

DROIT D'AUTEUR
& DROITS VOISINS DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION
[DADVSI]

ANALYSES & PROPOSITIONS

POUR UNE
SOLUTION ÉQUITABLE

PAR FRANCK LAROZE

<http://www.theatre-contemporain.net/auteurs/laroze/pdf1.htm>

AVEC L'ASSISTANCE JURIDIQUE D'ANTOINE GITTON

[AVOCAT A LA COUR, CHARGE DE COURS DE DROIT D'AUTEUR A L'UNIVERSITE PARIS X]
<http://www.gitton.net>

SOMMAIRE

INTRODUCTION : NOTE CONDENSEE SUR LES DADVSI & LE P2P	
POUR LA POSITION DE LA SECTION CULTURE (EN DATE DU 3 JANVIER 2006)	4
CONTEXTE & COMMENTAIRES	6
<i>Inconvénients & objections majeurs des/aux dispositifs « adverses » proposés à ce jour</i>	6
Inconvénients/objections des/aux DRM	6
Inconvénients/objections de/à la « licence globale »	9
<i>En résumé : « une réponse de gribouille à des intérêts bien organisés »</i>	10
DROIT(S) D'AUTEUR : ANALYSE HISTORIQUE & JURIDIQUE (PAR ANTOINE GITTON)	11
<i>Perspectives historiques</i>	11
<i>Perspectives juridiques : le créateur d'abord</i>	13
Ce qu'il faut entendre des mesures de protection	13
Ce qu'il faut entendre des libertés du public sur les œuvres	14
L'équation « Libertés du public - Protection de la forme »	15
L'œuvre : un lieu de rencontre public	16
Culture et protection de « l'environnement intellectuel »	16
<i>Droit des mesures techniques</i>	17
En principal, les mesures techniques juridiquement protégées	18
Les mesures techniques efficaces - MTE - mesures de fermeture	19
<i>Notion de mesure technique efficace (MTE)</i>	19
<i>Une MTE dont le contournement laisse présumer la fraude de l'utilisateur</i>	20
<i>La cohabitation MTE et exceptions : Les arbitrages de la directive entre protection juridique des MTE et droits des utilisateurs</i>	21
<i>Exceptions et limitations sauf copie privée</i>	21
<i>Droit de copie privée</i>	23
La protection juridique des mesures techniques « d'ouverture » pour l'exercice des exceptions et limitations (MTEL) Article 6.4 alinéa 3 de la directive	23
Les mesures techniques de protection dans le projet de loi français	25
Les limites de la protection juridique des MTE	27
<i>Les libertés fondamentales</i>	27
<i>Les droits du consommateur</i>	27
<i>La garantie de conformité du produit</i>	27
<i>La garantie des vices cachés</i>	28
<i>La vente d'un support non conforme est susceptible de constituer le délit de tromperie</i>	29
<i>Le droit de la concurrence</i>	31
<i>Les logiciels</i>	31
<i>Les limites de principe aux exceptions et limitations</i>	33
<i>Services de mise à disposition interactifs</i>	33
Conclusion : un rééquilibrage en faveur des services au détriment des supports	34
ANALYSE[S] DES ENJEUX DES DROITS D'AUTEUR A L'ERE NUMERIQUE	37
<i>Spécificité(s) de l'Internet & du numérique</i>	37
Principales spécificités des « formats numériques »	37
Principales spécificités de l'Internet	37
Conséquences	38
<i>Évolution & complexité du/des droit(s) d'auteur</i>	39
Problématique de la « propriété » intellectuelle	39
Problématique de l'évolution des espaces/supports & de la durée des droits patrimoniaux	40

Évolution/explosion des supports/espaces de diffusion : de la matérialité classique à l'immatérialité post-moderne	40
Une multiplication des droits voisins inhérente à celle des supports/espaces de diffusion	40
L'extension du rapport supports/espaces - durées de diffusion	40
<i>Analyse des intérêts en présence</i>	41
Intérêts des publics/internautes	41
Intérêts des auteurs/créateurs & des interprètes	44
Les auteurs/créateurs	44
Les interprètes	45
Intérêts des producteurs, diffuseurs & éditeurs	45
Intérêts des nouveaux espaces/supports Internet de diffusion (sites P2P & webradios)	46
PROPOSITIONS & PRECONISATIONS DIVERSES :	
<i>LA SOLUTION ÉQUITABLE ou Pour une législation qui préserve les droits d'auteur & la diversité culturelle dans le paysage numérique</i>	47
<i>Principaux axes d'une solution équitable</i>	48
Une refonte de la notion de « propriété » intellectuelle	48
Mise en place de « paliers temporels » pour l'exploitation commerciale de la même œuvre sur différents espaces/supports	49
Création d'un répertoire numérique national des œuvres (RNO)	49
Contrôle/filtrage des sites/logiciels de P2P	51
Assujettissement des DRM	52
Instauration d'une redevance modique prélevée directement auprès des FAI sur chaque abonnement Internet (RSCN)	52
Création d'un mode de rémunération spécifique pour les nouveaux arts numériques diffusés sur Internet	53
Aménagement d'un statut juridique & d'un taux de redevance équitable pour les webradios	53
ANNEXES	55
<i>Lexique</i>	55

INTRODUCTION : NOTE CONDENSEE SUR LES DADVSI & LE P2P

Une « révolution numérique » est en cours depuis quelques années au niveau planétaire. Celle-ci concerne tous les moyens de communication & de transfert des données et permet, grâce à une augmentation exponentielle des outils de compression, une démultiplication des échanges, commerciaux ou non, en temps réel grâce à l'Internet mais aussi la téléphonie mobile, etc.

Cette révolution affecte tout particulièrement le domaine de la création artistique, tous secteurs confondus, et tend à faire de l'Internet, surtout pour les jeunes générations, le premier vecteur de diffusion culturelle. Toutefois, devant les formidables avancées des technologies, qui ne sauraient être remises en question ou bridées car porteuses de progrès social, des problèmes nouveaux se posent, en particulier ceux des conditions de circulation des œuvres (musicales, filmiques, textuelles, etc.). A l'ère des supports de diffusion « dématérialisés » & du téléchargement massif mais incontrôlé grâce aux logiciels « peer to peer », il s'agit en effet d'assurer la protection de la « propriété » intellectuelle afin que les auteurs soient reconnus dans leurs œuvres, garantis dans l'intégrité de celles-ci, qu'ils perçoivent une juste rémunération de leur travail. Il s'agit aussi d'assurer la liberté et la diversité de création selon les critères récemment définis par l'UNESCO, et cela tout en respectant la possibilité pour les internautes d'avoir accès de façon régulée aux œuvres de leur choix.

Il s'agit là d'une éternelle question de civilisation mais aussi d'un défi technologique & juridique spécifique au 21^e siècle. En effet, cette double contrainte nécessite une mutation des mentalités et des pratiques de l'ensemble des acteurs concernés : artistes créateurs & interprètes, producteurs & éditeurs, diffuseurs « classiques » & Internet, internautes, etc. Ce double enjeu, soyons en conscients, est planétaire et devrait appeler une réponse globale.

Toutefois, les législateurs des différentes nations ne s'en sont saisis qu'assez tardivement, d'où l'impasse actuelle. Les États-unis, sous la pression des majors & des fabricants de *hardware & software* (Microsoft & Apple), ont mis en place le dispositif de protection par DRM (*Digital Rights Management*) visant à brider le nombre de copies numériques d'une œuvre même si celle-ci a été légalement acquise. L'Europe, dans sa directive de 2001, qui transpose deux Traités OMPI du 20 décembre 1996, vise le même type de protections qui, aujourd'hui, se révèlent obsolètes depuis l'apparition de nouveaux formats numériques compressés (mp3) & l'accroissement des capacités de téléchargement des internautes (explosion des abonnements haut débit ADSL depuis 4 ans). Le gouvernement, cédant à la pression de lobbies puissamment organisés (majors, grands diffuseurs culturels, etc.) et dans l'impréparation la plus flagrante, a tenté de faire passer « en force » par une procédure d'urgence un projet de Loi pour transposer cette directive en droit français, le présentant comme un projet visant à protéger le droit des auteurs alors que seuls les intérêts des gros producteurs étaient vraiment pris en compte, et ceci au mépris le plus total du droit des internautes & de la liberté de circulation des œuvres. Il l'a assorti de mesures si restrictives & répressives à l'égard des internautes que certains députés du PS et même de l'UMP, conscients du danger de restriction implicite des libertés individuelles, n'ont pu que réagir, acculés par cette manœuvre gouvernementale, en faisant voter un amendement entérinant de fait la légalisation du téléchargement par la mise en place d'une « licence globale » (surtaxation des abonnements aux FAI [Fournisseurs d'Accès Internet] en cas de déclaration de téléchargement des internautes). Toute séduisante qu'elle ait pu paraître au premier abord, cette réponse, après analyses & consultations de différents acteurs des professions concernées, s'avère néanmoins aussi peu satisfaisante intellectuellement, juridiquement et techniquement, la liberté des internautes ne pouvant empiéter sur le juste droit de rétribution des créateurs.

En effet, si le dispositif des DRM - outre qu'il est extrêmement intrusif pour les matériels informatiques et commercialement discutable (un produit culturel légalement acquis ne pouvant « s'évaporer » au fil des copies & utilisations qui en sont faites) - est manifestement un blanc-seing inacceptable donné aux *majors* et aux fabricants de *hardware & software* (Microsoft & Apple) qui en détiennent seuls la technologie, celui de la « licence globale » est un cadeau inespéré fait aux FAI qui engrangent déjà des profits colossaux avec la vente d'abonnements haut débit directement liés à la possibilité de télécharger davantage d'œuvres, et ceci sans participer en rien à un fonds commun de

soutient à la création. Or, tout comme un contrôle permanent des téléchargements sur Internet s'avèrerait impossible, sinon problématique à long terme dans l'une ou l'autre éventualité (les nouveaux types de téléchargement « peer to peer » devenant de plus en plus indétectables sur la bande passante d'un internaute), la garantie d'une juste répartition des droits d'auteur en cas d'application exclusive d'une licence globale est également très difficilement concevable (la répartition dite « par sondage » ne privilégiant que les « gros vendeurs »).

Au final, DRM ou licence globale, ce sont toujours les *majors* qui seront « gagnantes » : soit elles continueront à s'allier aux fabricants de matériel et de logiciels (DRM), soit, dans le cas d'une « licence globale », elles se rapprocheront encore plus des FAI, ces deux types de concentration étant, à terme, extrêmement dangereux pour la diversité de création culturelle à laquelle le PS, conscient des enjeux de notre époque, est profondément attaché.

Il s'agit donc de prendre du recul et de ne plus se laisser enfermer dans le piège démagogique d'une opposition entre les créateurs et les publics/internautes, ou des « privilégiés » et des « victimes » supposés, manichéisme fallacieux volontairement entretenu pour masquer les intérêts véritables des grosses compagnies. La France, qui a inventé & constamment défendu la notion de droit d'auteur tout au long de son histoire, doit demeurer fidèle à sa tradition de défense des libertés publiques et individuelles ainsi qu'à celle de la diversité culturelle.

Pour ce faire, nous préconisons de ne prendre d'abord en considération que les intérêts des auteurs/créateurs et des publics/internautes et de les replacer au cœur du débat public : aux industries culturelles, qui prétendent profiter de nouveaux marchés sans s'adapter aux réalités des nouvelles technologies dont elles cherchent à verrouiller les portes, et aux FAI, qui prétendent mettre à libre disposition des œuvres dont elles ne supporteraient pas les coûts de rétribution, de comprendre qu'ils ne peuvent monopoliser le débat à leur seul profit.

Car une solution équitable, tenant compte à la fois des intérêts des créateurs et des internautes est possible. Celle-ci suppose une refonte globale de la notion de « propriété » littéraire et artistique, adaptée aux nouvelles technologies et nouveaux supports de diffusion, et permettrait, par la création d'un fichier numérique national des œuvres déclarées par les auteurs & les artistes eux-mêmes, d'informer les internautes des œuvres libres ou non de diffusion par téléchargement après une durée définie par les artistes eux-mêmes qui, pour ce faire, devraient recouvrer la pleine jouissance de tous leurs droits de propriété intellectuelle. Quant aux dispositifs de contrôle des téléchargements « traçables », ils pourraient être mis en œuvre sur une durée déterminée avec la participation des FAI et portails de téléchargements P2P. D'autres mesures viendraient évidemment compléter ce dispositif afin, dans un premier temps, de garantir une juste rétribution des droits tout en obligeant les FAI à participer à un fonds de soutien de la création sans hausse des abonnements, et dans un second temps, afin de garantir aux producteurs responsabilisés des durées d'exploitation satisfaisantes.

Ce dispositif doit évidemment être discuté & affiné, mais on aura compris qu'il responsabilise de fait tous les acteurs concernés : auteurs, artistes interprètes, producteurs, éditeurs, diffuseurs, fournisseurs d'accès et internautes. A court terme, il oblige également les industriels, s'ils veulent bénéficier de durées satisfaisantes d'exploitations échelonnées de tous leurs supports, à enfin proposer des offres légales vraiment attractives pour « récupérer » les internautes qui se seraient tournés presque exclusivement vers le téléchargement en P2P. Quant aux auteurs, il leur redonne le contrôle de l'exploitation de leurs œuvres sur Internet : à eux d'avoir l'intelligence de l'utiliser au mieux de leurs intérêts...

Cette « solution équitable », rédigée dans un souci « d'esprit public », nous semble donc aussi juste qu'évidente, juridiquement, historiquement, technologiquement et politiquement ; profondément républicaine en somme. Nous sommes prêts à en discuter avec qui le désirera. Au peuple donc, et à la représentation nationale de se saisir de ces nouveaux éléments de réponse, d'en débattre, et, si possible, d'adopter des mesures qui soient dignes de l'histoire de la France, pionnière en matière de droits d'auteur. Quand il s'agit d'un domaine aussi sensible que la circulation des œuvres de l'esprit, il ne sera jamais trop tard pour bien faire. Encore faut-il le vouloir...

CONTEXTE & COMMENTAIRES

Les réflexions & propositions suivantes sont énoncées dans le cadre de l'actuel débat à l'Assemblée Nationale à propos des « DADVSI » & du téléchargement en P2P ayant, pour le moment, débouché sur un affrontement entre défenseurs des DRM (*Digital Rights Managements*), soutenus par le projet de loi gouvernemental, et ceux de la « licence globale », regroupés autour de certains députés, de l'Alliance public-artistes (autoproclamée telle...), d'associations de consommateurs (UFC-Que Choisir, CLCV, etc.), de sociétés civiles & de syndicats d'artistes-interprètes (Spedidam, Adami).

A l'état d'impréparation manifeste du projet de loi gouvernemental des premiers, les seconds ont répondu, dans des circonstances très particulières peu propices à une réflexion sereine sur un tel enjeu de société, par le vote de deux amendements légalisant de fait le téléchargement gratuit en préconisant la mise en place d'une « licence globale » pour les FAI (Fournisseurs d'Accès Internet), mesure ressentie par bon nombre d'acteurs des professions concernées comme « démagogique », dangereuse pour le(s) droit(s) d'auteur, peu apte à assurer une juste répartition de ces droits & nuisible à la liberté de création.

Inconvénients & objections majeurs des/aux dispositifs « adverses » proposés à ce jour

Outre que les « deux camps » en présence semblent avoir chacun fait la part belle aux intérêts de certains lobbies (« majors » de disques & cinéma + fabricants hardware/software - Microsoft & Apple - pour l'application des DRM / FAI + sociétés d'artistes interprètes + associations diverses d'internautes pour celle de la « licence globale »), leurs propositions respectives, trop hâtivement présentées, ignorent manifestement tant la réalité juridique & la complexité de la perception du/des droit(s) d'auteur, que l'évolution de ceux-ci dans une société de plus en plus numérique & « numérisée », et surtout les conséquences sociétales & artistiques de la « révolution technologique » en cours depuis déjà plus de dix ans. Si bien que, pour le moment, ni les artistes/auteurs ni les internautes ne peuvent se satisfaire des deux types de « solutions » proposées par le législateur, pas plus que les producteurs/éditeurs (musique, cinéma, jeux vidéo, etc.) qui, de toute façon, renâcleront toujours à voir leurs profits diminuer même si ils n'ont jamais rien entrepris pour s'adapter à la « révolution numérique » qu'ils auraient été sensés prévoir les premiers... Quant au législateur, quelle que soit l'une des deux solutions proposées pour le moment, combien même elle serait plus ou moins amendée comme cela vient d'être annoncée, comment pourrait-il accepter d'entériner des dispositifs menaçant tous deux à terme les libertés individuelles, la diversité culturelle & la liberté fondamentale d'accès du public à la culture, c'est-à-dire le patrimoine et la création ? Il faut sans doute mettre à profit ce débat parlementaire pour réaffirmer clairement cette liberté fondamentale.

Examinons donc d'abord les inconvénients majeurs de chacun des dispositifs actuellement défendus.

Inconvénients/objections des/aux DRM

D'une part, les *défenseurs des DRM* (avec « riposte judiciaire graduée » dont l'efficacité ne sera pas commentée ici) ont principalement occulté :

- que le **dispositif de protection des DRM** (limitant le nombre de copies d'œuvres légalement téléchargées ou bloquant la lecture des copies « illégalement » téléchargées) est **techniquement extrêmement intrusif pour le(s) matériel(s) hardware servant au téléchargement & la lecture de ces œuvres**, et il peut même s'avérer à terme nuisible au bon fonctionnement de ces matériels (fenêtres *pop up* « folles » s'affichant de manière répétée, multitude d'*adwares* « agressifs »- *cookies* & *spywares* - se nichant un peu partout sur le disque dur des ordinateurs, envois intempestifs d'informations à l'insu des internautes/utilisateurs, perturbation générale des logiciels annexes, etc.).

Suite à de graves dysfonctionnements d'ordinateurs de l'armée américaine, le Président Bush a ainsi récemment interpellé SONY pour lui signifier que « la défense de la propriété intellectuelle ne saurait mettre en danger la sécurité de la nation » (*Washington Post*) ;

- que ficher les (adresses IP des) internautes suspectés de téléchargements P2P illégaux est juridiquement extrêmement délicat : cf. décision de la Cnil du 18 octobre 2005 ci-dessous :

P2P : La Cnil dit non à la chasse aux pirates automatisée

Par Christophe Olry, Futura-Sciences, le 27/10/2005

En avril 2005, quatre sociétés d'auteurs et de producteurs souhaitant intensifier la lutte contre le piratage de leurs œuvres sur [Internet](#) avaient soumis à la [Cnil](#) un dispositif permettant la détection automatisée des infractions au code de la propriété intellectuelle, ainsi que l'envoi massif de messages de « sensibilisation » aux contrevenants. Pourtant, si le nombre de poursuites judiciaires à l'encontre des internautes s'est multiplié l'année dernière, la Cnil, dans sa séance du 18 octobre, a refusé de leur délivrer l'autorisation nécessaire à la mise en place d'un tel dispositif.

Nouvelle offensive des ayants droit de la propriété culturelle

Forts du succès de 2004, qui avait vu une importante offensive de l'industrie du disque contre les réseaux [P2P](#) et la multiplication des amendes requises contre les internautes accusés de téléchargement illégal, la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP), la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique (SDRM), la Sacem et la SPPF (Société civile des producteurs de phonogrammes en France) projetaient dernièrement d'intensifier conjointement leur lutte contre la contrefaçon, par le biais d'une **automatisation de la chasse aux contrevenants**.

En effet, alors que les [adresses IP](#) des internautes étaient autrefois considérées comme confidentielles par la Cnil, la réforme de la loi [informatique et liberté de juillet 2004](#) permet aujourd'hui « aux ayants droit de la création culturelle de mutualiser la lutte contre le piratage des œuvres en constituant des fichiers de données de [connexion](#) ». Ainsi, si la commission précisait qu'il n'était en aucun cas possible de « ficher » les noms et adresses des internautes, elle accordait aux sociétés de gestion des droits l'autorisation de **collecter les adresses IP des utilisateurs de réseaux P2P soupçonnés de téléchargement illégal**.

Les producteurs de musique et la SACEM souhaitaient rebondir sur cette réforme pour **intensifier leur traque** des internautes soupçonnés de contrefaçon. Elles souhaitaient instaurer une **détection automatique** des infractions et envoyer aux adeptes du P2P des **messages de « sensibilisation »**, contenant entre autres des menaces d'amende et d'emprisonnement.

Deux sociétés françaises consultées par la SCPP en 2004 avaient déjà proposé des solutions. La première consistait à identifier les fichiers téléchargés et à inonder le réseau de clones et de leurres pour ralentir la propagation des contrefaçons. La seconde consistait en un système d'identification par empreintes [numériques](#) des œuvres [multimédias](#), permettant de discerner originaux et contrefaçons. Néanmoins, le prestataire unique retenu par les ayants droit de la création culturelle au moment de soumettre leur proposition à la Cnil, la société Advestigo, proposait de **surveiller les réseaux peer-to-peer**, et de **communiquer les adresses IP** des contrevenants ainsi qu'un message de "prévention" à leur fournisseur d'accès, alors en charge de le transmettre aux internautes concernés par courrier électronique.

La Cnil oppose son veto

Mais, lors de la séance du 18 Octobre de la Cnil, et en application de la loi du 6 Janvier 1978, mise à jour le 6 août 2004, **les sociétés d'auteurs et de producteurs de musique ont essuyé un refus**.

D'après la Cnil, ces mesures présentées par les industries du multimédia ne sont **pas proportionnées à la finalité poursuivie**, dans la mesure où :

- elles n'ont pas pour objet la réalisation d'actions ponctuelles strictement limitées au besoin de la **lutte contre la contrefaçon** ;

- elles peuvent aboutir à une **collecte massive de données à caractère personnel**, ce qui est formellement interdit ;

- elles permettent la **surveillance** exhaustive et continue des réseaux d'échanges de fichiers «peer to peer» ;

- la sélection des internautes susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales ou civiles s'effectue sur la base de seuils relatifs au nombre de fichiers mis à disposition, qui sont déterminés uniquement par les sociétés d'auteurs, et que celles-ci se réservent la possibilité de réviser **unilatéralement et à tout moment**.

