

Master 2 Droit de l'internet - Administration - Entreprises
Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

**Diffusion en ligne des œuvres musicales :
protection technique ou contractuelle ?
Quelle alternative ?**

Simon BRIAND

Sous la direction de Laurent SORBIER

Co-Président du comité de suivi de la Charte musique et Internet

Président du jury : Georges CHATILLON

Directeur et professeur du Master 2 Droit de l'internet

Année universitaire 2006 – 2007

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....p. 4

Partie 1 : L'élaboration d'une protection technique des œuvres musicales diffusées en ligne

Chapitre 1 : La justification juridique des mesures techniques de protection

Section 1 : La menace de la piraterie numérique et des réseaux de *peer to peer*

- A. Les nouvelles conditions techniques de diffusion des œuvres musicales.....p. 10
- B. Le développement des réseaux de *peer to peer* et de la piraterie numérique.....p. 11
- C. L'échec de la licence globale.....p. 15

Section 2 : La gestion exclusive des ayants droits

- A. Le modèle économique de la création.....p. 18
- B. Les droits exclusifs dans l'environnement numérique.....p. 19

Chapitre 2 : La légalisation des mesures techniques de protection

Section 1 : La mise en œuvre des mesures techniques de protection

- A. Une réponse technique aux activités illicites.....p. 22
- B. L'élargissement du champ d'application des mesures techniques de protection.....p. 24

Section 2 : La protection juridique des mesures techniques de protection

- A. L'insuffisance de la protection technique seulep. 26
- B. L'interdiction de contourner les mesures techniques de protection.....p. 27

Chapitre 3 : Les conséquences juridiques des mesures techniques de protection

Section 1 : L'impact des mesures techniques de protection sur l'exception pour copie privée

- A. Une diminution du champ d'application de l'exception pour copie privée.....p. 31
- B. Une remise en cause de la redevance pour copie privée.....p. 34

Section 2 : l'impact des mesures technique de protection sur les consommateurs

- A. L'impact des DRMS et mesures techniques sur la vie privée.....p. 35
- B. Les mesures techniques au regard du droit de la concurrence et de la consommation.....p. 38

Partie 2 : L'abandon de la protection technique et l'alternative contractuelle pour la protection des œuvres musicales diffusées en ligne

Chapitre 1 : L'impératif d'interopérabilité pour la diffusion en ligne des œuvres musicales

Section 1 : L'impératif juridique d'interopérabilité

- A. Le cadre juridique de l'interopérabilité.....p. 42
- B. L'inéluctable abandon des DRMS et mesures techniques ?.....p. 43

Section 2 : Une protection assurée du consommateur

- A. La liberté retrouvée du consommateur.....p. 45
- B. La nécessité de maintenir la redevance pour copie privée.....p. 46

Chapitre 2 : L'essor des licences de libre diffusion

Section 1 : L'objectif des licences libres

- A. L'échange gratuit, fondement de l'internet.....p. 48
- B. Le partage et le droit à la culture.....p. 50

Section 2 : Analyse juridique des licences libres appliquées aux œuvres musicales

- A. La différence entre les licences libres et les licences de libre diffusion.....p. 52
- B. Analyse des licences Creative Commons.....p. 54

Chapitre 3 : Les limites des licences de libre diffusion

Section 1 : Les difficultés d'adaptation au droit français

- A. Licences de libre diffusion et droit civil.....p. 57
- B. Licences de libre diffusion et droit d'auteur.....p. 57

Section 2 : L'avenir incertain des licences libres pour la diffusion des œuvres musicales

- A. Les difficiles relations avec la gestion collective.....p. 59
- B. L'économie d'une gestion semi individuelle.....p. 61

CONCLUSION.....p. 63

BIBLIOGRAPHIE.....p. 64

Introduction

Le droit d'auteur du XXI^e siècle doit faire face à une problématique nouvelle, l'environnement numérique dans lequel il évolue. Traditionnellement et mise à part la diffusion sous forme de spectacle vivant, les œuvres musicales se sont diffusées par le biais de supports. D'abord analogiques, ces supports se sont ensuite adaptés à l'informatique. L'innovation majeure que constitue le CD¹ domine, depuis 25 ans, le secteur de la musique. Mais un nouveau mode de diffusion s'est largement démocratisé ces dernières années, bouleversant les usages de consommation des œuvres musicales : l'internet. Ce réseau permet trois principaux modes de diffusions : la reproduction fondée sur la vente traditionnelle, la mise à disposition par les auteurs eux-mêmes et les modes de diffusion annexes tels que le courrier électronique ou les réseaux de *peer to peer* (réseaux de « pair à pair »).

L'informatique et les réseaux sont caractérisés par une propriété nouvelle, le clonage. La différence doit, en effet, d'ores et déjà être établie entre la copie analogique et la copie numérique. Le concept d'analogique est différent du numérique. Schématiquement, alors que la copie analogique implique une inévitable perte de qualité, la copie numérique, basée sur le clonage, reproduit à l'identique, sous la forme de 1 et de 0, le fichier d'origine, dont la conséquence économique directe est l'absence de coût marginal, du fait de l'absence de support de communication de l'œuvre. Relevons cependant que la qualité d'une copie numérique d'une œuvre originale dépend du niveau de compression² lors de l'encodage³. Une fois la copie numérique réalisée, les reproductions de cette copie seront identiques. Il convient alors de faire la différence entre la copie numérique d'une œuvre originale, impliquant une légère baisse de qualité, et la copie numérique de la copie, parfaite et sans perte. C'est cette copie là qui sera visée dans les développements suivants.

Une copie d'un contenu numérique quel qu'il soit représente un coût nul ou quasi nul, pour un particulier comme pour une entreprise. Partant, c'est toute l'économie de l'internet qui rompt avec les usages d'une économie d'échelle classique, car l'architecture même de l'internet créé un mécanisme qualifié d' « effet de réseau », fondé sur le partage et la gratuité. Les conséquences en matière de biens culturels tels que les œuvres musicales ne sont pas neutres.

L'enjeu, économique pour une large partie, a trait au droit d'auteur dans un premier temps, mais aussi au droit de la consommation, au droit de la concurrence, au droit à la vie privée et, dans un second temps, à un « droit à la culture », induit, dans une large mesure, par la gratuité. Ainsi, les réseaux de *peer to peer* sont une conséquence de l'architecture de l'internet.

Bien que les supports matériels ne soient pas amenés à disparaître, la diffusion en ligne des œuvres musicales devrait connaître une forte croissance, d'ores et déjà amorcée, dans les prochaines années. Certains acteurs du marché de la vente en ligne d'œuvres musicales réalisent des chiffres d'affaires toujours croissants. A titre d'exemple, Apple, principal acteur de ce marché, a généré grâce à sa plateforme de téléchargement, iTunes, un chiffre d'affaires

¹ *Compact Disc*, « disque compact »

² Représentation de la source éliminant les données jugées inutiles pour la bonne compréhension, en se focalisant sur les données « significatives »

³ Procédure de numérisation des signaux audio

de 608 millions de dollars sur son seul troisième trimestre fiscal de 2006, soit une progression de 33% en un an. En juillet 2007, Apple annonçait ainsi que son site de vente de musique en ligne iTunes avait d'ores et déjà vendu trois milliards de titres depuis sa création en 2003.

Depuis l'avènement de formats interopérables tels que le MP3¹, les œuvres musicales circulent sur les autoroutes de l'information, souvent sans contrôle. Les chansons converties en MP3 sont les documents qui se retrouvent en plus grande quantité sur les ordinateurs aux États-Unis, selon un sondage de la firme comScore. Les résultats de cette étude font apparaître qu'au mois d'avril 2007, les Américains possédaient en moyenne 880 fichiers MP3 sur leur ordinateur, soit trois gigaoctets de données.

Cette avancée culturelle que représente l'internet bouleverse donc les usages de consommation de la musique. Le premier impact juridique de la diffusion en ligne d'œuvres musicales se situe au niveau de la copie privée. Tous les consommateurs de ces œuvres, s'ils ne disposent pas d'un support original, pratiquent des copies. Mais, nous l'avons vu, la copie numérique est une opération de clonage. Ainsi, alors qu'il était encore possible de faire la différence entre un support original et une copie analogique (son perturbé par des souffles, altération de la vitesse de lecture, etc.), il est désormais souvent impossible ou quasi impossible de différencier une œuvre originale de son double numérique.

Le basculement de la copie vers le clonage est à l'origine des profondes modifications économiques et juridiques des modes de diffusion des œuvres musicales. Les problématiques générées par l'internet sont dues à la fonction même de l'informatique et des réseaux, le clonage de 1 et de 0, nous y reviendrons. Les conséquences pour le mélomane ne sont pas négligeables. Celui-ci dispose désormais d'une qualité d'écoute quasi identique, quelle que soit l'origine de la copie numérique. Mais si le consommateur y trouve un net intérêt, tel n'est pas nécessairement le cas des auteurs et ayants droit qui peuvent y voir une réelle menace pour leurs droits, notamment le droit à rémunération.

C'est là un des enjeux auxquels doit faire face le droit dans la société de l'information. Les principaux acteurs du marché de la musique se sont, à ce titre, réunis pour établir une charte² rappelant la nécessité de prendre en compte les mutations des industries culturelles face aux changements technologiques qu'entraîne l'internet. Deux branches du droit rentrent d'abord en jeu dans ce débat : le droit d'auteur et le droit de la consommation. Aux termes de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle, la protection légale a vocation à s'appliquer à toutes « *les œuvres de l'esprit quels qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». D'un autre côté, le code de la consommation, dans son article L. 111-1 impose à tout vendeur professionnel de « *mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». De l'équilibre entre ces deux domaines de protection dépend le marché de la musique.

La difficulté provient de la fragilité de cet équilibre, et il est complexe de prendre en compte à la fois les droits de l'utilisateur de l'internet, consommateur de produits culturels et les droits des auteurs et ayants droits, producteurs de ces produits. Si l'on veut garantir cet équilibre dans l'environnement numérique, il importe de considérer les droits de chacun à égalité, sans favoriser l'une ou l'autre des parties. Lorsque l'internaute télécharge un morceau

¹ MPEG-1/2 Audio Layer 3

² Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique signé à Paris le 28 juillet 2004. (<http://www.irma.asso.fr/spip.php?article88>)

de musique, sans doute n'a-t-il pas conscience du moteur économique qui lui a permis de consommer l'œuvre à ce moment. Le droit, dans ce domaine, doit réussir à combiner protection de l'auteur et liberté d'utilisation de l'œuvre, toujours dans un souci d'augmenter celles-ci. Les nouvelles technologies ne doivent pas être un frein à l'activité culturelle. Bien au contraire, elles doivent servir au partage intellectuel et monétaire. La consommation de produits culturels ne doit donc pas se faire au détriment du nécessaire soutien financier auquel ont droit les auteurs.

Et c'est précisément sur ce point que le droit d'auteur a évolué ces dernières années. Après l'adoption d'un traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) en 1996¹ prévoyant une protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres, l'Union européenne s'est dotée d'une directive², en 2001, censée apporter plus de protection pour les auteurs et interprètes. La Commission européenne estime qu' « *un système efficace et rigoureux de protection du droit d'auteur et des droits voisins est l'un des principaux instruments permettant de garantir à la création et à la production culturelles européennes l'obtention des ressources nécessaires et de préserver l'autonomie et la dignité des créateurs et interprètes* ». L'accent est donc mis clairement sur la protection de l'œuvre. L'internet a été l'origine d'une très grande vague de contrefaçon. Comme il a été expliqué, l'informatique étant basé sur le clonage, la copie d'une œuvre peut assez facilement être considérée comme une contrefaçon. Les auteurs et ayants droits se sont très vite inquiétés de ce phénomène et la lutte contre la piraterie numérique est devenue une priorité.

Il sera question ici de démontrer la nécessité de protéger le droit d'auteur dans cet environnement numérique, tout en préservant la liberté d'utilisation qui sera faite de l'œuvre par le consommateur. Il apparaît indispensable de mettre l'accent sur la liberté d'utilisation de l'œuvre musicale générée par l'internet et sa dynamique économique. C'est cette utilisation qui est visée par les textes récents, que ce soit la directive européenne du 22 mai 2001 ou la loi de transposition en droit français du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite « loi Dadvsi³ ».

Le choix a été fait en faveur de la protection technique des œuvres. Il s'agit des *Digital Rights Management Systems* (DRMS), en français, « systèmes numérique de gestion des droits », qui ont pour objectif de contrôler par des mesures techniques de protection l'utilisation qui est faite des œuvres numériques et d'inclure, dans le fichier, certaines informations relatives à l'auteur et aux droits associés à l'œuvre. Ce sont précisément ces mesures techniques qui sont juridiquement protégées par la loi Dadvsi.

Les techniques de cryptographie, déjà utilisées dans le cadre de la distribution des contenus sur les réseaux sont, du fait d'un mouvement de libéralisation des conditions juridiques d'emploi, au cœur technologique de la protection des œuvres. Le contournement technique de ces mesures est désormais associé à un acte de contrefaçon. C'est la copie de l'œuvre qui est visée : les ayants droit cherchent en effet à limiter voire supprimer la copie, parfaite puisque numérique. Et le débat a donc trait à l'exception de copie privée,

¹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) signé à Genève le 20 décembre 1996.

² Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. *Journal officiel* n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019 http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/L_167/L_16720010622fr00100019.pdf

³ Loi 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. *Journal Officiel* n° 178 du 3 août 2006 page 11529 <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>

juridiquement reconnue en France à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. La question se pose de savoir dans quelle mesure cette exception pour copie privée peut être exercée, et de quelle façon les auteurs peuvent trouver une juste compensation.

Cette question de la rémunération pour copie privée devra donc être abordé car si le système de répartition existe depuis longtemps, probablement devra-t-il être révisé du fait, encore, de la gratuité produite par les effets de réseaux. L'introduction des DRMS implique en effet la transition d'une rémunération forfaitaire vers une rémunération proportionnelle du fait de la possibilité de tracer les œuvres téléchargées. Or comment justifier la rémunération pour copie privée sur les supports vierges si les œuvres sont techniquement protégées par des verrous anti-copie ? Il apparaît en effet que la protection juridique des mesures techniques limitant la copie est difficilement conciliable avec la notion de copie privée. Cette exception au droit exclusif des auteurs peut-elle être maintenue dans un univers où numérique rime de plus en plus avec protection technique ?

La question de la copie privée est au cœur du problème. Plus exactement, c'est la question de l'utilisation de l'œuvre qui se pose. Les musiques mises à disposition sur l'internet, en téléchargement légal, ne sauraient subir de restrictions d'utilisation trop importantes. Le risque existe de ne plus pouvoir jouir librement de l'œuvre achetée. La multiplication des supports de lecture tels baladeurs MP3, téléphones portables, PDA¹ en plus des supports classiques, impose aux producteurs des formats ouverts. Pour garantir aux consommateurs un droit d'utilisation intégral, mais aussi un « droit d'accès à la culture », l'œuvre achetée devrait pouvoir être lue sur tout support. Actuellement, Microsoft et Apple utilise tous les deux des formats différents, correspondant à des DRMS différents. La conséquence directe pour le consommateur est, par exemple, l'impossibilité pour le détenteur d'un baladeur iPod de lire un fichier audio au format WMA². Le droit de la concurrence est également concerné par les DRMS notamment en termes d'interopérabilité.

Car derrière les difficultés posées par les mesures techniques de protection et les DRMS, se joue la notion d'interopérabilité, nécessaire pour maintenir la stabilité de l'internet. Cet impératif juridique, présent dans la directive du 22 mai 2001, peut-il se combiner avec le maintien des DRMS et des mesures techniques de protection? Certains acteurs du marché de la musique commencent à réaliser l'avantage économique qui pourrait résulter de l'abandon des DRMS et donc du choix du format MP3, garant de l'interopérabilité puisque lisible sur tous les lecteurs du marché. C'est notamment le cas de plusieurs sites de téléchargement, à commercer par EMusic qui propose dans son catalogue pas moins de 2,3 millions de morceaux entièrement encodés en format MP3.

En parallèle avec les mesures techniques et les DRMS, d'autres alternatives existent dans le champ de la diffusion en ligne d'œuvres musicales, il s'agit des licences libres, participant au mouvement du *copyleft*. Cette notion, traduite littéralement par « copie laissée » et construite par opposition au *copyright*, implique la possibilité donnée à l'utilisateur par l'auteur d'un travail soumis au droit d'auteur de copier, d'utiliser, d'étudier, de modifier et de distribuer son œuvre dans la mesure où ces possibilités sont préservées. Ce mouvement du libre est une conséquence de l'architecture de l'internet, fondé sur le partage et la gratuité, et a pour objectif de partager les créations et d'enrichir le patrimoine commun. De plus, une

¹ *Personal Digital Assistant* (assistant personnel ou ordinateur de poche)

² *Windows Media Audio*

œuvre sous licence libre peut circuler beaucoup plus facilement, en toute légalité, et gratuitement.

La gratuité pour l'utilisateur ne signifie cependant pas l'absence de rémunération pour l'auteur. De nouveaux modèles économiques existent déjà. À titre d'exemple, le site Jamendo¹ met à disposition plus de 40 000 titres sans DRMS et sous licence libre de type Creative Commons², gratuitement et légalement, et a mis en place depuis le mois de janvier 2007 un programme de partage des revenus publicitaires afin de rétribuer les artistes qui participent à son essor. Fournir aux artistes non enregistrés auprès de la Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) la possibilité d'être rémunérés et permettre aux utilisateurs d'écouter et de télécharger de la musique librement peut être un nouveau mode d'exploitation des œuvres musicales.

Le mouvement du *copyleft* remet cependant en cause les modes traditionnels de rémunération des artistes. On glisse en effet d'un système de gestion collective à une gestion individuelle, par l'auteur lui-même. La protection de l'œuvre est assurée par une licence (un contrat unilatéral) dont l'adaptation aux exigences légales de la propriété intellectuelle n'est toutefois pas évidente en l'état du fonctionnement du secteur de la musique.

Juridiquement, les licences libres de type Creative Commons méritent une attention particulière. Quels sont les types de contrats proposés, et comment les qualifier ? La question a trait à la contractualisation des exceptions au droit d'auteur, car ce dernier dispose de la liberté d'autoriser ou non la diffusion, la modification ou encore la commercialisation de son œuvre. L'analyse juridique de ces licences permettra de déterminer s'il s'agit d'une solution viable, à la fois juridiquement et économiquement. En outre, il conviendra d'étudier ces licences au regard du droit des contrats afin de déterminer s'ils protègent suffisamment les intérêts des auteurs.

Le choix a été fait de ne pas étudier le droit d'auteur relatif aux logiciels, bien que l'arrivée récente de la licence GPL³ version 3 ait fait couler beaucoup d'encre. Il semble en effet que la problématique soit différente à plusieurs égards, notamment en termes d'interopérabilité et de copie de sauvegarde. Ne seront donc étudiées que les œuvres musicales mises à disposition sur les réseaux et notamment l'internet.

L'étude ne portera pas tant sur les aspects techniques des problèmes posés par les DRMS et les mesures techniques de protection que sur leurs impacts sur les utilisateurs et tout particulièrement sur les consommateurs. Il sera ainsi fait état des différentes alternatives permettant la protection du droit d'auteur en prenant systématiquement en compte le consommateur final. En conséquence, il s'agit de mesurer l'effet du droit d'auteur sur le droit de la consommation en tentant de trouver un équilibre juridique stable accordant des protections satisfaisantes aux auteurs et consommateurs. De plus, les aspects économiques ne constitueront que des arguments secondaires dans la démonstration. Il nous est en effet apparu que l'étude ne devait porter que sur les droits des auteurs et consommateurs, sans nécessairement en mesurer l'impact sur l'économie globale de ce marché. Cependant, la logique juridique ne pouvant faire l'impasse de la réalité économique, sera pris en

¹ <http://www.jamendo.com/fr/>

² <http://fr.creativecommons.org/>

³ *General Public License*, « Licence Publique Générale »

considération les mécanismes du marché de la musique mais aussi l'architecture même du réseau et ses conséquences économiques.

En conséquence, dans un premier temps, nous rechercherons d'abord des justifications juridiques des mesures techniques de protection des œuvres musicales dans le cadre de leur diffusion en ligne, puis nous nous intéresserons à la mise en œuvre de ces mesures et à leurs impacts sur les consommateurs.

Dans un second temps, nous tenterons de démontrer l'intérêt de l'abandon des DRMS et des mesures techniques de protection dans un souci d'interopérabilité et de développement de l'offre légale de musique : ce sera l'occasion de présenter l'alternative que représentent les licences libres, conséquences directes de l'architecture de l'internet, leurs intérêts dans le cadre du partage de la culture mais également leurs limites juridiques, économiques et techniques.

Partie 1 : L'élaboration d'une protection technique des œuvres musicales diffusées en ligne

Chapitre 1 : La justification juridique des mesures techniques de protection

Section 1 : La menace de la piraterie numérique et des réseaux de *peer to peer*

A. Les nouvelles conditions techniques de diffusion des œuvres musicales

Afin de cerner précisément les enjeux qui ont mené à l'introduction des DRMS et mesures techniques de protection dans notre droit interne, il convient d'aborder brièvement les conditions techniques de la copie dans l'ère du numérique. C'est en effet au regard de l'environnement technique dans lequel elle évolue que la copie doit s'apprécier juridiquement.

La numérisation d'une œuvre musicale implique sa traduction dans le langage binaire de l'informatique. L'objet de la numérisation d'une œuvre est donc de représenter le signal analogique, le son, par une suite de 1 et de 0. Ainsi, contrairement à la copie analogique, la copie numérique n'est pas une reproduction distinguable de l'original. La copie numérique est l'original, c'est-à-dire son double numérique parfait ou encore son clone.

Plus précisément, il faut distinguer la copie numérique d'un support original et la copie numérique d'une œuvre compressée. Si la première copie implique en effet une perte de qualité lors de la compression, peu perceptible pour l'oreille humaine, la seconde copie reproduit à l'identique le fichier. Ainsi, lorsqu'une œuvre est mise à disposition sur l'internet, elle est nécessairement compressée, et toutes les copies qui en seront faites seront des clones de cette œuvre. Il est toutefois envisageable que, à l'avenir, les œuvres diffusées sur l'internet soient identiques à l'original. En effet, la compression a pour objet de faciliter la circulation des fichiers, mais lorsque les vitesses de connexion atteindront un niveau élevé, la taille des fichiers mis à disposition pourra être plus grande, et donc de meilleure qualité.

Partant, la notion de copie et surtout sa traduction juridique, l'exception pour copie privée, prennent une tout autre dimension. D'un point de vue musical, la copie numérique implique un confort sonore identique à un original. Il s'agit donc d'une avancée technologique d'un degré autre que ce qu'avait connu jusqu'ici l'industrie de la musique qui, dès l'apparition des cassettes audio, s'était inquiétée des conséquences de la copie sur son économie.

