, dans son arrêt *Copydan Bandkopi* du 5 mars 2015 (C-463/12, précité, point 55), que le droit de l'Union ne s'opposait pas à un régime de compensation prévoyant un droit au remboursement au bénéficiaire du seul utilisateur final des appareils ou supports assujettis à la rémunération à condition que les redevables soient exonérés du paiement de cette dernière s'ils établissent qu'ils ont fourni les appareils ou supports concernés à des personnes autres que des personnes physiques, à des fins manifestement étrangères à celles de reproduction pour un usage privé, ce qui est le cas en France (voyez également *Microsoft Mobiles Sales International Oy e.a*, pt 52). Rien n'interdit enfin que la personne physique qui serait l'utilisateur final d'un tel appareil ou support bénéficie du remboursement de la rémunération s'il remplit les conditions requises : le cas est d'ailleurs expressément prévu à l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 20 décembre 2011 relatif au remboursement de la rémunération pour copie privée mentionné à l'instant.

Le moyen tiré suivant, tiré de l'erreur manifeste d'appréciation dans la fixation du barème de de la rémunération pour copie privée applicable aux tablettes PC reprend en grande partie les critiques que nous venons de vous présenter.

Il est de plus assorti de critiques spécifiques, tirées de ce que les barèmes retenus ne reflèteraient pas les volumes de copies constatés par les études d'usage et donc le préjudice subi par les ayants-droits, et qu'ils prendraient en compte des copies réalisées à partir de sources illicites – est en cause la pratique du « *stream-ripping* » qui consiste à réaliser des copies pérennes de contenus diffusés en « *streaming* », c'est-à-dire en flux, au moyen de logiciels mis à la disposition des utilisateurs en ligne ou enregistrés sur leurs terminaux ou navigateurs.

Sur le premier point, la requérante fait une présentation tronquée des résultats des études menées par l'institut CSA. Outre qu'elle omet de prendre en compte les résultats de l'étude propre aux tablettes PC pour se concentrer sur celle relative aux tablettes médias, la société voudrait vous faire déduire de sa présentation segmentée des pratiques de copie privée concernant les différents types de contenus étudiés (musique, films, images, textes) que seul un cinquième environ des possesseurs de tablettes copieraient des contenus sur ces supports, alors, comme cela est soutenu en défense, que ces usages peuvent se cumuler et que l'étude d'usage met par exemple en évidence qu'environ 40% de ces possesseurs disposent de copies

de titres de musicaux (43% de possesseurs disposant de copies de titres musicaux pour les tablettes médias contre 42% pour les tablettes PC) et qu'entre un tiers et la moitié disposent de copies de films (38% pour les tablettes médias contre 51% pour les tablettes PC). Ce n'est en tout état de cause pas le nombre de copieurs qui compte, mais le volume moyen de copies constaté sur un échantillon représentatif de répondants. La société ne démontre par ailleurs pas en quoi les tranches du barème établi par la commission seraient grossièrement erronées.

Sur le second point, le débat porte sur la légalité de la pratique du « *stream-ripping* ». Nous l'avons rappelé, sont en effet exclues du champ de l'exception pour copie privée les copies effectuées à partir de sources illicites, comme le prévoit désormais l'article L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle (en ce sens 11 juillet 2008, *Simavelec*, n° 298779, p. 263 ccl. Célia Vérot ; CJUE, 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c/ Stichting de ThuisKopie et Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, aff. C-435/12, § 20 et suivants).

Dans le cahier des charges relatif à la réalisation d'études de copie privée qu'elle a adopté le 21 juin 2016, la commission a donc expressément précisé que devaient être isolées les copies réalisées à partir de telles sources. Au moment d'adopter un barème, elle a ensuite logiquement refusé de tenir compte des copies réalisées après retrait de mesures de protection et de celles effectuées à partir de sites de *peer-to-peer*, permettant des partages de contenus protégés entre utilisateurs (voir le compte-rendu de ses séances du 6 février, 27 mars et 3 juillet 2018). Elle a en revanche considéré que 90% des copies de contenus musicaux copiés par « *stream-ripping* » devaient être regardés comme effectués à partir d'une source licite et donc pris en compte pour l'élaboration du barème, étant entendu que la circonstance que de telles copies soient effectuées au moyen de services de reproduction mis à disposition par des tiers ne les exclut pas du champ de la rémunération pour copie privée (voyez par exemple CJUE, 29 novembre 2017, *VCAST Limited*, aff. C-265/16, point 35). Pour aboutir à ce résultat, la commission a estimé que la pratique du « *stream-ripping* » devait être considérée comme licite dès lors que, s'agissant de ces contenus musicaux, la diffusion source en « *streaming* » faisait l'objet d'accords entre les plateformes - est essentiellement mentionnée la plateforme Youtube - et les titulaires de droits, couvrant y compris les contenus mis en ligne par les internautes eux-mêmes. Elle a ensuite estimé à 10% la part du « *stream-ripping* » illégal car effectué au moyen de convertisseurs permettant de stocker les contenus copiés et de les mettre à disposition de tiers, excédant la copie à des fins privées couverte par le champ de l'exception (voir le compte-rendu de sa séance du 27 mars 2018).

La méthode est assurément approximative et il ne vous aura pas échappé que vous n'êtes pas le juge naturel de la licéité de la pratique du « *stream-ripping* », mais la société requérante n'établit pas le caractère manifestement erroné du barème retenu en soutenant en particulier que cette pratique serait dans tous les cas illicite et en se prévalant de ce que les conditions d'utilisation générale des plateformes l'interdiraient : nous ne voyons pas de raison de regarder la diffusion en « *streaming* » comme une source illicite lorsqu'elle est autorisée par les titulaires de droits ; quant aux éventuelles interdictions affichées par les plateformes, elles sont impuissantes à faire échec à l'exception de copie privée (voyez en ce sens CJUE, 17 juin 2013, *VG Wort*, C-457/11, dont la portée n'a contrairement à ce qui est soutenu, pas été dénaturée par les écritures en défense).

Relevons enfin que l'érosion des pratiques de copie privée après plusieurs mois de détention des supports mise en avant par la société Archos, quoique tout à fait vraisemblable, n'est pas véritablement étayée par les pièces qui vous sont soumises et ne nous paraît en tout cas pas de nature à caractériser de la part de la commission une erreur manifeste d'appréciation.

PCMNC également au rejet de la requête présentée par la société Archos, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur la fin de non-recevoir tirée du défaut de capacité et de qualité pour agir opposée en défense ni de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de cette dernière au titre des frais de procédure.