Par ailleurs, la Commission a estimé que les sociétés d'auteurs ne pouvaient pas avoir recours aux fournisseurs d'accès à Internet pour identifier les internautes et relayer les messages de prévention, dans la mesure où :

- l'envoi de messages pédagogiques pour le compte de tiers ne fait pas partie des cas de figure où **les fournisseurs d'accès à Internet sont autorisés à conserver les données de connexions des internautes** ;

- dans sa décision du 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel pose le principe que les données collectées à l'occasion des traitements portant sur des infractions aux droits d'auteur ne pourront acquérir un caractère nominatif que **sous le contrôle de l'autorité judiciaire**.

(Source de ces données : écho des séances du 24/10/2005 de la Cnil)

Un paradoxe ?

Mais, si la Cnil vient de débouter l'industrie du disque, elle n'en avait pas moins donné le 12 avril dernier l'autorisation au Syndicat de [Logiciels](#) et de Loisirs ([SELL](#)) de **mettre en place un tel système de traitement automatique de données et d'envoi de messages de « prévention »**. En effet, à l'époque, la Cnil avait jugé **satisfaisantes** les garanties de protection des données personnelles proposées par l'organisme. Ainsi, si l'Association des Audionautes compte s'appuyer sur la dernière décision de la Cnil pour faire plier SELL, la Sacem et les sociétés de producteurs pourraient également utiliser cet argument pour changer la donne. Il s'agit donc plutôt d'une affaire à suivre...

- que **légaliser le dispositif des DRM** - qui à terme serait implanté d'office sur tous les matériels types graveurs ou disques durs externes, en plus de leur implémentation actuelle dans les fichiers mp3 & vidéo) - **équivaldrait à donner un blanc-seing aux fabricants de hardware & software (Microsoft & Apple) qui sont les seuls à pouvoir les maîtriser techniquement** (cryptage extrêmement élaboré que les meilleurs *hackers* n'ont pu à ce jour « *cracker* », ce qui ne saurait néanmoins tarder...) : les consommateurs pourraient à juste titre être furieux de ne plus pouvoir acquérir que des matériels « bridés », ce qui serait nuisible à terme à l'innovation technologique & artistique au nom d'impératifs de rentabilité à (très) court terme ;
- que de **ne permettre aux internautes « payants » qu'un téléchargement d'œuvres bridées en nombre de copies privées par le dispositif DRM (5 à 10 copies) est, commercialement assez discutable dans la mesure où les internautes seront tout à fait en droit de se plaindre de payer pour un « produit à l'usage limité »**, ce qui les empêcherait notamment de transférer comme ils le veulent l'œuvre téléchargée sur leurs supports de diffusion privés (disques durs internes & externes, CD & DVD, lecteurs/baladeurs mp3, clefs USB, etc.). En cas de nécessité de reformatage de leur disque dur interne (ce qui arrive souvent pour les utilisateurs de PC), comment feront-ils pour conserver une copie « matrice » sur leur disque dur de téléchargement initial (également bridé à terme par les DRM implémentés sur le matériel hardware) ?
- qu'**imposer les DRM tout en faisant la chasse aux téléchargeurs via le P2P est une triple aberration historique, technologique & politico-culturelle.**

>> **Historique** car cela ignore souverainement les pratiques culturelles passées dans les mœurs (téléchargement), la « culture de la gratuité », du « temps réel » et de « l'échange privé de fichiers » constitutive/à l'origine d'Internet.

>> **Technologique** car

1_la mobilité des flux/transfert de données est l'essence de la révolution numérique qu'il s'agit de ne surtout pas stopper (à moins de promouvoir une « restauration réactionnaire » ,

2_le « contrôle permanent d'Internet » est techniquement impossible & non souhaitable,

3_à terme, tous les dispositifs de bridage/contrôle peuvent/pourront être contournés (les ingénieurs participant à la mise au point de ces dispositifs étant généralement les premiers à mettre en circulation les informations nécessaires au débridage des logiciels).

>> **Politico-culturelle** car ce serait

1_nier la culture de toutes les « jeunes générations » ayant grandi avec la révolution numérique,

2_ignorer les spécificités de l'Internet qui est dorénavant l'interface communicationnelle majoritaire, garante d'une libre circulation de l'information dans nos sociétés démocratiques,

3_nuire gravement à la liberté de création & de diffusion des œuvres (pour les créateurs décidant de mettre leurs œuvres en téléchargement gratuit sur Internet, en particulier pour se faire connaître) et, à terme, favoriser les concentrations en cours autour de certaines majors alliées à des FAI, ce qui aurait pour conséquence de limiter grandement la diversité culturelle dont la nécessité a été récemment reconnue par l'UNESCO,

4_mettre un frein à la possibilité d'un accès permanent & démocratique à la culture pour le plus grand nombre.

Inconvénients/objections de/à la « licence globale »

D'autre part, les défenseurs de la licence globale (avec surtaxation de l'abonnement Internet en cas de téléchargements déclarés par les internautes) ont principalement occulté :

- que le principe de répartition des droits d'auteur inhérent à cette solution non seulement ne peut pas garantir aux auteurs des droits aux montants acceptables, mais surtout que la répartition « fine » de ces droits serait aussi illusoire que ce qui se passe actuellement avec les droits de copie privée ou les droits de reprographie : à savoir qu'il ne pourra s'agir que d'une répartition « estimée & globale » (dite « par sondage », calquée sur principe de rémunération de la copie privée) et non d'une juste répartition correspondant au nombre exact de téléchargements par œuvre. Dans les faits, ce serait une « prime aux plus gros vendeurs », la majorité des artistes vendant peu ne pouvant être « détectés » par cette méthode et rémunérés en conséquence. Cette impossibilité de rémunérer équitablement les auteurs suffit donc à disqualifier d'emblée cette solution qui n'avantage que les internautes & les FAI puisqu'elle contrevient gravement aux principes du droit d'auteur ;
- qu'à terme, seuls seront avantagés les auteurs dépendant de « majors » beaucoup plus à même de défendre leurs intérêts, ce qui condamnerait les labels indépendants, les artistes émergents, et la création artistique en général par une raréfaction & un appauvrissement de l'offre ;
- qu'à terme également, en conséquence, cette solution entraînerait une concentration/fusion des majors & des FAI, ce qui appauvrirait & menacerait d'autant plus grandement la création artistique & l'offre culturelle ;
- que le principe de déclaration initiale des internautes se déclarant comme « téléchargeurs », et donc soumis à surtaxation de leur abonnement considérée comme un droit d'accès au téléchargement massif, ne résoudrait rien à la problématique actuelle, en particulier celle des contrôles réguliers & massifs à effectuer (par les FAI à « l'écoute » plus ou moins légale des ports de téléchargement des internautes) pour contrer les « fraudeurs ». D'autant qu'aux techniques de P2P « anciennes » (datant d'il y a 2 ans ou plus, telles KaZaa, e-mule, e-donkey, etc...) fonctionnant sur un seul port (n° 21 ou autre), se sont dorénavant substituées de nouvelles techniques utilisant soit d'autres ports, soit carrément des ports aléatoires impossibles à « surveiller » (par exemple *Bit Torrent*) ! Or, les techniques se perfectionnent chaque jour...

Le contrôle des déclarations de téléchargement s'avère donc déjà techniquement impossible (ou d'un coût prohibitif), à moins de conférer des droits exorbitants aux FAI, contraires aux libertés individuelles. D'autant que de nombreux internautes téléchargent régulièrement de très lourds fichiers (leurs « ports surveillés » le révéleraient) mais de façon tout à fait légale, en particulier les chercheurs & les artistes travaillant en réseau (et n'utilisant pas le système de téléchargement plus confidentiel/impossible à repérer : celui de la technique dite des FTP).

Comment les FAI traquent l'usage du P2P

Futura-Sciences, le 20/10/2005

On pourrait se croire tranquille si on utilise le [P2P](#) à des fins personnelles et légales, mais certains FAI (par exemple Tiscali en Angleterre) ne semblent pas apprécier l'usage du P2P fait par leurs abonnés, quel qu'il soit. Une étude commandée pour distinguer les flux de données générés par le P2P des autres flux annonce l'arrivée possible d'un filtrage massif.

Un article de 3 pages de Yiming Gong (des télécoms chinoises) nous livre le résultat de cette étude. Pour faire simple, un FAI peut repérer un de ses clients en "flagrant délit" de P2P grâce à l'analyse du trafic généré par cet abonné :

1 - En analysant les [ports](#) utilisés :

Des [logiciels](#) de peer-to-peer utilisent en effet par défaut des ports spécifiques :

Limewire utilise les ports tcp: 6346 et udp: 6347

Morpheus utilise les ports tcp: 6346 et udp: 6346

[Edonkey](#) utilise les ports tcp: 4662

BearShare utilise les ports tcp: 6346 et udp: 6346

[Bittorrent](#) utilise les ports tcp: 6881 et udp: 6889

WinMx utilise les ports tcp: 6699 et udp: 6257

etc.

Ce qui fait déjà un point précis pour tenter d'identifier le client P2P utilisé... sauf pour les nouveaux logiciels clients qui attribuent un port aléatoire.

2 - Analyse du [protocole](#) utilisé par le client P2P :

De nombreux programmes open-source et des grands noms comme L7-filter, Cisco's PDML, Juniper's netscreen-IDP, Alteon Application Switches, Microsoft Common Application Signatures, et NetScout permettent déjà de le faire en analysant la forme, la teneur et le protocole des paquets de données échangés par le client P2P, pour tenter de trouver le nom du programme utilisé par l'abonné.

Mais une telle recherche est difficilement applicable par les FAI car les signatures changent au fur et à mesure de l'évolution des programmes de P2P. **Les concepteurs des réseaux de partage de fichiers deviennent prudents et commencent à crypter le trafic de leur logiciel (notamment par la technologie [SSL](#)), ce qui rend l'analyse beaucoup plus difficile.**

Ce type de contrôle nécessite l'analyse complète et en temps réel du réseau, ce qui surchargerait considérablement l'infrastructure du fournisseur d'accès et rendrait probablement le réseau instable, donc inutilisable par les abonnés.

Rétablir une qualité de service avec ce système (analyse de tous les paquets de données émis ou reçus par tous les abonnés) semble aussi coûteux qu'inefficace pour les FAI.

Il existe d'autres solutions.

3 - Analyse du comportement du trafic :

a - certains réseaux sont centralisés

Le défunt Napster devait absolument se connecter à un [serveur](#) central pour fonctionner. Pour repérer les clients p2p utilisant un réseau de type Napster, il suffit de surveiller les [connexions](#) vers ce serveur.

b - certains réseaux P2P sont semi-décentralisés :

exemple typique : [eMule](#) ([kad](#)/serveur)

Il est possible de repérer les "émuliers" grâce à une connexion sur, par exemple, le serveur [Razorback](#)... ou n'importe quelle autre [adresse IP](#) connue dans l'infrastructure du réseau.

c - les réseaux décentralisés :

Une méthode pour débusquer les clients P2P décentralisés est identifiée par Yiming Gong. Il suffit d'écouter les ports UDP, et de trouver le "patron", c'est-à-dire la forme et la taille des données envoyées à d'autres [IP](#) via ce P2P décentralisé.

Et les résultats semblent satisfaisants pour eDonkey, eMule BearShare, Limewire, [Skype](#), Kazaa, et Shareaza. Ces programmes de P2P sur réseaux décentralisés ont été épinglés par les FAI grâce à leur utilisation des ports UDP.

En conclusion

L'étude est intéressante en ce qu'elle montre que les FAI veulent davantage s'impliquer dans la lutte contre le P2P, pour des raisons essentiellement budgétaires. Le P2P leur coûte beaucoup de [bande passante](#) et un faible nombre d'internautes P2Pistes peuvent rapidement asphyxier leur réseau. Mais le résultat de cette étude est aussi pernicieux puisque s'il montre que l'on peut dépister le trafic dirigé sur un réseau P2P, il laisse entendre que l'on peut aussi le bloquer ou le freiner... ce que certains fournisseurs ont déjà commencé à faire.

- que cette « solution de facilité » ne profiterait qu'aux FAI - qui ne sont ni des producteurs ni des philanthropes - qui engrangeraient des bénéfices supplémentaires sans que cela puisse vraiment profiter ni aux créateurs ni aux internautes, et cela alors même que leurs tarifs d'abonnements (en particulier pour l'ADSL) sont déjà exorbitants pour des prestations souvent médiocres/limitées et qu'ils ont pu développer en toute impunité depuis plusieurs années leurs offres haut débit en faisant miroiter aux internautes des possibilités de téléchargement accrues. S'il fallait appliquer une surtaxe, ce serait donc plutôt aux FAI eux-mêmes, ayant engrangé des profits colossaux, et non aux internautes...

En résumé : « une réponse de gribouille à des intérêts bien organisés »

Sur le fond, aucune de ces deux solutions n'est donc satisfaisante : elles signent chacune une méconnaissance dramatique des enjeux culturels, juridiques & artistiques contemporaines, ainsi que des avancées technologiques propres à la révolution numérique que la France peine toujours à reconnaître, et ce malgré la diversité & la prolifération de ses acteurs en la matière.

Mme Catherine Tasca (*Rebonds* « Droits d'auteur, sortir de l'impasse » in *Libération* du 27/12/2005) a parfaitement résumé cette situation : « Sur le sujet des droits d'auteur, on dit que deux philosophies s'affrontent. Mais le débat est mené de façon bien trop simpliste pour que l'on puisse y voir une philosophie. Je dirais plutôt que s'affrontent des intérêts bien organisés (sociétés d'auteurs, fabricants de matériels, détenteurs de catalogues) et, de l'autre côté, une réponse de gribouille. »

Il convient maintenant, avant de proposer des solutions, d'examiner :

- une analyse historique & juridique du droit d'auteur
- les problèmes de fond inhérents à la protection & à la perception des droits d'auteur à l'ère numérique.

Perspectives historiques :

Du projet de loi Jean Zay à la loi d'origine vichyste du 11 mars 1957 ou du travailleur intellectuel au capitaliste intellectuel

Jean ZAY, jeune ministre radical du front populaire, dépose le 13 août 1936 un projet de loi sur le contrat d'édition et sur le droit d'auteur.

Il raconte dans ses carnets de prisonnier, à la date du 25 mars 1942, qu'il avait assisté en 1933 (en 1934 en fait) à un congrès des écrivains français à Orléans, circonscription dont il était député, et ville dont il était natif. ZAY était alors âgé de trente ans. Lui même versé dans la chose littéraire, ZAY nous raconte :

« A la séance de clôture, un rapport fut lu et adopté qui réclamait l'obligation dans l'édition française du numérotage mécanique, moyen peu coûteux, déjà utilisé en Belgique, pour assurer à l'auteur son contrôle sur les tirages. Je déposai à la Chambre une proposition de loi sur le numérotage mécanique. La commission de législation civile, dont je faisais partie, me chargea de la rapporter, en même temps que la proposition de loi déjà ancienne d'Anatole de Monzie sur le contrat d'édition. L'étude de ces textes me fit apparaître la nécessité d'une législation d'ensemble. Mon ami Maurice Genevoix me réunit à dîner dans sa villa du bord de Loire, avec Gaston Rageot, alors président de la société des gens de lettres, et j'appris ce soir là bien des particularités du contrat d'édition, bien des secrets sur la condition réelle de l'écrivain. Appelé en 1936 au ministère de l'éducation nationale, j'y entrai en contact direct avec les hommes de lettres, les associations littéraires, les éditeurs. Je fis appel aux collaborations juridiques nécessaires et nous mîmes sur pied le projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, véritable statut de la création intellectuelle et artistique en France, que je déposai sur le bureau de la Chambre au nom du gouvernement.

Dans la France moderne, le travailleur intellectuel restait le seul à n'être aucunement protégé par la loi. Alors que toutes les professions ont reçu de la société certaines garanties contre l'arbitraire, la profession littéraire était demeurée depuis cent cinquante ans ignorée du législateur, en dépit des exemples de l'étranger et de certains congrès internationaux. Le mot de Balzac : « L'édition, c'est la jungle », restait vrai en 1938. Notre pays avait dans ce domaine un retard étrange à combler ; nous nous y efforçâmes.

Il parut tout d'abord nécessaire de modifier la notion juridique elle-même de droit d'auteur. Celui-ci était considéré comme un droit de propriété ordinaire. Il en résultait que le contrat d'édition constituait en général une cession pure et simple. L'auteur vendait son manuscrit comme il eût vendu une table ou une chaise. Il était libre de l'aliéner et, moyennant une somme d'argent immédiate, de perdre désormais sur lui tout droit, quel qu'il fût. L'œuvre devenait un enfant perdu, mais pour son père seulement ... C'est ainsi qu'on vit des chefs d'œuvre payés quelques centaines de francs par un éditeur littéraire ou musical rapporter par la suite des millions de francs à ce dernier. L'auteur, qui avait obéi parfois à la contrainte de la misère ou dont c'étaient les travaux d'une jeunesse timide, restait sans recours. Notre projet décida que le droit d'auteur était un droit d'une espèce particulière, attaché à la personne humaine, inaliénable et qui n'était susceptible que de concession, non de cession. Ainsi l'auteur ne pourrait ne pourrait plus perdre tout droit sur le fruit de son génie ; nous le défendions contre lui-même. (...)

Jean ZAY note encore : *« Ce fut facile du côté des écrivains » et quelques lignes après « Mais du côté des éditeurs ce fut une autre affaire ... »*

Lorsque la guerre est déclarée par la France à l'Allemagne, le 3 septembre 1939, après une semaine, Jean ZAY démissionne de son poste de ministre, et entre en service militaire, alors que ses hautes fonctions ne le conduisaient pas à être mobilisé. Après la débâcle, il sera pris au piège tendu par le gouvernement de Vichy et accusé de désertion, ainsi que les autres députés (Mendès-France, VIENOT, WILTZER ...) embarqués à bord du Massilia pour poursuivre le combat. Transféré en France, il est alors incarcéré en détention préventive à Clermont-Ferrand le 20 août. Condamné à la déportation à vie, ZAY est détenu à la prison de CLERMONT-FERRAN. Brutalement, le 20 juin 1944, trois miliciens viennent le chercher pour un faux transfert, l'assassinent et font disparaître son corps. Le 5 juillet 1945, le tribunal militaire de Clermont-Ferrand le réhabilite. On célèbre sa mémoire au Parlement, à Orléans. Son corps n'est découvert et identifié qu'en 1946. Il est enfin inhumé à Orléans en 1948.

Dès 1936, Bernard GRASSET et l'éditeur de musique DURAND avaient dénoncé le complot ourdi par l'internationale socialiste, afin de spolier les éditeurs de la jouissance paisible et contractuelle de leur

bien. L'on avait mené une campagne contre le projet ZAY et son auteur, radical de gauche, franc-maçon, de père juif et de mère protestante ; lorsque l'hystérie gagnait la droite.

Du fond de sa cellule de RIOM, ZAY écrit dans ses carnets : « *Au lieu de venir s'asseoir autour de la table où nous les invitations à travailler en bonne foi, certains éditeurs se réfugièrent dans la polémique, souvent par personne interposées. Monsieur Bernard GRASSET prit lui-même sa plume la plus virulente. Il y eut heureusement des exceptions : chez Flammarion, Monsieur Max FISCHER sut défendre avec ténacité ce qu'il croyait être la vérité, tout en demeurant courtois et conciliant. Un déjeuner dans sa propriété d'Île de France, fut un aimable champ clos où il me convia à le rencontrer ; quelques écrivains bien choisis nous assistaient en arbitres. Les lois de l'hospitalité ne les empêchèrent pas de confesser avant le dessert leur sentiment naturel.*

A la veille de la guerre, nous touchions au but. Les soixante articles du projet, maintes fois remaniés, étaient bien près de rallier le consentement général. Les conseils juridiques de la rue de Grenelle, le rapporteur de la chambre, mon ami Albert Le Bail, y avaient puissamment contribué. Au Sénat, Léon Bérard se déclarait disposé à prendre le rapport. Nous allions demander l'inscription à l'ordre du jour pour la rentrée de novembre 39. Les événements prirent hélas ! un autre cours. Mais le projet reste. Je ne crois pas que la commission d'étude du statut des écrivains de mars 1942 puisse partir d'une autre base ».

Sous Vichy, trois juristes du droit d'auteur, François Hepp, René Dommange et Paul Lerebours-Pigeonnières, reprennent l'étude de la réforme de la législation de la propriété intellectuelle et rédigent un avant-projet. En 1942, un groupe de travail est constitué au sein du Comité d'Organisation des industries et commerces de la musique présidé par René Dommange : c'est l'organisme chargé de gérer dans le secteur la politique corporatiste de l'État français et de la Révolution nationale.

Un décret du 12 septembre 1943 crée une commission de liaison interprofessionnelle des industries, métiers et commerces d'art et de création. Sa sous-commission juridique de la propriété artistique et industrielle, animée par François Hepp agissant en collaboration avec René Dommange, consacre ses délibérations à l'examen des propositions antérieures et à la rédaction d'un avant-projet.

Le texte échoit à la « Commission de Propriété intellectuelle », créée par le Gouvernement provisoire d'Alger, auprès de la Direction générale des Arts et Lettres du ministère de l'Éducation nationale, par décret du 28 août 1944.

L'historienne Anne Latournerie commente (Petite histoire des batailles du droit d'auteur) :

« Il est clair cependant que ce nouveau droit d'auteur n'est pas préparé par les auteurs ou le Parlement, mais par l'organe corporatiste, cellule de base de l'État fasciste. Force est de souligner la continuité d'un courant juridique et politique qui se manifeste avant, pendant et après la guerre et se retrouve chez certains.

Il est vraisemblable aussi que le poids très fort des organisations professionnelles dans la conduite et l'orientation de la réforme du droit d'auteur après 1945 est le prolongement direct de ce qui s'est passé sous l'occupation et de l'organisation par Vichy des corporations.

Ces « traces de continuité » donnent raison aux thèses de Paxton sur la période de Vichy, matrice de l'étatisme français après la guerre, ou de Marc Fumaroli sur la continuité de l'État culturel. Il n'est pas possible d'autre part d'oublier le contexte historique, c'est-à-dire l'occupation et qu'une partie importante de la profession, en particulier des éditeurs, a participé à la réforme de la réglementation du droit d'auteur dans un contexte où il n'y a plus de liberté d'expression publique et que ce sont les mêmes hommes qui ont organisé la profession et mis en place la censure.