Les enjeux relatifs à la numérisation des œuvres musicales sont à la fois économiques, sociaux et juridiques. Ces trois sphères se trouvent, en effet, affectées par les nouveaux modes de diffusion en ligne. En faisant éclater des compromis sociaux établis de longue date, l'internet conduit à une remise en cause généralisée des droits d'auteur. Le volet moral du droit d'auteur, n'est cependant pas autant affecté que le volet patrimonial. En effet, l'œuvre numérique peut être signée, le droit au nom et à la paternité de l'œuvre n'est donc pas affecté. Mais le droit de repentir subit une mutation du fait de la densité des connexions qui rend

irréversible le passage dans la sphère publique sur le réseau. Ainsi que l'expliquent Françoise Benhamou et Joëlle Farchy¹, c'est surtout le « droit à l'intégrité » qui se trouve affecté.

D'un point de vue patrimonial, l'existence de l'internet modifie profondément les usages. Nombre d'internautes perçoivent l'aspect patrimonial du droit d'auteur comme une forme dépassée à l'heure de la société de l'information. Mais pour les auteurs et les producteurs, la diffusion généralisée des œuvres musicales, sans restriction (*peer to peer* et piraterie), sur les réseaux, constitue une atteinte majeure à ce droit patrimonial.

L'enjeu de la protection des œuvres musicales dans la société de l'information est donc de trouver un équilibre entre les attentes des utilisateurs, qui aspirent à un accès toujours plus élargi à la culture, et les besoins légitimes des ayants droit d'obtenir une juste rémunération. La principale conséquence juridique de la copie numérique parfaite et de sa circulation libre sur les réseaux a trait à la contrefaçon. En effet, la numérisation implique le clonage et donc la contrefaçon rapide et à grande échelle des œuvres. C'est sur ce terrain là que le droit a commencé à se préoccuper des rapports entre droit d'auteur et l'internet. La pierre angulaire est la notion de copie privée de l'article L. 122-5-2° du Code de la propriété intellectuelle, une exception au droit patrimonial de l'auteur. L'article dispose que l'auteur ne peut, lorsque l'œuvre a été divulguée, « *interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». C'est donc au regard du champ d'application de l'article L. 122-5-2° que doivent s'apprécier les difficultés créées par la diffusion illégale des œuvres musicales.

Cette diffusion illégale a été facilitée par plusieurs facteurs dont la baisse des coûts de stockage et l'augmentation de la puissance de calcul. Mais, l'arrivée, dans une grande partie des foyers, de l'internet haut débit, à partir de l'année 2002, et le développement concomitant du phénomène du *peer to peer* sont les causes principales.

B. Développement des réseaux de *peer to peer* et de la piraterie numérique

La présentation de la problématique nécessite une courte précision sur la nature de l'internet et son architecture. Pour suivre Lawrence Lessing, l'une des voix les plus écoutées dans les débats sur les limites du droit d'auteur et sur le développement mondial de l'internet, on peut estimer que l'architecture de ce réseau crée du droit, elle crée de l'organisation sociale. Ce sont les caractéristiques essentielles de ce réseau, qui ont permis à l'ensemble des citoyens d'accéder à des fonctions d'échange, qui auparavant, étaient restreintes ou accessibles uniquement à une élite industrielle, technique ou encore par les médias traditionnels. Le réseau a constitué une rupture dans notre manière d'envisager le rapport à la diffusion des informations.

De nombreuses communautés d'utilisateurs se sont créées autour de la notion d'échange gratuit. Pour quelle raison ? A cette question, Bernard Benhamou² répondait, au cours d'une Conférence au Collège de France le 6 mars 2007 : « *Tout simplement parce que cela leur était possible* ». La neutralité du réseau est une particularité fondamentale qui a permis à l'internet

¹ Françoise BENHAMOU et Joëlle FARCHY « Droit d'auteur et copyright » *Edition La Découverte*, 2007

² Bernard Benhamou est maître de conférence pour la société de l'information à l'Institut d'Etude Politique de Paris. Membre et conseiller de la délégation française au Sommet mondiale sur la société de l'information, il est un fervent défenseur de la neutralité des réseaux.

de devenir ce qu'il est aujourd'hui, et de connaître la croissance, l'évolution extraordinairement rapide de ses usages et de ses fonctions. Cette propriété est devenue tellement précieuse, qu'elle fait l'objet d'un consensus auprès de l'ensemble des pays de l'Union Européenne.

Le principe, donc, des réseaux de *peer to peer*, est celui de l'échange gratuit. Ces réseaux ont pu se développer, en France, dès 2002, avec l'arrivée massive du haut débit. Si cette technologie satisfait bon nombre d'internautes, elle demeure attentatoire au droit d'auteur. Pour s'en convaincre il convient d'analyser la technique de ces réseaux. Avant tout, il faut souligner que les logiciels permettant l'accès aux réseaux de *peer to peer* ne semblent pas illégaux en soi. La technique est en effet neutre juridiquement. Pour autant, cette approche est remise en cause. Il n'existe pas en droit français de décisions judiciaires à ce sujet. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'arsenal juridique existant ne puisse pas permettre d'appréhender la question et de faire condamner certains intermédiaires ou prestataires. Le droit commun de la responsabilité civile ou certains textes de droit pénal conduisent au contraire à la conclusion inverse. L'absence de décision de justice française traitant expressément de la question s'explique par la prudence des ayants droit après l'échec d'une procédure mal engagée aux Pays-Bas. Toutefois, l'évolution judiciaire récente aux Etats-Unis ¹ et en Australie ² montre que la responsabilité de certains prestataires peut indiscutablement être envisagée.

L'apport de la décision de la Cour australienne à la fin de l'été 2005 est double. D'une part, elle contient le principe selon lequel l'éditeur de logiciel *peer to peer* voit sa responsabilité engagée dès lors qu'il a connaissance des actes de contrefaçon et reste pourtant passif. D'autre part, elle met directement à la charge de ces éditeurs l'obligation d'inclure dans leur système un outil de filtrage qui opère un tri entre ce qui a été autorisé et ce qui ne l'est pas. L'impact de ces solutions jurisprudentielles est important. Nombre d'éditeurs de logiciels paraissent vouloir changer de stratégie et certains (par exemple, eDonkey ou Grokster, par son rachat par Mashboxx) opèrent des transformations pour permettre une distribution licite (offre légale) des œuvres en ligne.

Le droit français permet-il des analyses comparables ou, à tout le moins, des solutions voisines? Même si l'architecture du droit français repose sur des constructions différentes et même s'il ne s'agit pas d'importer en France un corps de solutions allogènes, il est probable que les juges français parviennent à une analyse similaire. A ce propos, une plainte a été déposée, au mois de juin 2007, par la Société Civile des Producteurs de Phonogrammes en France (SPPF) à l'encontre des éditeurs des logiciels de *peer to peer* Morpheus, Azureus et Shareaza. La décision du juge ne manquera pas d'être relevée.

Du point de vue de la responsabilité des utilisateurs, on distingue traditionnellement les actes de *download* (« téléchargement en réception ») de ceux dits *upload* (« en émission avec mise à disposition d'un fichier de son ordinateur vers un internaute qui en fait la demande »).

Il est admis que l'*upload* constitue, en droit d'auteur, un acte de télédiffusion au sens de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, mettant en œuvre le droit de représentation et, en droits voisins, un acte de communication au public au sens du premier

¹ Décision de la Cour suprême du 27 juin 2005, MGM Studio Inc *versus* Grokster, LTD

² La société Sharman Network, editrice du logiciel Kazaa a été reconnue complice de la contrefaçon effectuée par les participants au réseau du même nom, car elle avait connaissance des infractions massives qui étaient commises sur son réseau.

alinéa de l'article L. 212-3 et du deuxième alinéa de l'article L. 213-1 du même code. De ce fait, en l'absence d'autorisation des titulaires de droits sur l'œuvre protégée, le phonogramme et/ou les prestations faisant l'objet de l'*upload*, celui-ci constitue indiscutablement un acte illicite portant atteinte aux droits de représentation et de communication au public. Peu importe d'ailleurs que l'œuvre ainsi offerte au téléchargement par l'*uploader* ait été par la suite effectivement téléchargée ou non par d'autres internautes ou même que seuls certains paquets numériques de l'œuvre aient été téléchargés en provenance de l'*uploader* considéré : il suffit que l'œuvre ait été rendue accessible au public pour que le délit soit constitué.

Quant à l'opération de *download*, sa qualification juridique ne fait pas l'unanimité en Europe. Sur le plan juridique, la question se pose de savoir si la copie entre dans le champ de l'exception pour copie privée, auquel cas elle échapperait au monopole des ayants droit, ou si elle constitue un acte de contrefaçon pour avoir été effectuée sans l'autorisation de ceux qui détiennent des droits d'auteur et voisins. Pour l'analyse de ce point précis, le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) souligne l'importance de répondre à trois questions :

- Qui sont les copistes et usagers de la reproduction ?
- L'origine illicite de la matrice à partir de laquelle la copie est réalisée interdit-elle le bénéfice de l'exception ?
- Ces actes de copie respectent-ils le « test en trois étapes » imposé par les textes internationaux et communautaires ?

La question à trancher est donc de savoir qui réalise effectivement la copie. L'aspect technique de la reproduction peut se présenter de la façon suivante : une première reproduction est effectuée dans le « cache¹ » de l'ordinateur à partir duquel l'œuvre est offerte (en fait, plusieurs ordinateurs puisque la plupart des logiciels d'échanges *peer to peer* effectuent des téléchargements fragmentés à partir de différentes machines), une deuxième dans le « cache » de l'ordinateur d'arrivée et une troisième dans le disque dur de cette même machine.

L'étude matérielle a conduit à des interprétations divergentes. Au sein du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, quelques membres estiment que le copiste est en définitive le *downloader* (ce qui permettrait l'analyse en copie privée), tandis que, pour la majorité des membres, la copie est le fait de l'*uploader* (ou des *uploaders*) qui répond à une requête du *downloader*, ce qui exclurait le bénéfice de l'exception puisque copiste (*uploader*) et usager (*downloader*) sont deux personnes distinctes. Par ailleurs, à l'inverse du droit allemand, qui précise désormais que le copiste qui ne peut ignorer le caractère manifestement illicite de l'original ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception, le droit français est silencieux sur ce point. Il semble néanmoins qu'une interprétation la plus favorable aux ayants droits s'impose, l'exception pour copie privée n'étant qu'une tolérance.

Enfin, la question du téléchargement descendant doit être posée à la lumière du test en trois étapes. Ce test constitue un garde fou que la France est tenue de respecter puisqu'il est

¹ Mémoire temporaire de l'ordinateur où sont stockées des données avant de les lire ou après les avoir lus, ce qui permet d'y accéder plus rapidement.

imposé par les textes internationaux et européens¹. L'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001 dispose ainsi que « *les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ».

Ce test en trois étapes impose aux législateurs nationaux, de limiter les exceptions au droit d'auteur à des « cas spéciaux », de veiller à ce que ces exceptions ne « portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre », et enfin, de s'assurer qu'elles ne causent pas un « préjudice injustifié » aux auteurs et ayants droit. L'application cumulative de ces trois conditions constitue le test en trois étapes. Sur ce dernier point, il est difficile d'apporter une réponse juridique affirmative, eu égard au faible nombre de décisions ayant été appelées à mettre en œuvre le test en trois étapes. L'idée que la pratique des échanges non autorisés de *peer to peer* puisse être regardée comme remplissant les exigences du test, notamment celle d'absence d'« atteinte à l'exploitation normale » et celle relative à l'absence de « préjudice injustifié » a été vivement contestée par les membres du CSPLA. C'est du point de vue des ayants droit que l'exploitation normale d'une œuvre doit s'apprécier.

En France, la cour d'appel de Paris a récemment condamné² un internaute coupable de « reproduction ou diffusion non autorisée de programme, vidéogramme ou phonogramme et de recel d'un bien provenant d'un délit ». L'utilisateur en question avait téléchargé 3173 fichiers au total, dont 1898 fichiers musicaux appartenant au répertoire social géré par la Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP).

Il demeure que la réalité technique des logiciels de *peer to peer* a pour conséquence de rendre les deux opérations de téléchargement, descendant et remontant, associés l'un à l'autre et souvent sans que l'utilisateur ne puisse l'empêcher. La copie ainsi effectuée n'est donc pas réservée à l'usage privée du copiste mais bien à une utilisation collective au sens de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Partant de ce constat, il est apparu indispensable de restreindre la fréquentation de ces réseaux, leur interdiction n'étant pas envisageable. En France, une charte a été élaborée afin de formaliser cette volonté d'endiguer le phénomène du *peer to peer*. La Charte d'engagements pour la lutte contre la piraterie et pour le développement des offres légales de musique en ligne a été signée le 28 juillet 2004 sous l'égide du Gouvernement français, entre les Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI), les distributeurs, les distributeurs en ligne, les sociétés d'auteurs et les producteurs. Les signataires de cette charte y reconnaissent les mutations que l'industrie culturelle devra opérer pour faire face aux avancées technologiques. Il s'agit d'une prise de conscience généralisée, d'une déclaration d'intention, en vue de limiter la pratique du *peer to peer* et plus généralement de l'échange non autorisé de fichiers protégés par la propriété littéraire et artistique. Les signataires de cette charte, c'est-à-dire l'ensemble des acteurs économiques, juridiques et politiques ont arrêté plusieurs mesures visant à lutter contre le téléchargement illégal. Et les mesures techniques de protection n'ont pas été oubliées dans cette charte puisqu'il est demandé de maintenir « *un environnement sécurisé pour les contenus* » tout en garantissant l'interopérabilité des procédés de lecture.

¹ Convention de Berne de 1886, accord dit ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) de 1994, traités OMPI du 20 décembre 1996, directive 2001/29/CE du 22 mai 2001

² Cour d'appel de Paris 13ème chambre, section A Arrêt du 15 mai 2007, Henri S. / SCPP

La tendance actuelle est donc à la lutte contre l'échange illicite d'œuvres protégées. De toute évidence, c'est une lutte technique qui s'est imposée. Il apparaît en effet illusoire de lutter contre ce phénomène par de simples campagnes d'information. Cependant, l'équilibre économique et juridique ne peut être recherché sans développer l'offre légale d'œuvres musicales. Et c'est à juste titre que la charte met l'accent sur le développement de ce secteur. Suffisamment enrichie, l'offre légale devrait alimenter financièrement la création. La directive du 22 mai 2001 a misé sur un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle qui encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices. Le législateur européen considère que les ressources nécessaires pour garantir la création et la production culturelles européennes ne seront principalement obtenues qu'en mettant en place un système efficace et rigoureux de protection du droit d'auteur et des droits voisins. Fort de ces considérations, le législateur européen accorde donc une importance fondamentale aux mesures techniques visant à protéger les œuvres.

Un défaut peut être formulé au sujet de la directive du 22 mai 2001. Celle-ci semble avoir pris en considération les droits d'auteur et droits voisins indépendamment ou presque du droit de la consommation. Force est de constater que ces deux branches du droit se retrouvent en conflit, du fait de l'apparition dans notre législation des DRMS et des mesures techniques de protection. La menace représentée par les réseaux de *peer to peer* et, plus largement, par la piraterie numérique, est sans doute le principal élément déclencheur de l'introduction des mesures techniques de protection dans le paysage juridique. Les tentatives de filtrage de ces réseaux se multiplient et c'est en fin de compte l'utilisateur qui subira ces restrictions d'usage. Il a pourtant été démontré que « *le caractère fortement évolutif des technologies ne permet pas de parier sur une solution en particulier* »¹. Les plates-formes de *peer to peer* évoluent en effet très rapidement et il en existe un très grand nombre qui utilisent des techniques différentes. Toute activité d'analyse ou de filtrage ne peut être que fortement évolutive et mise à jour régulièrement.

C'est donc un ensemble de mesures coordonnées (offres légales de musique sur l'internet, filtrage à la demande sur le poste client, mise en œuvre de radars chez les FAI, politique de communication forte pour décourager les pirates, contre-attaques sur le Web par la création de leurres) qui permettra de réduire les pratiques illicites à des proportions raisonnables.

Au cours des débats qui avaient précédé la transposition de la directive du 22 mai 2001 par la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006, une solution favorable au consommateur dans ce domaine avait vu le jour : la licence globale.

C. L'échec de la licence globale

L'idée d'une licence globale était fondée sur le constat suivant : il est impossible de stopper la copie et l'échange sur l'internet. Les appareils de lecture à grande capacité et les réseaux créent une facilité sans précédent de la circulation et de la copie. De ce point de vue, et sans jugement de valeur, la logique de reconstruction d'un magasin de disques en ligne va à

¹ A. BRUGIDOU, G. KAHN « Rapport d'étude, étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur l'internet dans le domaine du Peer-to-Peer » *version du 9 mars 2005*

contresens de la nature même des technologies auxquelles nous avons à faire. En effet, la distribution en ligne des œuvres musicales ne peut suivre le modèle économique actuel basé sur la vente de supports physiques.

Rappelons également que ces échanges et ces copies prennent de multiples formes et que le *peer to peer* n'en représente qu'une. Beaucoup d'échanges se font effectivement dans le cadre de correspondances privées, au travers des courriels ou de conversations téléphoniques par l'internet. A prendre en compte également le développement des fichiers *Torrent*¹. Lors de la préparation de la loi Dadvsi, la Société civile pour l'administration des droits des artistes et des musiciens interprètes (ADAMI), favorable à l'instauration d'une licence globale, estimait donc que la répression serait impuissante à arrêter ces échanges, compte tenu de leurs multiples formes.

Les propositions d'une licence globale et d'un prélèvement sur les abonnements présentées par l'ADAMI et la Société de Perception et de Distribution des Droits des Artistes Interprètes Musique et Danse (SPEDIDAM) ont été reprises à leur compte par les quinze organisations membres de l'Alliance Public-Artistes, qui regroupe, d'un côté, des représentants d'artistes interprètes (sociétés de gestions collective, associations et syndicats de certaines catégories d'auteurs) et de l'autre, les consommateurs.

La proposition de l'Alliance reposait sur le postulat qu'il serait impossible de mettre un terme aux pratiques existantes quand bien même celles-ci seraient considérées comme illégales. A l'échelle des pratiques massives et incontrôlables d'échanges de fichiers entre particuliers, l'exercice individuel du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire serait en effet impossible, s'agissant de traiter des actes de mises à disposition effectués par des millions d'individus entre eux, non seulement via les réseaux de *peer to peer*, mais aussi, de plus en plus, par messageries et courriels. Elle proposait de légaliser cette pratique et d'instaurer, à l'égard des droits qu'elle met en cause, un régime de gestion collective obligatoire, à l'instar des solutions d'ores et déjà consacrées dans trois domaines : la câblodistribution simultanée, le prêt (le législateur a récemment opté pour un système de licence légale en matière de droit de prêt en bibliothèque) et la reprographie.

Ce système présentait par ailleurs l'avantage de responsabiliser l'internaute en lui délivrant un message clair : il sait que s'il procède à des échanges sans avoir choisi et payé l'option qui l'y autorise, il commet un acte de contrefaçon et sa mauvaise foi sera établie. L'état du droit en sera simplifié et clarifié pour tous, ce qui évitera les hésitations jurisprudentielles. Juridiquement, la licence globale reposait sur deux fondements. La rémunération pour copie privée (pour les actes de téléchargement) et une redevance au titre du droit exclusif de mise à la disposition du public (pour les actes de partage). L'internaute aurait conservé néanmoins la possibilité d'accepter ou de refuser le bénéfice du droit de mise à la disposition du public. En cas de refus de ce contrat, il n'aurait pu procéder au partage d'œuvres protégées sur l'internet sans risquer de se retrouver en situation de contrefaçon.

La priorité était de placer des millions d'internautes (8,5 millions de personnes, dont 750 000 utilisateurs réguliers d'après le Centre de Recherche pour l'Etude et l'Observation

¹ Les fichiers *Torrent* sont des fichiers de données disponibles sur internet. Ils contiennent les informations sur le fichier source à télécharger sur le réseau Peer to Peer Bit Torrent. Ces Torrent peuvent être enregistrés localement afin de reprendre un téléchargement de fichier par la suite sans avoir à retrouver l'URL de celui-ci. Ces fichiers ont pour extension : .torrent

des Conditions de vie (Credoc¹) en 2005) dans un cadre légal. Aujourd'hui, sont menées des campagnes d'information particulièrement impopulaires qui présentent tout utilisateur des réseaux de *peer to peer* comme délinquant. La situation n'est pas tenable à long terme. Il semble en effet inconcevable qu'une nouvelle technologie, celle des réseaux de *peer to peer*, en constante évolution, puisse être condamnée en soi, alors même que cette technologie pourrait être un moteur pour le développement des industries culturelles. Par ailleurs, du point de vue des utilisateurs, l'idée d'une licence globale était plutôt bien accueillie : un sondage Médiamétrie, commandé par le ministère de la culture, en juin 2005, faisait apparaître que 75 % des internautes déclaraient être prêts à payer la licence globale. 75 % d'entre eux, également, signalaient que cette pratique ne changerait pas leurs habitudes de consommation et d'achats de DVD² ou de CD.

L'Alliance faisait valoir que la gestion collective obligatoire était l'outil le mieux adapté aux phénomènes de masse. A titre d'exemple, lorsque la musique est diffusée massivement dans plus de 400 000 lieux sonorisés accueillant du public, la SACEM signe avec leurs gérants des contrats sans savoir précisément quelles œuvres seront diffusées, car il est impossible pour les ayants droits d'exercer individuellement leur droit exclusif.

Au terme de débats passionnés, le concept de licence globale n'a finalement pas été retenu dans le texte final. Selon le Gouvernement, la licence globale était incompatible avec le droit européen et international car elle constitue une licence légale qui rendait obligatoire les accords autorisant l'utilisation des œuvres par les ayants droits, comme c'est le cas pour la radio. La licence globale a été jugée préjudiciable tant aux créateurs qu'aux consommateurs du fait de l'augmentation de l'abonnement à l'internet. Elle ne permettrait aucun modèle économique viable pour les artistes, les industries culturelles et les fournisseurs d'accès. Par ailleurs, il est vrai que la licence globale n'aurait pas permis une répartition performante des rémunérations pour chaque ayants droits.

Il faut cependant remarquer que les plateformes de musiques en ligne proposent aux consommateurs des abonnements permettant, pour un montant forfaitaire, un nombre illimité de téléchargements. A titre d'exemple, le site Napster, après avoir du fermer son site d'échanges gratuits de MP3 en 2001, propose désormais, légalement, des abonnements mensuels permettant autant de téléchargements que l'on souhaite. L'idée semble assez proche de la licence globale, dans son principe. De la même façon, et encore plus proche du concept de licence globale, Neuf Cegetel a élaboré une offre de téléchargement de musique illimité greffée directement à l'abonnement ADSL³ à 29,90 euros/mois. Cette offre nommée Neuf Music et réservée aux nouveaux abonnés seulement, devrait être officialisée dans le courant du mois de septembre. Il s'agit d'une première puisqu'à ce jour, aucun fournisseur d'accès à l'internet ne propose un tel forfait avec téléchargement de musique illimité. Une telle offre serait également en cours de préparation chez France Telecom. Il demeure que l'offre de Neuf Cegetel est limitée puisque les fichiers musicaux téléchargés ne seront plus disponibles après la résiliation de l'abonnement. De plus, la diffusion se fera dans le cadre du DRMS de Windows, donc en format WMA.