Accepter de travailler ainsi sur le droit de propriété intellectuelle signifiait clairement rompre avec une tendance centrale à la source du droit d'auteur qui associait la reconnaissance d'une propriété à la garantie d'une liberté et d'une circulation des connaissances et opter pour une conception de la propriété littéraire et artistique totalement dégagee de toutes justifications morales, uniquement fondée sur l'organisation de la propriété, comme droit des auteurs, comme intérêts des éditeurs. Il est en outre incontestable que l'influence du modèle allemand du droit d'auteur, notamment d'une organisation centralisée et unique de la gestion des droits ainsi que la référence au modèle de l'État nazi a été très grande. »

(..)

La loi de 1957 est une loi peu politique, une loi de consensus, une loi de pacification réussie, après l'échec du projet de Jean Zay. Véritable monument législatif, cette « loi sans auteur » est accueillie dans la quasi-indifférence par les auteurs. Ce sont les adhérents du projet Jean Zay qui l'emportent. C'est le succès de la tendance Grasset, le triomphe des médiateurs et des organisations professionnelles. Le paradoxe et le sens de la loi de 1957 résident dans le fait que, tout en sacralisant l'auteur et la création originale, elle est avant tout la loi des droits de la médiation culturelle. Par-là, elle inaugure et est une loi fondatrice. »

Perspectives juridiques : le créateur d'abord

Les œuvres de l'esprit, y compris leurs avatars - interprétations, exécutions, fixations - s'envolent « d'âme en âme », comme l'exprime Hugo en 1878, citant Virgile : « *La pensée de l'écrivain, en tant que pensée, échappe à toute main qui voudrait la saisir ; elle s'envole d'âme en âme ; elle a ce don et cette force, virum volitare per ora* (NdE : Voler de bouche en bouche, Virgile, Géorgiques, III, 9) ». Fût-ce à son corps défendant, pourvu qu'il s'agisse bien de l'âme de l'auteur.

Depuis l'antiquité, toutes les civilisations ont voulu s'honorer en assurant, par une économie dérogatoire (évergétisme, mécénat, droit d'auteur ...) un cycle vivant de la création. (Cf. infra)

Le propre de la création, peut-être d'ailleurs ce qui fait l'œuvre, c'est d'être le fruit d'un esprit libre, intègre, hors la recherche du profit. Voici qui n'est pas rentable, a priori. D'où l'économie spécifique du droit d'auteur, pour conserver le fragile « écosystème » de la création.

Les techniques modernes de reproduction et de communication ont débuté avec l'imprimerie, sont passées par les émissions électriques, puis électroniques pour aboutir à la numérisation.

L'économie du droit d'auteur, peu rentable avant l'imprimerie, l'est devenue, avec des perspectives exponentielles depuis le XV^{ème} siècle. Son marché est devenu particulièrement volatile depuis l'avènement des techniques numériques de reproduction et de communication.

Toutefois les caractères propres du droit d'auteur demeurent. La rentabilité n'est pas l'objet de la création. Certes ...

S'il fallait autrefois penser à organiser l'économie de la création pour donner du pain aux auteurs, il s'agit aujourd'hui, que ça plaise ou non, d'assurer la stabilité de l'industrie de la création et de ses marchés. Nous y voyons deux raisons majeures, positive et négative :

Il s'agit d'abord de donner une réelle sécurité économique à un marché qui nourrit l'écosystème de la création.

Il s'agit ensuite de prévenir le sentiment d'insécurité de ceux qui tiennent les rênes de la circulation des œuvres.

Si le pillage des œuvres représente une catastrophe à court terme pour la création, un réflexe malthusien des éditeurs et des producteurs ne vaudrait pas mieux.

Ce qu'il faut entendre des mesures de protection

Traiter des mesures de protection des droits de propriété intellectuelle, c'est dorénavant, depuis les deux traités OMPI du 20 décembre 1996¹, le Digital Millenium Copyright Act et la directive du 22 mai 2001 qui les met en œuvre, traiter de droits autonomes sur les mesures techniques de protection.

¹

Article 11 Traité OMPI du 20/12/96 - Droits d'auteur - Obligations relatives aux mesures techniques

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 ou de la Convention de Berne 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.

Article 18 Traité OMPI 20/12/96 - Droits voisins - Obligations relatives aux mesures techniques

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 artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.

Avant ces traités OMPI du 20 décembre 1996, si des mesures techniques de protection pouvaient exister, elles s'organisaient selon le droit commun, en fonction des droits sur les objets protégés et en fonction des droits et des libertés du public.

Ainsi les premières cassettes DAT (Digital Audio Tape) fabriquées par SONY au début des années 1980, permettaient-elles une seule copie numérique. Cette mesure technique de protection n'était pas, à l'époque où sont sorties ces DAT, protégée par des dispositions autonomes.

Les mesures de protection s'entendent de la mise en œuvre, matérielle et technique, des droits conférés à leurs titulaires sur les objets protégés.

Traiter des mesures de protection des droits de propriété intellectuelle et des droits du public, revient à traiter de la frontière, géométrique, entre d'un côté, les droits des auteurs sur les œuvres, ceux des titulaires de droits voisins sur les enregistrements et, d'un autre côté, ceux du public sur ces œuvres et enregistrements.

D'abord, le public bénéficie du droit commun de la vente, de la consommation et de la concurrence.

Les CD ou DVD sont mis sur le marché, vendus et doivent fonctionner dans des conditions normales, au regard du droit commun. Ça, c'est pour la matière, la chose vendue, qui ne règle pas la question du rapport particulier entre le public et les œuvres de l'esprit.

Ce qu'il faut entendre des libertés du public sur les oeuvres

On le dit d'abondance, l'œuvre n'est pas une « chose » comme une autre (c'est une chose très relative, très personnelle, Cf. infra) les droits du public sur les œuvres dérogent largement au droit commun de la vente, de la consommation et de la concurrence.

Les Déclarations des droits, celle du 26 août 1789, le préambule à la constitution d'octobre 1946, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la convention européenne des droits de l'homme de 1950, les pactes sur les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux de 1966, définissent le champ d'une liberté publique que l'on s'attachera à circonscrire et définir, mais dont on peut déjà retenir, empiriquement, qu'elle consacre une « créance culturelle » au bénéfice du public, à la charge des États.

Serait-ce un droit d'accès du public aux œuvres, comme on bénéficie d'un droit au logement, d'un droit à un compte bancaire, d'un droit au travail, d'un droit aux congés payés ... ?

Le cas échéant, s'agit-il bien d'un « droit » du public stricto sensu ? Ne s'agirait-il pas, plutôt, **d'une liberté du public**, au sens de la déclaration universelle des droits de l'homme du 26 août 1789, article 4, « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

En quel cas, la question des droits du public sur les œuvres paraîtrait bien se résoudre ainsi : « *libertés du public et mesures de protection des œuvres* ».

Et c'est bien comme cela qu'il faut entendre le droit d'auteur ou, plutôt, le droit de la création littéraire et artistique : l'accès aux œuvres de l'esprit est une liberté publique. C'est le principe.²

La liberté publique d'accès aux œuvres de l'esprit est limitée, par les droits moraux et patrimoniaux des créateurs : c'est l'exception.

Cette exception comporte elle même des exceptions (et l'on revient au principe, celui de la vocation des œuvres de l'esprit au public) : copie privée, représentation familiale, courte citation, pastiche et caricature, discours publics, revues de presse, catalogue d'œuvres d'art, prêt, bibliothèques publiques ...

² Littéraire et artistique pris au sens générique conformément à l'article 2 de la convention de BERNE du 9 septembre 1886.

Conservons à l'esprit ces deux adages essentiels :

« Specialia generalibus derogant » : Les lois spéciales dérogent aux lois générales. Les droits des auteurs et des titulaires de droits sur les objets protégés dérogent au principe de libre accès du public aux œuvres.

« Exceptio est strictissimae interpretationis sunt ». Les lois spéciales sont d'interprétation étroite. Les droits, des auteurs et des titulaires de droit, sur les objets protégés, dérogent au principe de libre accès du public aux œuvres, en ce qu'ils organisent cet accès, qui demeure bien le principe.

Et demeurons sous les arcanes propitiatoires de la déclaration du 26 août 1789 :

Celle-ci définit l'espace public, les libertés du public, « *faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et élit la circulation, la « *communication des pensées et des opinions* » comme « *un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

La déclaration DDH du 26 août 1789, lorsqu'elle s'intéresse à l'esprit, c'est pour la communication. A aucun moment l'on n'envisage la « propriété » des auteurs, ou quelque droit que ce soit, sauf la liberté d'exprimer des pensées, des opinions. Crée-t-on des pensées, des opinions ou des idées ? Certes non, en bon droit d'auteur. Une pensée ou une opinion, au sens de la DDH du 26 août 1789, n'a pas de forme ; et circulez ...

La forme, chère au droit d'auteur, n'intéresse pas les politiques français de 1789. Ou elle les gêne.

Foncièrement aristocratique, la forme est difficile à appréhender en ce début de Révolution française : Quand la communication des pensées et des opinions répond parfaitement à l'idéal démocratique révolutionnaire.

L'équation « Libertés du public - Protection de la forme »

On ne le mesure jamais avec assez de constance, en pratique, ou on l'oublie en permanence, ce qui revient au même : le droit d'auteur protège, dans une œuvre artistique, musicale ou littéraire, la forme, évanescence, reflet de la personnalité d'un auteur.

Le produit de la création n'est qu'indirectement l'objet du droit d'auteur. L'objet direct du droit d'auteur est antérieur à l'œuvre produite : C'est l'ombre d'une aile, l'esprit de l'auteur ; celui-ci jouit d'un droit incorporel, dit de propriété.

Contrairement à l'adage, en droit d'auteur, l'ivresse réside dans la forme du flacon, qui n'existe peut-être même pas encore, ou qui n'existera jamais. Et alors ? Que la liqueur existe ou pas, peu importe, si la forme du flacon et l'ivresse ont existé.

La forme de l'œuvre, imprimée par l'esprit, la pensée d'un geste, de l'auteur, prend corps, ou matière, avec la forme de l'interprétation, du geste rendu par un artiste (comédien, chanteur, musicien, peintre ...). Parfois l'auteur et l'artiste réunissent la pensée du geste et l'interprétation matérielle en un même homme et en un même moment, c'est l'œuvre artistique (peinture, sculpture).

Parfois, l'œuvre demeure sans forme matérielle : c'est l'œuvre littéraire romanesque qui s'imprime d'un esprit d'un auteur à celui d'un lecteur, par la médiation d'un objet, le livre et d'un code, l'écriture. (Sauf adaptation)

Les œuvres littéraires peuvent aussi prendre la forme d'une « création » dramatique : œuvres théâtrales, lectures publiques d'œuvres littéraires diverses. Le geste du comédien suit alors la pensée de l'auteur par la médiation du texte pour la rendre au public.

Les œuvres musicales sont typiquement celles où l'abstraction particulière du genre - l'écriture musicale n'est pas un mode de communication habituel contrairement au dessin ou à l'écrit - tend à la dissimuler au public jusqu'à leur expression artistique.

Le travail de médiation de l'artiste musicien apparaît aux oreilles du public plus fondamental que le travail de médiation d'un artiste comédien (tout lecteur peut facilement « entendre » une pièce de théâtre en la lisant ; seulement d'excellents lecteurs et de fines oreilles percevront une œuvre musicale en la lisant. Et encore : l'expression globale de l'ensemble des lignes harmoniques, mélodiques et rythmiques d'une œuvre musicale symphonique semble impossible).

C'est pourquoi, quant aux œuvres musicales, le public parfois peut incliner à plus d'estime encore pour l'artiste que pour l'auteur.

Moins l'œuvre est contraignante pour l'artiste (une « grille » d'accord d'un standard de jazz par exemple) plus celui-ci fait aussi œuvre de création dans son expression. Mais sa création est toujours confondue avec son expression.

L'artiste, en somme, c'est un auteur, subséquent à l'auteur de l'œuvre, qui rend son geste, œuvre composite, aussitôt après l'avoir conçue.

L'art et son droit ignorent le progrès, matériel, matérialiste : l'on ne juge pas du genre, de la forme, du mérite, ou de la destination d'une œuvre. Les hommes et leurs esprits évoluent ; c'est tout.

L'œuvre : un lieu de rencontre public

Le couple public / auteur (ou auteur / public) s'est rencontré autour de l'œuvre qui, une fois mise à la disposition du public, n'appartient plus à son créateur ; comme elle lui appartient plus que tout autre chose.

Elle ne lui appartient plus, en termes de droit réel, dans la mesure où le public peut légitimement revendiquer un droit d'accès aux œuvres de l'esprit.

Elle lui appartient plus que tout autre chose, en termes de droit personnel, parce que le public ne doit jamais pouvoir accéder à l'œuvre, sans qu'il ne sache qu'elle prolonge la personne de son auteur et que lui, le public, demeure son obligé.

Les créances des auteurs et les créances du public vont s'organiser autour de ce point de rencontre, l'œuvre, infiniment personnelle à l'auteur et en même temps infiniment extérieure, une fois qu'elle est mise à la disposition du public.

Ces créances des auteurs et du public ne viennent pas forcément en réciproque :

Le public a autant d'intérêt « moral » que les auteurs au respect de leurs droits moraux : Le droit d'accès du public ne vaut que pour des œuvres authentiques, de valeur. La dénaturaison des œuvres ne rend pas au public la créance culturelle qui est la sienne.

D'où la nécessité de protéger, pas tant les auteurs que les œuvres, pas tant les œuvres que les droits qui y sont attachés, au premier rang desquels, les droits moraux des auteurs : non seulement pour leur ego ; mais aussi et surtout parce que c'est la seule garantie, pour le public, d'une création artistique de qualité.

Culture et protection de « l'environnement intellectuel »

Ensuite, la protection des droits patrimoniaux des auteurs ressort d'un principe quasi écologique : pour l'auteur et encore pour le public. C'est une évidence, le pillage des ressources culturelles, par qui que ce soit, compromet la pérennité de la production des créateurs vivants.

D'où la protection des œuvres dans leur support, point de jonction des intérêts et des droits du public, et des auteurs.

Méfions nous aussi de ceux qui veulent trop protéger les auteurs : ce sont les incapables, mineurs ou majeurs, que l'on protège, ou les espèces animales ou végétales en voie de disparition. Les auteurs, s'ils doivent être promus, selon des règles qui dérogent à une concurrence libérale pure et parfaite, n'ont pas besoin d'une protection ; assez humiliante, somme toute.

Foin des discours sécuritaire en droit d'auteur et des associations de protection plus ou moins rapprochée, il s'agit de protéger les droits sur les œuvres, au confluent de la création et du public, ensemble : pour les auteurs ; pour ceux qui leur donnent voix : éditeurs, artistes et producteurs ; pour le public.

Tant l'information que les œuvres doivent circuler. Mais dans des conditions qui les distinguent fondamentalement :

Les œuvres doivent circuler dans leur parfaite intégrité formelle. Pour préserver cette intégrité, l'œuvre, qui résulte toujours de l'esprit d'un homme, (au sens générique, humaniste du terme, aucun système juridique ne le conteste, sur terre tout au moins, et pour l'objet assigné à notre étude) doit d'abord être repérable par rapport à cet homme : Ce sont les droits moraux (divulgateur, intégrité, paternité, repentir et retrait).

La circulation de l'œuvre doit ensuite assurer à l'auteur, comme une perception par photosynthèse, pour lui permettre de vivre, croître et, partant, en conserver au public, des auteurs.

Supprimer la rémunération des auteurs, c'est leur couper le carbone nécessaire à l'arbre pour vivre (si l'on file la métaphore) et ensuite compromettre la production d'oxygène (les œuvres). L'analogie vaut ce qu'elle vaut, pas grand chose sans doute ; mais il faut retenir que l'on ne résoudra rien en droit d'auteur si l'on ne raisonne pas en termes d'échange cyclique et équilibré public - auteur : sans l'intérêt général lié à l'accès aux œuvres, le droit d'auteur n'a pas de sens. C'est parce qu'il y a de la vie sur terre que l'on a intérêt à protéger les arbres. C'est un truisme, mais ... Ensuite, c'est parce qu'il reste encore quelques arbres, générateurs d'oxygène, qu'il y a une vie sur terre.

Les auteurs ne le nieront jamais ; le public certes pas plus.

Seulement ceux qui ne sont pas les auteurs, ni le public sincère et intéressé par les œuvres, seulement ceux qui conservent, par l'absurde, des intérêts financiers et concurrentiels immédiats, parmi le public ou au sein de l'industrie de la création, auront tendance à compromettre la fragile écologie du droit d'auteur.

Bon, alors protéger les œuvres, certes, mais encore faut-il que le public, composé aussi des auteurs, présents et à venir, respire.

Droit des mesures techniques (MT)

Aux termes de la directive du 22 mai 2001, considérant n°9, « *toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle* ». Puis, reprenant la thèse de l'intérêt général déjà affirmée dans le considérant n°3, « *Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété.* »

Si la directive intervient, à la limite des compétences attribuées à la Communauté européenne, aux termes du Traité CE, lorsqu'elle traite d'intérêt général, c'est néanmoins pour réduire le champ de celui-ci à un concept de « *propriété intellectuelle partie intégrante de la propriété* ».

Voici négociés, un peu hâtivement peut-être, les travaux subtils et équilibrés de Le Chapelier, de Lakanal, et tant d'autres, pour réduire, la propriété intellectuelle au droit réel.

Certes, l'on ne peut qu'abonder vigoureusement dans le sens du considérant 22 aux termes duquel « *une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées.* »

Pourtant, le législateur européen devrait s'inquiéter que, paradoxalement, si l'on suit strictement son dogme, les auteurs, et partant tous leurs ayants cause et ayants droit, perdent

le lien personnel indissoluble qui leur a garanti, en droit d'auteur français en particulier, et en droit de l'Union de Berne en général, la meilleure des protections.

L'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins nécessite-t-elle que l'on régresse dans les équilibres du droit d'auteur aux thèses « jusnaturalistes » de John Locke du début du XVIIIème siècle ? Nous inclinons à penser qu'un niveau de protection élevé se serait trouvé mieux garanti en rendant compte de cette propriété intellectuelle, que l'on peut, paraphrasant Le Chapelier, qualifier de « *très personnelle, si je puis dire* ».

La directive du 22 mai 2001, conformément à la compétence d'attribution de l'Union européenne, organise le marché, partant la circulation, des œuvres et autres objets protégés.

C'est afin de permettre le développement de ce marché et de cette circulation que les œuvres et autres objets protégés bénéficient d'une protection juridique ; non afin de préserver les créateurs, dans leur personnalité, dans l'épanouissement de leur génie, pour l'édification du public.

Certes, les auteurs bénéficient, indirectement, de cette protection juridique qui doit permettre d'éviter les utilisations frauduleuses, donc leur assurer une meilleure rémunération. Le droit du copyright ne promeut pas autre chose : l'intéressement de l'auteur à une exploitation marchande de l'œuvre.

La directive du 22 mai 2001 s'inscrit comme une pure enclave de la logique copyright en territoire de droit d'auteur.

Le législateur européen traite de droit d'auteur et de mesures techniques de protection de ces droits, non pas comme un objet direct de compétence d'attribution de la CE, mais pour éviter « *des disparités sensibles (...) et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises (...)* » (Considérant n°6)

La directive ne traite pas du droit moral : « *il sera exercé en conformité avec le droit des États membres et les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive.* »

Ce qui ne laissera pas de restreindre assez l'intérêt de son article 7 « *obligations relatives à l'information sur le régime des droits* ».

La directive organise une protection juridique à deux niveaux, principal et dérivé : protection juridique principale des mesures techniques ; protection juridique dérivée contre l'exploitation de systèmes neutralisant les MT juridiquement protégées et contre la modification des informations sur le régime des droits.

En principal, les mesures techniques juridiquement protégées

Les traités OMPI du 20 décembre 1996 et la directive du 22 mai 2001 organisent un véritable droit de la protection des MT.

L'on pense d'abord aux MT qui visent à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par les titulaires de droit. Ce sont les MT « efficaces » (MTE) de l'article 6.1 de la directive, mesures de « fermeture » des utilisations de l'œuvre et de son support.

Sont aussi juridiquement protégées d'autres mesures techniques qui, à l'opposé des premières, les MTE, ne visent pas à « fermer » l'accès à l'œuvre mais à permettre l'exercice d'une exception ou d'une limitation aux droits des titulaires, comme, par exemple, l'exercice de services publics (enseignement, santé ...) ou aussi, mais dans des conditions plus restreintes, l'exercice d'un droit de copie privée. Ce sont « *les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits* » et « *les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres* » (Article 6.4 de la directive)

Les mesures techniques efficaces - MTE - mesures de fermeture

Aux termes de l'article 6.1 directive, « les États membres doivent prévoir 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. »

Les États membres organisent la protection juridique contre le contournement d'une MTE qui laisse présumer la mauvaise foi de l'utilisateur.

Le débat sur l'efficacité de la mesure technique de protection, juridiquement protégée, pourrait s'avérer byzantin dès lors que, par hypothèse, la mesure de protection paraît déficiente, si l'utilisateur parvient à la contourner.

Aux fins de la directive, on entend par « mesures techniques 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 oeuvres 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, ou du droit sui generis prévu par la directive « Bases de données » (Directive 96/9/CE).

« Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une oeuvre 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'oeuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection. »

Notion de mesure technique efficace (MTE)

> Premier critère des MTE juridiquement protégées, un critère organique :

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 oeuvres 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, ou du droit sui generis prévu par la directive « Bases de données » (Directive 96/9/CE).

> Deuxième critère, finaliste, de la MTE juridiquement protégée : permettre le « contrôle », par les titulaires de droit de « l'utilisation » d'une oeuvre ou d'un objet protégé.

La notion de contrôle, en droit, est particulièrement floue.

Elle apparaît toujours au détour d'un texte normatif comme le délice du casuiste. Et c'est une intervention réglementaire ou jurisprudentielle qui généralement en délimite les contours. (majorité de contrôle en droit des sociétés, contrôle de la chose en droit de la responsabilité, pouvoir de contrôle et direction en droit social ...)