¹ (<http://www.credoc.fr/>)

² *Digital Video Disc*, « disque vidéo numérique »

³ *Asymmetric Digital Subscriber Line*, « Ligne d'abonné numérique à débit asymétrique »

Afin de comprendre plus précisément les intérêts qui ont impulsé l'entrée des mesures techniques et DRMS dans les cadres juridiques internationaux, européens et nationaux, il convient d'accorder, à ce stade, une place aux mécanismes de gestion exclusive des ayants droits.

Section 2 : la gestion exclusive des ayants droits

A. le modèle économique de la création

La gestion des droits concerne la façon dont le droit d'auteur et les droits voisins sont cédés pour divers modes d'exploitation. Deux modèles coexistent : la gestion individuelle et la gestion collective. La gestion individuelle consiste en un rapport direct entre le titulaire des droits et l'utilisateur. Si ce mode de gestion reste exceptionnel, il tend à se développer, notamment par le biais des licences libres de droit dont nous traiterons le régime plus tard. Cependant, depuis que les œuvres ont acquis une valeur marchande, il s'est développé dans notre droit interne et partout dans le monde une pratique qui consiste, pour les auteurs, à se regrouper pour gérer les fruits de la vente de leurs œuvres. Sont ainsi nées les Sociétés de Perception et de Répartition des Droits d'auteurs et droits voisins (SPRD).

Les SPRD préservent les intérêts des auteurs qui y sont inscrits, elles ont donc pour mission de faciliter l'exercice effectif des droits par les auteurs et de favoriser l'exploitation licite des œuvres en centralisant leur gestion. Cette gestion centralisée permet à la fois un traitement rapide et uniformisé des procédures juridiques en vue de l'exploitation des œuvres par des tiers et un effort concentré en vue de garantir le respect des droits d'auteur. En France, les SPRD ont un statut de droit privé. Elles exercent néanmoins une mission reconnue d'utilité publique sous la tutelle du Ministère de la culture et de la communication. Les principes de fonctionnement de ces sociétés sont définis aux articles L. 321-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Le titulaire des droits (auteur, éditeur, interprète, éditeur de phonogrammes et de vidéogrammes) donne mandat de gestion collective sur son répertoire personnel, ce qui signifie qu'il s'engage à y déposer toutes ses œuvres et à déléguer à la société son droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique et la reproduction de ses œuvres (uniquement donc sur le registre des droits patrimoniaux) ; en contrepartie, la société perçoit, répartit les droits et les administre. Elle met également en place des programmes de soutien à l'action culturelle. Investies du mandat de gestion des droits patrimoniaux sur les œuvres que les titulaires ont déposées, les SPRD autorisent les utilisateurs (entrepreneurs de spectacles par exemple) à exploiter les œuvres inscrites à leur répertoire sans avoir à solliciter l'autorisation pour chaque œuvre, pour ce faire, elles signent un contrat général de représentation.

Aucun développement culturel n'est possible sans rémunération des auteurs. Malheureusement pour les titulaires de droits, la simplification des procédés de reproduction a permis aux utilisateurs de réaliser eux-mêmes des exemplaires des œuvres. Afin de remédier aux pertes économiques liées à l'exception de copie privée, le législateur français a instauré une compensation financière au profit des titulaires de droits. Ainsi, les articles 31 et suivants de la loi du 3 juillet 1985 dite « loi Lang », prévoient une rémunération pour copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes (autrement appelée rémunération pour

copie privée audiovisuelle) au profit des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes. La loi du 17 juillet 2001 a étendu cette rémunération à tout support numérique. Cette rémunération était de 174 millions d'euros en 2005, et s'étend de plus en plus à l'ensemble des supports numériques. En France, l'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'une commission spéciale est chargée de déterminer les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de la rémunération pour copie privée. Cette Commission sur la Copie Privée, actuellement présidée par M. d'Albis, connaît de plus en plus de difficultés en raison de la multiplicité des supports numériques.

La question se pose régulièrement pour cette commission de déterminer les supports qui doivent être soumis à la redevance pour copie privée. Aujourd'hui, la question est plus que jamais d'actualité : les supports numériques prennent des formes de plus en plus variées et sont de plus en plus susceptibles de contenir des œuvres protégées. Ainsi, après les CD et DVD, ont vu le jour les disques durs externes, les baladeurs numériques, les clés USB¹, les cartes mémoires de tout type. Tous ces supports peuvent certes contenir des œuvres musicales, mais cela n'est pas leur unique fonction. Pourtant, tous ces supports sont désormais taxés et la Commission sur la Copie Privée continue de trouver des supports susceptibles d'être soumis à cette taxe. Les réactions des associations de consommateurs siégeant dans cet organisme montrent les risques croissants de cette « quête aux supports taxables ». En mai 2005, le Simavelec, l'UFC-Que Choisir, Familles de France et la Confédération du logement et du cadre de vie (CLCV) ont décidé de claquer la porte de la commission après la décision de cette dernière de baisser de 1,59 € à 1,27 € la rémunération pour copie privée applicable aux DVD vierges, baisse jugée bien insuffisante par les associations de consommateurs.

Ces associations ont toujours reconnu la légitimité du principe de rémunération pour copie privée en tant que juste compensation du droit à la copie privée accordé aux consommateurs, et c'est dans cet esprit qu'elles participent depuis plusieurs années aux travaux de la Commission. Cependant, elles ont constaté que les ayants droit jouent de leur position de force au sein de la Commission avec pour seul objectif une augmentation continue des montants de rémunération, en refusant que soit examiné le préjudice réel causé par les pratiques de copie privée et non les seules possibilités techniques de copie existantes².

La commission poursuit ses travaux et la rentrée 2007 pourrait connaître l'application de la rémunération pour copie privée sur les consoles de jeux vidéo. La taxation des agendas électroniques est aussi envisagée tout comme celle des téléphones MP3³. Cette délicate question de la rémunération pour copie privée a trait aux droits exclusifs des ayants droit dans l'environnement numérique.

B. les droits exclusifs dans l'environnement numérique

L'auteur est titulaire du droit d'exploitation le quel, conformément à l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle, comprend le droit de reproduction, c'est-à-dire « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public*

¹ Universal Serial Bus

² Communiqué de presse commun à l'ADEIC, la CLCV, Famille de France et l'UFC-Que Choisir du 12 mai 2005

³ Article de C. Guillemin publié le 26 juillet 2007 sur ZDnet.fr

(<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39371706,00.htm>)

*d'une manière indirecte*¹ » et le droit de représentation, c'est-à-dire « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque*² ». Soulignons que l'article L. 122-1 dispose que le droit d'exploitation comprend le droit de représentation et le droit de reproduction mais que l'article L. 122-7 précise que la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. De la même façon, la directive du 22 mai 2001 garantit à l'auteur un « *droit exclusif d'autoriser ou interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci*³ ».

La question a pu se poser de savoir si ces notions de reproduction et de représentation étaient applicables à l'internet. L'ensemble des auteurs, et notamment Pierre Sirinelli, considère désormais que la fixation d'une œuvre sur support numérique constitue indiscutablement un acte de reproduction. La jurisprudence reconnaît de même, sans difficulté, la transposition des notions de représentation et de reproduction à l'internet⁴.

Le droit français pose en règle générale et absolue qu'aucune reproduction ou représentation d'une œuvre protégée ne peut se faire sans l'accord exprès et préalable de l'auteur ou du titulaire du droit. Cette règle connaît cependant des exceptions, énumérées à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle dont l'une d'elle, qui nous intéressera tout particulièrement, est l'exception pour copie privée. Cette exception se définit comme la copie ou reproduction strictement réservée à l'usage du copiste et non destinée à une utilisation collective. L'usage restreint au copiste exclut donc le partage sur l'internet et plus précisément sur les réseaux de *peer to peer* car, par définition, il s'agit d'un usage collectif.

La Commission européenne⁵ et les déclarations communes jointes au traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 précisent que ce droit de reproduction s'applique « *pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique* » et « *le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction* ». La directive du 22 mai 2001 reprend la formulation en visant expressément « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en toute ou partie*⁶ ».

Quant au droit de représentation, le traité OMPI dispose qu'il s'étend à la communication « *par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public* » des œuvres « *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ». Le législateur européen a souhaité une définition plus large en prévoyant, au profit de l'auteur, « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de telle manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Il semble que la définition de la directive soit plus adaptée au contexte numérique. En effet, la notion de représentation ne se limite plus à une

¹ Article L. 122-3 al. 1^{er} du code de la propriété intellectuelle

² Article L. 122-2 al. 1^{er} du code de la propriété intellectuelle

³ Article 4 de la directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001

⁴ TGI Paris, ordonnance de référé du 14 août 1996, société Ed. musicales Pouchenel et a. c/ Ecole centrale de Paris et a.

⁵ Comm. CE, Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, 15 novembre 1996, Com (96) 568/3

⁶ Article 2 de la directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001

communication au public réuni en un lieu précis, au même moment, mais permet de couvrir l'ensemble des nouveaux modes d'accès aux œuvres, tel que le *streaming*¹.

Un point majeur gouverne les droits exclusifs des auteurs dans l'environnement numérique, il s'agit du test en trois étapes. Celui-ci permet d'équilibrer les droits exclusifs et l'exception de copie privée notamment. Déjà présent dans l'article 9-2 de la convention de Berne et dans la directive du 22 mai 2001, ce principe a été repris dans la loi DADVSI du 1^{er} août 2006.

¹ Le *streaming* est un principe utilisé principalement pour l'envoi de contenu en « direct » (ou en léger différé). Très utilisé sur internet, il permet de commencer la lecture d'un flux audio ou vidéo à mesure qu'il est diffusé. Il s'oppose ainsi à la diffusion par téléchargement qui nécessite par exemple de récupérer l'ensemble des données d'un morceau ou d'un extrait vidéo avant de pouvoir l'écouter ou le regarder.

Chapitre 2 : La légalisation des mesures techniques de protection

Section 1 : La mise en œuvre des mesures techniques de protection

A. Une réponse technique aux activités illicites

Nous l'avons vu, l'environnement numérique dans lequel les œuvres musicales sont désormais largement diffusées comporte des risques évidents de copie non autorisées. Partant du constat que la diffusion sur l'internet d'une œuvre ne peut être complètement maîtrisée, des solutions techniques ont vu le jour pour répondre aux menaces de contrefaçon et de piraterie numérique.

La mesure technique de protection se définit comme « *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection* ». Cette définition figure à l'article 9-3 de la directive du 22 mai 2001 qui consacre une grande partie de son dispositif aux mesures techniques de protection. En pratique, les mesures techniques de protection ont toujours existé, surtout dans le domaine de l'informatique. Mais leur utilisation tend à se généraliser et le marché de la musique y a trouvé une forte utilité. Les nouvelles formes de consommation, tel que le téléchargement légal, imposent la mise en place de systèmes permettant de gérer les droits dans un environnement numérique. C'est l'objet des DRMS ou système numérique de gestion des droits.

L'expression « gestion numérique de droits » est souvent confondue avec les systèmes numériques de gestion des droits que sont les *Digital Rights Management Systems* qui supposent juridiquement, techniquement et économiquement une « gestion numérique des droits ». Ainsi, un *Digital Rights Management System* procède de la gestion numérique des droits, placée en amont de la chaîne numérique de distribution. La gestion numérique des droits correspond à la gestion des données relatives à l'information sur le régime des droits qui est distinguée juridiquement des mesures techniques. Toutefois les techniques employées pour la mise en œuvre du régime des droits empruntent à certaines des techniques requises pour garantir la protection des contenus mêmes. D'où les erreurs de traduction : les DRMS sont souvent traduit par « mesures techniques de protection », ce qui est inexact. Quant à la diffusion des œuvres musicales, la conséquence d'un DRMS est effectivement la mise en place de mesures techniques de protection limitant ou empêchant les copies mais telle n'est pas sa seule fonction. Ainsi, lorsqu'il comprend des mesures techniques de protection, la fonction est de restreindre l'usage possible des titres téléchargés par le consommateur, conformément aux droits qui ont été négociés entre le producteur (la maison de disques) et le distributeur (la plate-forme de téléchargement). Les droits en question concernent principalement le nombre d'ordinateurs différents sur lesquels la musique peut être

téléchargée, écoutée et copiée, le nombre de gravures sur CD des titres téléchargés et le nombre de transferts autorisés vers des baladeurs numériques.

Les DRMS sont la matérialisation d'une idée formulée par Charles Clark, représentant des associations internationales d'éditeurs lors de la conférence de l'OMPI en 1995 : « *la réponse à la machine se trouve dans la machine* ». La formule fut largement reprise pour affirmer que les solutions optimales aux problèmes du piratage sont d'ordre technique. Cela signifie que ce que la technique permet, le contournement des droits de propriété intellectuelle, peut être évité par la technique elle-même. Il est important de préciser d'ores et déjà que les DRMS ne comportent pas de simples mesures techniques de protection qui permettent de contrôler l'accès ou l'utilisation dans contenu numérique, mais ils incluent également des outils d'information et de gestion des droits.

Les DRMS s'appuient sur deux types de techniques, selon que la volonté de leurs promoteurs est d'empêcher à titre préventif en amont certains usages ou qu'elle vise à identifier les œuvres, à contrôler *ex post* leurs utilisations et à détecter d'éventuelles violations de droits.

Dans le premier cas, il s'agit de protéger le contenu numérique par un algorithme de chiffrement. Ainsi, l'utilisation du contenu ne sera possible qu'en obtenant la clé de déchiffrement ou une application spécifique. La cryptographie est la technique du secret des messages, développée originairement pour répondre à des besoins militaires mais dont les applications et les usages sont très largement répandus dans la société de l'information, que ce soit pour la sécurité des transactions, la confidentialité des secrets industriels et commerciaux, la protection des contenus, etc.

Dans le second cas, la technologie sert à « tatouer » le contenu. Cette opération de tatouage consiste à associer une information, de façon permanente et imperceptible, à l'œuvre. Les techniques de tatouages sont principalement le *watermarking*¹, mais encore le *fingerprinting*². Initialement, ces techniques ont été développées avec comme objectif la protection des œuvres numérisées ; mais les conditions d'application actuelles de ces techniques les font désormais plutôt poursuivre des objectifs d'identification, d'authentification, d'intégrité ou de traçabilité des œuvres, en particulier à travers le tatouage de l'information sur les droits. Par nature, le *watermarking* n'est donc pas prioritairement une technologie de protection des œuvres, mais les principales applications initialement développées ont consisté à répondre à cet objectif.

Sur le plan économique, les DRMS répondent à la même logique de distribution d'œuvres dans le monde physique en permettant l'exclusion des consommateurs. Les DRMS offrent aux distributeurs de musique la possibilité de préciser une grande quantité d'usages autorisés. Ainsi, certains usages qu'il était impossible de restreindre dans les modes de distribution classique, peuvent désormais être limités par les titulaires de droits. Le nombre

¹ Technique de marquage qui consiste à insérer une signature invisible et permanente à l'intérieur d'un contenu numérique transitant par les réseaux, tel l'internet, afin de lutter contre la fraude et le piratage et d'assurer la protection des droits de propriété intellectuelle. Dans chaque fichier est inséré un code d'identification imperceptible et indétectable par tout système ignorant son mode d'insertion. Il permet notamment de garantir la preuve de paternité d'une œuvre numérique. Il dissuade l'usage illicite dans la mesure où cette signature numérique peut être retrouvée dans chaque copie de l'œuvre originellement marquée. Cette signature doit pouvoir résister aux différentes techniques de traitement du son tel la compression dans un format spécifique.

² Algorithmes permettant de marquer de façon visible ou invisible tout fichier contenant des informations soumises au copyright.

d'accès à l'œuvre, la durée de l'accès, le droit d'enregistrer, de reproduire, de conserver, sont autant de possibilités permises par l'introduction des DRMS dans l'industrie de la musique.

Ces possibilités peuvent sembler attentatoires à la liberté d'utilisation d'une œuvre par un consommateur. En réalité, l'intérêt est de pouvoir « adapter la tarification en fonction des usages »¹. Ainsi, le consommateur lui-même peut tirer avantage de ce nouveau mode de distribution des œuvres musicales puisqu'il est possible d'envisager que, pour un même morceau de musique, les prix soient plus élevés pour une utilisation illimitée, faible pour un usage unique ou encore plus faible pour un usage à finalité de recherche.

L'objet, ici, n'est pas de décrire techniquement le fonctionnement des DRMS, mais d'en constater l'impact juridique. Les fichiers téléchargés, par exemple sur le site Fnac music, sont encodés au format WMA, lisible sur le lecteur Windows Media et baladeurs numériques compatibles, tandis que les œuvres offertes sur la boutique en ligne d'Apple utilise le format AAC² et ne sont lisibles que sur le logiciel de lecture iTunes et les baladeurs numériques du même fabricant, l'iPod. Le troisième acteur du marché des DRMS, Sony, occupe également une place importante avec son format ATRAC³.

Ces différentes techniques ne visent pourtant qu'un seul objectif, la protection technique de l'œuvre musicale, dont le champ d'application s'élargit depuis plusieurs années.

B. L'élargissement du champ d'application des mesures techniques de protection

L'existence d'un droit des mesures techniques de protection des contenus numériques succède de peu à l'essor rapide de la recherche et surtout du développement industriel de ce type de technologies. Depuis l'adoption du Traité ADPIC prévoyant que chaque Etat doit établir un régime juridique protecteur des droits exclusifs des droits d'auteurs et droits voisins, et surtout depuis l'adoption des Traités OMPI de 1996, la protection juridique des mesures technique est devenue le canon intellectuel international de la protection de ces droits dans l'environnement numérique. L'évolution historique qui a mené à la directive de 2001 et la loi Dadvsi de 2006 mérite d'être rappelée.

Dans les années 1970 et 1980, un nombre important de nouveaux développements technologiques virent le jour. Ce fut le cas de la reprographie, de la technologie vidéo, des systèmes de cassettes compactes facilitant le *home taping* (reproduction de cassettes à la maison), de la diffusion des programmes de radiotélévisés par satellites, de la télévision câblée, de l'introduction des PC, des bases de données électroniques, etc.. Il s'agissait alors d'apporter des précisions sur les copies permises par ces technologies.

Entre les années 1980 et 1990, la communauté du droit international de la copie (*international copyright community*) a suivi une stratégie de développement de principes directeurs plutôt que d'essayer d'établir de nouvelles normes internationales. Des recommandations et des principes directeurs furent élaborés par l'OMPI (au début, fréquemment en collaboration avec l'Unesco⁴) et ils servirent de lignes directrices aux

¹ Françoise BENHAMOU et Joëlle FARCHY « Droit d'auteur et copyright » *Edition La Découverte*, 2007

² *Advanced Audio Coding*, technique de codage audio compacte et préservant la qualité du son

³ Adaptive TRansform Acoustic Coding. Technologie de compression du son utilisée par Sony

⁴ Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture

gouvernements sur la façon de répondre aux défis provoqués par les nouvelles technologies. Ces recommandations et principes directeurs étaient fondés sur l'interprétation des normes internationales existantes, et particulièrement la Convention de Berne (par exemple, en ce qui concerne les logiciels, les bases de données). Ces lignes directrices qui furent proposées pendant ladite période de développement de principes directeurs eurent un impact sur les législations nationales, contribuant au développement du *copyright* et des droits voisins, dans le monde entier.

Les travaux préparatoires des nouvelles normes concernant le *copyright* et les droits voisins dans les comités de l'OMPI furent accélérés et conduisirent à la convocation relativement rapide de la conférence diplomatique de l'OMPI. Cette conférence, qui se tint à Genève en décembre 1996, adopta deux traités : le *WIPO Copyright Treaty* (WCT), et le *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT). Les parties contractantes y ont affirmé leur souhait de développer et d'assurer la protection des droits des auteurs sur les œuvres littéraires et artistiques d'une manière aussi efficace et uniforme que possible. Il s'agissait, dans le traité WCT, de reconnaître la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique.

L'article 11 du traité WCT a trait aux obligations relatives aux mesures techniques et dispose ainsi : « *Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ».

Le traité impose aux états signataires de consacrer dans leur droit interne une protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres. Dans la continuité, la directive du 22 mai 2001 développe cette nouvelle protection. Cette directive prend en considération le nouvel environnement numérique dans lequel circulent les œuvres, entre autres musicales. Elle rappelle à ce titre que « *les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique¹* ». La réalité pratique est largement prise en considération par le législateur européen, à tel point qu'il est précisé la « *différence existant entre copies privées numériques et analogiques* », imposant de « *faire une distinction entre elles à certains égards²* ».

Au regard de ces considérations d'ordre économique et technique, la directive tente de concilier les exceptions ou limitation pour copie privée avec l'utilisation de mesures techniques et la répression de tout acte de contournement de celles-ci. Elle affirme ainsi que « *l'évolution technologique permettra aux titulaires de droits de recourir à des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur³* ». Est donc clairement reconnu comme une solution indispensable le recours aux DRMS et mesures techniques de protection. Reconnaisant, de plus, les risques de

¹ Considérant n°31 de la directive

² Considérant n°38 de la directive

³ Considérant n°47 de la directive

contournement de ces mesures, la directive indique qu'il est nécessaire de « *prévoir une protection juridique harmonisée contre le contournement des mesures techniques efficaces et contre le recours à des dispositifs et à des produits ou services à cet effet* ».

En droit français, l'idée de recourir aux mesures techniques de protection des contenus, protégés ou non par un droit de propriété intellectuelle, n'est pas nouvelle, et celle de les protéger juridiquement non plus. L'article L. 122-6-2 du Code de la propriété intellectuelle appréhende déjà les dispositifs techniques de protection des logiciels et l'introduction de ces mesures techniques n'a pas bouleversé fondamentalement notre droit. Les dispositions de la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006 sont cependant d'une toute autre ampleur, par l'étendue de leur champ d'application, par la nature des actes prohibés et par l'importance des sanctions. Thierry Maillard¹ estime ainsi que le droit d'auteur à la française pourrait être affecté par la réception des mesures techniques, alors même que ce droit a toujours fait preuve d'« adaptabilité et de flexibilité ».

Mais les mesures techniques, si elles posent des difficultés au regard des exceptions au droit d'auteur, et surtout l'exception pour copie privée, ne représentent pas l'unique problème juridique. C'est essentiellement la protection juridique de ces mesures qui sont contraignantes et qu'il importe donc d'appréhender à ce stade.

Section 2 : La protection juridique des mesures techniques de protection

A. L'insuffisance de la protection technique seule

Répondre à la technique par la technique semble la solution la plus appropriée pour endiguer le piratage des œuvres musicales. Il semble, en effet, dans l'environnement numérique, que la lutte contre la copie illégale est quasi vaine, du fait, nous l'avons vu, de l'architecture même du réseau internet. Les DRMS comprennent, pour la plupart, des mesures techniques de protection et de contrôle de copie mais leur but principal est d'encadrer techniquement l'exception de copie privée, et donc les droits exclusifs des auteurs et titulaires de droits voisins. Ils participent ainsi à la modification de la gestion des droits exclusifs, qui s'exerce alors techniquement, plus que contractuellement.