> La directive définit ensuite les modalités, techniques, du contrôle. C'est le troisième critère de la MTE juridiquement protégée ; permettre le contrôle de l'utilisation :

- soit par 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'oeuvre ou de l'objet protégé ;

- soit par un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

Nous pensons qu'il faut entendre par « cet objectif », au sens de la directive, le contrôle par les titulaires de droit ; donc tout mécanisme de contrôle de copie ... qui permet le contrôle par les titulaires de droit ... Cette tautologie (le contrôle pertinent de la MTE juridiquement protégée est celui qui permet le contrôle ...) ne résout pas vraiment la question de la notion de contrôle, au sens de la directive, pour qualifier une MTE.

Toutefois, l'on a pu distinguer deux types de contrôle au sens de la directive. C'est déjà un fil :

- les MTE qui opèrent une transformation de l'œuvre ;
- les MTE qui n'opèrent pas transformation de l'œuvre mais permettent néanmoins le contrôle de la copie.

L'on devra donc dire, au fond, le juge ou le législateur de l'État membre, en quoi consiste ce contrôle de l'utilisation par un code d'accès, un procédé de protection ou toute autre transformation de l'œuvre. Et d'abord le délimiter : Le contrôle mis en œuvre par les MTE s'arrêtera à la frontière des droits et libertés réservés aux utilisateurs avec lesquels il devra composer ; le contrôle mis en œuvre par les MTE cédera aussi le pas devant les contraintes du grand marché : le principe de libre circulation des biens et des marchandises reste premier.

Comme lors de la directive du 24 octobre 1995 sur les données personnelles, si le législateur intervient pour assurer une protection, hier des données personnelles, aujourd'hui de la propriété intellectuelle, c'est en subsidiaire : la mission du législateur européen, c'est le grand marché, donc la circulation. Les mesures de protection n'entrent dans son objet, qu'autant que leur disparité nuit à l'harmonie de ce grand marché. Lorsqu'il faudra choisir entre la protection d'une œuvre ou un intérêt économique contradictoire, le législateur européen arbitre (c'est sa mission) pour cet intérêt économique contradictoire. (Utilisation des logiciels, recherche ... Cf considérants 48 et 50)

Le projet de loi français définit dans les mêmes termes les mesures techniques de protection réputées efficaces (donc les MTE protégées).³

Une MTE dont le contournement laisse présumer la fraude de l'utilisateur

La mesure technique efficace juridiquement protégée, n'est pas une option accessible au gré de l'utilisateur du support.

C'est un système qui en contraint et règle les utilisations, cheminement inévitable, ou quasiment, dans le processus d'accès à l'œuvre pour devenir, ensuite, quel que soit le système, électronique grand public « fermé » ou informatique « ouvert », « une police en civil », discrète ou invisible, obligatoire et permanente.

Son contournement ne doit pas pouvoir être fortuit : c'est forcément le résultat d'une fraude de l'utilisateur afin d'utiliser l'œuvre hors de son champ légal et contractuel.

La présomption de fraude est une exception en droit. Habituellement, la fraude ne se présume pas. En matière de contrefaçon, si. Serait-il raisonnable d'assimiler purement et simplement la protection juridique des mesures techniques efficaces à la protection des œuvres elles mêmes

³ « Dans la section 2 du chapitre 1er du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle, il est créé un article L. 331-5 ainsi rédigé :

« Art. L. 331-5.

1. Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels

2. On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, dispositif, composant, qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée à l'alinéa précédent est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

3. Les licences de développement des mesures techniques de protection sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent mettre en œuvre l'interopérabilité, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent. »

par le droit de la contrefaçon ? Ne faudrait-il pas graduer la répression, ne serait-ce que pour distinguer la valeur des différents intérêts protégés : ceux des auteurs, de leurs ayants droit, des producteurs ... ?

Le législateur français n'a pas distingué, en termes de sanction, la contrefaçon de droits d'auteur de la contrefaçon de droits voisins (Cf L.335-2 ; L.335-3 ; L.335-4 du CPI français). C'est donc assez logiquement que le projet de loi français assimile purement la répression des atteintes portées aux MTE, à l'atteinte aux droits d'auteur ou droits voisins. Le législateur belge suit la même pente.

Les États devront veiller lors de l'application de la directive à n'inclure dans le champ de leur protection que les seuls MTE suffisamment stables pour ne pas laisser à un utilisateur malheureux la charge de la preuve de sa bonne foi lors d'un contournement qui n'aurait été que fortuit, par quelque dérèglement du mécanisme.

La cohabitation MTE et exceptions : Les arbitrages de la directive entre protection juridique des MTE et droits des utilisateurs

Exceptions et limitations sauf copie privée

Entre les droits des titulaires sur les objets protégés et les exceptions ou limitations des utilisateurs, la directive arbitre d'abord en faveur de ceux-ci, réserve faite du droit de copie privée (Cf 1.1.3.2 infra) : ⁴

Nonobstant la protection juridique des MTE, l'État doit intervenir si ces mesures techniques compromettent le jeu des exceptions ou limitations suivantes :

- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice du droit de reprographie ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice du service public de l'éducation et/ou de la culture et/ou du patrimoine ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice des services publics sociaux ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice du service public de l'enseignement et de la recherche ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice du service public de la santé et des utilisations thérapeutiques au bénéfice de personnes handicapées ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice de la police des institutions de l'État (sécurité publique, bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate de ces procédures).⁵

⁴ Article 6.4 de la directive : « Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e) (Exception de reprographie ; service public de l'éducation, de la culture et du patrimoine ; services publics sociaux), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), (Enseignement et recherche ; santé, utilisations thérapeutiques au bénéfice de personnes handicapées ; police des institutions de l'Etat) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'oeuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b) (Copie privée), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions. »

⁵ Comme les MTE ne doivent pas faire obstacle aux dispositions relatives à l'ordre public défini à l'article 5.e et à la sécurité publique.

La directive arbitre ici en faveur de l'intérêt général et de l'ordre public de l'État membre.

Ce premier arbitrage d'intérêt général s'explique fort logiquement en bon droit avec le principe *specialia generalibus derogant*.

Il demeure en tout état de cause très limité en termes économiques - ceux qui intéressent la directive - puisque ces exceptions et limitations aux droits exclusifs sont relatives, elles mêmes, à des utilisations marginales, quoique essentielles.

Ces exceptions d'intérêt général ne devraient pas beaucoup affecter la protection juridique des mesures techniques.

Droit de copie privée

Ici, le cadre est tout autre. Plus de services d'intérêt général mais une exception qui arrête le monopole ou la propriété exclusive des titulaires de droits aux portes de la sphère privée des individus. Les enjeux économiques sont conséquents, voire essentiels puisque la copie privée s'analyse comme un droit d'édition privé, qui tient souvent à toute l'honnêteté, mais seulement à toute l'honnêteté, de l'utilisateur pour demeurer dans son strict champ légal.

Aussi le législateur européen ne va t-il pas trop légiférer et contraindre les États en cette délicate matière :

L'État membre peut aussi intervenir si les MTE compromettent l'exercice d'un droit de copie privée, sauf si, selon la directive « *la reproduction à usage privé a déjà été rendue possible par les titulaires de droits, dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation* » ...

En somme, l'État peut, et seulement peut, intervenir pour assurer un droit de copie privée, sauf si ce droit est doré et déjà assuré ... Était-ce bien utile pour le législateur européen de le préciser ? Sans doute était-ce une façon de dire combien l'intervention de l'État était relative, dépendant de sa volonté, des circonstances économiques et techniques de la copie privée ...

Le législateur européen ne veut rien imposer. Il ne veut surtout pas avoir l'air de déterminer qu'il s'agirait d'un droit supérieur - une liberté ? - nécessitant un arbitrage au détriment de la protection juridique des MTE. Ce n'est plus de son ressort.

Libre aux États membres d'arbitrer en faveur d'un droit de copie privée contre les mesures techniques de protection ou le contraire.

En tout état de cause, il faut harmoniser les mesures techniques, grand marché oblige :

Alors, les considérants 38 et 39 de la directive expliquent la politique de copie privée du législateur européen. C'est une politique contingente, à géométrie variable, conduite à évoluer avec la technique.

D'abord, il faut isoler le numérique par rapport à l'analogique.

Ensuite, il faut considérer le numérique dans un processus technique dynamique. Alors, les États devront légiférer à vue :

L'exercice du droit de copie privée est fonction de la mise en œuvre de MTE, qui permettent justement d'empêcher ou de limiter le contrôle de l'utilisation.

Plus la MTE est rudimentaire, techniquement, moins elle permet de distinguer - discriminer - les utilisations licites et illicites, plus l'exercice de la liberté de copie privée peut être restreint.

En dernier recours, lorsque la MTE n'est pas assez évoluée pour permettre assez de souplesse et réguler la liberté de copie privée, celle-ci, la liberté de copie privée, s'efface devant les intérêts des titulaires de droits et partant s'efface devant la MTE. Dans le doute, on ferme tout.

S'agissant de supports numériques, le droit de copie privée est sacrifié, en dernier recours, aux intérêts des titulaires de droits.⁶

⁶ Considérant 38 : « *Les États membres doivent être autorisés à prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction pour certains types de reproduction de produits sonores, visuels et audiovisuels à usage privé,*

L'arbitrage opéré par les États membres en application de la directive entre protection juridique des MTE et droit de copie privée sera fonction des circonstances de l'exercice d'un droit de copie privée et notamment de la « compensation équitable » elle-même fonction du contrôle du nombre de copie privée. Aux termes du considérant 35 de la directive :

« (...) Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement. »

La compensation équitable vise à compenser un préjudice.

Les mesures techniques de protection visent à empêcher ou limiter les utilisations illicites.

Donc la compensation équitable est fonction inverse de la sûreté des mesures techniques de protection. A l'extrême, la compensation équitable peut être nulle si le préjudice est quasiment inexistant : quand les mesures de protection sont absolument ou quasiment sûres.

Ces considérations de la directive ne sont pas pleinement satisfaisantes dès lors qu'une exception ou une limitation s'analysent en un droit de l'utilisateur, non négociable par les ayants droit, qui reçoivent une « compensation » de type indemnitaire, en contrepartie de cette petite expropriation.

La directive confond en fait deux fonctions distinctes de la « compensation équitable » :

La première fonction, légale ou contractuelle, opère une véritable rémunération statutaire des ayants droit (licence légale « statutory license ») pour l'exercice légitime d'exceptions ou de limitations (par exemple copie privée).

L'autre fonction de la compensation, de nature délictuelle, répare un dommage causé par des utilisations illicites incontrôlables, « parce qu'on ne peut pas faire autrement ».

Plus les mesures techniques sont affûtées, plus elles permettent de circonscrire les utilisations des objets protégés dans le ressort des droits exclusifs, moins l'exception de copie privée « parce qu'on ne peut pas faire autrement » est « inévitable » pour les titulaires de droit, moins la compensation équitable se justifie.

C'est ce deuxième aspect de la « compensation », sa fonction dommage-intérêt forfaitaire délictuel, qui permet de comprendre, aux termes du considérant 35, qu'elle soit fonction inverse du développement des mesures techniques.

La protection juridique des mesures techniques « d'ouverture » pour l'exercice des exceptions et limitations (MTEL) Article 6.4 alinéa 3 de la directive

avec une compensation équitable. Une telle exception pourrait comporter l'introduction ou le maintien de systèmes de rémunération destinés à dédommager les titulaires de droits du préjudice subi. Même si les disparités existant entre ces systèmes de rémunération gênent le fonctionnement du marché intérieur, elles ne devraient pas, en ce qui concerne la reproduction privée sur support analogique, avoir une incidence significative sur le développement de la société de l'information. La confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et faire une distinction entre elles à certains égards.

Considérant 39 : *« Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles. De telles exceptions ou limitations ne doivent faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement. »*

La directive distingue les MTEL volontaires et les MTEL en application des mesures prises par les États membres pour permettre l'exercice des exceptions et limitations.

La directive encourage la mise en place de mesures techniques volontaires par les titulaires de droits pour l'exercice et le contrôle de la copie privée.

A défaut, donc subsidiairement, les États doivent ou peuvent (copie privée) intervenir pour permettre l'exercice des exceptions et limitations.

Les MTEL circonscrivent l'exercice des exceptions et limitations dans le champ des droits des titulaires de droits.

Elles bénéficient de la même protection que les MTE. Bien que leur objet soit en flux contraire, elles poursuivent le même but, régler les utilisations.

Une MTEL est une ouverture, une enclave au bénéfice de l'utilisateur concédée par les titulaires de droits. Quand une MTE est une barrière aux incursions inopinées des utilisateurs.⁷

D'abord, les États membres doivent encourager le recours aux mesures, techniques ou non, volontaires (il s'agit de la volonté des titulaires de droit) afin de permettre l'exercice du droit de copie privée. C'est une obligation de moyen des États : encourager le recours aux mesures volontaires.

Toutefois, comme, dit-on, l'on ne fait jamais boire un âne qui n'a pas soif, à défaut de mesures volontaires et, dans un délai raisonnable (considérant n° 52), après les avoir vainement encouragées, les États membres peuvent, et seulement peuvent, intervenir, d'autorité, afin de permettre l'exercice du droit de copie privée.

Si, et seulement si, les titulaires de droits ne se sont pas, eux mêmes, techniquement organisés, pour permettre l'exercice par l'utilisateur d'un droit de copie privée, les États membres peuvent intervenir pour permettre l'exercice de ce droit.

Les ayants droit, pleins de bonne volonté, sur ou sans les insistances des États, ont pu mettre en place des mesures techniques complémentaires aux MTE (« de fermeture ») pour permettre l'exercice du droit de copie privée. Ces mesures techniques « d'ouverture » (pour permettre l'exercice du droit de copie privée), peuvent coordonner, techniquement, l'exercice d'un droit de compensation équitable.

Ces mesures techniques « d'ouverture » (pour l'exercice du droit de copie privée) peuvent aussi permettre de discriminer les différentes utilisations, et ainsi limiter le nombre de copie afin que, en tout état de cause, l'exercice du droit de copie privée mis en œuvre par la mesure technique d'ouverture, elle même mise en place par les ayants droit, sacrifie au « sacro-saint » principe de l'article 5.5 : ne porte atteinte à l'exploitation normale des objets protégés ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

Évidemment, la multiplication des reproductions porterait atteinte à une exploitation normale et causerait un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

⁷ Aux termes du considérant 52 : « De même, lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b, les États membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation. Si, dans un délai raisonnable, aucune mesure volontaire destinée à permettre la reproduction pour usage privé n'a été prise, les États membres peuvent arrêter des mesures qui permettent aux bénéficiaires de l'exception ou de la limitation concernée d'en bénéficier.

Les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre les titulaires de droits et d'autres parties concernées, ainsi que les mesures prises par les États membres n'empêchent pas les titulaires de droits de recourir à des mesures techniques, qui sont compatibles avec les exceptions ou limitations relatives à la copie à usage privé prévues par leur droit national conformément à l'article 5.2.b) en tenant compte de la compensation équitable exigée à ladite disposition, et de la distinction éventuelle entre différentes conditions d'utilisation, conformément à l'article 5 paragraphe 5, par exemple le contrôle du nombre de reproductions. Afin d'empêcher le recours abusif à ces mesures, toute mesure technique appliquée lors de la mise en œuvre de celles-ci doit jouir de la protection juridique. »

Les mesures techniques, appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en oeuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en oeuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue par la directive.

Conformément aux droits des utilisateurs, les mesures techniques - MTE ou MTEL, de fermeture ou d'ouverture - ne devraient pas empêcher le fonctionnement normal du support de reproduction ou l'émission normale de l'œuvre.⁸

Car n'oublions pas, malgré toutes ces protections techniques et juridiques, qu'il s'agit pour les éditeurs, les producteurs, les distributeurs et le législateur européen d'un marché, celui de la propriété intellectuelle et de la culture, marché qui suppose un minimum de sérénité et de satisfaction du « consommateur », le public.⁹

Les mesures techniques de protection dans le projet de loi français

L'article 7 du projet de loi sous un chapitre « Mesures techniques de protection et d'information » transpose l'article 6 de la directive.

La protection juridique est identique à celle prévue en matière de contrefaçon ou d'exploitation illicite de droits voisins, à savoir une peine délictuelle de deux ans d'emprisonnement et de 300.000 Euros d'amende.

La définition des mesures techniques est reprise proprio motu de celle de la directive :

Ainsi, l'article 7 du projet de loi ajoute un article L. 331-5 au chapitre Ier du titre III du livre III du CPI dans ces termes :

« Article L 331-5.

1° Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur, d'une oeuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels.

2° On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, dispositif, composant, qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée à l'alinéa précédent est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie.

3° Les licences de développement des mesures techniques de protection sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent mettre en oeuvre l'interopérabilité, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants

⁸ En outre, s'il n'est pas satisfaisant que l'on pille le jardin de la création - pour reprendre notre image écologique - il ne serait pas satisfaisant au regard des droits du public et d'une coutume de l'art que l'ensemble de l'environnement culturel se crypte, que le jardin s'obture, sauf pour ceux qui auraient payé leur abonnement ou leur redevance. L'accès à l'art suppose une certaine fluidité. L'on acquiert les livres que l'on a pu parcourir distraitement au rayon du libraire, l'on acquiert les musiques dont l'on a pu consulter les enregistrements, simplement, sur un coup de cœur ou en fouinant ... Le développement d'un marché des supports numériques doit aussi tenir compte de ces us et coutumes, marques de civilisation, sans doute.

⁹ Le terme consommateur est particulièrement impropre, et très laid, pour désigner l'accès du public aux œuvres de l'esprit en général. L'on ne « consomme » pas une œuvre : la consommation s'entend d'un achèvement, de l'utilisation d'un produit qui se détruit par l'usage (dictionnaire de l'académie française) alors qu'au contraire, nous insistons, l'œuvre, permanente, est au centre d'un lien cyclique entre le public et les créateurs.

ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent. »

Pour la transposition de l'article 6.4 de la directive (mesures d'ouverture volontaires) le projet de loi prévoit :

« Article 8

Il est inséré après l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle un article L 331-6 ainsi rédigé :

« Article L 331-6. Les titulaires de droits mentionnés à l'article L. 331-5 prennent dans un délai raisonnable, le cas échéant après accord avec les autres parties intéressées, les mesures qui permettent le bénéfice effectif des exceptions définies aux 2° et 7° de l'article L. 122-5 et au 2° et 6° de l'article L. 211-3 dès lors que les personnes bénéficiaires d'une exception ont un accès licite à l'œuvre ou à un phonogramme, vidéogramme ou programme, que l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou d'un autre objet protégé et qu'il n'est pas causé un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur cette œuvre ou cet objet protégé.

« Les titulaires de droits ont la faculté de prendre des mesures permettant de limiter le nombre de copies.

« Les titulaires de droits ne sont pas tenus de prendre les mesures prévues au premier alinéa lorsque l'œuvre ou un autre objet protégé par un droit voisin sont mis à la disposition du public selon les stipulations contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

Le projet de loi dispense les titulaires de droit d'ôter les mesures techniques de protection pour permettre la jouissance d'une des exceptions prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L.211-3 et à l'article L.311-4 lorsqu'il s'agit de mise à disposition du public.

Une telle disposition dénote, une fois encore, la méfiance des titulaires de droit envers les techniques en ligne, méfiance accompagnée par les auteurs du projet de loi, afin de ne pas dissuader l'exploitation en ligne des œuvres.

Cette dérogation pourrait toutefois avoir l'effet pervers de compromettre le commerce électronique dès lors qu'elle serait interprétée comme créant en fait deux types de support distribués soit en ligne, soit en magasin : les premiers pourraient comporter des systèmes bloquant toute copie au préjudice des exceptions de droit prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L..211-3 et à l'article L.311-4 ; les supports distribués en magasin permettraient, de façon plus conviviale, le jeu des exceptions légales.

Une telle discrimination entre la mise à disposition en ligne ou hors ligne semble peu propice à développer sinon banaliser le commerce électronique.

Afin d'arbitrer entre les droits et libertés du public et les mesures techniques de protection, selon la règle « liberté de l'utilisateur inversement proportionnelle à la plasticité informatique du support », le projet de loi met en œuvre un collège de médiateurs présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire :

L'article 9 du projet de loi insère trois articles : L 331-7, L331-8 et L 331-9 dans le code de la propriété intellectuelle :

Art. L. 331-7. - Tout différend portant sur le bénéfice des exceptions définies aux 2° et 7° de l'article L. 122-5 et aux 2° et 6° de l'article L. 211-3, qui implique une mesure technique mentionnée à l'article L. 331-5, est soumis à un collège des médiateurs qui comprend trois personnalités qualifiées nommées par décret. Deux médiateurs sont choisis parmi des magistrats ou fonctionnaires appartenant, ou ayant appartenu, à un corps dont le statut garantit l'indépendance ; ils désignent ensuite le troisième médiateur en vue de sa nomination. Leur mandat est d'une durée de six ans non renouvelable.

Cette autorité est saisie par toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au premier alinéa ou par une personne morale agréée qui la représente.

Art. L. 331-8. - Dans le respect des droits des parties, le collège des médiateurs favorise ou suscite une solution de conciliation. Lorsqu'il dresse un procès-verbal de conciliation, celui-ci a force exécutoire ; il fait l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal d'instance.

A défaut de conciliation, le collège des médiateurs prend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivante, au besoin sous astreinte, les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception. L'astreinte prononcée par le collège est liquidée par ce dernier.

Ces décisions ainsi que le procès-verbal de conciliation sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la Cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif.

« Art. L. 331-9. - Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application des articles L. 331-7 et L. 331-8. »

Les facultés de saisine du Collège de médiateur sont larges puisque tout créancier d'un droit de copie privée devrait pouvoir le saisir.

Sa mission civilisatrice des techniques numériques sur support mais surtout en ligne, sera particulièrement délicate, dans un climat volatile et conflictuel entre les utilisateurs mécontents, (acheteurs réguliers de CD ou DVD illisibles sur lecteurs autoradios ou informatiques ou irréguliers échangistes « peer to peer »).

Ses décisions, susceptibles d'appel devant la Cour de Paris, dessineront les rapports à venir entre le public, consommateur, et les industries phonographiques et audiovisuelles.

Les contentieux qui ont donné lieu aux deux décisions du TGI de NANTERRE évoquées infra, relatives à la vente de CD protégés et illisibles sur autoradio, seraient échues à ce Collège de médiateurs.