La conséquence s'agissant de cette gestion pourrait être le basculement d'une rémunération fondée sur la copie privée à une rémunération proportionnelle, dont la répartition serait nettement facilitée du fait de l'existence d'une chaîne de valeurs. L'idée est de faire remonter jusqu'aux auteurs et ayants droit, les informations sur l'usage de l'œuvre, pour une rémunération plus précise des auteurs et titulaires de droits. La fonction même des systèmes de gestion numérique des droits est de créer une chaîne numérique de distribution de contenus numériques protégés, c'est-à-dire employant des mesures techniques de protection. L'objet de la présente analyse n'est cependant pas l'observation des mécanismes de cette chaîne numérique, mais l'étude des mesures techniques qui accompagnent ces systèmes.

¹ Thierry MAILLARD « la réception des mesures de protection technique des œuvres en droit français : Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » Centre d'Etude et de Recherche en Droit de l'Immatériel *Légipresse* 2004, n°208, II, pp. 8-15

Au sujet de ces mesures techniques, Philippe Chantepie¹ fait valoir un point important qui constitue la base de ce qu'il est convenu de nommer « droit des mesures techniques de protection ». Il est certain qu'aucune mesure technique de protection des œuvres n'est inviolable. L'objectif visé par les mesures techniques n'est pas la suppression des usages illicites, mais la dissuasion de ceux-ci. C'est donc par un ensemble de moyens que la lutte, sur le terrain technique au moins, contre ces usages, peut être engagée.

Rappelons brièvement que les données numériques ne sont que de grandes quantités d'informations que l'on peut facilement stocker, manipuler ou transmettre. Ces données sont indiscernables dans leur forme et, dans un environnement numérique, tous les supports sont équivalents. Il est donc facile de transférer l'information stockée sur un CD ou un fichier MP3 vers un disque dur ou vers un autre CD puisque la numérisation affranchit les utilisateurs et les créateurs de la dictature du support.

Par ailleurs, bien que l'opération ne soit pas aisée, le déverrouillage d'une œuvre protégée est toujours possible. C'est pourquoi la lutte contre ce phénomène ne peut s'opérer que par une protection juridique des mesures techniques. La sphère technique n'étant pas infaillible, une sphère juridique a été ajoutée, dans la directive du 22 mai 2001, puis dans la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006. Ainsi que la qualifie M. Chantepie, cette dynamique de la protection des mesures techniques « *repose donc désormais sur une logique bouclier/glaive sans doute durable* ».

B. L'interdiction de contourner les mesures techniques de protection

Nous allons étudier chronologiquement, le dispositif juridique de la directive du 22 mai 2001, puis celui de la loi du 1^{er} août 2006.

En conformité avec la distinction faite par les traités OMPI de 1996, l'article 6 et l'article 7 de la directive prévoient deux régimes autonomes de protection juridique des mesures techniques selon qu'il s'agit de dispositifs informatifs ou de dispositifs coercitifs.

La directive protège juridiquement les mesures techniques qui couvrent deux sortes d'information : les informations directes qui sont toutes les données qui peuvent être fournies par les titulaires de droits pour permettre l'identification d'une œuvre, c'est-à-dire le nom de l'auteur, le titre, la notice de *copyright*, etc., et les informations indirectes, c'est-à-dire tous les identifiants qui permettront de retrouver les œuvres comme, par exemple, les systèmes de marquage des œuvres (*watermarking*). Ces informations indirectes sont protégées par des dispositifs coercitifs. La directive protège juridiquement les deux types de systèmes sans les différencier.

En revanche, elle ne tient pas compte de certains procédés qui semblent avoir une vocation mixte à l'image des protections qui rappellent régulièrement à l'utilisateur de *shareware* (ou « *partagiciel*² ») qu'il doit acquérir une licence d'utilisation. Ces systèmes mixtes se rapportent bien sur à l'information sur le régime des droits mais ce sont aussi des dispositifs coercitifs qui brident l'utilisation de l'œuvre qui est rendue inutilisable après une période d'essai.

¹ Philippe CHANTEPIE « Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS » Rapport 2003-2 du 8 janvier 2003 Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles.

² Logiciel dont l'auteur autorise l'utilisation gratuite pendant une durée définie

Le fait d'avoir choisi de créer deux régimes de protection des dispositifs techniques en différenciant les dispositifs coercitifs des dispositifs informatifs pose donc un problème de qualification impossible à résoudre aujourd'hui.

Fondamentalement, en protégeant les moyens d'identifier une œuvre, la directive du 22 mai 2001 incite surtout la mise en place d'un système détourné de dépôt des créations. En effet, dans cette hypothèse, l'œuvre est protégée car les informations permettant de l'identifier sont techniquement et juridiquement protégées. La preuve de la paternité de l'œuvre peut donc être établie, même en l'absence des modes traditionnels de dépôt des œuvres musicales. Mais ce système risque d'être réservé aux ayant droit qui pourraient faire l'impasse d'un dépôt auprès de la SACEM. Car si les moyens d'identification d'une œuvre peuvent servir les intérêts d'un producteur en mesure d'agir en justice en cas de litige, tel ne sera pas le cas d'un auteur non sociétaire de la SACEM.

Bien qu'en opposition avec le droit d'auteur traditionnel ce système, répond aux attentes de l'industrie de la musique qui souhaite contrôler davantage les œuvres en circulation et leurs usages. C'est dans le même ordre d'idée que la directive protège l'installation des dispositifs coercitifs. La directive accorde en effet beaucoup plus d'importance aux « *obligations relatives aux mesures techniques* », en son article 6, c'est-à-dire à la protection des dispositifs techniques coercitifs. L'article 6-1 introduit ainsi la protection des mesures techniques et information sur le régime des droits : « *Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif* ».

Dès lors se pose la question de savoir ce qu'est une mesure technique efficace. La directive y répond par la définition suivante : « *Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection* ». Le critère essentiel est donc le contrôle technique des titulaires de droits.

Mais une interrogation survient à la lecture de cet article. En effet, la directive protège les mesures techniques efficaces, c'est-à-dire impossibles à contourner. La directive accorderait, en quelque sorte, une protection à des procédés techniques qui n'en ont pas besoin puisqu'ils sont réputés efficaces. Le contrôle s'effectue *a posteriori* en constatant l'échec de la protection : si la mesure a été contournée, c'est qu'elle n'était pas efficace.

En pratique, c'est donc un « *critère parfaitement irréaliste* » selon Pierre Sirinelli, qui devra être interprété par les juges et qui, contrairement aux objectifs de la directive, sera source de divergences entre les pays de la communauté européenne.

Selon le texte de la directive, les mesures techniques ne sont protégées que pour autant qu'elles sont liées à une œuvre elle-même juridiquement protégée. En conséquence, les dispositifs techniques associés à des œuvres tombées dans le domaine public, tant par le choix de leur auteur que par l'écoulement de la durée de la protection, ne devraient pas prétendre à la protection offerte par la directive. Et pourtant, la directive n'interdit pas la protection technique de ces œuvres. Le problème a son importance et a été soulevé à plusieurs reprises

par la doctrine¹. Il serait en effet théoriquement possible de couvrir des œuvres publiques par des dispositifs techniques qui en contrôlèrent l'accès et l'usage. Les titulaires de droits devront donc expliquer pour quelles raisons leur infrastructure ne peut pas différencier les œuvres. La encore, la question reste en suspens.

Sur les comportements sanctionnés, la directive distingue les activités préparatoires (qui n'étaient pas condamnés par les traités de l'OMPI) des activités de contournement elles-mêmes. L'article 6-2 de la directive se rapproche du DMCA américain en visant la fabrication, l'importation, la distribution commerciale ou non commerciale, la publicité aux fins de distribution marchande, la détention à des fins commerciales, de produits qui permettraient de contourner des dispositifs techniques. La directive vise aussi bien les prestations de services que la fourniture de produits.

L'interdiction ne trouve cependant vocation à s'appliquer qu'à la condition que l'activité ou le produit soit explicitement destiné au contournement. Une autre condition essentielle est, en effet, que l'acte de contournement doit être effectué en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant pertinemment que le but recherché est le contournement d'une mesure efficace. Il s'agit en réalité de l'élément moral dans la logique pénaliste. La encore faudrait-il interpréter la volonté de l'individu qui se rendrait coupable d'un tel contournement : sa volonté est-elle le contournement d'une mesure technique ou la simple faculté de copier un fichier sur un autre support ? La question sera cependant, très probablement rapidement écartée, le contournement de ces mesures n'étant pas, en pratique, aisé à mettre en œuvre.

Il apparaît, avec la directive du 22 mai 2001, une situation nouvelle dans laquelle les titulaires de droit ont la possibilité d'obtenir un contrôle total sur l'accès et sur l'usage de leurs œuvres. C'est ainsi la première fois que les intérêts du public et les intérêts des auteurs sont réellement en opposition.

Dans les grandes lignes, la loi DADVSI du 1^{er} août 2006 reprend les dispositions de la directive du 22 mai 2001. L'article 13 introduit un article L. 331-5 dans le Code de la propriété intellectuelle qui protège les mesures techniques de protection. Le décret du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins prévoit des sanctions pénales contre les actes de contournement des mesures techniques efficaces.

Pourtant, certaines règles en droit français permettaient déjà de réprimer ces actes de contournement. Il est en effet possible d'établir des obligations contractuelles dans les contrats de licence, imposant à l'utilisateur l'obligation de ne pas contourner les mesures techniques ou de ne pas modifier des informations sur le régime des droits. En cas d'inexécution de ces obligations, l'utilisateur engagera sa responsabilité contractuelle.

Le droit civil protège également les mesures techniques par le biais de la concurrence déloyale et du parasitisme. Ainsi, le 22 mai 1998, le Tribunal de grande instance de Paris a reconnu coupable de concurrence déloyale celui qui avait fourni les moyens de contourner une mesure technique protégeant un logiciel encyclopédique, provoquant une perte de chiffre d'affaires pour la société éditrice dudit logiciel.

¹ A. Strowel et S. Dussolier, la protection légale des systèmes techniques : propriétés intellectuelles, octobre 2001. P. B. Hugenholtz, why the copyright directive is unimportant and possibly invalid : *European Intellectual Property Review* n°11, 2000

Le droit pénal français permet également de protéger les mesures techniques de protection contre leur contournement. Le fait de s'introduire illégalement dans un système, et de s'y maintenir, est puni, par l'article 323-1 du Code pénal, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Est donc réprimé l'accès frauduleux rendu possible par le fait « *de décrypter du contenu crypté sans autorisation* ». Il devrait en être ainsi du contournement d'une mesure technique de protection qui chiffre une œuvre.

« *Il est loin d'être évident que les mesures techniques doivent être protégées par le droit d'auteur* » estime le professeur Christophe Caron¹, ajoutant qu'« *il est peut-être artificiel d'inclure la protection des mesures techniques dans le monopole de l'auteur : ce qui permet de rendre efficace le monopole ne relève pas forcément du monopole lui-même* ».

En effet, ce sont les mesures techniques de protection qu'il s'agit de protéger par le biais d'un mécanisme juridique. Ce dernier n'a donc pas pour but de protéger les œuvres elles-mêmes, mais au contraire de réprimer des actes qui portent atteinte aux mesures techniques de protection, actes qui permettent l'accès frauduleux aux œuvres par la neutralisation des mesures techniques. La protection de ces mesures ne relève donc pas de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, ni par-là même du monopole de l'auteur. Une telle neutralisation procède d'une toute autre démarche. Ce comportement relève bien plutôt de la notion de fraude, d'accès indu, ce qui permet donc de rattacher son régime juridique de préférence à la fraude informatique intégrée au Code pénal.

Pourtant, des sanctions spécifiques ont été créées. Deux niveaux d'atteintes sont élaborés selon que le dispositif permettant le contournement est utilisé à titre personnel ou que ce dispositif est fabriqué ou proposé au public. Le fait de détenir un dispositif technique permettant le contournement d'une mesure technique efficace ou la suppression des informations contenues dans le fichier ou d'avoir recours à un service spécialement conçu pour porter cette atteinte est prévu aux articles R. 335-3 et R. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle et est sanctionné d'une amende de quatrième classe. En revanche, est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace ou aux informations contenues dans un fichier protégé.

Au vu des éléments avancés jusqu'à présent, se pose la question des impacts des mesures techniques de protection.

¹ Christophe Caron, « *Brèves observations sur la protection des mesures techniques par le droit civil* », Actes du Congrès de l'ALAI, New York 13-17 juin 2001.

Chapitre 3 : Les conséquences juridiques des mesures techniques de protection

Section 1 : L'impact des mesures techniques de protection sur l'exception pour copie privée

A. Diminution du champ d'application de l'exception pour copie privée

Historiquement, en France, la copie privée ne posait pas de difficultés jusqu'à la loi du 11 mars 1957. La raison est essentiellement pratique puisque la technique ne permettait pas de reproduire des œuvres aussi facilement. En 1908 déjà, E. Pouillet, dans son *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, admettait que l'acte de contrefaçon, en l'absence d'utilisation commerciale, n'était pas constitué dans le cadre d'un usage personnel. E. Pouillet justifiait ainsi son argument : « *Comment, en effet, réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour aider sa mémoire, copie tout ou partie d'un livre ? N'est-il pas dans la destinée même du livre de servir à l'étude de ceux qui le lisent ? Il n'est pas interdit de l'apprendre par cœur, comment serait-il défendu de le copier ? La copie, en ce cas, n'est qu'un aide-mémoire naturel. Il en serait autrement si cette copie manuscrite était vendue, si, en un mot, celui qui la possède en tirait un bénéfice pécuniaire et la faisait servir à une véritable exploitation commerciale* ».

Plus récemment, en 1957, le Professeur Desbois¹ expliquait, que, dès lors que la reproduction n'était pas uniquement destinée au copiste, le consentement de l'auteur ou des ayants droit était requis. Les contours de l'exception pour copie privée étaient donc déjà dessinés il y a plusieurs années. Mais, nous le savons maintenant, l'état de la technique impose au législateur de prendre en compte des évolutions technologiques insoupçonnées en 1957.

Sur le fondement de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, les utilisateurs d'une œuvre, musicale entre autres, dispose d'une exception aux droits exclusifs des ayants droit. L'exception pour copie privée est le principal frein au contrôle exclusif des auteurs sur leurs œuvres. C'est elle qui garantit au consommateur de biens culturels une jouissance paisible, nécessairement incontrôlable dans le cadre de la vie privée. Rappelons la définition qui est faite de cette exception majeure au droit d'auteur et droits voisins : « *lorsqu'une œuvre a été divulguée, son auteur ne peut en interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». Cette disposition est reprise par l'article 211-3 du CPI pour les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes.

L'exception de copie privée telle qu'elle est envisagée par le Code de la propriété intellectuelle est issue des technologies existantes dans l'univers analogique. Pour justifier cette exception au monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre, plusieurs arguments ont été traditionnellement avancés.

Tout d'abord, un constat évident s'impose : il n'est pas possible de contrôler l'usage d'une œuvre et des copies qui en sont faites, dès lors qu'une personne jouit de cette œuvre dans un cadre privé. Il n'est raisonnablement pas possible de surveiller l'utilisation d'une

¹ Henri Desbois, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, p. 350.

œuvre à titre privé, du moins cela n'était pas possible jusqu'à l'apparition d'œuvres numérisées, nous y reviendrons. D'autre part, le préjudice résultant de la copie privée est limité pour les ayants droit puisque la qualité de l'œuvre reproduite se dégrade par rapport à l'original. Ce constat, valable dans l'ère analogique ne l'est plus désormais, ainsi que nous l'avons expliqué en introduction, et les deux justifications invoquées à l'appui de cette exception perdent donc de leur pertinence dans l'environnement numérique. L'original et la copie numérique, préférons clonage numérique, sont d'une qualité identique et des mesures techniques empêchant la reproduction peuvent aisément être mises en place. Aussi, d'autres fondements ont été avancés pour justifier la copie privée: liberté d'expression, nécessité d'information et de recherche, respect de la sphère privée de chaque personne, et dans une certaine mesure droit d'accès à la culture.

La problématique relative à la copie privée apparaît, ces dernières années, du fait de l'apparition des mesures techniques de protection empêchant ou limitant la copie. Tout l'enjeu est donc de concilier ces mesures, dont l'utilisation est non seulement autorisée mais aussi protégée, avec l'exception pour copie privée dont l'existence ne semble pas pouvoir être remise en cause. La première interrogation qui se pose pour le juriste est de qualifier cette exception pour copie privée. Sur ce point, la référence à la jurisprudence n'est sans doute pas aussi importante que la référence à la doctrine. Nous allons le voir, les réponses apportées par les juridictions, et notamment la Cour de cassation ne permettent pas de trancher définitivement la question.

Deux conceptions s'opposent quant à la qualification de l'exception pour copie privée. Certains considèrent qu'il s'agit d'une tolérance légale, d'autres, d'un véritable droit à la copie privée. Au soutien de cette dernière qualification, le Professeur P. Y. Gautier estime que « *l'exception à un droit exclusif peut fort bien reposer sur un droit, voire une liberté* ».

Dans la jurisprudence française, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 28 janvier 1974 apportait déjà quelques éléments de réponse sur les relations entre copie privée et évolutions technologiques. La question qui se posait alors était de savoir si l'exception de l'article 41 de la loi du 11 mars 1957 (désormais, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle) couvre l'usage des moyens modernes de reproduction (microcopies, photocopies). Le juge décida finalement que le législateur n'a jamais voulu exclure les procédés modernes de reproduction et que « *en décider autrement, serait annihiler l'essor des moyens modernes de reproduction et, par là même, faire échec au développement de la connaissance qui a trouvé un tremplin de choix dans l'emploi des procédés modernes de diffusion de la pensée* ».

Récemment, plusieurs décisions, dans l'affaire dite *Mulholland drive*, sont venues apporter des précisions sur la nature de l'exception pour copie privée. Après avoir acheté le DVD « *Mulholland drive* », un consommateur n'était pas parvenu à réaliser une copie privée de celui-ci sur une cassette vidéo en raison de mesures techniques de protection insérées dans le support, rendant matériellement impossible la copie. Considérant que de telles mesures portaient atteinte à son « *droit de copie privée* », le consommateur, conjointement avec l'association UFC-Que choisir, décida d'agir à l'encontre des producteurs et distributeurs du DVD pour leur voir interdire l'utilisation de telles mesures.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris, dans un jugement du 30 avril 2004, estima que la copie privée d'une œuvre filmographique ne pouvait que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Le juge faisait alors application du test en trois étapes inclus dans la

directive du 22 mai 2001 et transposé dans la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006. Dès lors, le dispositif de protection dont était doté le DVD ne violait pas les articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 avril 2005, infirma le jugement du tribunal de grande instance. Elle interdit aux sociétés exploitant le film l'utilisation d'une mesure de protection technique qui empêchait la copie privée du DVD « *Mulholland drive* ». Après avoir relevé que la copie privée ne constituait qu'une exception légale aux droits d'auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l'utilisateur, elle retint que la copie privée ne saurait être limitée alors que la législation française ne comporte aucune disposition en ce sens. Elle considéra qu'en l'absence de dévoiement répréhensible, dont la preuve en l'espèce n'était pas rapportée, une copie à usage privé n'était pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de DVD, laquelle génère des revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production.

Cette décision de la cour d'appel de Paris a soulevé plusieurs interrogations. Il n'est certes pas fait état d'un droit à copie privée et cette qualification est même explicitement écartée. Pourtant, en reconnaissant l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, c'est-à-dire en reconnaissant l'application du test en trois étapes, elle supprime toute restriction à l'exception pour copie privée. De fait, se dessinait dans cette décision la reconnaissance implicite d'un « *droit subjectif à la copie privée* » ainsi que le souligne Valérie Laure Benabou¹.

La cour d'appel de Paris avançait l'argument selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Elle approuve ainsi le raisonnement des appelants selon lequel « *l'exception pour copie privée n'est pas limitée, dans la législation interne, à une reproduction de l'œuvre sur un support déterminé, ni à partir duquel une copie privée peut être effectuée* ». Que l'œuvre soit enregistrée sur un support numérique ne permet pas de faire une interprétation différente de l'exception pour copie privée.

L'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2006 et l'arrêt subséquent de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2007 n'ont cependant pas repris le débat. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, interprétés à la lumière du test en trois étapes. Elle a considéré que selon l'article 9-2 de la convention de Berne, la reproduction des œuvres littéraires et artistiques protégées par le droit d'auteur peut être autorisée, dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Il importait donc que l'exception de copie privée prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle ne fasse pas obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée, de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique. L'arrêt du 4 avril 2007 confirmera la décision selon laquelle la copie privée n'est pas un droit mais une exception

¹ Valérie-Laure BENABOU « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mulholland Drive » *Juriscom.net*, 30 mai 2005

légale. La cour d'appel de Paris rejettera ainsi les prétentions de l'appelant et de l'association UFC-Que Choisir.

La question de la nature de l'exception pour copie privée semble donc fixée et il ne semble pas qu'elle se reposera prochainement. Cette faculté est nécessairement restreinte par le test en trois étapes. Pourtant, la loi de 1985 instaurant la redevance pour copie privée justifie l'existence de celle-ci par la possibilité de copier les œuvres. Le mécanisme semble juste, mais à la condition que les copies soient effectivement réalisables. Or, les mesures techniques viennent perturber ce mécanisme. Il est alors possible de voir dans ce phénomène, une remise en cause de la rémunération pour copie privée.

B. Remise en cause de la redevance pour copie privée

Il s'agit là une question délicate. Il convient, pour y répondre, de prendre en considération la réalité technique des mesures de protection.

La loi du 17 juillet 2001 étend le mécanisme de rémunération pour copie privée à l'ensemble des supports numériques. Ainsi, lorsqu'un particulier achète un CD vierge, il paye une redevance sur chaque CD (0,56 euros). Mais l'ensemble des supports numériques est concerné par cette redevance. C'est pourquoi la commission d'Albis relative à la copie privée vise désormais tous les supports susceptibles de contenir des œuvres audiovisuelles.

Si cette redevance ne semble pas être remise en cause dans son fondement, l'élargissement qu'elle connaît pourrait être critiqué du fait des mesures techniques. La rémunération pour copie privée est versée par les fabricants et importateurs de matériel aux sociétés de gestion collective. Celles-ci se sont rassemblées et ont créé deux sociétés chargées de percevoir ces sommes et de les ventiler entre les différents organismes. La SORECO, qui gère la copie privée sonore (cassettes audio, CDR audio, baladeurs, etc.) et Copie France, qui gère la copie privée audiovisuelle (cassettes vidéo, DVD, décodeurs, etc.).

Nous le verrons plus tard, 25% des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée sont affectés à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes en vertu de l'article L. 321-9 du Code de la propriété intellectuelle. Cette part ne semble pas devoir être remise en cause. En revanche, la part affectée aux auteurs et autres titulaires de droits pourrait être remise en cause. Cette question n'est jusqu'à présent pas tranchée, mais déjà plusieurs utilisateurs font valoir que l'impossibilité de copier les œuvres justifie la suppression de cette redevance. Néanmoins, la majeure partie des mesures techniques autorise un certain nombre de copies. A ce titre, la redevance pour copie privée reste justifiée. Mais la multiplication des supports numériques fait craindre un élargissement démesuré de la redevance. Ainsi, il devient critiquable d'imposer la redevance pour un support numérique tel qu'une clé USB, alors que plusieurs supports sont aujourd'hui utilisés spécialement pour la copie d'œuvres musicales (téléphones MP3, baladeurs numériques, etc.)

La question n'a pas de solutions immédiates car tout support numérique peut accueillir, en théorie, des fichiers audiovisuels, même si, en pratique, plusieurs matériels ne contiennent pas de fichiers de ce type. Enfin, relevons que les disques durs internes ne sont toujours pas soumis à cette redevance en France, alors qu'ils le sont en Allemagne par exemple.

Section 2 : L'impact des mesures techniques de protection sur les consommateurs

A. L'impact des DRMS et mesures techniques sur la vie privée

La directive du 22 mai 2001, conscient de la possibilité pour les titulaires de droits d'obtenir des informations sur les conditions d'utilisation de l'œuvre, impose que ces procédés techniques incorporent « *les principes de protection de la vie privée, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* ».

Les DRMS, nous l'avons vu, ne permettent pas simplement de verrouiller techniquement des œuvres, mais également d'inclure des informations dans le fichier, et de le tracer sur l'internet. L'Union européenne elle-même s'est inquiétée de cette pratique, dans un document de travail daté du 18 janvier 2005¹. Sont pointés du doigt les risques de rapprochement entre les DRMS et les *digital watermarks tags* (signature numérique d'un fichier) afin d'identifier les individus, et donc les traquer injustement et de façon disproportionnée.

En effet, les mesures techniques qui existent actuellement perturbent l'utilisation de l'œuvre, mais d'autres technologies, qui n'ont pas directement trait à l'utilisation de l'œuvre, risquent de faire leur apparition. C'est le cas de la technologie baptisée *Activated Content*. Il s'agit d'une signature numérique qui se présente sous la forme d'un signal audio inaudible pour l'oreille humaine. Ce signal n'empêchera aucune utilisation du fichier téléchargé (à l'inverse des DRMS assortis de mesures techniques), mais contiendra plusieurs informations sur le fichier, notamment sur l'origine du propriétaire du fichier, informations qui ne pourront pas être modifiées.

Il semble que ce type de technologie soit amené à se développer, surtout si l'industrie du disque abandonne les DRMS, ce qui sera étudié dans la seconde partie. Ce type de technologie de marquage, sans être une forme de protection de l'œuvre en soi, fait naître un risque flagrant d'atteinte à la vie privée, car son utilisation permettrait le traçage des œuvres sur les réseaux de *peer to peer*, par exemple. Il sera aisé au titulaire des droits sur l'œuvre de poursuivre le consommateur qui se sera procuré le fichier puis l'aura mis à la disposition des internautes. Aussi l'émergence de ces technologies doit-elle se faire au regard, en l'espèce en France, de la réglementation relative aux données à caractère personnelle. Il est en effet envisageable que ces informations profitent aux nouvelles techniques de marketing qui tendent à cibler toujours plus le consommateur.

En février 2003, l'EUCD.INFO² soulignait devant le CSPLA que les DRMS ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de permettre à des organismes privés d'opérer des traitements automatisés de données à caractère personnel en vue de l'identification d'éventuelles infractions au droit d'auteur et aux droits voisins. Conformément aux dispositions d'ordre public de la loi du 6 janvier 1978, des personnes morales de droit privé

¹ *The EU's advisory body on data protection and privacy is specifically concerned about the way that digital rights management (DRMS) can be combined with digital watermarks tags to identify individuals and thus track people unfairly or unnecessarily*

² Association française dont le but est de promouvoir la copie privée dans le cadre de la transposition de la directive européenne sur le droit d'auteur.

non investies d'une mission de service public ne sauraient en aucun cas se substituer à la police ou à la justice en s'arrogeant des pouvoirs d'enquête qui relèvent de la compétence exclusive de l'Etat. En cela, il s'appuyait sur l'article 30 de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978, dans sa version de 2003, qui disposait que « *sauf dispositions législatives contraires, les juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales ainsi que, sur avis conforme de la commission nationale, les personnes morales gérant un service public peuvent seules procéder au traitement automatisé des informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté* ». Une des autres difficultés inhérentes à la mise en place des DRMS étant l'adéquation et l'équilibre à trouver pour le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel.

Cependant, la transposition de la directive européenne de 1995¹ par la loi du 6 août 2004 a changé la donne. Désormais, l'article 9 de la loi informatique et libertés, dans sa version consolidée, dispose que « *les personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres I, II et III du même code aux fins d'assurer la défense de ces droits* » peuvent mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté. Les personnes morales visées sont les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les organismes de défense professionnelle.

L'introduction de cette disposition dans la loi du 6 août 2004 avait fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Les parlementaires requérants faisaient valoir que la mesure critiquée n'était pas strictement nécessaire au but poursuivi et que l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels était disproportionnée. Mais dans sa réponse², le Conseil constitutionnel estimait que « *compte tenu de l'ensemble de ces garanties et eu égard à l'objectif poursuivi, la disposition contestée est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ».

Pourtant, les risques existent et il convient de se poser la question suivante : la protection de la propriété intellectuelle justifie-t-elle une atteinte à la vie privée, plus précisément à la protection des données à caractère personnel. Pour considérer ces atteintes, un postulat de base s'impose : l'adresse IP³ permet-elle d'identifier un individu ? La question est d'importance car le fondement d'une enquête policière sur l'internet est l'adresse IP. Or, bien que cet identifiant permette de remonter à l'abonné en s'adressant au fournisseur d'accès à l'internet, la cour d'appel de Paris a considéré⁴ que l'adresse IP n'est pas une donnée à caractère personnel.

Cette analyse remet profondément en cause la notion de données à caractère personnel qui est très large. En effet, l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en 2004 qui la

¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

² Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-499 du 29 juillet 2004

³ Une adresse IP (avec IP pour *Internet Protocol*) est le numéro qui identifie chaque ordinateur connecté à internet, ou plus généralement et précisément, l'interface avec le réseau de tout matériel informatique (routeur, imprimante) connecté à un réseau informatique utilisant l'*Internet Protocol*.

⁴ Cour d'appel de Paris 13ème chambre, section A Arrêt du 15 mai 2007, Henri S. / SCPP

définit, vise « toute information relative à une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à des éléments qui lui sont propres ». Ce qui est le cas d'un numéro de plaque d'immatriculation de véhicule, d'un numéro de téléphone ou d'une adresse IP. L'ensemble des autorités de protection des données des Etats membres de l'Union européenne a d'ailleurs récemment rappelé, dans un avis du 20 juin 2007 relatif au concept de données à caractère personnel, que l'adresse IP attribuée à un internaute lors de ses communications constituait une donnée à caractère personnel.

Ce qui pose problème, tant d'un point de vue juridique qu'éthique, c'est le fait que les technologies mises en œuvre par les DRMS puissent créer des enregistrements de données qui même si elles sont généralement faites automatiquement via des « robots », sans aucune intervention humaine, sont susceptibles de menacer le respect de la vie privée des utilisateurs. Il en est spécialement ainsi lorsque ces données recueillies sont accessibles à d'autres organismes, et peuvent donc être utilisées à des fins de prospection commerciale, dans le cadre du ciblage des consommateurs. Il est tout à fait envisageable que ces données soient utilisées dans un second temps pour établir des profils laissant apparaître les préférences musicales. Bien que non sensible, cette information peut suffire à l'envoi personnalisé de prospectus non sollicités.

Quelque soit, en réalité, les utilisations possibles de ces informations, la menace est envisageable. Les DRMS pourraient permettre de connaître de façon très précise des pans entiers de la vie privée des individus, de collecter des données allant au-delà de ce qui est simplement nécessaire à l'exercice des droits de la propriété littéraire et artistique, d'être couplées avec les informations rassemblées sur d'autres sites grâce à des systèmes d'identifiants uniques, tel que celui du système .NET Passport développé par Microsoft.

La technologie est neutre mais l'usage qui en est fait ne l'est pas. Cet usage devrait donc être guidé par l'éthique et non uniquement par des intérêts économiques. Le déploiement massif de mesures techniques de protection de nouvelle génération, communiquant avec des serveurs centraux ou s'appuyant sur des étiquettes intelligentes (RFID¹), pourrait présenter des risques d'atteinte aux libertés individuelles.

A l'inverse, les ayants droits et leurs partenaires estiment que les DRMS ne posent pas de problèmes en terme d'atteinte à la vie privée et le CSPLA considère, dans un avis du 26 juin 2003², que « ces systèmes s'inscrivent dans le cadre général du commerce électronique et des règles, y compris pénales, applicables en matière de protection des données personnelles ». Plus encore, dans un avis du 2 mars 2004³, le CSPLA s'il est conscient des risques potentiels liés à la « collecte et la consolidation de données précises sur la consommation culturelle des intéressés et leur utilisation éventuelle à des fins non souhaitées » indique néanmoins que « ces risques, dont l'appréciation, s'agissant de technologies encore émergentes, est malaisée, sont communs à la plupart des systèmes

¹ Radiofréquence Identification. Identification à distance par radiofréquence à l'aide d'une étiquette intelligente « TAG » et d'un lecteur radiofréquence

² Avis du CSPLA n° 2003-1 du 26 juin 2003 relatif à la propriété littéraire et artistique et libertés individuelles (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/avislibertes.htm>)

³ Avis du CSPLA n° 2004-1 du 2 mars 2004 relatif à la propriété littéraire et aux libertés individuelles (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/avis04-1.htm>)

permettant d'assurer la sécurisation des échanges sur les réseaux ouverts, tels que l'internet, notamment les systèmes de commerce électronique ».

B. Les DRMS au regard du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Dès 2003, le Tribunal de grande instance de Nanterre condamnait une maison de disque à rembourser à une consommatrice le prix d'un CD, au motif qu'il était affecté d'un vice caché¹. Ce CD, comme beaucoup d'autres, comportait un dispositif technique de nature à limiter les copies, dont la conséquence était, en l'espèce, qu'il ne pouvait être lu sur le lecteur CD du véhicule de la consommatrice. Cette décision n'était pas la première du genre².

Le jugement du 2 septembre 2003, tout comme celui du 24 juin 2003, viennent confirmer qu'il existe un droit des mesures techniques. Le jugement du tribunal de Nanterre du 2 septembre est clair sur ce point, puisqu'il ne reproche pas à la maison de disques d'avoir intégré une mesure de protection, mais estime que le fait que le CD ne soit pas audible sur tous les supports constitue un vice caché, au sens de l'article 1641 du Code civil. Dans le jugement du 24 juin, le tribunal avait alors considéré, pour des faits identiques, que les agissements de la même maison de disque constituaient une tromperie, au sens de l'article L. 213-1 du Code de la consommation, la condamnant, en sus, à faire figurer au verso de l'emballage du CD la formule suivante en caractère 2,5mm : « *Attention, ce CD ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio* ». Que les faits soient considérés comme une tromperie ou comme un vice caché, c'est bien le fait que le consommateur n'ait pas été clairement alerté sur les conséquences de ces mesures techniques, qui est critiqué, et non l'existence de ces mesures. Sur ce point, le jugement du 24 juin 2003 était on ne peut plus explicite, et précisait que « *le consommateur en lisant la mention - ce CD contient un dispositif technique qui limite les possibilités de copie - ne peut savoir que ce système anti-copie est susceptible de restreindre l'écoute de son disque sur un autoradio ou un lecteur* ». Le tribunal devait, par ailleurs, préciser que la maison de disque, en omettant d'informer les acheteurs des restrictions d'utilisation et particulièrement de l'impossibilité de lire ce CD sur certains autoradios ou lecteurs, s'était rendue coupable d'une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ce produit.

Ces deux affaires sont une démonstration évidente que les CD, comme les DVD ou les autres supports, sont à la fois des œuvres de l'esprit, protégées par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et des biens de consommation, tels que visés par le même code. Si le droit d'auteur protège l'auteur et lui confère le droit de protéger ses œuvres, le code de la consommation protège le consommateur et lui accorde le droit d'être informé sur le produit qu'il achète.

Plus tard, un arrêt de la cour d'appel de Paris³ infirmait néanmoins un jugement du TGI de Paris de 2006⁴ qui faisait interdiction à la société Warner Music France d'utiliser sur le disque compact de Phil Collins intitulé Testify une mesure technique de protection empêchant la réalisation de copies privées sur tout support.

¹ TGI Nanterre, 2 septembre 2003, Madame F.M. et UFC-Que Choisir c/ SA EMI Music France et Sté Auchan France

² TGI Nanterre, 24 juin 2003, Association CLCV c/ SA EMI Music France

³ Cour d'appel de Paris 4^{ème} chambre, section A Arrêt du 20 juin 2007, Fnac Paris / UFC-Que Choisir et autres

⁴ Tribunal d'instance de Paris 5^{ème} chambre 1^{ère} section. Jugement du 10 janvier 2006, Fnac Paris / UFC-Que Choisir et autres

Il n'y a donc, en l'espèce, pas d'autre vainqueur que le droit et le bon sens, qui confirment que les maisons de disque peuvent intégrer des mesures de protection anti-copie, pour autant qu'elles informent clairement le consommateur sur leur existence et leurs éventuelles conséquences. Il n'en reste pas moins vrai qu'aucun texte ne précise les conditions dans lesquelles cette information doit être délivrée aux consommateurs, et la loi de 2006 ne fait pas de place au droit du consommateur sur ce point.

Quant au téléchargement légal, la question qui se pose finalement est de savoir si le consommateur est en droit d'attendre que la musique qu'il télécharge puisse être lue sur tout type de support. Peut-il l'exiger ? Sur ce point, un jugement du TGI de Nanterre de décembre 2006¹ apporte quelques éléments de réponse.

Les faits étaient les suivants. L'association de consommateurs, UFC-Que choisir, avait poursuivi la société Sony pour délit de tromperie et vente liée. L'association lui reprochait de ne pas informer les utilisateurs des restrictions d'usage existant sur certains baladeurs et sur le site de téléchargement Sony Connect. En effet, la société Sony avait doté ses baladeurs et son site d'une mesure technique de protection propriétaire (fichier en format ATRAC), empêchant les baladeurs de lire des fichiers musicaux d'un autre format propriétaire et empêchant également la lecture des fichiers musicaux achetés sur le site Sony Connect sur un autre baladeur que celui commercialisé par Sony.

Etait en jeu le DRMS de Sony, qui imposait aux détenteurs de baladeur Sony de se fournir exclusivement sur la plateforme de téléchargement de la firme. Le juge a d'abord rappelé que le contrat portant sur la fourniture d'un fichier musical conférait un strict droit d'usage au contractant, ce droit d'usage étant assimilé à une prestation de services. Ainsi, le droit de la consommation pouvait s'appliquer strictement. Eu égard aux informations contenues sur les emballages, le mode d'emploi et sur le site, le juge a considéré que Sony ne délivrait pas à ses cocontractants « *une information claire, précise et immédiatement accessible sur l'impact réel des mesures de protection intégrées aux œuvres musicales commercialisées et aux baladeurs numériques dédiés* », conformément aux prescriptions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Une importance est accordée à l'accès direct à l'information : « *si le consommateur semble, [...] avisé de l'existence d'un système de protection et de l'éventuelle incompatibilité de la prestation acquise avec certains supports, force est de dire que cette information, au demeurant très allusive, est de surcroît d'un accès indirect puisqu'elle oblige le consommateur à consulter un lien* ». Il semble que la présence d'un lien hypertexte renvoyant aux conditions générales de vente ne soit pas suffisante pour assurer le droit à l'information du consommateur. C'est là le premier apport de la décision.

Le deuxième point concerne le délit de tromperie, visé aux articles L.213-1 et L.213-2 du Code de la consommation qui punissent la fraude opérée par toute personne dans le but de tromper ou de tenter de tromper une autre personne sur les caractéristiques que présentent les biens ou services que cette dernière peut acquérir. La solution est la même que dans les affaires citées précédemment. Le juge a décidé qu'il y avait délit de tromperie par réticence dolosive sur « *une caractéristique essentielle de la prestation fournie ou du produit acheté et subséquemment sur l'aptitude à l'emploi de ces différents vecteurs* ».

¹ Tribunal de grande instance de Nanterre 6^{ème} chambre Jugement du 15 décembre 2006, Association UFC-Que Choisir c/ Société Sony France, Société Sony United Kingdom LTD

La diffusion universelle de la musique s'est imposée avec la standardisation des appareils de lecture tels que la cassette audio, la cassette VHS¹, le CD et le DVD, et le public ne s'est donc jamais ou presque posé la question de la compatibilité des instruments de diffusion de la musique. Les restrictions d'usage opérées par les mesures techniques de protection entraînent donc, aux yeux du public, une diminution de l'aptitude à l'emploi du baladeur et du fichier musical. Il était donc indispensable d'informer le consommateur sur ce point.

Si la tromperie permet de sanctionner l'absence d'information, l'utilisation des DRMS n'est pas remise en cause. Pourtant la condamnation pour vente liée aurait pu arriver à cette fin. Ayant constaté que la mesure technique entraînait une double restriction d'usage, le juge en a déduit, dans ce jugement du 15 décembre 2006, qu'il y avait vente liée, infraction prévue à l'article L. 122-1 du Code de la consommation : « *La mise à disposition de fichiers musicaux à partir du site Connect est nécessairement subordonnée à l'achat d'un produit dédié (le baladeur numérique Sony) dès lors que le consommateur souhaite pouvoir lire les fichiers musicaux qu'il télécharge à partir de Connect sur un baladeur* ».

Au demeurant, et comme il en avait été jugé jusque là, le juge n'a pas ordonné la suppression des DRMS, arguant du fait que « *l'autorité judiciaire n'a pas à se faire juge de la licéité de mesures de cette nature et ce d'autant, que rien n'interdit de commercialiser un produit ou une prestation de service avec une mesure technique de protection à condition que le consommateur acheteur en soit clairement et loyalement prévenu* ». Cette solution semble conduire à une contradiction : le juge ne peut ordonner la suppression des mesures techniques alors que leur maintien entraîne la qualification de subordination de vente. Pourtant, il avait la possibilité de vérifier la licéité de la mesure technique. À partir du moment où l'utilisation d'une mesure technique de protection entraîne une restriction d'usage, où elle ne sert plus à protéger uniquement les intérêts des ayants droit, elle s'oppose illégitimement au droit d'usage du consommateur² et devrait donc être déclarée illicite par le juge.

Dans le domaine de la diffusion en ligne d'œuvres musicales, s'est également posée la question dans l'éventuel abus de position dominante de la part d'Apple. L'affaire, en France, a été traitée par le Conseil de la Concurrence³, sur une plainte de VirginMega, plateforme de distribution d'œuvres musicales.

VirginMega faisait valoir que les consommateurs qui téléchargent des titres musicaux sur sa plate-forme ne pouvaient pas les transférer directement sur les baladeurs numériques iPod, fabriqués et commercialisés par Apple. L'impossibilité de transfert direct provenait de l'incompatibilité des DRMS utilisés par la plate-forme VirginMega et les baladeurs iPod. VirginMega utilise le DRMS de Microsoft, tandis que le seul DRMS compatible avec l'iPod est le DRMS propriétaire d'Apple, FairPlay. VirginMega a donc demandé, dès le lancement de sa plate-forme au printemps 2004, une licence à Apple, contre le paiement d'une redevance, de manière à avoir accès au DRMS FairPlay et s'est vu opposer un refus. VirginMega considérait que ce refus d'accès constituait un abus de position dominante de la part d'Apple.

¹ *Video Home System*, standard pour l'enregistrement de vidéo sur bande magnétique

² C. MANARA, « Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement », D. 2007, actualité, p. 219. L'auteur estime que le juge a négligé le droit commun qui aurait pu approfondir la notion d'usage qui justifierait un « droit à l'interopérabilité »

³ Décision n° 04-D-54 du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques

Selon la plaignante, Apple détenait, avec son baladeur iPod, une position dominante sur le marché des baladeurs numériques sécurisés à disque dur. Selon elle, Apple détenait aussi, avec sa plate-forme iTunes Music Store, une position dominante sur le marché français du téléchargement payant de musique sur l'internet. La saisine se fondait sur les articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité européen.

Pourtant, dans son considérant 66, le Conseil de la concurrence faisait remarquer que *« sans méconnaître les inconvénients liés à l'absence de compatibilité entre logiciels et matériels pour les usagers des sites de téléchargement, [...] des situations de ce type sont récurrentes dans les secteurs liées aux technologies de l'information, où les innovations se succèdent à un rythme élevé »*. Ainsi, l'abus allégué par VirginMega et sa demande de mesure conservatoire tendant à enjoindre Apple de lui accorder une licence obligatoire pour l'accès à son DRMS, sont finalement fondés sur la seule notion de ressource essentielle. Or, pour que le refus d'accès à une ressource essentielle soit jugé abusif, la jurisprudence exige que le risque d'élimination de la concurrence soit clairement établi. Elle impose enfin la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre la position dominante et l'abus. Pourtant, en l'espèce, aucun de ces trois éléments n'était prouvé. Le DRMS FairPlay ne pouvait donc pas être considéré, dans l'état actuel du marché, comme une ressource essentielle pour les plates-formes légales de téléchargement de musique en ligne. Le Conseil de la concurrence conclut donc à l'absence de *« pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE »*.

L'ensemble de ces arguments amène à considérer que les DRMS et les mesures techniques de protection posent plus de problèmes qu'elles ne permettent d'en résoudre. Il n'est en effet pas démontré que le piratage des œuvres musicales ait été limité par ces dispositifs techniques, ce qui pourrait permettre d'affirmer, principalement sur le fondement de l'interopérabilité, que l'abandon de ces mesures est une conséquence inéluctable.

Partie 2 : L'abandon de la protection technique et l'alternative contractuelle pour la protection des œuvres musicales diffusées en ligne.

Chapitre 1 : L'impératif d'interopérabilité pour la diffusion en ligne des œuvres musicales

Section 1 : L'impératif juridique d'interopérabilité

A. Le cadre juridique de l'interopérabilité

L'interopérabilité peut se définir comme la capacité d'un produit ou d'un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres systèmes ou produits, existant ou futurs. A ce titre, l'interopérabilité doit être différenciée de la compatibilité : il y a compatibilité quand deux produits ou systèmes peuvent fonctionner ensemble et interopérabilité lorsque l'on sait pourquoi et comment ils peuvent fonctionner ensemble. C'est pourquoi on ne peut parler d'interopérabilité d'un produit ou d'un système que si on en connaît intégralement toutes les interfaces. Les conséquences, en termes de droit d'auteur, ont trait aux mesures techniques de protection souvent utilisées dans les DRMS. La directive du 22 mai 2001 relève ainsi que les différences entre les mesures techniques pourraient aboutir à une incompatibilité des systèmes. Et d'ajouter que la compatibilité et l'interopérabilité doivent être encouragées et qu'il serait souhaitable que des systèmes universels soient mis au point.

L'interopérabilité a également été au cœur de la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006. L'article 13 de la loi insère un article L. 331-5 dont le 5^{ème} alinéa est rédigé ainsi : « *Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies aux articles L. 331-6 et L. 331-7* ».