Les limites de la protection juridique des MTE

Les libertés fondamentales

Le contrôle qui caractérise les MTE devrait s'arrêter aux portes des libertés fondamentales des individus, à savoir le ressort de sa vie privée, son domicile mais aussi, sans doute ses appareils de lecture ou de réception nomades, son téléphone portable par exemple. Un tel contrôle dans la sphère privée des individus nécessiterait, en France, une autorisation du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle (selon la fameuse règle de l'article 66 de la constitution, peu agréable pour le juge administratif, assez sensible, aussi, aux libertés publiques).

Les droits du consommateur

Les garanties du vendeur

La garantie de conformité du produit

Le support juridiquement et techniquement protégé ne doit pas compromettre une utilisation conforme du produit, selon le droit commun de la vente. Le vendeur est tenu à garantie.

S'agissant de CD ou de DVD doit-on comprendre, comme une utilisation « conforme », la lecture sur des appareils de lecture informatiques, des autoradios ou des lecteurs nomades ?

A défaut d'indications contraires, l'acheteur d'un CD peut raisonnablement présumer pouvoir le lire sur un appareil informatique, qui prétend comporter un lecteur de CD, ou sur son autoradio ou sur son lecteur nomade.

Un CD ou un DVD, inutilisables sur un appareil informatique, ou sur un autoradio ou sur un lecteur nomade, ne nous semblent pas « conformes » ; soit dans le support, soit dans le lecteur. Partant, le vendeur doit garantir l'acheteur.

Le vendeur du support CD ou DVD nous semble devoir garantir la vente de son support.

Mais c'est aussi le vendeur du matériel de lecture CD ou DVD qui pourrait devoir garantir l'acheteur, dès lors que ce matériel est vendu comme tel, sans restriction.

Par hypothèse, le matériel de lecture informatique a été préalablement acquis dans l'intention de servir aussi comme chaîne audio ou vidéo.

Les nouveaux dispositifs anticopies doivent-ils contraindre l'utilisateur à acquérir un matériel de lecture non informatique, pour satisfaire la sécurité des ayants droit relatifs à l'œuvre audio ou vidéo ?

Rien ne permet de faire assumer le coût de la sécurité des œuvres aux utilisateurs qui auraient doré et déjà acquis un matériel de lecture informatique ou autre matériel de lecture « marginal ».

Par contre rien n'interdirait, à l'avenir, aux fabricants de hardware et aux ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés, de s'entendre afin de circonvenir la lecture des CD et DVD sur les appareils informatiques, pour autant que l'acheteur soit informé, tant par les fabricants de CD et DVD que par les fabricants de matériel hardware.

Une telle entente et une telle restriction n'iraient pas dans le sens de l'histoire et du développement des techniques, contrairement aux souhaits des États et du législateur européen. Elle pourrait fâcher définitivement et braquer une grande partie du public des œuvres audios et vidéos.

La garantie des vices cachés

Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. L'action doit être intentée dans un bref délai à compter de la manifestation des vices de la chose (Articles 1641 et suivants du Code civil)

Les associations de consommateurs se sont émues de la vente de CD audio dont la lecture s'avérait impossible par des ordinateurs ou des autoradios.

Saisi par l'association UFC Que Choisir et Françoise M, le Tribunal de grande instance de Nanterre a condamné le 2 septembre 2003, sur ce fondement, la société EMI Music France pour la production et la distribution du CD d'Alain Souchon. Les restrictions d'utilisation provoquées par les dispositifs anti-copie ont été jugées comme des anomalies constitutives d'un vice-caché (Les « anomalies » sont pourtant volontaires : Cf Rapport Chantepie cité infra).

Le CD fonctionnait sur poste radio et chaîne Hi-Fi mais pas sur autoradio d'une Renault Clio. Il comportait la mention « Ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie ».

L'association de consommateurs et l'acheteuse malheureuse demandaient sur le fondement des articles L.421-1, L.421-7 et L.421-9 du code de la consommation et des articles 1641 et suivants du Code civil de :

Constater que le CD produit par EMI est affecté d'un vice caché le rendant inapte à un usage normal ;

Condamner solidairement les sociétés EMI et Auchan (le distributeur) à restituer le prix du CD ;

Condamner *in solidum* les sociétés EMI et Auchan à payer à l'acheteuse la somme de 50 Euros à titre de dommages - intérêts ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI de commercialiser le CD sous astreinte ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI d'utiliser une mesure technique de protection ;

Ordonner la publication de la décision ;

Condamner *in solidum* EMI et Auchan à payer à UFC Que Choisir la somme de 20.000 Euros en réparation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs.

UFC Que choisir n'a pas été reçue dans son action conformément aux dispositions de l'article L.421-7 du Code de la consommation qui autorisent les associations de consommateurs agréées à « intervenir devant les juridictions civiles (...) » et non pas à agir par voie principale.

Le Tribunal juge que le « *vice caché est dans la délivrance d'une chose bien conforme au type promis mais affecté d'une anomalie ou d'une défectuosité qui en restreint l'usage (...) Ainsi Françoise M établit que le CD litigieux n'est pas audible sur tous ses supports, cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil. (...) Françoise M ne justifie pas que la société EMI Music France avait connaissance que le CD ne pouvait s'écouter sur tous supports. Conformément à l'article 1646 du code civil, sa demande de dommages - intérêts doit être rejetée* ».

L'action en garantie des vices cachés permet bien à l'acheteur soit de se faire rembourser, soit d'obtenir un CD exempt « d'anomalie ».

Pourtant, il ne s'agit pas tant d'un vice caché du CD que d'un vice de la mesure technique de protection, qui n'est pas à proprement parler l'objet de l'achat du consommateur.

La garantie de conformité nous aurait semblée un fondement juridique plus approprié.

Ensuite, l'on ne peut admettre que le producteur ou le distributeur ne connaissent pas les restrictions d'utilisation. Ces restrictions d'utilisation, qui consistent en l'insertion d'erreurs volontaires dans les pistes magnétiques, sont inhérentes à la technique rudimentaire de protection mise en place par le producteur.

A l'heure actuelle, l'association de consommateur UFC, qui se félicite publiquement de cette décision, a néanmoins décidé de poursuivre son procès pour obtenir l'interdiction du dispositif anticopie.¹⁰

La vente d'un support non conforme est susceptible de constituer le délit de tromperie

Saisi par l'association CLCV contre la société EMI MUSIC France, le Tribunal de grande instance de Nanterre a jugé le 24 juin 2003 :

« *Sur la tromperie,*

L'article L.213-1 du Code de la consommation réprime le fait de tromper ou de tenter de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit notamment sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, l'aptitude à l'emploi du produit.

L'infraction de tromperie pour être constituée nécessite d'une part un élément matériel caractérisé par un fait de nature à induire en erreur, portant sur l'aptitude à l'emploi du produit, d'autre part un élément intentionnel caractérisé par la conscience que l'auteur a du fait que la chose n'a pas la qualité qu'elle aurait du avoir.

En l'espèce, l'association CLCV soutient que la mention en cause « ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie » est une allégation de nature à induire en erreur, car le consommateur normalement avisé ne peut comprendre qu'elle signifie, dans les faits, l'impossibilité de lire le CD et donc d'écouter de la musique sur un autoradio ou d'autres lecteurs, ce qui constitue une atteinte légitime du consommateur. En outre, la CLCV soutient que ce défaut d'aptitude à l'emploi, sciemment dissimulé par le producteur, constitue l'élément intentionnel du délit de tromperie. (...)

Il ressort que tous les CD de Liane FOLY, dotés du système anti-copiage ne sont pas audibles sur tous les supports d'écoute.

¹⁰ Cf Enquête parue au mensuel Que Choisir - Juin 2003 n° 405 - « Musique : pourquoi votre CD est muet »

Le fait que le consommateur ne puisse écouter sur un autoradio ou un lecteur caractérise l'inaptitude à l'emploi du produit, quand bien même seuls certains CD sont atteints par ce vice et quelques utilisateurs concernés.

Le consommateur en lisant la mention « ce CD contient un dispositif technique limitant 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.

Si certes la société EMI informe le consommateur de l'existence de ce système, elle garde le silence sur la restriction d'utilisation du CD sur certains supports.

Ce silence est de nature à induire le consommateur en erreur.

La société EMI qui a pour activité principale l'édition phonographique, la distribution, la vente de phonogrammes est tenue de vérifier et de contrôler la conformité et l'aptitude à l'emploi du produit qu'elle commercialise.

En tant que professionnel averti, elle ne pouvait ignorer la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY et devait effectuer les vérifications nécessaires.

Ainsi en omettant d'informer les acheteurs des CD (...) dotés d'un système anti-copiage, des restrictions d'utilisation et particulièrement de l'impossibilité de lire ce CD sur certains autoradios ou lecteurs, la société EMI s'est rendue coupable d'une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ces produits. (...)

La tromperie ayant été retenue, il n'y a pas lieu d'examiner la demande fondée sur la publicité mensongère. (...)

La tromperie commise par la société EMI justifie de lui imposer d'informer le consommateur de la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY.

Il convient de lui enjoindre de faire figurer sur le verso de l'emballage desdits CD, la mention suivante, en caractère de 2,5 mm : « attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio » et ce sous astreinte de 1.000 Euros par jour de retard (...) »

Cette solution n'est pas pleinement satisfaisante : pour le consommateur, l'avertissement ordonné par le Tribunal ne nous semble pas suffire à conformer le produit à ses qualités substantielles, à savoir être lu sur un appareil antérieurement acquis à cette fin, sans mention d'aucune restriction.

Nous assisterions à un phénomène « d'utilités aléatoires ». L'on admettrait que des autoradios ou des appareils informatiques puissent lire certains CD audio ou des DVD, mais pas tous. Par principe l'accès à telle œuvre pourrait vous être refusé.

Il nous semble d'abord qu'un tel CD ou DVD, de lecture aléatoire, reste non conforme, sauf aux fabricants de lecteurs d'avertir préalablement que certains CD ou DVD seront exclus. Mais il s'agit alors, pour les ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés de s'entendre avec les fabricants de lecteurs, afin que les acheteurs soient dûment informés par les deux parties (software et hardware).

Il nous semble ensuite, que l'intérêt général lié à l'accès à la culture et aux arts, suppose que toute œuvre puisse être lue sur tout lecteur, dès lors que l'acheteur du support et du lecteur entre légitimement en possession de ceux-ci.

Il nous semble enfin, que l'on pourrait reprocher aux éditeurs, dans l'hypothèse de supports de lecture rendus aléatoires selon les lecteurs, de contrevenir à leur obligation d'assurer une exploitation permanente et continue des œuvres des auteurs.

Pour reprendre l'exemple des jurisprudences précitées du tribunal de grande instance de Nanterre, les auteurs et les artistes pourraient être peu satisfaits, tant de la limitation d'audience induite par la mesure de protection technique, que de cette image sécuritaire et restrictive autour d'une œuvre de variété.

Le droit de la concurrence

Si le législateur européen appelle de ses vœux la mise en place de systèmes universels (considérant 54 de la directive du 22/05/01), les ayants droit doivent se garder des pratiques restrictives de la concurrence et notamment des ententes illicites.

Aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce français :

« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- 2- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- 3- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- 4- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »*

Aux termes de l'article L. 420-2 du même Code de commerce :

« I. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

- 1- D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;*
- 2- De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.*

II. - Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

Article L. 420-3 Code de commerce :

« Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2. »

Article L. 420-4 Code de commerce :

« I. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

- 1- Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; » (...)*

Article L. 420-6 Code de commerce :

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 500.000 F le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné. »

Les logiciels

Les programmes d'ordinateur et leur documentation, protégés par le droit de la propriété littéraire aux termes de l'article 1 de la directive 91/250 du 14 mai 1991, sont rejetés toujours un peu plus loin aux marges de ce droit. Y sont-ils vraiment ?¹¹

¹¹ Considérant n° 50 : *« Une telle protection juridique harmonisée n'affecte pas les dispositions spécifiques en matière de protection prévues par la directive 31/250/CEE. En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive.*

L'on sait que le droit moral de l'auteur d'un logiciel ne lui permet pas de s'opposer à la modification par le cessionnaire des droits (for l'honneur et la réputation), qu'il ne bénéficie pas d'un droit de repentir et de retrait, que la reproduction de tout ou partie du logiciel n'est pas soumise à autorisation lorsqu'elle est nécessaire pour permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination, que l'utilisateur légitime peut, sans autorisation, décompiler le logiciel, assurer son interopérabilité, qu'il peut corriger des erreurs, faire une copie de sauvegarde ... Bref, que le droit de l'auteur du logiciel est contraint par un principe d'utilité et de finalité informatique, parfaitement dérogoratoire au droit de la propriété littéraire.

La protection juridique des MT ne devra pas gêner le droit de décompilation et d'intégration de l'utilisateur d'un logiciel.

Cette réserve s'imposait pour le législateur européen, conscient de l'enjeu du développement du marché des solutions informatiques dans un contexte de domination américaine.

Le champ de protection juridique s'en trouve très réduit : il se cantonne aux supports CD, DVD et non aux logiciels de lecture informatique.

Ainsi, la protection juridique des MT ne vaudra pas pour protéger tel logiciel informatique de lecture des supports des objets protégés.

La directive arbitre en permanence entre trois principes :

- La protection des droits patrimoniaux exclusifs des titulaires de droits ;
- La protection des droits des utilisateurs ;
- Le développement du grand marché.

D'abord, en zone de faibles turbulences, en zone analogique ou quasiment analogique, par exemple, l'utilisation d'un CD audio sur un matériel électronique fermé (non informatique), la directive arbitre en faveur de l'exception de copie privée. Parce que, somme toute, cette exception, dans ce cadre, est sans doute la plus conforme à un principe de circulation des œuvres - sauf atteinte à l'exploitation normale ou préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

Ensuite, en zone numérique, incertaine, risquée pour les titulaires de droit, et évolutive, la directive arbitre en faveur de leurs intérêts économiques légitimes, toujours dans la même perspective du développement du marché de la propriété intellectuelle : le préjudice causé par la copie privée semble injustifié. Aux États de décider.

Enfin, parfois, à la marge, les intérêts économiques légitimes des titulaires de droits, « menacés » qu'ils pouvaient être, par une exception ou une limitation, deviennent « menaçants », ou gênants, dans la perspective de développement du grand marché, et contraignent la circulation des informations, des œuvres et autres biens économiques, nuisibles au développement des services.

Alors, en dernier recours, la directive arbitre toujours en faveur du grand marché, du développement de la recherche, de la circulation de l'information et des données.¹²

Elle ne doit ni empêcher, ni gêner la mise au point ou l'utilisation de tout moyen permettant de contourner une mesure technique nécessaire pour permettre d'effectuer les actes réalisés conformément à l'article 5, paragraphe 3, ou à l'article 6 de la directive 91/250/CEE. Les articles 5 et 6 de ladite directive déterminent uniquement les exceptions aux droits exclusifs applicables aux programmes d'ordinateur. »

¹² C'est le sens du Considérant 48 : « Une telle protection juridique doit porter sur les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique. Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. (Comprendre 6.2)

Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement

Les limites de principe aux exceptions et limitations

Services de mise à disposition interactifs

Aux termes du considérant 53 : *« la protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des œuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. Dans le cas où ces services sont régis par des dispositions contractuelles, le premier et le deuxième alinéas de l'article 6, paragraphe 4, (Intervention de l'État pour assurer le bénéfice des exceptions ou limitations) ne devraient pas s'appliquer. Les formes non interactives d'utilisation en ligne restent soumises à ces dispositions. »*

Ainsi les utilisations des services de mise à disposition d'objets protégés interactifs demeurent dans le ressort de la volonté des ayants droit : les États ne sont pas obligés d'intervenir pour permettre l'exercice d'une exception ou d'une limitation.

Les exceptions et limitations sont fonction inverse de l'importance du « complexe électronique » d'accès aux œuvres. En d'autres termes : plus c'est numérique et interactif, plus le législateur européen recule, renonce à la règle de droit des États et s'en remet à la volonté des parties.

En fait de volonté, il s'agit surtout de ne pas forcer, par une règle contraignante, des titulaires de droit, inquiets pour la pérennité de ces droits.

A un extrême, le support analogique off line doit permettre pleinement le jeu des exceptions et limitations. A défaut, l'État doit prendre des mesures appropriées.

A l'autre extrême, l'État n'est pas obligé d'intervenir pour permettre le bénéfice des exceptions et limitations dans le cadre d'un service en ligne de mise à disposition, interactif.

Plus c'est électronique, moins on ouvre, plus on caparaçonne, plus les exceptions et limitations se restreignent. C'est le sens du considérant 34 :

« Lorsque les exceptions et limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet.

Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique.

En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés. »

Les conséquences économiques des exceptions et limitations sont difficilement appréhensibles (peu lisibles) dans un environnement électronique en plein essor. Tant qu'il n'est pas possible de photographier précisément cet environnement électronique pour en analyser précisément les flux, tant que la lave ne sera pas solidifiée, pour le législateur européen, les titulaires de droits doivent pouvoir ouvrir l'accès aux œuvres et autres objets protégés sans contrainte, sans qu'une norme supérieure effarouche leurs velléités d'ouverture.

Le rapport entre l'ordre public et les garanties de sûreté des individus résulte d'un équilibre lui-même issu de l'histoire et de la culture constitutionnelle des États. Ainsi en France la Déclaration des droits de 1789 fonde en droit positif le premier texte de procédure pénale française, en son article 8 *« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »*

Nous doutons que les peines strictement nécessaires, dont l'appréciation souveraine incombe au Législateur français, sous le contrôle de son juge constitutionnel, puisse comprendre des peines

de la protection technique. Cette protection ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie. »

dictées, dans leurs modalités mêmes, (privation de liberté), par l'obligation de transposer une directive européenne.

Certes, les traités ADPIC qui prévoient les mêmes sanctions en matière de contrefaçon de marque ou de piratage de droit d'auteur « commis à une échelle commerciale » ont été ratifiés par le Parlement français. Mais justement la ratification, permet au Parlement de contrôler la disposition pénale de principe qu'on lui soumet.

Rien ne nous semble autoriser la Communauté européenne à contraindre les États membres, avant tout vote de leur organe parlementaire, à adopter des dispositions pénales.

Nous déplorons aussi que la Communauté européenne croie devoir passer le Rubicon des libertés publiques et du droit pénal justement à l'occasion de la protection juridique des œuvres.

Qui ne mesure pas l'outrageante erreur qui consiste à adosser un dispositif répressif et policier à des produits que l'on n'acquiert que dans un certain enthousiasme intellectuel sinon poétique, à la recherche d'évasion, de rêve, de liberté ou de progrès ?

Il faut bien imaginer « l'allure » du CD techniquement protégé anticopie, avec sa protection juridique en double, pour le jeune évaporé qui vient de découvrir « Like a voodoo child » de Jimmy HENDRIX ou autre Janice JOPLIN, y compris nos chantres de la chanson francophone en passant, depuis BERANGER, par PIAF, BREL, VIGNAULT, BRASSENS, jusqu'à Thomas FERSEN, LES TETES RAIDES ...

Il faut bien imaginer, aussi, le quatuor à corde n°13 en Ré mineur de Franz Schubert (D.810), « La jeune fille et la mort » avec en exergue sur le CD ses pictogrammes rappelant le dispositif anticopie et les textes de lois répressifs.

Certes, la contrefaçon est un délit pénalement réprimé, mais, comme en matière de liberté publique, la mesure de police doit être proportionnée à la liberté publique en cause. D'abord, les producteurs comme les législateurs devraient s'inspirer de cette jurisprudence traditionnelle en liberté publique (BENJAMIN : C.E 19 mai 1933, Benjamin, Rec. 541, GAJA) :

« S'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 20 mars 1907 ;

Considérant que pour interdire les conférences du sieur René Benjamin figurant au programme des galas littéraires organisés par le syndicat d'initiative de Nevers, qui présentent toutes deux le caractère de conférences publiques, le maire s'est fondé sur ce que la venue du sieur Benjamin à Nevers était de nature à troubler l'ordre public ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de roubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre (...) ».

Ensuite, assurons nous, si l'on veut défendre les intérêts des ayants droit, de connaître et d'identifier, un peu, auparavant, les sociétés qui composent le public : lorsqu'un hurluberlu se commet à vouloir écouter, et pour cela acquérir, *La jeune Fille et la mort* de Franz Schubert (D.810), sans être un descendant de Chateaubriand, il connaît une extase à la fois très ordinaire, parce qu'elle concerne tout le monde tous les jours, et bien extraordinaire parce qu'elle procure à l'homme la sensation de sa liberté et la fréquentation de l'absolu, qui le distinguent de l'animal, le font fier, et pas trop enclin à supporter les contrôles d'un visiteur de prison.

Conclusion : Un rééquilibrage en faveur des services au détriment des supports

La prévention absolue de la reproduction ou de la mise en ligne frauduleuse d'une œuvre ou autre objet protégé par un acquéreur, à partir d'un CD ou d'un DVD, suppose la rupture entre les processus d'enregistrement numérique des supports et les protocoles de communication.

Une telle prévention de la fraude postule la rupture pure et simple du processus de convergence des médias, et le développement d'une société de l'information hyper répressive, à l'opposé de ses mythes fondateurs libertaires et scientistes.

Sérieusement menacés dans leur économie actuelle, les producteurs se crispent, les législateurs avec eux.

Une part importante du public ne les comprend pas, conteste le droit, et entre en dissidence sur son terrain favori, l'Internet.

Le Journal *Libération* du 6 septembre 2003 titre en première page « Le CD bientôt DCD » avec en sous titre « Le prix, la TVA, le téléchargement sur l'Internet font chuter les ventes d'une industrie qui n'a pas su s'adapter ».

Le journal publie les chiffres du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) : « *Les ventes de disques ont chuté de 9% en France au premier semestre 2003 (...) la baisse atteindrait 30% en juillet et en août* ».

En éditorial : « (...) *Les plus enragés de la gratuité ne peuvent dénier aux artistes le droit de vivre de leur travail. Et la relation entre les artistes et leurs publics n'existe jamais, du moins dans la durée, sans intermédiaires. Les majors ne survivront pas, s'ils survivent, sans une réinvention drastique de leur rôle. Qu'importe ? Leurs combats d'arrière garde ne doivent pas détourner du passionnant avenir qui s'invente sous nos yeux. (...)* ».

Interviewé, David BOWIE déclare : « *Il me paraît évident qu'avant la fin de la décennie le commerce électronique sera amené à bouleverser l'industrie musicale. Dans un même ordre d'idée, la notion de propriété intellectuelle va être révolutionnaire à un tel degré que le copyright deviendra caduc à force de téléchargements et de remix de remix, etc. Cette période de transition que nous vivons est comparable, à mon sens, à l'invention de l'imprimerie. Seul existait la Bible jalousement gardée par l'Église. Avec Gutenberg, les mots ont soudain été à la portée de tous, ou presque. J'imagine que la musique changera pareillement dans son essence et sa fonction. Aussi accessible que l'eau et l'électricité, il ne sera plus indispensable de payer pour l'avoir et elle ne sera plus le bien exclusif de quiconque. Et l'originalité des artistes ne se fondera plus que sur le spectacle. (...) Je n'aurai plus qu'à tirer un trait sur mes droits d'auteur. Cela ne me dérange pas, si tel est le prix à payer pour continuer à évoluer (...)* »

Bowie illustre le propos : Il se produisait en concert très restreint à Londres le 8 septembre 2003. Mais il permettait à son public, dans le monde entier, d'assister à des retransmissions dans quelque lieu « branché » des grandes capitales et dont l'adresse n'était révélée qu'au dernier moment. Vous deviez à cette fin vous pré-enregistrer sur le site, payant, de l'artiste, acquérir votre place et vous receviez ensuite par message électronique l'adresse du lieu jusque là tenu secret.

Bowie pose très justement la question celle du rééquilibrage des droits vers le spectacle vivant, bien que sa renonciation de principe à ses droits d'auteur dénote, finalement, une démagogie assez insoutenable : le public espère voir et entendre d'autres auteurs et artistes que ceux qui ont les moyens de sacrifier leurs droits de reproduction.

Les producteurs et les législateurs doivent au fond se poser cette question prospective essentielle, s'ils ne veulent pas se trouver pris, dans quelques années, au même piège que celui de la copie privée, concédant des exploitations qu'ils avaient refusé de considérer, et dont la perte menace aujourd'hui ceux qu'on voulait protéger.

En fin de compte, dans quelle mesure sont-elles utiles, ces galettes ? Est-il bien nécessaire, pour satisfaire le besoin du public, qu'on le munisse systématiquement de cette vaine propriété sur un CD ou DVD, alors que, pour satisfaire son besoin et sa créance culturelle, il peut suffire qu'il accède aux œuvres et autres objets protégés, à l'endroit et au moment qu'il choisit.

Le conflit entre l'industrie phonographique et audiovisuelle est issu d'un malentendu fondamental : l'œuvre musicale ce n'est pas le support CD, l'œuvre audiovisuelle, ce n'est pas le support DVD. Et l'enregistrement n'a d'utilité, légale, qu'en tant qu'il constitue une médiation de l'œuvre.

Mais les enregistrements et les supports se sont affranchis de la simple utilité médiatique de l'œuvre qui leur est impartie, pour devenir une valeur en soi, hors toute utilité culturelle.

C'est ainsi que l'Internet, un peu rétif aux paiements ordinaires, a développé une économie de troc avec une quasi monnaie, les fichiers d'œuvres, échangés non seulement entre eux mais aussi comme un moyen de paiement. En somme, l'on pille la banque des producteurs, dans

l'économie traditionnelle, pour se faire une monnaie sur l'Internet, et dans les cours de récréation.

C'est une erreur d'analyser strictement les échanges de fichiers MP3 comme une substitution pure et simple à l'achat de musique pour la satisfaction d'une utilité culturelle ou de loisir.

David BOWIE, cynique, tire ce simple constat, qu'il peut très bien se passer de son producteur de disque, dans son économie actuelle. Là où Bowie a foncièrement raison, c'est qu'il s'agit fondamentalement pour un auteur ou un artiste, quels qu'ils soient de toujours revenir vers son public. Sinon, il ne s'agit plus d'échange culturel mais de consommation de biens culturels, pour reprendre les termes malheureux de la directive du 22 mai 2001.

Paradoxalement, et c'est la bonne nouvelle pour les industries phonographique et audiovisuelle, jamais les techniques d'enregistrement n'ont été aussi raffinées, jamais l'on n'a pu sculpter un son ou une image en studio comme aujourd'hui. Jamais David Bowie ne pourra se passer d'une production de qualité, dans le genre de musique qui est le sien, et nous ne serions pas choqués, au contraire, qu'un producteur revendique un véritable droit d'auteur pour la réalisation de telle forme sonore ou audiovisuelle, dès lors qu'il a fait œuvre de création.

Le pansement de la copie privée ne s'est-il pas lui même avéré infectieux parce que l'économie générale des droits voisins était incompatible avec l'économie générale des droits d'auteur ?

Les nouvelles musique ouvrent une nouvelle ère de l'art musical : ce ne sont plus des compositions dans leurs lignes harmoniques, mélodiques et rythmiques, mais des compositions de sons, travaillés en studio et sur des tables de mixage par des DJ's.

Le public n'est plus le même, l'écoute est différente on peut même contester à ces créations la qualité de musique ; pas celle de créations.

L'on a admis les DJ's au rang d'auteurs ; l'on peut admettre les producteurs au même rang de créateurs et les protéger en tant que tels.

Lorsque un type de délinquance se multiplie à l'échelle d'un phénomène de société, l'on ne peut pas la traiter, en démocratie, simplement par la voie de la répression. La RIAA peut multiplier les poursuites contre les Internautes, elle heurte la clientèle des producteurs et assied la dissidence de jeunes consommateurs qui s'ennuient : finalement l'Internet avait été conçu pour ça, résister aux attaques.

Les Internautes peuvent aussi se sentir quelque peu soutenus ou confortés dans leur dissidence, d'une part par toute une industrie du hardware qui développe et promeut les outils pour graver, d'autre part par des opérateurs de communications qui ont froidement tendance à ignorer ce qui freine la fluidité du contenu sur les tuyaux, notamment la propriété intellectuelle.

L'éditorialiste du Journal Libération du 6 septembre 2003 écrit que les déboires des majors n'intéressent au fond que leurs actionnaires.

L'on ne peut ignorer que la révolution numérique en rapprochant les auteurs, les artistes et le public, met en cause les fonctions traditionnelles des producteurs et des éditeurs.

Pour autant, la collectivité demeure certes fondamentalement intéressée à la prospérité et au dynamisme de la création. Partant, à la rémunération des auteurs, des artistes et des producteurs, sans lesquels les premiers restent sans voix ou sans images.

Au fond, la question de la copie doit demeurer marginale au sein d'un droit fondé sur une propriété incorporelle sur les œuvres de l'esprit.

Les reproductions sont pillées et galvaudées : c'est aussi la juste conséquence d'une création de consommation rapide.

Les producteurs ont les moyens de reconquérir le public, par le haut, en développant la qualité de leurs produits, les techniques numériques leur en donnent les moyens techniques, pour laisser aux réseaux un numérique médiocre ; et en développant la qualité de leurs services : comme l'esprit, la prestation, intellectuelle, ne se duplique pas.

ANALYSE[S] DES ENJEUX DES DROITS D'AUTEUR A L'ERE NUMERIQUE

Spécificité(s) de l'Internet & du numérique

Pour comprendre les enjeux en présence, il convient de se remémorer les spécificités des nouveaux outils de création & de diffusion.

Les **principales spécificités des « formats numériques »**, qui ont succédé aux formats analogiques & sous lesquels circulent aujourd'hui toutes les œuvres audiovisuelles, sont :

- l'immatérialité & la reproductibilité de tous ces supports, en particulier audiovisuels & textuels (fichiers numériques convertibles), si bien qu'on ne peut plus parler d' « original », chaque copie numérique devenant un original copiable à volonté ;
- cette « dématérialisation » des supports (ancien supports matériels : CD & DVD) permet une bien plus grande facilité & rapidité d'échange, en particulier par l'Internet (un film DVD sous format DivX « pèse » environ 5 fois moins qu'en format « physique » VOB, soit environ 800 M° contre 4 G° au minimum / les fichiers musique en format mp3 n'excède pas 5 M° au lieu des 50 M° sous format Wave) ;
- cette dématérialisation des supports s'accompagne d'une hypermatérialisation de l'accès à la création : les œuvres tendent à être confondues avec leurs supports alors que les droits d'auteur sont, en bon droit, incorporels ;
- ces supports nécessitent des outils de lecture et de transmission nullement homogènes, assez contradictoires avec la liberté d'accès du public aux œuvres ;
- les coûts de production (un « home studio » sur ordinateur suffit : ex. du groupe français AIR) sont considérablement abaissés, ainsi que les coûts de distribution (pas de packaging), et sont donc beaucoup plus accessibles au grand public (fabrication & téléchargement ou achat) ;
- la possibilité pour n'importe quel particulier, une fois l'œuvre glissée sur un disque dur, de la modifier à loisir (*sample & remix* pour la musique, extraction de séquence vidéos pour les films, etc.) pour éventuellement en faire une œuvre modifiée/nouvelle ;
- des possibilités de stockage exponentielles/exceptionnelles : une vidéothèque ou discothèque « classique » constituée de supports « matériels » devenait rapidement encombrante ; aujourd'hui, avec la capacité des disques durs (internes & externes) actuellement commercialisés, n'importe quel particulier peut stocker des milliers d'œuvres musicales ou des centaines de films sur un simple disque dur, ce qui a évidemment incité au « sur-archivage »/ « sur-copiage ».

Les **principales spécificités de l'Internet**, corrélativement à celles du format numérique, sont :

- le temps réel, c'est à dire la possibilité d'accéder à n'importe quel type d'information (fichiers audiovisuels compris) dès la mise en ligne sur le réseau mondial. Ainsi, dès qu'une œuvre audiovisuelle sous format numérique est mise sur la marché, elle peut être téléchargée par les internautes, voire avant si cette œuvre numérisée est mise en ligne (illégalement ou non) avant la sortie « physique/publique ».
A noter que bon nombre des majors se plaignant aujourd'hui d'un téléchargement qu'elles ne pourraient contrôler furent les premières (et continuent de le faire pour certains produits) à mettre en ligne gratuitement certaines œuvres afin de « créer le buzz » (communication commerciale), allumant ainsi un feu qu'elles prétendent aujourd'hui éteindre ;
- l'accès public/la gratuité de la plupart des données/fichiers qui ont fait l'attrait & le succès du réseau, ce qui a contribué à forger une « culture de la gratuité » revendiquée aujourd'hui par la plupart des usagers ;

- L'immatérialité de la « toile » qui ne connaît aucune frontière « physique ». Cette ubiquité (« ailleurs à tout moment ») remet en question les fondements juridiques même des États « classiques » : la « génération Internet » est de fait mondialiste. Aucun État ne peut aujourd'hui prétendre « réguler » l'Internet, surtout depuis le développement de protocoles d'échange autrement plus « discrets & complexes » que ceux que le législateur prétend pouvoir/vouloir surveiller...
- La facilité de transmission de tous types de données, l'immatérialité du numérique/net autorisant les transferts de biens & services numérisables (en particulier les « œuvres de l'esprit » soumises à perception de droits d'auteur) à un coût quasiment nul.
- la multiplicité des sources/sites & protocoles permettant de télécharger n'importe quelle œuvre sous format numérique.
D'où que (vouloir faire) fermer un site pour n'importe quelle raison ou prétendre à une « législation nationale » concernant le Web est une illusion technique & intellectuelle : les informations/données que l'on prétend ainsi « bloquer » seront quasi immédiatement mises à disposition ailleurs, via un autre serveur (dans un autre pays ou non);
- L'impossibilité, technique & financière, d'un contrôle global continu à la fois des sources de téléchargement & des internautes qui téléchargent. Car, même si les fabricants de hardware & software se mettaient à configurer leurs matériels & logiciels avec des dispositifs de contrôle intégrés (déclarés ou non), le réseau mondial des internautes, hackers & férus d'informatique (souvent même les ingénieurs en charge de la mise en place de ces dispositifs contraire à « l'éthique du net ») trouveraient rapidement la parade & diffuseraient très facilement/rapidement les modes de contournement possibles...
- son anonymat (furtivité des *uploadings* & *downloadings*) : le temps où chaque internaute était repérable par son adresse IP ou son mail est révolu (adresses IP renouvelées à chaque connexion ADSL & messageries hotmail par exemple). Conséquence : quasiment n'importe qui peut mettre en ligne et/ou télécharger ce qu'il veut sans qu'on puisse « remonter » à la source ou identifier le « client » si ceux-ci ne désirent pas être repérés, à moins de mettre en œuvre des techniques de « pistage » extrêmement complexes & onéreuses (technologie de sécurité militaire de pointe), qui, de toute façon, sont parfaitement connues des *hackers* par ailleurs de plus en plus jeunes...

Conséquences

Elles sont simples à comprendre :

- glissement progressif de la clientèle, surtout jeune, vers les supports immatériels téléchargeables sur Internet : évolution de la consommation que les majors n'ont pas anticipé & à laquelle elles rechignent à s'adapter malgré les potentialités de diffusion élargie qu'elle offre ;
- l'Internet est le nouveau vecteur de diffusion & de découverte pour la musique, mais aussi pour toutes les œuvres qui peuvent être numérisées (textuelles & audiovisuelles) : les internautes y découvrent des œuvres trop fastidieuses à chercher en supports matériels, et les artistes qui veulent de faire connaître (du public & des maisons de disques/labels) ont de plus en plus recours à cette technique peu onéreuse de diffusion (souvent gratuitement) ;
- les portails de téléchargement gratuit grand public (vivant de publicité) sont assez faciles à « brider », du moins à filtrer, mais la plupart des échanges de fichiers sur l'Internet resteront « masqués »...
- toute l'industrie audiovisuelle (producteurs & auteurs de films & musiques) doit « muter » & mettre en place de nouveaux modes de diffusion, bon nombre d'internautes préférant dorénavant « consommer » musique & films à domicile via Internet/leur ordinateur (en *streaming* ou en téléchargement) sur des supports immatériels/numériques ;
- apparition d'arts nouveaux liés au numérique & à l'Internet (œuvres plastiques téléchargeables, net art, etc.) pour lesquels aucun mode de rétribution des droits d'auteur n'a encore été défini (ex. de Nicolas Clauss : <http://www.flyingpuppet.com>).

Évolution & complexité du/des droit(s) d'auteur

Problématique de la « propriété » intellectuelle

La question principale réside dans la notion de « propriété » intellectuelle. Il faut bien comprendre que c'est une « propriété » relative, surtout fondée sur le droit personnel de l'auteur, vers lequel on doit toujours revenir. Alors que la notion de « propriété » permet de transformer une œuvre en bien quelconque susceptible d'aliénation (vente). La « propriété » littéraire et artistique n'en est pas une. C'est par pure antiphrase que Le Chapelier a utilisé ce terme au 18^{ème} siècle. Les cessionnaires de droit (éditeurs) et les producteurs (ceux qui fixent l'œuvre) s'en sont emparés, de mauvaise foi, pour transformer une protection personnaliste (droit d'auteur) en protection d'un droit sur la chose qu'ils prétendent avoir acquise, comme n'importe quel bien.

La problématique soulevée par l'actuel débat tourne donc autour de la notion « du » droit d'auteur - confusion volontairement entretenue par les éditeurs/producteurs - alors qu'il faudrait parler « des » droits d'auteur. Car non seulement « le » droit d'auteur, incorporel, recouvre « le droit moral » (perpétuel & non cessible) et les « droits patrimoniaux » (temporaires & cessibles, expirant 70 ans après la disparition de l'auteur avant de tomber dans le « domaine public ») relatifs aux divers types d'adaptation/exploitation de l'œuvre ; mais aussi les « droits voisins », droits subséquents, corporels (sur les enregistrements) conférant une protection dans les mêmes termes aux artistes-interprètes, aux producteurs et aux entreprises de communication audiovisuelles, depuis 1985, qui sont plus courts dans le temps et qui expirent 50 ans après la première diffusion de l'œuvre.

Parler « du » droit d'auteur et non « des » droits d'auteur entérine de fait un dévoiement général « du »/ « des » droits d'auteur qui s'est produit tout au long du 20^e siècle, et signe une interprétation de celui-ci conforme au mercantilisme outrancier & pratiques abusives des éditeurs & producteurs face à des auteurs/créateurs peu enclins à défendre vraiment leurs droits & intérêts tant ils craignent de « froisser » leur producteur ou éditeur éventuel. Et, sous couvert de défendre « le » droit des auteurs & leurs droits patrimoniaux, les lobbies de l'industrie du disque, du film & de l'édition n'ont fait que défendre leurs propres intérêts (les droits voisins), et ce jusque lors du récent débat sur les DADVSI liés aux problèmes de téléchargement par « peer to peer ».

En effet, qu'il s'agisse d'auteurs/créateurs de films, musiques ou textes, ceux-ci, mal conseillés par les sociétés de perception de droits d'auteur peu enclines à percevoir auprès d'intermédiaires/diffuseurs trop nombreux, ont malheureusement pris l'habitude de céder aux prétentions de leurs éditeurs/producteurs respectifs qui, leur signant un contrat, exigent la plupart du temps, outre la cession des droits d'exploitation pour le « support » les concernant au premier chef (livres pour les écrivains/éditeurs, disques pour les musiciens/producteurs, salles de cinéma pour les réalisateurs de films/producteurs, etc.) la cession des droits patrimoniaux dits « annexes », à savoir ceux d'exploitation de l'œuvre sur d'autres supports. Ainsi, les éditeurs et les producteurs se retrouvent « propriétaires » de droits d'exploitation de l'œuvre pour des supports qui ne sont pas à l'origine de leur ressort : un éditeur percevra des droits de représentation pour une pièce qu'il aura éditée mais pour laquelle il n'aura rien fait afin qu'elle soit montée & produite sur scène, un producteur de films percevra une bonne partie des recettes d'exploitation d'un film dès lors que celui-ci sera diffusé ailleurs que dans une salle de cinéma, un éditeur/producteur de musique percevra des droits d'exploitation sur la diffusion via la radio ou l'Internet, etc. A ce jeu pervers, seuls les auteurs/créateurs « gros vendeurs », capables de se faire assister de conseils juridiques & en situation de force par rapport aux éditeurs/producteurs potentiels, peuvent exiger la non subséquence de la cession des droits dits « annexes » aux « droits principaux » de leur œuvre. Les autres, c'est-à-dire la majorité, doivent toujours s'incliner devant ces intermédiaires (éditeurs/producteurs) au risque de ne pas voir leur œuvre diffusée, et toucher des sommes dérisoires en regard des profits colossaux indûment encaissés par ceux qui n'ont aucun mérite à revendiquer dans la création de l'œuvre : c'est ainsi que les créateurs, donc la création tout entière, est asphyxiée en France depuis plusieurs dizaine d'années sans qu'aucune institution n'y trouve à redire...

Or, l'actuel débat initié en force sous la pression de ces lobbies n'est que l'extrême concrétisation de ce « racket » organisé des auteurs/créateurs tout au long du 20^e siècle & auquel il est temps de mettre un terme en redonnant à ceux-ci la pleine jouissance de leurs droits patrimoniaux, à destination du public, du moins en affirmant fortement un principe de non subséquence de cession des droits patrimoniaux, et une prééminence de ceux-ci sur les droits voisins des éditeurs/producteurs.

Problématique de l'évolution des espaces/supports & de la durée des droits patrimoniaux

La subséquence des droits patrimoniaux qui est actuellement la règle n'a fait que « s'aggraver » depuis que les espaces/supports de diffusion des œuvres se sont multipliés.

Évolution/explosion des supports/espaces de diffusion : de la matérialité classique à l'immatérialité post-moderne

Depuis la reconnaissance de la « propriété littéraire et artistique » à la fin du 18^e siècle, les espaces/supports de diffusion des œuvres n'ont cessé de se multiplier, ainsi que les disciplines artistiques associées, avec les avancées successives de la technologie :

- reprographie (imprimerie, livres & partitions, puis photographie) & salles de spectacle aux 18^e et 19^e siècle ;
- électrique (cinéma & vidéo, radio, télévision, enregistrements sur bandes magnétiques audio & vidéo) au 20^e siècle jusque dans les années 1980 ;
- numérique au tournant des 20^e & 21^e siècle (fichiers numériques textuels, visuels & sonores, transmissibles par Internet - « peer to peer », webradios, liaisons FTP, etc. -, téléphonie mobile, ou sur de nouveaux supports tels que CD, DVD, disques durs & périphériques informatiques divers).

Une multiplication des droits inhérente à celle des supports/espaces de diffusion

Cette multiplication des supports/espaces de diffusion a entraîné l'apparition & la multiplication d'exploitation, mais toujours régis selon les anciens principes du droit d'auteur (de façon subséquente ou non).

Si bien que de nombreux éditeurs/producteurs se sont retrouvés propriétaires de droits patrimoniaux pour la gestion desquels ils n'avaient pas, à l'origine, de qualification particulière (ex. d'un éditeur de livres disposant des droits radio ou télévisuels d'un texte, ou d'une maison de disques gérant les droits « Internet » ou télévisuels d'auteurs & d'artistes musiciens). En face, les auteurs et les artistes ont rarement leur mot à dire, ne pouvant que « subir » les choix de leur producteur (d'où l'apparition de labels indépendants, aux philosophies différentes, dans les années 90).

Ce qui a eu pour conséquence un effet pervers : l'apparition de concentrations de secteurs divers gérant l'ensemble des droits des artistes sans pour autant en avoir toujours les compétences (ou privilégiant telle forme de diffusion de l'œuvre plutôt que telle autre) : d'où l'uniformisation & l'appauvrissement actuels de la création artistique.

L'extension du rapport supports/espaces - durées de diffusion

Les cessions de droits extensives ayant perduré malgré la multiplication des espaces/supports de diffusion, les éditeurs/producteurs étant plus enclins à « verrouiller » leurs droits respectifs, il en est résulté une thésaurisation absurde, au mépris de la liberté du public d'accéder aux œuvres.

Le créateur/auteur est paralysé par des contrats de cession de droits, comme s'il s'agissait d'une propriété réelle, aliénée par l'absurde et contre le sens même du droit d'auteur au bénéfice d'un éditeur, d'un producteur et de société de gestion qui exploitent l'œuvre un peu comme ce japonais qui voulait se faire enterrer avec les *Tournesols* de Van Gogh...