L'objectif visé est l'interopérabilité des mesures techniques et il est précisé que les formats ne sont pas des mesures techniques en soi. Pourtant, les deux sont nécessairement liées, et un flou entoure l'impératif d'interopérabilité. Une mesure technique de protection ne peut être incluse dans un fichier au format MP3. De plus, l'interopérabilité des mesures techniques imposerait à Apple, Windows, Real Networks et Sony, les principaux acteurs du marché des DRMS, de s'harmoniser sur leurs procédés respectifs, ce qui semble irréalisable à court ou moyen terme.

C'est pourquoi, l'interopérabilité, qui semble viser la liberté des consommateurs, est aussi une source de concurrence. L'objectif est de réduire les risques de contournement des mesures techniques qui faussent la concurrence dans la distribution des œuvres. La loi Dadvsi vise, dans son article 13, « *les fournisseurs de mesures techniques* » lesquels doivent « *donner accès aux informations essentielles à l'interopérabilité* ». Cela étant, la question de la mise en œuvre effective de l'interopérabilité n'est traitée que du point de vue technique et non du point de vue industriel. Pourtant, c'est bien un enjeu économique qui se trouve derrière la notion d'interopérabilité : en effet, l'harmonisation des mesures techniques permettrait à

d'autres distributeurs de pénétrer le marché, et de garantir ainsi une concurrence juste et non faussée.

La conséquence, en France, de cet impératif d'interopérabilité est la création d'une Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT). Créée par la loi Dadvsi du 1^{er} août 2006, cette autorité a été instituée par un décret du 4 avril 2007 et prend la forme d'une autorité administrative indépendante. Dans le Code de la propriété intellectuelle, neuf articles (L. 331-8 à L. 331-16) traitent des missions de l'ARMT : cette autorité aura la lourde tâche de concilier les mesures techniques de protection des œuvres avec, d'une part, l'exercice des exceptions au droit d'auteur dont bénéficie les usagers ou certaines catégories d'entre eux, notamment l'exception de copies privées, et d'autre part, les exigences d'interopérabilité. L'autorité doit veiller à ce que les mesures de protection des œuvres n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre, des limitations supplémentaires indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur.

L'ARMT pourra, dans ce cadre, ordonner à tout éditeur de logiciel, à tout fabricant de système technique ou encore à tout exploitant de service de fournir les informations nécessaires à l'interopérabilité des mesures techniques. Pour assurer cette mission, l'ARMT qui pourra être saisie par les bénéficiaires des exceptions, dont les consommateurs, ou encore les associations agréées les représentant, disposera de larges pouvoirs tant préventif que répressif. En effet, alors que la loi oblige notamment les fournisseurs de mesures techniques de protection à donner « *l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité* », l'ARMT disposera d'importantes prérogatives destinées à assurer le respect de ces obligations. Notamment, elle pourra, pour obtenir ces informations, émettre des injonctions si besoin sous astreinte et infliger, en cas d'inexécution, une sanction pécuniaire proportionnelle à l'importance du dommage causé et à la situation des entreprises sanctionnées. Les fonctions et missions conférées à l'ARMT ne sont pas figées. Elles seront amenées à évoluer notamment en fonction des évolutions techniques.

Notons cependant que l'ARMT, pourrait voir son avenir compromis : en effet, l'année 2007 connaît un large mouvement en faveur de l'abandon des DRMS et mesures techniques de protection, et si ce mouvement se généralise, le rôle de l'ARMT pourrait être fortement réduit.

B. L'inéluctable abandon des DRMS et MTP ?

Nous avons jusqu'ici constaté les difficultés posées par ces mesures : juridiquement, elles semblent mal se combiner avec les droits du consommateur et le droit de la concurrence, et elles font naître de sérieux doutes quant à leur respect de la vie privée et modifient en profondeur les principes du droit d'auteur. Or, depuis le début de l'année 2007, certains acteurs, les principaux, du marché de la musique remettent en cause l'utilisation de ces procédés techniques. Observons de quelle manière s'opère cet abandon progressif des DRMS et mesures techniques.

Les DRMS, outil de protection de la propriété intellectuelle, sont eux-mêmes protégés par la propriété intellectuelle (brevet aux Etats-Unis, droit d'auteur et brevet en Europe). Certaines entreprises ont d'abord fait le choix de restreindre l'accès à leurs DRMS et de

promouvoir une technologie propriétaire fermée : seuls les iPod, baladeur numérique d'Apple, peuvent lire les contenus achetés sur le site en ligne de la firme. Inversement, les iPod ne peuvent lire que des contenus protégés par leurs propres DRMS ou utilisant le format MP3, sans DRMS associé. Apple, qui refusait, sauf dans des conditions assez restrictives, d'accorder la licence de sa technologie DRMS FairPlay à d'autres distributeurs de musique et d'autres fabricants de baladeurs, semble remettre en cause cette stratégie. L'objectif des DRMS était, nous l'avons vu, d'enrayer le piratage des œuvres. Cependant, Steve Jobs lui-même, créateur d'Apple, reconnaissait dans un communiqué en date du 6 février 2007, que « *les DRMS n'ont pas réussi, et ne réussiront probablement jamais à stopper le piratage de la musique*¹ ».

A l'inverse, d'autres entreprises comme Microsoft ont d'emblée opté pour un système propriétaire ouvert. La firme propose ses licences à un prix attractif, afin d'éliminer les concurrents potentiels, de verrouiller le marché et éventuellement de relever les prix à moyen terme.

En l'absence d'interopérabilité, l'usage de chaque version d'une même œuvre est limité à une plateforme de distribution ou un terminal. L'interopérabilité, lorsque l'on parle de diffusion des œuvres musicales en ligne, concerne essentiellement le marché des baladeurs. Ceux sont donc bien les consommateurs qui supportent les inconvénients rencontrés du fait de l'absence d'interopérabilité. D'où les revendications de l'association UFC-Que choisir par exemple qui, dans un communiqué de presse du 16 janvier 2007, estime que les DRMS sont « *une vraie calamité pour les consommateurs et le développement du marché de la musique en ligne* ».

Actuellement, on peut observer un large mouvement en faveur de l'abandon des DRMS et mesures techniques. Le 10 août 2007, la maison de disque Universal Music, groupe Vivendi, annonçait la suppression de son système de gestion numérique des droits, dans le sillage du leader britannique EMI. La maison de disque diffusera des morceaux sur l'internet *via* des partenariats avec une dizaine de distributeurs dont Amazon.com, Wal-Mart, Best Buy. Universal va tester son projet à partir du 21 août et jusqu'à janvier prochain en offrant des morceaux à 89 ou 99 centimes l'unité. Apple prévoit également, après un accord avec EMI, une des quatre principales maisons de disque, l'abandon des DRMS.

Il ne faut toutefois pas négliger l'usage qui peut être fait des DRMS. Certains nouveaux services, tels que le téléchargement illimité proposé par Neuf Cegetel ou la prochaine plateforme de distribution de NOKIA utilisent le DRMS de Windows. Une grande place continuera à être faite aux DRMS et mesures techniques.

Il apparaît pourtant que l'abandon des mesures techniques soit le chemin menant à l'interopérabilité dans le domaine de la diffusion en ligne des œuvres musicales, garantissant au consommateur une liberté de choix des plateformes de téléchargement et des appareils de lecture. Ainsi que le souligne J. Berbinau et L. Sorbier², « *la question de l'interopérabilité, qui relève à la fois d'une politique publique et des initiatives des acteurs privés reste au cœur des débats sur la stagnation du marché légal en France, les DRMS étant désormais accusés* ».

¹ «DRMS haven't worked, and may never work, to halt music piracy», communiqué de presse du 6 février 2007

² Laurent SORBIER et Jean BERBINAU « Bilan d'étape des travaux du Comité de suivi de la Charte Musique et Internet au 21 mars 2007 »

par un nombre croissant de consommateurs et d'acteurs de la filière d'être responsables de la faible attractivité de l'offre légale ».

Il peut donc être attendu de cette vague de « déverrouillage » des œuvres diffusées en ligne, un plus grand intérêt des consommateurs pour le téléchargement légal.

Section 2 : La protection assurée du consommateur

A. La liberté retrouvée du consommateur

Le terme est volontairement fort. Il nous paraît pourtant indispensable de souligner l'importance, pour le consommateur, de pouvoir choisir, à la fois le distributeur de musique en ligne et le matériel qu'il utilise pour lire les œuvres achetées.

Le développement d'offres de téléchargement légal, reconnu comme un moyen efficace de lutte contre le piratage des œuvres musicales, n'est possible qu'en l'absence de verrous techniques, c'est-à-dire en prenant plus en considération les attentes des consommateurs. Les principaux distributeurs de musique en ligne semblent être convaincu du raisonnement puisque l'on assiste à une vague de « déverrouillage » des œuvres musicales. Eric Nicoli, patron d'EMI, confiait à ZDNet.fr¹ que des enquêtes auprès des utilisateurs démontreraient que *« l'interopérabilité est un facteur clé pour le développement de la musique en ligne »*. Plus encore, E. Nicoli annonce des *« ventes 10 fois plus importantes sans DRMS qu'avec² »* Laurent Michaud, analyste à l'Idate, explique dans le même article que *« le secteur de la musique est en perte de vitesse et cela fait longtemps qu'EMI évoquait cette idée »* d'abandonner les DRMS pour *« relancer les ventes »*. De la même façon, l'opération d'Universal Music visant à diffuser son catalogue sans mesures techniques de protection démontre l'idée selon laquelle l'offre légale pourrait se développer plus rapidement sans verrous techniques. En renfort de cet argument, A. Bailleux, juriste de l'association de consommateurs UFC-Que Choisir, expliquait dans un entretien du 27 juillet 2007 que les consommateurs *« réclament depuis longtemps une interopérabilité complète pour le téléchargement légal et les baladeurs numériques »*.

Ainsi, après que la loi Dadvisi du 1^{er} août 2006 se soit préoccupée de défendre les intérêts des auteurs et ayants droit, une réalité économique, induite par la nécessité d'interopérabilité et de compatibilité, pourrait mettre en avant les intérêts du public, utilisateur et consommateur de musique sur l'internet.

Le mouvement amorcé par EMI et suivi par Universal offre plus de liberté de choix et d'utilisation pour les consommateurs. Cette liberté ne semble plus pouvoir être remise en cause, et un retour vers les mesures techniques sera vraisemblablement impossible à l'avenir. Pourtant, l'offre de Neuf Cegetel, téléchargement illimité sans coût supplémentaire pour l'abonné, ne prend pas en considération ce mouvement. Les œuvres musicales seront distribuées en format WMA, soumis au DRMS de Microsoft. La logique commerciale est

¹ E. Dumont « Musique en ligne: que va changer la diffusion du catalogue sans DRM d'EMI? » article publié le 2 avril 2007 (<http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39368362,00.htm>)

² <http://www.generationmp3.com/index.php/2007/04/24/6069-universal-vers-un-abandon-des-drm>

radicalement différente puisque c'est la gratuité, pour l'abonné du moins, qui gouverne cette offre. Il sera alors intéressant de suivre l'évolution de cette offre qui, de toute évidence, ne satisfera pas les détenteurs d'iPod.

B. la nécessité de maintenir la redevance pour copie privée

L'abandon, par certains acteurs de la distribution, des verrous techniques sur les œuvres musicales a pour conséquence de revaloriser la redevance pour copie privée. L'objectif d'interopérabilité, hormis l'avantage procuré pour le consommateur, implique la circulation facilitée des fichiers MP3 sur tout type de support, sans limite en nombre de copies. La redevance redevient en quelque sorte justifiée, et il semble alors indispensable de la conserver, pour deux raisons principales.

La première raison tient à la fonction même de cette redevance qui a pour objet de compenser les pertes financières subies par les artistes du fait des copies et reproductions à usage privé. Si l'objectif d'interopérabilité est rempli, et constatant l'abandon progressif des DRMS et mesures techniques par les principaux acteurs de l'industrie de la musique, la redevance pour copie privée devrait être maintenue et même revalorisée. Le montant de cette redevance est fonction du volume de stockage des supports numériques. Or les capacités de stockage sont de plus en plus importantes, et le nombre de fichiers musicaux contenus sur les supports numériques augmente, du fait de ces capacités mais aussi de la multiplicité des supports accueillant de la musique (téléphones mobiles, PDA, etc.).

Actuellement, il n'est pas rare de trouver sur le marché des disques durs externes d'une capacité de 500 Giga octets. Pour un volume moyen de 5 Mo (selon le niveau de compression) par chanson en format MP3, cela signifie plus de 100 000 titres, soit 5 000 heures de musique environ, c'est-à-dire plus de 7 mois d'écoute en continue. Ce type de calcul permet de rendre compte des capacités actuelles de stockage des œuvres musicales. Au niveau économique, 500 Go correspondrait ainsi à 5 000 albums.

Considérant ces éléments, il apparaît nécessaire de conserver cette redevance, les mesures techniques ne faisant plus obstacle à sa justification. Ce pourrait être une condition indispensable au maintien de la redevance. Le consentement des consommateurs à payer cette redevance pourrait augmenter si la copie privée est facilitée par l'abandon des DRMS. Il s'agit en tout état de cause d'équilibrer la redevance et les possibilités de copie.

La seconde raison tient à l'action culturelle financée par une partie de la rémunération pour copie privée. L'article L 321-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose que certaines SPRD doivent participer « *à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes* ». Les sommes utilisées pour ces actions proviennent de la rémunération pour copie privée à hauteur de 25 % et des sommes qui n'ont pas pu être réparties, dits droits non répartissables, provenant de la rémunération équitable¹, à hauteur de 100 %.

Ainsi, via ces aides, les SPRD participent au soutien financier nécessaire aux structures culturelles. Rappelons que les SPRD sont des sociétés civiles et non commerciales : leur

¹ redevance versée par les diffuseurs de phonogrammes du commerce : radiodiffuseurs, chaînes de télévisions, discothèques, et plus généralement tous lieux publics sonorisés (restaurants, hôtels, commerces...).

mission d'intérêt général leur a été confié par la loi, et donc par l'État. De plus, ces sommes ne sont pas destinées aux ayants droit.

L'utilisation de ces sommes est consacrée à des actions d'intérêt général. Il devrait donc s'agir d'actions désintéressées qui sont vouées au développement culturel. L'obligation pour les SPRD de contribuer à de telles actions est une résolution judiciaire. Le budget du ministère de la Culture connaît chaque année beaucoup de difficultés et il lui est impossible de financer toutes les entreprises de spectacles, les formations d'artistes et autres activités artistiques (par exemple des sites de diffusion d'œuvres musicales sous licence libre).

Cependant, les sommes utilisées par les SPRD proviennent des consommateurs (bien que les fonds soient payés par les importateurs qui incluent ces dépenses dans le prix de vente de leurs produits) et sont ensuite confiées aux SPRD par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Ces sommes n'appartiennent ni aux SPRD, ni aux ayants droit. C'est pourquoi on peut être tenté de parler d'une taxe.

Le maintien de la rémunération pour copie privée n'est donc pas simplement justifié par l'exception du même nom. Les auteurs d'œuvres musicales diffusées sous licence libre pourraient, dans une certaine mesure, profiter de ces sommes. L'aide à la création n'implique-t-elle pas un tel raisonnement ?

L'interopérabilité pose des contraintes pour les distributeurs de musique et les fabricants de baladeurs. Il semble que les fabricants de DRMS ne soient pas en mesure d'assurer l'interopérabilité de leurs systèmes. C'est pourquoi l'abandon des mesures techniques et des DRMS est, dans une certaine mesure, préférable, y compris dans l'intérêt des auteurs et ayants droit, quant au maintien de la rémunération pour copie privée.

Nous verrons pourtant que la conciliation des règles de gestion collective et des termes des licences libres est loin d'être réalisable en l'état. La question mérite d'être posée car le principe de diffusion culturelle par tous et pour tous est un aspect fondamental dans le mécanisme des licences libres. Nous allons le voir, c'est en effet le partage et l'accès (gratuit ?) à la culture qui ont motivé une quantité d'artistes à placer leurs œuvres sous licence libre.

Chapitre 2 : L'essor des licences libres de droits

Section 1 : L'objectif des licences libres

A. L'échange gratuit, fondement de l'internet

« *Jamais la gratuité n'a été aussi présente, autant vantée, aussi disputée qu'à l'ère du numérique¹* ». Le constat est en effet frappant. Le réseau internet est plus qu'un nouveau moyen de communication. Ce n'est pas non plus un simple instrument de travail ou une source de loisir, c'est une nouvelle ère de production qui succède à l'ère industrielle qu'a connu le 20^{ème} siècle. Il faut donc concevoir la dynamique économique différemment de ce que nous connaissions jusqu'à présent. Olivier Bomsel, dont les arguments sont contestés, explique ainsi qu'il « existe un lien entre gratuit et numérique ». Ce lien est fondé sur un mécanisme central appelé « effet de réseau ».

Les effets de réseau tiennent une place essentielle dans la diffusion des innovations numérique. Pourtant, ces effets sont bien moins connus que les effets d'échelle qui ont permis le développement industriel au cours du siècle dernier. Sans s'attarder sur ce phénomène économique, il importe d'en décrire les grandes lignes puisque ce sont les effets de réseau qui induisent la gratuité sur l'internet, et par conséquent, la diffusion gratuite d'œuvres musicales.

L'effet de réseau peut se définir comme un mécanisme d'externalité positive économique qui prévoit que l'utilité d'un bien pour un agent dépende du nombre des autres utilisateurs. C'est le cas de nombreuses technologies et service de communications, en particulier Wikipédia.

La dynamique de l'effet de réseau implique de flatter le consommateur. Le but recherché est d'augmenter l'utilisation d'un bien, donc toucher un maximum de consommateurs afin que l'utilité, et donc la dépendance à ce bien, soit accrue. En France, le tollé contre les majors du disque est né de la contradiction entre les anciens modes de diffusion de la musique (vente de CD, radio) et les effets de réseau du Web faisant de l'internaute un pionnier de la consommation numérique. La technologie a pris une dimension culturelle.

S'agissant du marché de la musique, il est un point important qu'il convient de souligner. La propriété intellectuelle est plus aisément contournable que la propriété matérielle. En conséquence, le contrôle des ayants droit est difficilement applicable. C'est ce qui avait justifié le déploiement massif des DRMS et mesures techniques de protection. Mais ce phénomène peut être une source additionnelle dont peuvent bénéficier tous les intervenants de la distribution. Il faut rappeler que l'économie du *copyright* s'est d'abord mise en place pour supporter les coûts inhérents à la diffusion des supports et non des œuvres. Ainsi, en France, l'ordonnance de Moulins de 1556, première législation faisant obligation aux libraires imprimeurs de demander des « lettres de privilège » et d'indiquer leur nom et leur lieu de demeure, ne mentionne nullement les auteurs.

¹ Olivier BOMSEL « Gratuit, du déploiement de l'économie numérique » *Editions Gallimard, 2007*

La numérique bouleverse donc la donne car ce n'est plus le support mais l'information, le contenu numérique et donc l'œuvre musicale en l'espèce, qui se retrouve au centre du problème économique de la création et de la diffusion des œuvres. Jusqu'à présent, le support faisait barrière à la diffusion incontrôlée de l'œuvre, c'est pourquoi les techniques des DRMS et mesures techniques se sont développées.

Après avoir souligné l'intérêt que représenterait l'abandon des DRMS, une question se pose au sujet de la diffusion d'œuvres musicales sur l'internet. Les effets de réseau peuvent-ils bénéficier aux auteurs qui décident de diffuser librement leurs œuvres ? En effet, il n'est plus nécessaire, aujourd'hui, de faire appel à un éditeur pour diffuser son travail. La majeure partie des artistes utilise des logiciels de type Protools, véritables stations de travail audionumérique, utilisés par les studios d'enregistrement eux-mêmes. Dès lors, il semble que la propriété intellectuelle nécessite un regard nouveau et puisse bénéficier de règles du jeu différentes. Si les artistes n'ont plus besoins des éditeurs pour se faire connaître, peut-être conviendrait-il de trouver d'autres modèles économiques leur permettant, à la fois de diffuser librement leur musique et de trouver une source de rémunération. Mais la question se posera de savoir de quelle façon des œuvres ainsi diffusées peuvent être protégées. Dans quelle mesure le droit d'auteur est préservé dans l'utilisation de licences libres de diffusion ?

L'objectif des licences libres, est la liberté offerte aux auteurs compositeurs de pouvoir diffuser librement leur travail, en autorisant, *a priori*, certaines utilisations. Il ressort de ce premier constat que l'objectif d'une licence de libre diffusion (qu'il conviendra de distinguer de la licence libre) est le partage et l'accès à la culture, deux caractéristiques propres à l'internet.

C'est la raison pour laquelle l'argument principal des développements suivants consistera à expliquer qu'il existe un lien entre la diffusion gratuite d'œuvres musicales et les caractéristiques mêmes de l'internet, la conséquence étant qu'une œuvre diffusée sur l'internet se retrouve nécessairement en libre accès tôt ou tard. Ainsi, serait-il préférable d'organiser juridiquement, en amont, cet accès gratuit, plutôt que de tenter de s'en prémunir. Il importe alors de trouver un modèle économique vertueux qui garantirait la rémunération des auteurs et ayants droit.

Pourtant, d'un point de vue économique, la gratuité ne présente aucun avantage. Sur la base d'une analyse économique simplifiée, on pourrait tenter de croire que la gratuité induit une surconsommation néfaste. Tel est le cas de produits qui se transforment en déchets, entraînant des effets d'encombrement et de pollution. Cependant, la question ne peut se poser de la même façon pour les biens culturels, plus encore lorsque ceux-ci circulent sur l'internet, c'est-à-dire en faisant l'économie de supports physiques traditionnels tels les CD. C'est alors l'ensemble du financement de la création qui devrait être révisé. La gratuité pour l'internaute ne signifie cependant pas l'absence de financement. La publicité, par exemple, peut permettre de rémunérer les auteurs qui mettent gratuitement à disposition leurs œuvres.

En conséquence, certains avantages, plus d'ordre politique, social voir philosophique, peuvent être tirés de la gratuité de la diffusion et de la reproduction des œuvres. Les avantages ou inconvénients du point de vue du droit doivent être observés dans un deuxième temps. Quoiqu'il en soit, il est nécessaire de reconnaître à l'auteur d'une œuvre, la possibilité de diffuser, librement, gratuitement, son travail.

B. le partage et le droit à la culture

Lorsqu'il est question de piratage d'œuvres musicales, les utilisateurs des réseaux de *peer to peer* se défendent souvent en affirmant qu'ils n'ont eu aucune mauvaise intention. Ils n'ont pas eu l'intention de nuire, c'est-à-dire l'élément moral nécessaire, en théorie, à la qualification d'une infraction pénale. Leur but n'aurait pas été, selon eux, de voler des œuvres, mais plutôt de les découvrir et de les partager avec d'autres. D'ailleurs, expliquent-ils, ils achètent également beaucoup de disques en magasins, de places de concert. Ils dénoncent cette injustice qui consiste à les confondre avec des malfaiteurs qui feraient des profits illégaux, par exemple, en revendant des œuvres piratées.