Dans cette situation, le créateur/auteur n'est plus vraiment libre des types & durées d'exploitation de son œuvre sur différents supports, se retrouvant pieds & poings liés à son éditeur ou à son producteur, et ne pouvant, par exemple, décider d'une durée d'exploitation payante plus courte sur Internet si il a conscience qu'à notre époque l'œuvre diffusée sur Internet est moins facilement « contrôlable » que sur d'autres supports « matériels ».

Il y a là, à notre sens, un des nœuds de la problématique en débat, les auteurs/créateurs devant pouvoir gérer eux-mêmes plus facilement les durées d'exploitation de leurs œuvres en fonction de leurs espaces/supports de diffusion.

Analyse des intérêts en présence

Intérêts des publics/internautes

Les études menées jusqu'ici par différentes sociétés d'auteur sont toutes unanimes sur les points suivants :

- le téléchargement « sauvage » (par « peer to peer », non payant) n'a pas d'incidence sur les ventes de CD & DVD, les personnes concernées étant déjà de gros consommateurs de produits culturels, même si ils trouvent, à juste titre, que les prix des CD & DVD en commerce deviennent prohibitifs ;
- le téléchargement permet de découvrir des œuvres « confidentielles », des artistes émergents ou peu connus, et de redécouvrir des œuvres que les éditeurs/producteurs n'exploitent/ne diffusent plus ;
- le téléchargement massif concerne essentiellement de jeunes internautes désargentés qui, si le prix des CD & DVD en commerce était moins prohibitif, les achèteraient puisqu'ils ont parfaitement conscience que ce sont des enregistrements de meilleure qualité ;
- si les tarifs du téléchargement payant étaient vraiment raisonnables & attractifs (et non pas un douzième du prix d'un CD pour un titre comme à l'heure actuelle, alors qu'il n'y a aucun coût de conditionnement & de diffusion pour les producteurs), ceux qui téléchargent sont les premiers à déclarer qu'il utiliseraient volontiers ce mode d'acquisition des œuvres ;
- si, d'autre part, les œuvres en téléchargement payant (par ailleurs plus rapide) n'étaient pas bridées par des dispositifs DRM (limitant le nombre des copies & des lecteurs possibles, et donc la viabilité du produit pourtant légalement acquis), ceux-ci accepteraient également plus volontiers de payer pour télécharger les œuvres à l'unité ;
- le téléchargement correspond à de nouveaux modes de consommation : plus pratique & plus rapide que la vente en magasin, il est plus adapté à notre époque d'intense consommation culturelle & à la philosophie en « temps réel » propre à l'Internet : il a donc de très fortes perspectives de développement ;
- enfin, ceux qui téléchargent en « peer to peer » ne font que profiter de l'éthique ultra-démocratique de gratuité ayant prévalu dès les débuts d'Internet : remettre totalement en cause cette gratuité équivaut à nier les spécificités d'Internet, même si des solutions « intermédiaires » sont néanmoins possibles.

Ceux qui téléchargent en « peer to peer » ne sont donc pas de « dangereux pirates », mais de forts consommateurs de produits culturels se servant des technologies de leur époque pour pallier les déficiences & défaillances de producteurs/diffuseurs incapables de s'adapter à de nouveaux & fabuleux marchés.

Extrait du site web UFC-Que Choisir ?

20/12/05

Peer-to-peer, gravure, échanges Une étude inédite des comportements des internautes

L'Université Paris XI (laboratoire ADIS) et l'UFC-Que Choisir rendent publique une étude inédite qui décrit et analyse les pratiques de copiage des internautes en France à partir d'un échantillon national de 4000 personnes.

Cette étude, dont il n'existe pas d'équivalent en France et en Europe, permet enfin de mieux comprendre (statistiques descriptives) et d'expliquer (tests économétriques) les usages et les comportements des internautes et par la même occasion fait tomber ou relativiser certains a priori sur les motivations des copieurs et les effets supposés « catastrophiques » de leurs pratiques sur l'économie des industries culturelles.

Du point de vue du profil des copieurs, il apparaît que l'échange de copie est une pratique très répandue qui concerne pratiquement toutes les catégories sociales. Les copieurs ne peuvent pas uniquement être assimilés à des jeunes irresponsables ou à des resquilleurs. En fait, près de 11 millions d'internautes en France téléchargent de la musique sur Internet (soit plus de 40% des internautes).

Sur les facteurs explicatifs du copiage (probabilité d'être copieur et intensité du copiage), les variables significatives sont : un effet d'imitation et de contagion sociale (amis, familles, relations de travail...), l'accès à une diversité culturelle plus importante, le prix perçu des originaux, les compétences informatiques et dans une moindre mesure, le niveau d'études. Par contre, la perception du risque juridique et le niveau d'achat de CD et de DVD sont des variables neutres donc non explicatives du copiage. Il ressort donc que la politique répressive est particulièrement inefficace et ce d'autant plus qu'elle n'est pas fondée d'un point de vue économique si l'on considère les effets du copiage sur les achats de CD et de DVD.

Du point de vue des dépenses culturelles, il existerait une relation particulière entre le copiage P2P de musique et de films et les achats de biens culturels (CD, DVD) :

- Il ressort de l'étude que, d'une manière générale, les achats de CD et de DVD ne sont pas affectés par l'intensité du copiage sur les réseaux P2P. Cela peut s'interpréter comme une indépendance des deux pratiques ou, plus vraisemblablement, par la neutralisation de deux logiques contradictoires : substitution des achats d'originaux par le copiage, complémentarité/"cumulativité" de la pratique de copiage et de l'achat d'originaux.
- En revanche, l'intensité de copiage de musique toutes techniques confondues s'avère un facteur favorable aux achats de CD et de DVD. Les « gros » copieurs achètent donc relativement plus de biens culturels que les autres.

Du point de vue du consentement à payer, le copiage ne supprime pas la disposition à payer des internautes. Ils attribuent donc une valeur économique aux contenus qu'ils échangent. Ce résultat est révélé par l'analyse du consentement à payer (6,66 euros pour la musique, 8,44 euros pour les films et 12,62 euros pour les deux) pour accéder à des services de téléchargement libre. Ce consentement à payer est néanmoins inférieur au prix d'un original : cela suggère que les consommateurs estiment que le prix actuel des originaux est trop élevé. En conclusion, l'étude permet de largement relativiser les a priori qui circulent sur les pratiques de copiage : les conséquences économiques graves ou l'atteinte à la diversité culturelle.

Pour sa part, l'UFC-Que Choisir considère donc que les principales dispositions du projet de loi DAVSI, qui ne sont fondées sur aucune étude fiable des comportements, ne sont ni légitimes sur le plan éthique ni justifiées économiquement.

En effet, ce projet de loi, qui ne devrait pas être adopté en l'état :

- Organise une répression injustifiée contre les consommateurs (la riposte graduée),
- Prive les consommateurs de l'accès à la diversité culturelle (suppression des échanges peer to peer sans cryptage),
- Renforce les positions dominantes de l'industrie culturelle et de certains éditeurs informatiques qui contrôlent les logiciels de cryptage (généralisation des DRM).

quelques résultats descriptifs

Quels motifs pour le non-copiage et le copiage ?

Les données ont été redressées pour être représentatives de la population des internautes français.

- Les raisons pour lesquelles un individu n'est pas copieur :

Parmi les motifs les plus cités pour le non-copiage de musique, plus de 50% des individus déclarent que les copies sont de moins bonne qualité que les originaux et que cela prend trop de temps. En revanche, le risque juridique est une des raisons les moins avancées.

	Pas d'accord	Plutôt d'accord	D'accord	Tout à fait d'accord
Je ne m'intéresse pas à la musique	76,12 %	11,25 %	7,19 %	5,44 %
Je préfère posséder uniquement des originaux parce qu'il y a un risque juridique	64,01 %	16,63 %	8,93 %	10,43 %
Les copies sont de moins bonne qualité que les originaux	44,68 %	23,31 %	15,81 %	16,20 %
Cela prend trop de temps	44,25 %	22,69 %	19,30 %	13,76 %
Cela est trop compliqué	55,08 %	15,94 %	12,08 %	16,91 %

Les raisons pour lesquelles un individu copie

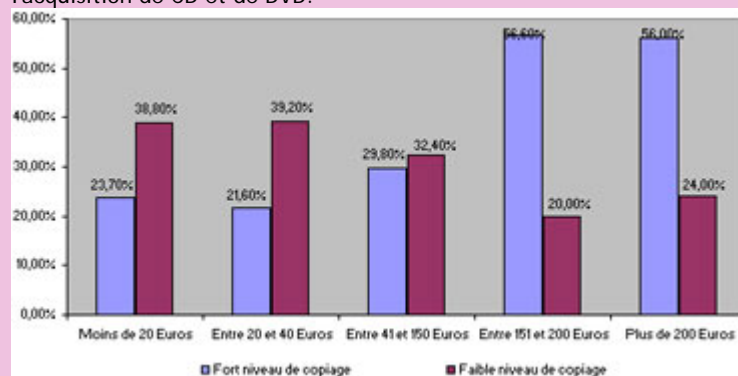
Parmi les raisons invoquées pour le copiage figurent le prix des originaux jugés trop élevés, la découverte de nouveaux artistes et les possibilités d'usage.

	Pas d'accord	Plutôt d'accord	D'accord	Tout à fait d'accord
Il n'y a pas assez de diversité dans les magasins ou sur les sites Internet à téléchargement payant	46,22 %	19,32 %	13,77 %	20,70 %
Cela permet d'acheter d'autres biens culturels (DVD, jeux vidéo.)	35,72 %	25,66 %	21,12 %	17,50 %
Il est possible de faire des compilations	13,90 %	18,07 %	26,36 %	41,68 %
Le prix des originaux est trop élevé	3,78 %	9,43 %	14,28 %	72,51 %
Il est possible d'obtenir une copie immédiatement (sans se déplacer)	17,38 %	21,30 %	22,55 %	38,79 %
Le copiage permet de découvrir de	10,19 %	11,55 %	21,55 %	56,71 %

nouveaux artistes				
Il est possible de lire immédiatement les morceaux sur un lecteur MP3	19,03 %	20,64 %	20,36 %	39,98 %
Je peux obtenir un morceau à l'unité plutôt qu'un album	11,09 %	12,87 %	18,68 %	57,37 %
C'est gratuit	10,01 %	19,48 %	22,35 %	48,17 %

Pratiques d'échange de copies et marchés des biens culturels

Le graphique suivant présente le niveau de copiage (évalué par les morceaux de musique copiés possédés par l'individu, quelles que soient les méthodes d'approvisionnement utilisées) pour chaque niveau de dépenses culturelles dans l'acquisition de CD et de DVD.



Il apparaît que les copieurs assidus sont également en proportion les plus gros acheteurs de CD et de DVD. Si l'on s'en tient à une telle analyse descriptive, on peut en déduire une cumulativité des pratiques d'achat et de copiage. Cela semble logique : pourquoi copier si l'on ne s'intéresse pas à ce que l'on copie ? Pour autant, on ne peut pas conclure à ce stade, et sans prendre en considération d'autres variables, que les achats de CD et de DVD sont positivement ou négativement affectés par le copiage P2P.

Intérêts des auteurs/créateurs & des interprètes

Les auteurs/créateurs

Au-delà des différences d'appréciation des uns et des autres, essentiellement liées jusqu'à présent aux intérêts de leurs producteurs, les intérêts des auteurs/créateurs sont assez simples à comprendre :

- pour ceux qui sont déjà « reconnus » & dont les œuvres se vendent par les canaux « matériels » classiques, il importe de conserver une juste rétribution de leurs œuvres téléchargées sur Internet.

Si celles-ci sont téléchargées contre rétribution (avec ou non le dispositif de protection DRM), et à un prix suffisamment intéressant pour les internautes (réétudié par les majors qui ne répercutent pas pour le moment la baisse des coûts de production & de diffusion des fichiers numériques), leurs droits sont respectés.

Si celles-ci sont « illégalement » (sans autorisation express des auteurs) & gratuitement téléchargées (grâce au principe du « peer to peer » ou autre), leurs droits n'étant pas

- respectés, il importe que les auteurs soient justement rétribués, nominativement & non selon la méthode de répartition par sondage (qui ne privilégie que les gros vendeurs) prévue dans le cadre de la « licence globale ».
- pour ceux qui cherchent à se faire connaître (déjà publiés/produits ou non : exemple de Laurie qui a été remarquée grâce aux diffusions sur Internet de son premier titre), et qui acceptent *de facto* d'être gratuitement téléchargés, il importe que le téléchargement prenne en compte/stipule les conditions d'exploitation de l'œuvre sous format numérique, conditions publiquement définies par l'auteur/le créateur lui-même selon une procédure qui sera étudiée plus bas ;
 - de manière générale, conserver l'intégrité de la relation auteur-public & la reconnaissance explicite du travail des créateurs.

Les interprètes

Leurs intérêts ne sont pas exactement les mêmes que ceux des auteurs/créateurs. En effet, leur droit moral est plus restreint que celui des auteurs/créateurs : seules les conditions de juste rétribution de leur interprétation leur importent donc.

Les droits des artistes interprètes, gérés par la Spedidam et l'Adami, sont des droits voisins, qui ne représentent qu'un très faible pourcentage de leur rémunération.

Les membres de la Spedidam, artistes interprètes de groupe (orchestres, chœurs, ensembles divers), sont payés forfaitairement lors d'un enregistrement. Ils ne sont jamais intéressés aux ventes sous forme de royalties mais bénéficient d'un cachet réglé dans les quinze jours qui suivent la séance. Aucun d'eux n'est donc lésé par les échanges illicites de fichiers et, à la différence des créateurs, des interprètes solistes et des producteurs, ils ne prennent aucun risque. La licence globale représenterait donc pour eux un supplément de rémunération auquel ils n'ont droit ni sur les CD ou DVD du commerce ni sur les téléchargements effectués sur des sites légaux.

C'est pourquoi les sociétés gérant le droit des interprètes (Spedidam et Adami) sont favorables à la licence globale. Et il n'est donc pas étonnant que 13 500 de ses membres « interprètes » aient signé une pétition en faveur de cette solution : ils ont tout à y gagner. La cohérence voudrait que, dans cette hypothèse, ils abandonnent leur cachet initial.

Quant à l'Adami, qui gère les droits des interprètes solistes et des comédiens, à voir la réaction de ses membres les plus éminents, on peut supposer qu'elle a, dans cette affaire, plus pensé à l'intérêt de la société qu'à celui de ses sociétaires...

Intérêts des producteurs, diffuseurs & éditeurs

L'intérêt des majors & des divers éditeurs (musique, littérature, jeux vidéos, etc.) est unique : engranger le plus de bénéfices possibles en investissant le moins possible. Cette position n'est aujourd'hui plus acceptable et un message fort, de civilisation, de responsabilisation économique & juridique, doit leur être envoyé.

En effet, les majors ne peuvent prétendre récupérer des bénéfices sur des techniques qu'elles n'ont pas contribué à développer (ex des éditeurs de partition s'opposant aux pianos mécaniques, combat lors de l'apparition des bandes analogiques VHS & K7 audio, etc.), et cela sans quasiment faire aucun investissement ou chercher à s'adapter à de nouveaux supports de diffusion. Elles furent ainsi les premières à pré-promotionner leurs nouveautés via les sites de P2P pour doper les ventes avant la sortie officielle du CD... Par ailleurs, la majorité des titres téléchargés en P2P sont des titres fortement « préformatés » de ces majors, et non des « raretés artistiques »...

Le téléchargement massif concernant essentiellement de jeunes internautes désargentés : il n'est donc en rien responsable d'une baisse des ventes de CD ou DVD. Les majors devraient donc s'adapter à ces nouveaux publics, en proposant d'une part des CD & DVD à des prix abordables, et en étudiant des coûts de téléchargement des œuvres conformes au peu d'investissement pour les mettre en ligne. Ainsi, si le coût des œuvres en téléchargement et en CD/DVD est revu à la baisse, toutes les études indiquent que les jeunes internautes « joueront le jeu », c'est-à-dire pourront acquérir bien davantage d'œuvres sur supports « matériels » ou « immatériels ». Ils résoudront ainsi la « crise du disque » qui n'a pour seul motif que l'actuel coût exorbitant des œuvres qu'ils diffusent : s'ils ne savent pas s'adapter, les lois du marché s'appliqueront et ils disparaîtront au profit de jeunes industries ayant compris le parti qu'elles peuvent tirer des supports « immatériels ».

Plutôt que d'accroître d'inutiles & gênants dispositifs de contrôle/bridage des œuvres (sur support CD/DVD ou en ligne, qui limitent leur attractivité commerciale), les éditeurs/producteurs auraient donc intérêt à :

- réduire le coût des œuvres sur supports CD/DVD afin d'en relancer les ventes (première cause de désaffection chez les gros consommateurs) ;
- en profiter pour développer un commerce électronique des œuvres adaptés aux lois du marché, de meilleure qualité (que celles téléchargées), et à un coût véritablement attractif, ce qui aurait pour effet de « doper » les téléchargements payants tout en développant vraiment un nouveau marché ;
- accompagner au mieux l'instauration d'un répertoire numérique des œuvres pour en augmenter la « traçabilité » sur Internet.

Quant aux éditeurs/producteurs indépendants (nouveaux labels ou non), qui acceptent déjà les « nouvelles règles du jeu numérique », il importe qu'ils puissent être garantis :

- d'une juste rétribution, pour eux & les créateurs, des œuvres téléchargées si elles sont payantes ;
- d'une juste reconnaissance de leur travail accompli par un fichier attaché qui définirait les conditions d'exploitation. En cas de gratuité de téléchargement pour des motifs de communication, l'auteur et l'artiste préciseront les autorisations de reproduction & de diffusion.

Intérêts des nouveaux espaces/supports Internet de diffusion (sites P2P & webradios)

Les « nouveaux » espaces « immatériels » de diffusion des œuvres sur Internet peuvent se résumer aux :

- sites de téléchargement gratuit « peer to peer » via les logiciels libres existants ou à venir ;
- webradios.

Ces deux types de nouveaux espaces, rendus attractifs pour les annonceurs en raison de leur activité spécifique, vivent essentiellement de la publicité (à l'exception des webradios « privées ») : il convient de ne pas briser non plus ce nouveau type d'économie de la culture & de l'information, et donc de préserver les conditions d'existence de ces sites & webradios tout en les obligeant à respecter les droits des auteurs.

Il convient néanmoins de les distinguer dans leur usage, les sites de P2P ayant clairement pour objet l'échange de fichiers, alors que les webradios se cantonnent à une activité « classique » de diffuseurs (à l'instar des radios libres).

Pour les sites de « peer to peer », ils auraient à se conformer aux prescriptions qui sont détaillées dans la partie suivante afin de respecter les droits des auteurs (moral & patrimoniaux).

Les sites de webradios (confidentielles pour la plupart mais ayant une vocation « exploratrice » à l'instar des radios libres des années 80), eux, évoluent pour l'instant dans un flou juridique total. En effet, elles :

- ne bénéficient d'aucune « licence légale » comme les autres radios ;
- ne sont pas reconnues/prises en compte actuellement par le CSA ;
- leur taux de redevance des droits (d'auteurs & voisins) est calqué sur celui des radios hertziennes à grosse diffusion sans prendre en compte leur spécificité.

Il conviendrait donc également de remédier à cela le plus simplement possible.

PROPOSITIONS & PRECONISATIONS DIVERSES

LA SOLUTION EQUITABLE

Pour une législation qui préserve les droits d'auteur & la diversité culturelle dans le paysage numérique

« Le dossier ne se réduit pas à un affrontement manichéen entre détenteurs des droits d'auteur et dangereux pirates (version des majors) ; ou entre méchants capitalistes et défenseurs des libertés (version des activistes). Non. L'avènement du numérique oblige à repenser les droits respectifs des auteurs, des producteurs-distributeurs et du public, sur une planète culturelle en plein séisme. »

« Si le piratage est devenu si populaire, c'est parce que les éditeurs et les distributeurs de biens culturels sont incapables de faire fructifier leurs catalogues de droits dans la nouvelle économie qui se dessine. »

Dominique Nora

Le Nouvel Observateur n° 2148 du 5-11 janvier 2006

« Il ressort de l'ensemble de la jurisprudence actuelle que :

- *la numérisation est une reproduction, au sens de du code de la propriété intellectuelle ;*
- *la diffusion sur Internet relève bien d'un acte de représentation, au sens du même code ;*
- *toute reproduction et/ou représentation d'une œuvre de l'esprit, portée sur Internet sans l'accord de ses auteurs, est constitutive d'une contrefaçon et ce, quel que soit le mode de communication utilisé (Internet, Intranet, site Web, page personnelle ou « news groups »), dès lors qu'elle s'adresse à tous les internautes ou à une catégorie d'entre eux. »*

Eric Barbry

Nouvelles technologies, nouvel État, La Documentation française, 1999.

A la lumière des analyses qui précèdent, il semble donc qu'une solution équitable soit possible, échappant au piège des termes actuels du débat qui ne profitent *in fine* qu'aux producteurs, et qui serait aussi juste historiquement & technologiquement que juridiquement & politiquement. Cette solution à « géométrie variable » pourrait s'imposer comme un compromis républicain, soucieux des intérêts de chacun, également susceptible de « faire école » à l'étranger.

Le principe directeur de cette solution serait de privilégier d'abord les intérêts des auteurs/créateurs & des internautes/publics, et d'éviter à tout prix la pénalisation du « peer to peer » tout en assurant aux créateurs une juste rétribution, obligeant de fait les producteurs/diffuseurs & éditeurs à s'adapter à un marché qu'ils ont renâclé à anticiper, et qu'ils ne peuvent plus dorénavant prétendre brider.