D'un autre côté, beaucoup d'artistes affirment que les nouvelles technologies leur permettent de mieux diffuser leurs œuvres et de se faire connaître du grand public. Ainsi, le mouvement relativement récent en faveur du *copyleft* est un exemple emblématique de la position différente que certains artistes et créateurs défendent à ce sujet. Le principe du *copyleft*, par opposition au *copyright*, repose sur la possibilité donnée à l'auteur d'une œuvre, quelle qu'elle soit, à toute personne, d'utiliser, de copier, d'étudier, de modifier et de distribuer son œuvre, avec la restriction que celui-ci devra laisser l'œuvre librement accessible à autrui, sous les mêmes conditions d'utilisation, y compris dans les versions modifiées ou étendues. Ce concept a été inventé par Richard Stallman en 1984, année du lancement du projet GNU («GNU's not Unix»).

La question soulevée, entre autres, par Jean-Robert Alcaras¹, de savoir si l'on doit admettre l'idée selon laquelle la protection des droits de propriété des auteurs et des éditeurs est une condition nécessaire pour assurer la pérennité de la création culturelle, se pose plus que jamais. En effet, les alternatives que représentent les licences libres semblent économiquement viables comme en atteste le succès relatif des logiciels libres.

La question doit être replacée dans un cadre juridique malheureusement peu défini, celui du droit d'accès à la culture. Y a-t-il un droit d'accès à la culture ? Et si c'est le cas, quelle est la nature de ce droit ? La logique de gratuité et de partage qui gouverne les licences libres trouverait une assise juridique s'il existait un droit à la culture.

Distinguons tout d'abord le droit de la culture et le droit à la culture. Le premier ne serait que la compilation des textes encadrant les politiques culturelles. Ce n'est donc pas ce droit là qui est concerné. Quant au second, il convient de lui trouver des fondements juridiques.

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 contient un article 27 qui dispose ainsi : « *Chacun a le droit librement de participer à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de partager le progrès scientifique et ses bénéfices* ». Le même article fait état d'un droit à la protection des intérêts moraux et matériels des productions artistiques. La Déclaration établit donc un équilibre entre droit à la culture et droit d'auteur. Cet article pourrait constituer le fondement d'un droit d'accès, de participation à la culture. Le terme « librement » impliquerait une liberté pour l'auteur de choisir les modes de diffusion de son œuvre. Enfin, le partage est explicitement visé par l'article, bien qu'il ne semble concerné que le progrès scientifique. Il y a donc bien, sur la base de ce texte, un droit

¹ Jean-Michel BRUGUIERE « Droit d'auteur et culture » Thèmes et commentaires, Edition Dalloz, 2007

à jouir des arts, et donc de la musique. Notons cependant qu'il n'est nullement fait état d'un accès gratuit aux arts.

Le terme « culture » n'est pas clairement défini dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les dictionnaires définissent cette culture comme « *la gamme totale d'activités et d'idées d'un groupe de gens avec des traditions partagées qui sont transmises et renforcées par les membres d'un groupe* » ou « *les poursuites artistiques et sociales, expression, et des goûts valorisés par une société ou classe, comme dans les arts, manières, habillement etc.* » (Collins Dictionnaire anglais). La protection de la culture dans les droits de l'homme comprend deux concepts. Le droit des peuples à pratiquer et continuer des traditions et des activités partagées, et la protection de la culture en droit international couvrant les poursuites scientifiques, littéraires et artistiques de la société.

Le pacte des Nations Unies adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 précise dans son article 15 que « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications* ». On pourrait trouver dans cet article un fondement solide en faveur des réseaux de *peer to peer* qui constituent à n'en pas douter une application d'un progrès scientifique. En revanche, le fait de participer à la vie culturelle n'implique pas directement le droit d'accéder aux œuvres culturelles. L'article poursuit ainsi : « *Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture* ». La diffusion de la culture est donc un impératif pour les Etats signataires. La difficulté provient du nécessaire équilibre entre ce droit d'accès à la culture et la protection des œuvres.

Quant à la diversité culturelle, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 la garantit en son article 22 ainsi rédigé : « *L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique* ». Ici, c'est la nécessité de diversifier la culture qui est visée. Or la diversité est un argument en faveur des licences libres qui offrent la possibilité d'accéder à une grande variété d'œuvres musicales.

Au delà des textes existant, plusieurs auteurs n'hésitent pas à parler de droit à la culture ou plus précisément de droit d'accès à la culture. Ce droit pourrait donc donner aux licences libres une justification, un appui juridique. Observons maintenant le mécanisme des licences libres appliquées aux œuvres musicales, en prenant pour exemple les licences Creative Commons.

Section 2 : Analyse juridique des licences libres

A. La différence entre les licences libres et les licences de libre diffusion

Les pratiques de la gratuité sont en plein essor. Face à ces pratiques, la réglementation sur la propriété intellectuelle va à l'encontre des revendications des internautes. Beaucoup conçoivent le droit d'auteur comme « un héritage du passé qui ne pourra survivre aux pratiques massives de copies des œuvres permises par le numérique¹ ». L'environnement numérique et les réseaux imposent de revoir certains aspects du droit d'auteur. Pour les partisans du *no copyright*, c'est l'ensemble du droit d'auteur qui doit être revu. Cette vision radicale est à opposer à la conception du *copyleft*, plus modérée, qui propose d'aménager le droit d'auteur afin qu'il soit en phase avec la technologie actuelle. Il s'agit alors de considérer que l'auteur d'une œuvre a un monopole juridique, mais rien ne l'empêche de ne pas l'exercer.

En droit français, le Code de la propriété intellectuelle laisse cette liberté à l'auteur de pouvoir diffuser gratuitement son œuvre. L'article L. 122-7-1 dispose que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues* ».

Ainsi, certains informaticiens ont souhaité conserver la tradition de l'internet, information libre et partagée par tous, en proposant un modèle économique alternatif sur la base des logiciels libres. L'origine des logiciels libres remonterait à une colère de Richard Stallman, à la fin des années 1970, suite à un dysfonctionnement de son imprimante. Il tenta d'accéder au logiciel qui contrôlait la machine mais celui était protégé par un brevet. En 1983, R. Stallman envoie un message dans un des newsgroup d'Usenet annonçant qu'il est en train d'écrire un logiciel complet compatible Unix, GNU. Plus tard, en 1991, un étudiant finlandais, Linus Torvalds, met au point la première version d'un système d'exploitation basé sur le projet GNU qui deviendra le logiciel GNU-Linux. Afin de rémunérer les informaticiens qui ne sont pas financés par une université, R. Stallman crée en 1985, la Free Software Foundation qui récolte des fonds et qui concevra la General Public Licence, GPL, cadre juridique dans lequel la diffusion des logiciels libres doit s'effectuer.

La licence GPL n'est pas réservée aux logiciels et peut s'appliquer à la littérature, la vidéo ou la musique. En France, des collectifs d'artistes ont mis au point la licence Art libre sur le modèle appliqué aux logiciels, afin d'inviter les artistes à entrer dans un cadre juridique de protection alternatif. Il s'agit alors, non pas de fournir le code source d'un logiciel, mais de développer la diffusion et le partage des œuvres artistiques.

Il est important de préciser que le droit d'auteur reste la base juridique du *copyleft*. Il ne s'agit pas d'autoriser les utilisateurs à copier, redistribuer ou modifier l'œuvre mais d'autoriser les auteurs à leur accorder cette liberté. La licence libre peut se définir comme une licence s'appliquant à une œuvre de nature quelconque pour en faire un contenu libre offrant à l'utilisateur certains droits quant à l'utilisation, à la modification, à la rediffusion et à la réutilisation de l'œuvre dans des œuvres dérivées.

La licence libre doit être distinguée de la licence de libre diffusion. Par extension, on parle de licence de libre diffusion pour les licences permettant au minimum la copie. Les

¹ Joëlle FARCHY « internet et le droit d'auteur, la culture Napster » CNRS éditions, 2003

licences libres sont des licences de libre diffusion, mais la réciproque n'est pas vraie. Par exemple, la licence Art Libre et la licence Creative Commons by-sa sont des licences libres, tandis que les licences Creative Commons by-nc-sa et Creative Commons by-nd ne sont pas des licences libres mais sont des licences de libre diffusion.

Dans son rapport de juin 2007¹, le CSPLA, explique que le terme de « licence libre » doit être utilisé pour les licences qui offrent ces quatre libertés : libertés d'utiliser/d'usage, de copier, de modifier une œuvre et de diffuser les modifications. Les autres licences peuvent être qualifiées de « licence ouverte ».

Dans la pratique, la majeure partie des œuvres musicales est diffusée sous des licences de libre diffusion. Recenser ce type de licence est quasi impossible, notons à titre d'exemple les licences suivantes : Creative Commons, Art Libre, GNUArt, Open Music, Musique Libre. L'objet de ces licences, contrairement aux licences libres appliquées aux logiciels, est la libre diffusion. C'est la principale caractéristique qui répond à cette propriété de l'internet, l'échange libre. Mais les possibilités offertes par ces licences sont nombreuses, et un auteur peut même autoriser la modification de son œuvre, ce qui correspondrait en France à abandonner le droit moral qui s'attache à toute œuvre de l'esprit. Ainsi, M. Milliard, conseiller à l'Institut de Recherche sur les Musiques Actuelles, explique que « *les licences libres sont une solution différente du droit d'auteur* ».

C'est, en effet, une réalité de plus en plus présente sur l'internet. Certains artistes ont juste envie de se faire connaître, quitte à être mal rémunéré voire pas rémunéré du tout. Cette logique s'est développée en parallèle avec le web. Ainsi, plusieurs sites offrent la possibilité aux artistes de faire connaître leurs œuvres. A titre d'exemple, les sites MySpace ou plus récemment Facebook, qui permettent à tous de créer une page Web et de diffuser de la musique, connaissent un succès sans précédent. Il s'agit bien là d'une nouvelle forme de distribution des œuvres, non seulement musicales d'ailleurs, qu'il convient de prendre en considération.

D'autres sites, associatifs, diffusent des œuvres musicales gratuitement, et en grande quantité. Le site Dogmazic diffuse près de 15 000 morceaux, par 1 700 groupes. Ce mode de diffusion nécessite une protection juridique, pour que les échanges et la diffusion se fassent en toute légalité, et les licences de libre diffusion permettent de répondre à ce besoin croissant. Les licences de type Creative Commons sont en phase avec la révolution numérique et l'âge des réseaux.

¹ Rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit ». Juin 2007 (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/CO.pdf>)

B. analyse des licences Creative Commons

Nous allons tenter, ici, de faire une analyse juridique des licences élaborées par Creative Commons. Le projet a démarré en 2001 sous l'impulsion de l'universitaire américain Lawrence Lessig, c'est pourquoi les textes régissant ces licences ont d'abord été rédigés en anglais, en se référant à la loi américaine sur le copyright. Par la suite, des équipes de juristes volontaires se sont consacrées à leur traduction et adaptation dans leur langue et à leur législation nationale.

En France, le Centre d'Etude et de Recherche de Science Administrative (CERSA), rattaché à l'Université Panthéon Assas Paris 2 et au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) est l'institution affiliée à Creative Commons. « *Au lieu de soumettre tout acte ne relevant pas des exceptions légales à l'autorisation préalable des titulaires de droits exclusifs, les licences Creative Commons permettent d'autoriser à l'avance le public à effectuer certaines utilisations selon les conditions exprimées par l'auteur* », peut-on lire sur le site français des Creative Commons.

Plusieurs artistes se sont déjà laissés convaincre par ces nouveaux contrats. Ainsi, un groupe d'artistes parmi lesquels le Brésilien Gilberto Gil (également ministre de la Culture de son pays), le groupe de rap américain Beastie Boys ou encore l'ex-leader des Talking Heads David Byrne, ont créé une compilation, diffusée avec le numéro de novembre du mensuel américain Wired, sur laquelle les morceaux sont tous placés sous licence Creative Commons.

En France, la radio Web d'Arte, Arteradio.com, a également adopté la licence Creative Commons. Tous les reportages et créations sonores du site sont librement téléchargeables et diffusables pour une utilisation non commerciale. Arteradio.com reste propriétaire des droits, mais favorise une diffusion de ses contenus en dehors de la sphère commerciale. L'internaute a la liberté de télécharger une banque de données comprenant plus de 460 fichiers MP3. Il peut les échanger sur des réseaux de *peer to peer*, les copier librement. Les reportages d'Arte radio peuvent aussi être librement rediffusés à condition de mentionner le réalisateur et la source.

C'est une forme de protection juridique, basée sur un contrat accepté par l'internaute qui télécharge l'œuvre. Contrairement à une œuvre protégée techniquement, un niveau de confiance est accordé à l'internaute qui télécharge. Il n'est plus possible de qualifier l'internaute de consommateur puisque ces œuvres sont téléchargées gratuitement. Et à la différence des œuvres distribuées par les maisons de disques, celles-ci sont bien souvent autos produites par les artistes eux-mêmes. Cette alternative évite le dépôt de l'œuvre à la SACEM par exemple.

Les contrats Creative Commons se présentent sous 3 formes. Un contrat pour les juristes, un résumé explicatif pour que les conditions d'utilisation, en lien dans le logo CC « Certains droits réservés » apposé près de l'œuvre, apparaissent clairement aux utilisateurs et des méta données pour la recherche automatique en ligne. En août 2005, plus de 53 millions de pages Web étaient placées sous licence Creative Commons. Ces contrats d'accès ouvert peuvent être utilisés pour tout type de création : texte, film, photo, musique, site Web. Nous nous intéresserons particulièrement à leur application aux œuvres musicales. A ce titre, le site Creative Commons France¹ permet de répondre à plusieurs interrogations.

¹ <http://fr.creativecommons.org/FAQjuridiques.htm>

Avant tout, il faut s'interroger sur la qualification juridique de ces licences. Les documents Creative Commons sont des contrats-type qui permettent à l'auteur de communiquer au public les conditions d'utilisation de son œuvre. Ce sont des offres selon la définition suivante : la « *manifestation de volonté par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres, déterminées ou indéterminées, la conclusion d'un contrat à certaines conditions*¹ ». Ces offres semblent pouvoir être qualifiées de contrats à exécution successive et de concession de droit d'usage. Creative Commons les fournit à titre d'information gratuitement et il est bien précisé qu'elles « *n'impliquent aucun transfert des droits de propriété intellectuelle*² ». Il ne s'agit donc clairement pas de vente ou de cession.

Creative Commons propose 6 contrats différents, comprenant chacun certaines options. Une condition commune, l'option paternité est devenue obligatoire à partir de la version 2.0. Il n'est donc plus possible de renoncer au droit à la paternité, ce qui est en adéquation avec l'article 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ». Rendre cette option obligatoire était une nécessité au regard du droit français.

Il est toujours autorisé, dans les contrats proposés par Creative Commons, de reproduire, distribuer et communiquer gratuitement l'œuvre au public, à titre non commercial, y compris dans les œuvres dites collectives et sur les réseaux de *peer to peer*. Ensuite, trois options peuvent se cumuler : l'option « Pas de Modification », l'option « Pas d'utilisation commerciale » et l'option « Partage des conditions initiales à l'identique ». Il convient de se référer sur le site de Creative Commons pour comprendre le cumul de ces options³. Notons que chacune des conditions optionnelles peut être levée après l'autorisation du titulaire des droits.

Sur le site Dogmazic, deux licences sont principalement utilisées, la licence Creative Commons - by-nc-sa 2.0, et la licence Creative Commons - by-nc-nd 2.0. Ces deux licences prévoient la paternité de l'œuvre, obligatoire, et l'absence d'utilisation commerciale. Ensuite, la première licence autorise la modification de l'œuvre et donc la réutilisation dans les mêmes conditions, tandis que la seconde interdit toute modification. Ces deux contrats ne sont donc pas des licences libres mais des licences de libre diffusion, qui semble plus appropriées aux usages de l'internet en terme de diffusion des œuvres musicales.

La question s'est posée récemment, dans les débats qui ont précédés l'arrivée de la licence Creative Commons version 3.0, de savoir si les DRMS étaient compatibles avec ces licences. En d'autres termes, une protection technique peut-elle s'ajouter à la protection contractuelle ? Le risque est réel de voir un intermédiaire récupérer une œuvre sous licence Creative Commons puis la verrouiller avec un format spécifique. Afin de prévenir ces atteintes, les termes de la licence, quelques soient les options choisies, prévoit l'interdiction d'utiliser des mesures techniques. La version 3.0 de la licence, qui n'a pas encore été traduite en France, maintient cette interdiction. Le souhait reste donc fort de ne pas mélanger les deux formes de protection.

La version 3.0 de la licence Creative Commons modifie essentiellement les points suivants. Il existe désormais une version générique, qui se veut trans-juridictionnelle, alors

¹ Dir. Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant, PUF Quadrige 4ème éd. 2003.

² Christophe Caron, Les licences de logiciels dites « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, Dalloz 2003, n° 23, p. 1556

³ <http://fr.creativecommons.org/contrats.htm>

que la précédente se basait sur le droit américain. Il a également été tenté d'harmoniser les licences au regard des droits moraux et des sociétés de gestion collective. De plus, la paternité des œuvres est renforcée, notamment par l'interdiction de faire croire qu'un auteur est d'accord avec l'exploitation de son œuvre, lorsqu'il n'a pas donné spécifiquement son consentement. L'exploitation reste possible au regard de la licence, mais elle ne doit pas apparaître comme émanant de l'auteur lui-même. Enfin, la compatibilité (voire l'interopérabilité) avec les autres licences libres peut désormais être spécifiée, notamment à l'égard des licences Art Libre.

Ajoutons, pour conclure, que de nouveaux modèles économiques, basés sur les licences Creative Commons, pourraient bien voir le jour. La fondation Creative Commons annonçait en décembre 2006, qu'elle avait signé un accord avec Pump Audio¹, un service en ligne qui propose aux musiciens indépendants de vendre des licences pour les publicités, la télévision, le cinéma ou certaines exploitations en ligne. Creative Commons proposera aux artistes d'utiliser les services de Pump Audio, et réciproquement Pump Audio proposera à ses artistes de choisir une licence Creative Commons pour distribuer leurs œuvres.

Les modèles des licences libres semblent être une alternative intéressante pour la diffusion en ligne des œuvres musicales. Pourtant, certains points restent flous, et pourraient se trouver en contradiction avec le droit français. Ce type de protection garantit-elle suffisamment les droits des artistes ?

¹ <http://www.pumpaudio.com/>

Chapitre 3 : Les limites des licences de libre diffusion

Section 1 : Les difficultés d'adaptation au droit français

A. Licences de libre diffusion et droit civil

Certaines adaptations de ces licences posent des difficultés en droit français, en droit civil, notamment, mais surtout en droit d'auteur.

Au sujet de la qualification de contrat, d'abord, le CSPLA se questionne sur la présence d'un consentement éclairé, sur l'irrévocabilité des engagements et sur l'opposabilité aux tiers. La licence de libre diffusion serait plus un contrat d'adhésion, à condition de retenir un échange des volontés peu formaliste. La révocabilité des engagements, est, quant à elle toujours possible pour des offres adressées à des personnes indéterminées et sans délais. Or, les licences de libre diffusion ne permettent pas cette possibilité. Le CSPLA estime pour se part, qu'il s'agit de contrats innomés, que l'on ne saurait « *rattacher à une catégorie unique* ».

Les principales interrogations posées au droit civil concernent par ailleurs, la durée des engagements, les possibilités de résiliation, l'opposabilité aux acteurs de la chaîne des modifications intervenant sur les conditions de mise à disposition et à la validité des clauses limitatives de responsabilité. Ces conditions pourraient rencontrer plusieurs problèmes d'adaptation.

D'abord, la durée des engagements n'est pas stipulée dans les licences de libre diffusion, ce qui en fait des engagements perpétuels, prohibées par un principe reconnu maintes fois par la jurisprudence. La résiliation ou la révocation, sont théoriquement garanties mais pratiquement impossible à mettre en œuvre puisqu'il faudrait en informer l'ensemble des acceptant d'une licence de libre diffusion.

Le CSPLA a enfin soulevé la question du rôle des organisations proposant des modèles de licences standards quant à la validité des engagements souscrits par les utilisateurs de la licence. Cette question n'a pas trouvé de réponse pour le moment. Le Conseil a relevé des difficultés au regard du droit fiscal, mais le droit d'auteur nécessite plus d'attention.

B. Licences de libre diffusion et droit d'auteur

En droit d'auteur, certains points montrent une difficile mais possible adaptation. Les licences de libre diffusion, sans autorisation de commercialisation, représentent, non pas une alternative au droit d'auteur, mais une forme de protection complémentaire. Un point important est en effet que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas affectées par ces licences. Mais le droit français est-il suffisamment souple pour se cumuler avec ces licences ? Si certains points méritent une attention particulière, le CSPLA considère cependant que « *la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit ne pose pas de difficulté théorique majeure au regard du système du droit d'auteur français* ».

Le CSPLA se fonde sur le principe suivant : « *L'impérativité conférée à certaines prérogatives du droit moral fait qu'il est impossible de déroger à ses mécanismes par*

contrat ». Ainsi en a jugé la Cour de cassation en 1991. Une première difficulté apparaît donc au regard du droit au respect de l'œuvre. La licence Creative Commons by-nc-sa 2.0 autorise la modification de l'œuvre avec l'obligation de partage des conditions initiales à l'identique. Or, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le droit au respect de l'œuvre est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure l'auteur peut renoncer à ce droit.

La Cour de cassation rappelait dans un arrêt du 28 janvier 2003², que « *l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder* ». Dans la même affaire, en 2006, après un second pourvoi, la Cour de cassation précise que « *toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit, porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci* ». Dans ces conditions, l'option « modification » des licences Creative Commons est-elle en conformité au droit d'auteur français ?

Le site Creative Commons France répond à cette question en affirmant que « *autoriser à l'avance les modifications n'équivaut pas à aliéner le droit au respect* ». La cession du droit d'adaptation n'impliquerait pas d'autoriser des modifications qui porteraient atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la réputation de son auteur. Certes, il est toujours loisible à l'auteur d'une œuvre modifiée d'agir en justice, mais concrètement, la mise en application de ce droit semble difficile du fait de la multiplicité des copies qui auront pu être faites de l'œuvre.

Placer son œuvre sous une licence de ce type (option modification) équivaut donc à accepter tout type de modification, y compris celles qui porteraient atteinte à l'honneur de l'auteur. Si les recours sont en théorie envisageable pour l'auteur qui se sentirait lésé, en pratique, rien n'empêchera ces modifications. La jurisprudence reste muette sur ce point il est d'ailleurs peu probable que cette question soit abordée par un tribunal.

Quant au droit à la paternité de l'œuvre musicale, Le problème apparaît lorsque l'auteur décide de rester anonyme ou de prendre un pseudonyme. Notons que les licences Creative Commons prévoient toutes l'obligation de préciser l'auteur de l'œuvre initiale dans une œuvre dérivée. Mais en cas d'anonymat, une contradiction pourrait surgir avec les licences dans lesquelles l'auteur est obligé d'identifier les éléments de sa création.

Une autre difficulté apparaît au regard du droit de retrait. L'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi : « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire* ». En pratique, ce droit semble impossible à exercer pour une œuvre placée sous licence de libre diffusion. Pourtant, l'article 7.b des licences Creative Commons prévoit néanmoins l'exercice de ce droit. L'auteur qui propose l'offre de mise à disposition se réserve ainsi, à tout moment, le droit de proposer l'œuvre à des conditions différentes ou d'en cesser la diffusion. Mais l'exercice de ce droit doit se faire dans le respect des offres précédemment consenties. L'auteur qui met fin au contrat Creative Commons devra donc respecter la bonne foi des utilisateurs qui auront, dans l'intervalle, appliqué le contrat

¹ Civ. 1ère 28 mai 1991 Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle D. 2004, comm. 11.

² Cour de Cassation, première Chambre civile, arrêt du 28 janvier 2003, n° pourvoi 00-20014

qu'il proposait. Le CSPLA estime ainsi que ce droit de retrait est « *neutralisé* » par les difficultés pratiques de sa mise en œuvre.

Une autre interrogation a trait à la résiliation des droits conférés par la licence. La licence Creative Commons contient une clause qui résilie tous les droits conférés à un utilisateur si celui-ci vient à violer l'une des clauses. Pourtant, l'effet d'une telle résiliation est assez flou, du fait de la possibilité de réutilisation d'une œuvre dans une œuvre dérivée. Ainsi, par exemple, si des droits sont supprimés sur une œuvre, il est possible de récupérer une autre œuvre dérivée de la première et bénéficier des droits de l'œuvre dérivée. L'effet de la résiliation est alors nul si l'œuvre dérivée contient intégralement l'œuvre initiale.

Enfin, se pose une question quant à la preuve de l'antériorité d'une œuvre placée sous licence de libre diffusion. Le fait de mettre à disposition une œuvre sur un site tel que Dogmazic suffit-il à prouver l'antériorité de l'œuvre ? Le serveur du site conserve en théorie des traces de ce dépôt (les fichiers *log*¹). Mais est-ce un moyen de preuve valide ? La question n'a pas encore été soumise à un juge, mais la réponse devrait être négative. Les fichiers *log* ne permettent en effet pas l'identification précise de l'internaute, il faudrait alors faire appel aux fournisseurs d'accès à l'internet, procédure assez lourde et réservée à certains organismes. Si l'on considère en revanche que ces fichiers sont un moyen de preuve valide, encore faudrait-il qu'ils contiennent l'œuvre elle-même, ce qui n'est pas le cas.

Ainsi, le dépôt à la Société des Auteurs et Compositeurs d'art Dramatique (SACD) ou encore l'envoi en recommandé de l'œuvre à soi-même, sont les seuls moyens efficaces pour prouver l'antériorité d'une œuvre musicale. Surgit alors un autre problème au sujet des licences de libre diffusion. Quels sont les liens entre les licences de libre diffusion et les organismes de gestion collective ?

Section 2 : L'avenir incertain des licences libres pour la diffusion des œuvres musicales

A. Les difficiles relations avec la gestion collective

Les mécanismes de gestion collective peuvent-ils se cumuler avec le régime de protection des licences de type Creative Commons ? La question fait face à un désir profond des artistes de pouvoir distribuer librement leurs œuvres en restant attachés à une SPRD.

Rappelons que l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle inséré par loi 1^{er} août 2006 offre la liberté à l'auteur de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public. Or, cette liberté n'est possible qu'en l'absence de dépôt auprès de la SACEM. L'auteur qui a déjà cédé une partie de ses droits par contrat, ou mandaté une société de gestion collective pour la gestion de ses droits, ne peut actuellement pas offrir ses œuvres sous licence Creative Commons.

C'est alors une gestion individuelle qui s'impose. La SACEM estime qu'il n'est pas de l'intérêt d'un auteur d'autoriser le téléchargement de ses œuvres à titre gratuit d'autant que

¹ enregistrement séquentiel dans un fichier ou une base de données de tous les événements affectant un processus particulier (application, activité d'un réseau informatique, etc.)

cette autorisation demeure valable pendant toute la durée de protection par le droit d'auteur¹. L'article 1^{er} des statuts de la SACEM, dans sa dernière version de 2007, prévoit ainsi que : « *tout auteur, auteur réalisateur ou compositeur admis à adhérer aux présents Statuts fait apport à la société, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société, du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres, dès que créées* ».

Dans l'adaptation française de la licence Creative Commons, et non dans la version originale, on trouve cependant une disposition supplémentaire, l'article 4.e, traitant des organismes de gestion collective : « *Dans le cas où une utilisation de l'œuvre serait soumise à un régime légal de gestion collective obligatoire, l'Offrant se réserve le droit exclusif de collecter ces redevances par l'intermédiaire de la société de perception et de répartition des droits compétente. Sont notamment concernés la radiodiffusion et la communication dans un lieu public de phonogrammes publiés à des fins de commerce, certains cas de retransmission par câble et satellite, la copie privée d'œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, la reproduction par reprographie* ».

Cet article semble introduire une insécurité juridique pour l'acceptant d'une licence Creative Commons. L'acceptant n'est en effet pas nécessairement averti de cette restriction. Comment le serait-il, à moins de s'adresser directement à l'auteur ? En instaurant une restriction spécifique à l'adaptation française, l'article rend la situation incertaine quant à l'application internationale de la licence. La seule façon, pour l'utilisateur, d'éviter de se retrouver dans une telle situation est d'écouter la musique téléchargée, sans diffusion ou reproduction, ce qui est contraire à l'esprit des licences de libre diffusion.

L'évolution des statuts de la SACEM sur ce point ne semble pas d'actualité. La société perdrait tout contrôle sur les œuvres de son répertoire et sa mission ne pourrait être assurée. C'est donc à l'artiste qu'il revient de prendre la décision. Le choix entre gestion collective, par l'intermédiaire de la SACEM, ou gestion individuelle doit se faire dès la création des œuvres. La question, pour l'auteur, est donc de savoir s'il souhaite générer des revenus ou non. Dans la première hypothèse, l'inscription auprès de la SACEM est probablement celle qui offre le plus de sécurité juridique. Si, en revanche, l'artiste désire mettre à disposition ses œuvres sans aucune volonté économique, les licences de libre diffusion peuvent répondre à ces attentes.

Les sociétés de gestion collective adoptent donc à l'égard des licences de libre diffusion des attitudes différenciées. Certaines autorisent cependant depuis peu leurs membres à mettre à disposition les œuvres du répertoire mais dans des conditions limitées. Il est alors loisible à l'auteur de mettre gratuitement à disposition des œuvres sur leur site personnel uniquement, sans lien vers un site exerçant une activité commerciale. C'est notamment la position de la SACEM.

Les auteurs qui choisissent les licences de libre diffusion auraient, selon le CSPLA, la volonté de rendre ces licences complémentaires avec la gestion collective. C'est pourquoi l'on pourrait parler d'une gestion semi collective ou semi individuelle. Les utilisateurs de licences de libre diffusion ont également avancé l'idée de séparer, au sein des sociétés de gestion collective, les fonctions de collecte et de redistribution des informations relatives aux droits détenues à raison des apports.

¹ Informations relues par la SACEM, octobre 2005

Malgré les difficultés, le monde du libre prospère. L'exemple des logiciels libres pourrait-il s'appliquer à la musique diffusée en ligne ? Un nouveau modèle économique, basé sur les licences de libre diffusion est-il possible, dans le respect des droits de propriété intellectuelle ?

B. L'économie d'une gestion semi individuelle

Relevons le constat fait par J. R. Alcaras¹ : « *le coût de la création culturelle est certainement bien moins élevé que ne le suggèrent généralement les représentants des industries culturelles* ». L'auto production est une conséquence de ce fait. Les artistes amateurs disposent des moyens de production proches de ceux des professionnels. A titre d'exemple, le logiciel Protools est utilisé dans les studios d'enregistrement professionnels et par beaucoup d'amateurs. C'est l'origine du développement d'une gestion individuelle ou semi individuelle des droits.

Le souhait des artistes est de pouvoir diffuser les œuvres sous licences de libre diffusion en laissant la gestion commerciale aux SPRD. On serait donc bien en présence d'une gestion semi individuelle. Dans le rapport du CSPLA, la SACD avait déjà indiqué qu'elle envisageait d'accepter l'utilisation de certaines licences Creative Commons.

Un projet-pilote d'une durée d'un an aux Pays-Bas destiné aux auteurs compositeurs de la société de perception et de répartition des droits Buma-Stemra est en œuvre. Ses membres pourraient utiliser l'une des licences Creative Commons interdisant les utilisations commerciales. Ils recevraient les rémunérations perçues pour les utilisations commerciales de leurs œuvres par l'intermédiaire de la Buma-Stemra. Les métadonnées incluses dans les licences Creative Commons renverront au site de la Buma-Stemra pour les utilisations commerciales. La Buma-Stemra transférera aux membres les droits nécessaires à l'exercice de l'autorisation d'utilisation non commerciale. Le processus s'effectue sur demande en ligne et nécessite environ 30 secondes par morceau. Les informations seront gérées dans la base de données de la société et permettront la gestion de la perception et de la rémunération des utilisations commerciales.

L'économie d'une gestion individuelle ou semi individuelle est-elle viable ? Les adaptations en cours laissent supposer un possible dénouement pour articuler les licences de libre diffusion et la gestion collective. Ce qui importe est de pouvoir réserver l'utilisation commerciale pour garantir la rémunération de l'auteur pour certains usages. Dès lors qu'il n'y a pas d'enjeux commerciaux, les SPRD ne pourraient s'opposer à l'utilisation des licences de libre diffusion par leurs membres.

Quoiqu'il en soit, il nous semble devoir conclure sur une réalité économique pour les auteurs et artistes. S'il n'est pas choquant qu'un artiste vive de sa création, en pratique, les principales ressources financières pour les artistes de renommée modeste sont tirées des spectacles vivants. A ce propos, il faut constater les entreprises de spectacle de droit privé ne sont plus seulement établies sous forme commerciale, mais constituées, aussi, très souvent, sous forme associative. Selon le Syndicat National des Entrepreneurs de Spectacle (SNES), la majorité des entreprises de spectacle sont formées sous statut associatif. La raison principale

¹ Jean-Michel BRUGUIERE « Droit d'auteur et culture » Thèmes et commentaires, Edition Dalloz, 2007

est la possibilité d'être subventionné par l'Etat. Les ressources d'un artiste amateur proviennent donc en partie de l'Etat, d'où la nécessité du maintien d'une redevance pour copie privée qui participe indirectement à ces subventions.

La diffusion en ligne des œuvres musicales servirait plus un intérêt promotionnel. De fait, la protection qui s'attache à ces œuvres musicales devrait permettre d'élargir le champ des spectateurs potentiels. C'est en fin de compte un système mixte qui s'imposerait. Réserver l'exploitation commerciale d'une œuvre doit rester possible, mais nécessite de prendre en considération la réalité du réseau internet, dans tous ses aspects.

Conclusion

Les DRMS et les mesures techniques posent des difficultés d'ordre techniques, économiques et juridiques. Justifiés par des menaces réelles qu'il importe de prendre en considération (piraterie, réseaux de *peer to peer*), ils permettent de répondre techniquement aux activités illégales et de préserver les droits des auteurs et ayants droit. L'introduction des mesures techniques dans la directive de 2001 puis, en France, dans la loi DADVSI de 2006 avait fait craindre au monde du livre des atteintes au mouvement du *copyleft*. Mais si les mesures techniques de protection ont des incidences sur les consommateurs de musique, et tout particulièrement sur la copie privée, ils permettent aussi le développement de nouvelles formes de consommation des œuvres musicales diffusées en ligne.

L'intérêt des DRMS va en effet au-delà de la seule protection des œuvres. C'est surtout les nouvelles formes de distribution qui sont possibles et encouragées par les DRMS. Une fois le consommateur affranchi d'un support matériel, l'industrie de la musique recherche de nouvelles façons de proposer des œuvres musicales. La vente traditionnelle fait désormais place à des mécanismes de location des œuvres. L'écoute en ligne illimitée ou le téléchargement illimité par un FAI en sont des exemples. Les usages de consommation des œuvres sont bouleversés par la diffusion en ligne.

Il est pour l'instant difficile de prévoir l'évolution des DRMS et des mesures techniques. Si leur abandon peut sembler nécessaire au regard de l'impératif d'interopérabilité, les nouveaux modes de consommation de la musique imposent leur maintien pour garantir la protection du droit d'auteur. C'est la raison pour laquelle d'autres modes de protection des œuvres musicales tendent à se généraliser.

L'utilisation qui sera faite, à l'avenir, des licences de libre diffusion pourrait répondre aux inconvénients et avantages que fait naître l'internet. Le constat selon lequel l'internet est construit sur le partage gratuit des contenus, impose de prendre en compte la réalité technique du réseau dans la construction d'un nouveau modèle économique de la création.

Les licences libres ne permettent cependant pas de répondre à tous les problèmes posés par la diffusion en ligne des œuvres musicales. Certains points ne permettent pas, pour le moment, de généraliser leurs utilisations qui imposeraient une gestion semi individuelle des droits d'auteur. Pour autant, la volonté de concilier ces licences avec les systèmes actuels de gestion collective pourrait mener l'industrie de la musique à s'y intéresser plus vivement.

L'avenir reste donc incertain, et l'enjeu n'est clairement pas simplement juridique. S'il importe de protéger l'usage des œuvres musicales, techniquement ou non, c'est essentiellement les intérêts commerciaux qui guident la recherche d'un nouveau modèle économique de la création. Ainsi, le droit doit se préoccuper des enjeux financiers en parallèle de la protection du droit d'auteur, car ce sont en réalité les aspects patrimoniaux du droit d'auteur qui nécessitent une protection.

BIBLIOGRAPHIE

Textes :

- Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. *Journal officiel n° L 167 du 22 juin 2001 p. 0010 – 0019* (http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf)
- Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) signé à Genève le 20 décembre 1996. (http://www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/BNR/BNR_00382/imfnam_e_041242.pdf)
- Loi 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. *Journal Officiel n° 178 du 3 août 2006 page 11529* (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>)
- Décret n°2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins. *Journal officiel n°302 du 30 décembre 2006 page 20161* (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCA0600979D>)
- Décret n°2007-510 du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée par l'article L. 331-17 du Code de la propriété intellectuelle. *Journal officiel n° 81 du 5 avril 2007 page 6427 texte n° 45* (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCB0700270D>)
- PUBLIC LAW 105-304 *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) du 28 octobre 1998 (<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>)
- Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique signé à Paris le 28 juillet 2004. (<http://www.irma.asso.fr/spip.php?article88>)
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. *Journal Officiel du 7 janvier 1978* (<http://www.cnil.fr/index.php?id=301>)
- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. *Journal Officiel du 7 août 2004*
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. *Journal officiel n° 143 du 22 juin 2004 page 11168* (<http://www.foruminternet.org/documents/lois/lire.phtml?id=733>)
- Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. *Journal Officiel du 1er octobre 1986* (<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PCEAJ.htm>)
- Code de la propriété intellectuelle, tel que modifié par la loi n°2006-961 et le décret n°2006-1763 (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CPROINTL.rcv>)

Jurisprudence :

- Cour d'appel de Paris 4^{ème} chambre, section A Arrêt du 20 juin 2007, Fnac Paris / UFC-Que Choisir et autres (http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1967)
- Tribunal d'instance de Paris 5^{ème} chambre 1^{ère} section. Jugement du 10 janvier 2006, Fnac Paris / UFC-Que Choisir et autres (<http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20060110.pdf>)
- Cour d'appel de Paris 13^{ème} chambre, section A Arrêt du 15 mai 2007, Henri S. / SPCP (http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1955)
- Cour d'appel de Paris 4^{ème} chambre, section A Arrêt du 4 avril 2007, UFC-Que Choisir, Stéphane P. / Films Alain Sarde et autres (http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1909)
- Tribunal de grande instance de Paris 3^{ème} chambre, 2^{ème} section Jugement du 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production / Dailymotion, UGC Images (http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1977)
- Tribunal de grande instance de Nanterre 6^{ème} chambre Jugement du 15 décembre 2006, Association UFC-Que Choisir c/ Société Sony France, Société Sony United Kingdom LTD (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=883>)
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/2006540dc.htm>)
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-499 du 29 juillet 2004 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004499/2004499dc.htm>)
- Décision n° 04-D-54 du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques (<http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/04d54.pdf>)
- Cour de cassation, chambre civile 1, 28 février 2006, n° de pourvoi : 05-15824 (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=142371&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>)
- Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre - Section B, 22 avril 2005, M. Stéphane P., UFC-Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=685>)
- TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avril 2004, Perquin et a. c/ SA Films Alain Sarde et a. (<http://mtpo.free.fr/read.php?file=0407222&typ=1>)
- TGI Nanterre, 2 septembre 2003, Madame F.M. et UFC-Que Choisir c/ SA EMI Music France et Sté Auchan France (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=348>)
- TGI Nanterre, 24 juin 2003, Association CLCV c/ SA EMI Music France (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=267>)
- TGI Montpellier, 24 septembre 1999, Procureur de la République, S.D.R.M. et S.C.P.P. c/ Laurent D. (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=139>)

Ouvrages :

- Christiane FERAL-SCHUHL « Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet » *quatrième édition, Praxis Dalloz, Paris 2006*
- P.-Y. GAUTIER « Propriété littéraire et artistique » *5^e édition, Puf, Paris 2004*
- Ch. N'GUYEN DUC LONG « la numérisation des œuvres, aspects de droits voisins » *Litec, Paris 2001*
- P. SIRINELLI « Propriété littéraire et artistique » *2^{ème} édition, Mémento, Dalloz, Paris 2004*
- Jacques GUALINO « Dictionnaire pratique Informatique, internet et nouvelles technologies de l'information et de la communication » *Gualino éditeur, EJA Paris, 2005*
- Gérard CORNU « vocabulaire juridique, association Henri Capitant » *Puf Quadrige, 3^{ème} édition, Paris, 2005*
- Joëlle FARCHY « internet et le droit d'auteur, la culture Napster » *CNRS éditions, Paris, 2003*
- Jean-Michel BRUGUIERE « Droit d'auteur et culture » *Thèmes et commentaires, Edition Dalloz, Paris, 2007*
- Françoise BENHAMOU et Joëlle FARCHY « Droit d'auteur et copyright » *Edition La Découverte, Paris, 2007*
- Olivier BOMSEL « Gratuit, du déploiement de l'économie numérique » *Editions Gallimard, Paris, 2007*
- Lawrence LESSING « Free Culture, how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity », *Editions The Penguin Press, New York, 2004.*
- Jacques ATTALI « Bruits » *Edition Fayard/PUF, Paris, 2001*

Articles :

- Guillaume GOMIS « Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres ». *Bulletin Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n°162, octobre 2003* (<http://www.juriscom.net/documents/da20021216.pdf>)
- Valérie-Laure BENABOU « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mulholland Drive » *Juriscom.net, 30 mai 2005.* (<http://www.juriscom.net/documents/da20050530.pdf>)
- Thierry MAILLARD « la réception des mesures de protection technique des œuvres en droit français : Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » *Centre d'Etude et de Recherche en Droit de l'Immatériel Légipresse 2004, n°208, II, pp. 8-15* (<http://mtpo.free.fr/read.php?file=0701011&typ=1>)
- Cyril ROJINSKY « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur » *D'après l'article paru dans Expertises, n° 294, juillet 2005, p. 255 ; Juriscom.net, 26 septembre 2005.* (<http://www.juriscom.net/documents/da20050926.pdf>)
- Pierre BERLEMONT et Fabrice FROSSARD « Le monde du libre s'inquiète du projet de loi portant sur les droits d'auteur », *Décision Informatique (n° 658), le 14 décembre 2005* (<http://www.O1net.com/editorial/298226/politique/le-monde-du-libre-s-inquiete-du-projet-de-loi-portat-sur-les-droits-d-auteur/>)

Rapports :

- Philippe CHANTEPIE « Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS » Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles, *Rapport 2003-2 du 8 janvier 2003*. (<http://www.culture.gouv.fr/culture/politique-culturelle/index-dossiers.htm>)
- Rapport d'activité 2004 – 2006 du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique. (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/rap0406.pdf>)
- Rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique « la distribution des contenus numériques en ligne » rapport de la commission présidée par pierre SIRINELLI, *version au 25 novembre 2005* (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/csplarapportDistriContenusNum.pdf>)
- Rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique « propriété littéraire et artistique et liberté individuelles dans l'environnement numérique » 2004 (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/rapportlibertesindiv.pdf>)
- Rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique « La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit ». Juin 2007 (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/CO.pdf>)
- Laurent SORBIER et Jean BERBINAU « Bilan d'étape des travaux du Comité de suivi de la Charte Musique et Internet au 21 mars 2007 » (http://www.telecom.gouv.fr/fonds_documentaire/media/bilancscmi.pdf)
- A. BRUGIDOU, G. KAHN « Rapport d'étude, étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur l'internet dans le domaine du Peer-to-Peer » *version du 9 mars 2005* (<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-rapports.htm>)
- Guide « Musique et film : adopte la Net attitude » rédigé par le Forum des droits sur l'internet. Publication au 21 mars 2005. (<http://www.droitdunet.fr/net-attitude/>)
- Jacques VALADE « Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le droit d'auteur à l'heure d'Internet », Sénat, session ordinaire de 2005-2006, *Annexe au procès-verbal de la séance du 21 mars 2006* (<http://www.senat.fr/rap/r05-267/r05-2671.pdf>)
- Philippe CHANTEPIE : « la lutte contre la contrefaçon des droits de propriété littéraire et artistique dans l'environnement numérique » ministère de la culture et de la communication, *rapport n°2002-36, 1^{er} octobre 2002* (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/rapcontrefacon.pdf>)

Entretiens :

- Laurent Sorbier, Co-Président de la Charte musique et Internet
- Audrey BAILLEUX, juriste de l'association UFC-Que Choisir. Vendredi 27 juillet 2007
- Philippe CHANTEPIE, chef du Département des études, de la prospective et des statistiques au ministère de la Culture et de la Communication. Mercredi 1^{er} août 2007
- Bernard BENHAMOU, maître de conférence pour la société de l'information à l'Institut d'Etude Politique de Paris. Membre et conseiller de la délégation française au Sommet mondiale sur la société de l'information, Dimanche 22 juillet 2007
- Jean BERBINAU, ingénieur général des télécommunications, membre du CGTI, membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Jeudi 26 juillet 2007

Webographie :

- <http://www.legifrance.fr>
- <http://www.cnil.fr>
- <http://www.culture.gouv.fr/>
- <http://www.senat.fr>
- <http://www.foruminternet.org/>
- <http://www.zdnet.fr>
- <http://www.juriscom.net>
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- <http://www.mtpo.org>
- <http://www.dogmazic.net>
- <http://www.droitdunet.fr>
- <http://fr.creativecommons.org/>
- <http://www.google.fr/>

Remerciement à toutes les personnes qui ont lu ce mémoire...

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'S. J. M.', with a stylized, elongated flourish extending to the right.