Principaux axes d'une solution équitable

Les axes principaux de cette « solution équitable » seraient :

- une refonte de la notion de « propriété » intellectuelle : non subséquence des droits patrimoniaux aux droits principaux, durée d'exploitation commerciale différente selon les espaces/supports, information des conditions d'exploitation & de diffusion des œuvres mises en téléchargement gratuit ;
- une mise en place de « paliers temporels » pour l'exploitation commerciale de la même œuvre sur différents espaces/supports, ces durées d'exploitation commerciale étant définies non plus par les producteurs mais par les auteurs/créateurs eux-mêmes ;
- la création d'un répertoire numérique national (puis international) des œuvres du domaine protégé dont la gestion serait confiée à des sociétés de gestion collective (avec mise en place d'un dispositif déclaratif inspiré des « Creative Commons » pour les artistes désireux de proposer gratuitement leurs œuvres au téléchargement) ;
- une non-pénalisation du « peer to peer » mais mise en place auprès des éditeurs de logiciels « peer to peer », sous le contrôle de la CNIL, à la fois d'une redirection systématique des internautes vers le répertoire numérique afin de valider l'échange P2P & de filtres bloquant l'apparition sur les sites de P2P des œuvres toujours sous exploitation commerciale sur Internet ;
- l'abandon des DRM en France ;
- l'instauration d'une redevance modique (RSCN : Redevance de soutien à la création numérique) prélevée directement auprès des FAI sur chaque abonnement Internet (sous contrôle de la CNIL) et ceci sans qu'elle puisse jamais être répercutée sur le coût des abonnements, et elle sera reversé à un fonds de soutien à la création qui serait géré soit par les sociétés de gestion collective, soit par une Direction des Arts numériques à créer ;
- la création d'un mode de rémunération spécifique pour les nouveaux arts numériques diffusés sur Internet ;
- l'aménagement d'un statut juridique & d'un taux de redevance équitable pour les webradios.

Note : ces dispositions ne modifieraient en rien celles déjà existantes s'appliquant à la contrefaçon manifeste (CD & DVD « de contrebande »).

Une refonte de la notion de « propriété » intellectuelle

Cette refonte aurait pour objet de :

- redonner aux créateurs/auteurs le libre contrôle de leurs droits annexes en affirmant la non subséquence de ceux-ci aux droits principaux d'exploitation cédés ;
- leur permettre de négocier des contrats séparés pour chaque type d'exploitation lié à un espace/support particulier, avec des durées d'exploitation différentes pour chaque espace/support de diffusion ;
- réaffirmer la prééminence des droits d'auteurs sur les droits voisins des producteurs/diffuseurs ;
- permettre, grâce à ces contrats séparés, aux artistes de diffuser gratuitement leurs œuvres si & quand ils le désirent sur des espaces/supports différents de ceux pour lesquels ont été initialement négociés les droits principaux d'exploitation (par exemple, si ils cèdent les droits d'exploitation de leurs œuvres sur CD ou DVD, ils doivent pouvoir librement les mettre en circulation sur Internet gratuitement à l'issue d'une période définie avec le producteur pendant laquelle celles-ci auront encore été exploitées commercialement par téléchargement payant).

Mise en place de « paliers temporels » pour l'exploitation commerciale de la même œuvre sur différents espaces/supports

Cette mise en place de « paliers temporels » pour l'exploitation commerciale de la même œuvre sur différents espaces/supports découle des dispositions du § précédent.

Les durées d'exploitation commerciale seraient définies non plus par les producteurs mais par les auteurs/créateurs eux-mêmes, et ceci support par support et au cas par cas (contrats explicites).

Les producteurs seraient donc obligés de rentabiliser au maximum les périodes d'exploitation qui leur seraient cédées et, si ils prétendent toucher des droits voisins sur l'exploitation d'autres supports, ils devront mettre en œuvre les politiques commerciales afférentes.

Les durées d'exploitation minimale sur les différents espaces/supports seraient à déterminer en concertation avec les différents acteurs professionnels, mais pas exclusivement les producteurs & diffuseurs : les auteurs & sociétés de gestion collective devront y être associés. Cette concertation devrait donc nécessairement être encadrée par la puissance publique.

Si, durant ces périodes d'exploitation commerciale « raisonnables » et clairement détaillées/accessibles au public, ces œuvres étaient mises en circulation sur des sites « peer to peer » ou ailleurs (et ce malgré le dispositif de filtrage obligatoire décrit plus bas), les sanctions civiles, et en aucun pénales, classiques s'appliqueraient (tant pour les internautes responsables que pour les sites hébergeurs de ces logiciels de téléchargement).

Exemple pour un film de cinéma à partir de sa date de sortie en salles

On peut imaginer une exploitation de film de la manière suivante :

- phase 1_ environ 8 semaines en salles ;
- phase 2_puis, en même temps que l'exploitation en DVD qui suivrait, possibilité pour les internautes de visionner ce film en *streaming* payant pendant une durée de 10 à 18 mois ;
- phase 3_possibilité pour les internautes désireux de télécharger gratuitement le film en « peer to peer » de le faire mais avec redirection systématique vers le répertoire numérique national pour vérifier que le téléchargement est devenu licite & être informé des conditions de diffusion/copie (privée).

L'exploitation des œuvres musicales pourrait être envisagée de la même façon, avec des délais plus courts pour le téléchargement en « peer to peer » vu la « volatilité » plus grande des formats MP3 sur Internet. Une durée minimale d'exploitation commerciale sur Internet serait définie par le législateur, en concertation avec tous les acteurs concernés, afin de garantir une rentabilité suffisante aux producteurs & des droits suffisants aux auteurs. Au-delà, à eux de voir la viabilité d'une prolongation de l'exploitation commerciale sur Internet sachant que les sites de « peer to peer » ne peuvent être indéfiniment contrôlés...

Précision

La mise en place de ces « paliers temporels » serait à étudier au plus juste en fonction essentiellement des impératifs de rentabilisation des producteurs indépendants dont les capacités d'amortissement et les possibilités de retour(s) sur investissement(s), ces producteurs (qui représentent plus de 80% du cinéma indépendant en France) n'ayant pas la même robustesse financière que les majors. Car il est bien évident que les intérêts de ces producteurs indépendants - garants de la diversité culturelle - sont à préserver en priorité, leurs capacités d'adaptation rapide aux nouveaux marchés étant bien moindre que celle des majors.

Création d'un répertoire numérique national des œuvres (RNO)

La création de ce répertoire numérique national (puis international) des œuvres du domaine protégé (dont la gestion serait confiée à des sociétés de gestion collective) s'avère indispensable & serait à la charge des producteurs qui ont trop tardé à le mettre en place.

Comme le décrit Antoine Gitton, il serait alimenté par les producteurs, les éditeurs & les auteurs qui, dès la création de l'œuvre, procéderaient à un dépôt, nullement constitutif de droit, mais déclaratif de droit. Les auteurs pourraient définir lors de ce dépôt les conditions d'exploitation de leurs œuvres, ce qu'ils souhaitent laisser en libre diffusion, et sous tel format. L'interdiction de reproduction serait toujours explicite. Le défaut de publication dans ce répertoire présumerait la licence donnée à l'auteur pour une libre exploitation de son œuvre (sauf les usages commerciaux qui devraient de toute façon être explicites).

Ces répertoires numériques seraient facilement publiés sur Internet : les utilisateurs de logiciels pourraient alors les consulter. L'infraction à la volonté de l'auteur donnerait lieu à la sanction civile, et non pénale, de la contrefaçon lorsqu'elle se cantonnerait à des sphères non commerciales. L'infraction deviendrait pénale lorsqu'elle serait à une échelle commerciale.

Les conditions/procédures de déclaration des œuvres dans ce répertoire pourraient éventuellement être inspirées des « Creative Commons » déjà en vigueur et ci-dessous décrites. Toutefois, il faudrait éviter de se calquer trop strictement sur cette formule déclarative, d'inspiration extrêmement « libertaire », et plutôt mettre au point une procédure spécifiquement française & plus en accord avec notre droit latin. Nous la mentionnons néanmoins à titre informatif afin de montrer que des solutions existent déjà.

Creative Commons propose gratuitement des contrats flexibles de droit d'auteur
pour diffuser vos créations
et permettre à d'autres de les utiliser selon vos conditions



- accorder plus de libertés que le régime minimum du droit d'auteur
- autoriser à l'avance le public à effectuer certaines utilisations selon les conditions exprimées par l'auteur, tout en conservant ses droits
- faciliter la diffusion, la recherche et la réutilisation d'œuvres dans d'autres créations (textes, photos, musique, films, sites web...)








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 » que vous apposez près de votre œuvre, apparaissent clairement aux utilisateurs
- des méta-données pour la recherche automatique en ligne : + de 53 millions de pages placées sous CC en août 2005

Les conditions :

- l'autorisation de reproduire, distribuer et communiquer cette création au public, à condition de le faire à titre gratuit
- des options à sélectionner par le titulaire des droits qui choisit un contrat sur le site Creative Commons

Paternité : il est obligatoire de citer le nom de l'auteur			
Paternité Pas de Modification			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Pas de Modification			

Paternité Pas d'Utilisation Commerciale			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Partage des Conditions Initiales à l'Identique			
Paternité Partage des Conditions Initiales à l'Identique			

Chacune des conditions optionnelles peut être levée après l'autorisation du titulaire des droits.

- L'option « Pas d'Utilisation Commerciale » n'interdit pas définitivement toute utilisation commerciale, elle signifie que toute personne souhaitant effectuer une utilisation commerciale de cette œuvre devra demander l'autorisation, comme sous le régime traditionnel où tous les droits sont réservés, de même pour l'option « Pas de Modification ».
- Si l'œuvre est modifiée, l'option « Partage des Conditions Initiales à l'Identique » demande aux auteurs de la nouvelle œuvre de l'offrir au public avec les mêmes libertés (les mêmes options Creative Commons) que l'œuvre originale, c'est le principe des licences de logiciels libres.

Le système Creative Commons permet à l'avance et simplement

- aux titulaires de droits : de choisir et d'exprimer simplement les conditions d'utilisation de leurs œuvres
- aux utilisateurs : de ne pas avoir à négocier systématiquement une autorisation avant toute utilisation.

Un titulaire de droits membre d'une société de gestion collective (SACEM...) devra en principe déclarer ses œuvres au fur et à mesure de leur création, et ne peut pas les placer sous contrat CC car il a délégué la gestion de ses droits d'exploitation, et n'est plus en mesure d'offrir une exploitation gratuite.

Creative Commons France

<http://fr.creativecommons.org/>

Contrôle/filtrage des sites/logiciels de P2P

La non-pénalisation du téléchargement en « peer to peer », dans les conditions prévues ci-dessus & ci-dessous, devra être affirmée, le téléchargement étant reconnu comme un droit des internautes.

Un double dispositif de contrôle & de filtrage à la fois des logiciels et des sites de P2P serait mis en place : à défaut d'acceptation des nouvelles conditions de téléchargement par ces sites ou en cas de refus/manquements répétés & constatés aux règles mises en place, ils seraient définitivement fermés, et les responsables sanctionnés (lourdes condamnations civiles).

Ce double dispositif, à mettre en place sous le contrôle de la CNIL, est le suivant :

- afin d'être certain que les internautes téléchargeant en P2P soient informés des conditions de téléchargement de l'œuvre telles que définies sur le répertoire numérique national, ils seront automatiquement & systématiquement dirigés vers ce répertoire avant leur téléchargement et devront « cliquer » pour signifier qu'ils ont pris connaissance de ces conditions & qu'ils les acceptent ;
- mise en place obligatoire de filtres bloquant l'apparition sur ces sites d'œuvres toujours sous exploitation commerciale sur Internet (afin de prévenir toute tentative de téléchargement illégal « avant l'heure »), et ce sur informations régulières des éditeurs & auteurs via le répertoire numérique national.

la mise en place de ce double dispositif sera à la charge financière des éditeurs & des responsables des sites concernés qui devront, par ailleurs, s'engager à le respecter par l'adhésion à une charte suffisamment explicite & visible sur le site.

Précisions

La mise en place du RNO (Répertoire Numérique des œuvres) conjoint au « filtrage des sites/logiciel de P2P » ayant suscité des critiques ou interrogations de la part d'internautes mal informés ou de défenseurs de la licence globale prompts à propager des informations parcellaires, il convient de préciser, ou de rappeler, que :

- **à propos de la traçabilité des fichiers numériques** : dès l'instant qu'il y a numérisation d'un fichier, il existe de fait une traçabilité de ce fichier qui, par conséquent, devient identifiable tant lors de la mise à disposition via un logiciel P2P que lors de son inscription au RNO préconisé ci-dessus. Bram Cohen, inventeur du fameux logiciel de P2P « Bit torrent », le plus évolué à l'heure actuelle, l'a lui-même réaffirmé récemment (*L'as du web gratuit se met au payant*, Le Monde, 25 janvier 2006);
- **à propos de la mise en place de dispositif de filtrage à implémenter dans les logiciels de P2P** : les « sites de P2P » mentionnés dans ce rapport sont ceux, en France, où les internautes peuvent télécharger les dernières versions des logiciels « libres » de P2P. Le filtrage à mettre en place sur les logiciels de P2P, en lien avec le RNO & bloquant l'apparition des fichiers d'œuvres mis à disposition mais qui ne seraient pas encore libres de droit, est une simple fonction supplémentaire à implémenter dans ces logiciels dont les versions antérieures seraient réputées illégales & bloquées dans leur fonctionnement. Cette mesure est aisée à mettre en place techniquement, tout logiciel pouvant être modifié en fonction des applications qui lui sont demandées. Dès lors, les sites qui ne se mettraient pas en conformité avec la loi et qui continueraient à proposer les anciennes versions du logiciel seraient passibles de sanctions au titre de la contrefaçon organisée.

Assujettissement des DRM / MTE à l'intérêt général

Cet assujettissement des DRM (dispositifs de contrôle/bridage à la fois sur les CD, DVD, et lors des téléchargements payants - en *streaming* ou non) - se justifie par :

- la mise en place des mesures ci-dessus ;
- leur effet néfaste et intrusif sur les ordinateurs des particuliers (surveillance à distance, etc.) ;
- leur aspect commercial « douteux », un produit légalement acquis ne pouvant pas l'être « qu'à moitié » (impossibilité d'écouter l'œuvre sur d'autres supports/lecteurs que celui de téléchargement, « évaporation » du produit à partir d'un certain nombre de copies même de sauvegarde, etc.).

L'entrée, la vente ou la diffusion, sur le territoire français, de produits culturels protégés par DRM seront donc encadrées, des sociétés privées n'ayant pas à contrôler l'usage d'un produit dès lors qu'il est légalement acquis. C'est une dérive très grave, et une entorse au droit commercial, qui n'a été que trop longtemps tolérée pour contenter les lobbies au détriment des droits des consommateurs. D'autant que dispositif préconisé rendrait *de facto* ces DRM aussi inutiles qu'obsolètes.

Précision

Des Mesures Techniques Efficaces (MTE) de protection, au sens des traités OMPI du 20 décembre 1996 et de la Directive du 22 mai 2001, sont certes prévues dans le dispositif général que nous proposons.

Mais ces MTE / DRM doivent être assujetties au contrat social auteur / public : l'État doit veiller à la liberté d'accès de l'utilisateur, et, le cas échéant, contraindre le bénéficiaire de la mesure technique de protection. Une telle disposition est par ailleurs strictement conforme au droit de la directive (art. 6.4) et, de la même façon, les MTE ne doivent pas faire obstacle aux dispositions relatives à l'ordre public défini à l'article 5.e et à la sécurité publique.

Instauration d'une redevance modique prélevée directement auprès des FAI sur chaque abonnement Internet (RSCN : Redevance de Soutien à la Création Numérique)

Il serait possible d'envisager la création d'une redevance modique, prélevée directement auprès des FAI sur chaque abonnement Internet (sous contrôle de la CNIL) et ceci sans qu'elle puisse jamais être répercutée sur le coût des abonnements, et qui serait reversée à un fonds de soutien à la création numérique sous toutes ses formes (musique & audiovisuel en général,

mais aussi les nouvelles formes d'art spécifiquement numériques comme le netart, les installations interactives en *streaming*, etc.). Ce fonds serait géré soit par les sociétés de gestion collective, soit par une Direction des arts numériques dont la création est préconisée plus bas.

Elle serait instaurée au motif que les fournisseurs d'accès ont considérablement augmenté le nombre de leurs abonnements haut débit (et continuent de le faire) en faisant miroiter plus ou moins implicitement aux internautes la possibilité de télécharger davantage...

Cette redevance pourrait également & éventuellement servir à continuer de rémunérer les auteurs/créateurs (et eux exclusivement) dès lors que leurs œuvres seront réputées en téléchargement libre sur Internet. Il est conseillé, pour ce faire, d'éviter d'avoir recours à la répartition « globale » dite « par sondage » (qui ne privilégie que les « gros vendeurs ») et de mettre au point une formule qui privilégie au contraire les « petits vendeurs » & les artistes émergents (part accrue concédée aux labels & artistes indépendants).

Création d'un mode de rémunération spécifique pour les nouveaux arts numériques diffusés sur Internet

Le débat actuel, centré exclusivement autour de la musique & de l'audiovisuel « classiques » (car initié par les lobbies & les majors...), ne doit pas faire oublier que l'Internet sert aujourd'hui également à véhiculer d'autres formes d'arts spécifiquement numériques pour lesquels aucun mode de rémunération n'existe encore. Bien que toujours qualifiés par les institutions d'« émergents » alors qu'ils sont apparus depuis plus de 15 ans et qu'ils comptent également leurs « stars » largement chroniquées dans la presse culturelle, ces arts (performances/représentations multimédia & installations interactives en *streaming*, webdesign, netart, vidéopoty, poésie & littératures numériques, musiques électroniques en réseaux, etc.) sont la preuve des innovations artistiques permises par les avancées de la technologie et préfigurent ce que sera la scène artistique (et donc son exploitation « industrielle » future) dans moins de 10 ans. Le très conservateur Samuel Huntington lui-même (auteur du *Choc des civilisations*) a récemment écrit dans le *Washington Post* que les industries américaines devaient soutenir massivement ces « avant-gardes artistiques » car elles seraient créatrices de nouvelles richesses dans très peu d'années...

Or, actuellement, le soutien institutionnel à ces nouvelles pratiques artistiques étant quasiment nulles (le dispositif DICREAM ayant déjà prouvé son inadaptation et ses limites) et les modes de rémunération s'avérant un vrai casse-tête pour ces « nouveaux artistes » (qui sont aujourd'hui parmi les seuls à travailler « à fonds perdus »), il devient urgent d'agir, et donc de profiter de la crise actuelle pour inventer un mode de rémunération minimale dès lors que ces œuvres sont diffusées sur Internet.

A cet effet, il est proposé que :

- ces œuvres soient déclarées par les auteurs eux-mêmes au répertoire numérique national (à créer) ;
- une rémunération forfaitaire de base (calculée sur la durée de l'œuvre & sa récurrence de diffusion) soit reversée aux auteurs sur les fonds récoltés grâce à l'instauration de la RSCN (Redevance de Soutien à la Création Numérique) décrite plus haut. La perception & la redistribution de ces droits serait également gérées soit par les sociétés de gestion collective, soit par une Direction des arts numériques.

Aménagement d'un statut juridique & d'un taux de redevance équitable pour les webradios

Comme il a été spécifié plus haut, les webradios ne bénéficient actuellement d'aucun statut clairement défini malgré leur mission « exploratrice » en matière de diversité culturelle, et

tendent à être considérées soit comme des sites de P2P, ce qui est totalement injustifié, soit de même façon que les radios hertziennes à grosse diffusion.

Il convient donc de légiférer également pour aménager raisonnablement leur statut et leur taux de redevance (la plupart, associatives ou privées, ne faisant aucun bénéfice) et de suivre les préconisations avancées en la matière par l'Association Technopol (ayant pour objet la promotion des musiques électroniques), à savoir :

- **l'instauration d'une licence légale** (comme pour les radios hertziennes), même pour les éditeurs particuliers ;
- **la mise en place d'une déclaration auprès du CSA** comme engagement de respect des lois et règlements ;
- **l'instauration d'un taux de redevance de droits** (droits d'auteurs & droits voisins) en adéquation réelle avec l'économie du ou des programme(s).

ANNEXES

Lexique

MP3

Mis au point par l'ingénieur allemand Karlheinz Brandenburg, grâce à des recherches en informatique et en acoustique menées dans des laboratoires publics, le MP3 est un format de compression audio: autrement dit, c'est un système de codage numérique qui réduit la taille nécessaire pour stocker une chanson, de la voix ou de la musique. Et permet donc de faciliter la transmission du son sur les réseaux informatiques. D'autres formats sont apparus depuis, du Windows Media Audio (WMA) de Microsoft à l'AAC (Dolby) en passant par le Ogg (libre) ou le Flac (qui offre la même qualité qu'un CD).

divX

Petit frère du MP3 pour la vidéo. Mis au point par le français Jérôme Rota et aujourd'hui très utilisé pour la circulation des films via l'Internet.

P2P

Les logiciels de peer-to-peer (P2P) – littéralement de "pair à pair" – permettent aux internautes de mettre en commun les fichiers présents sur leur disque dur. Chaque utilisateur met à disposition des autres les fichiers dont il dispose et peut télécharger via l'Internet ceux proposés par les internautes. La plupart des logiciels disponibles aujourd'hui permettent l'échange de musique, films, programmes informatiques, textes etc.. Les plus courus sont eMule, BitTorrent, Kazaa ou encore Souseek. La technologie peer-to-peer n'a rien d'illégal en soi: les logiciels déjà cités peuvent permettre de partage des œuvres du domaine public, des logiciels, de la musique, des textes ou des films libres ou sous licence Creative Commons (voir ce mot). Un logiciel de téléphonie comme Skype est même fondé sur la technologie peer-to-peer.

Hardware

Le matériel informatique ou « hardware » en anglais est la partie physique (essentiellement électronique) de l'ordinateur. Il est le complément du logiciel, ou *software* en anglais. On peut classer le matériel en deux catégories: les composants internes de l'ordinateur & les périphériques informatiques.

Software (ou « Logiciel »)

Un logiciel ou application est l'ensemble des éléments informatiques qui permettent d'assurer une tâche ou une fonction (exemple: logiciel de comptabilité, logiciel de gestion des prêts). Le terme logiciel est souvent employé pour programme informatique et inversement. Un logiciel peut être composé d'un seul, ou d'une suite de programmes. Ce dernier cas est d'autant plus fréquent que la capacité réduite de calcul de l'ordinateur oblige à une segmentation des tâches en plusieurs modules séparés; cependant, les énormes capacités des micro-ordinateurs actuels en regard des applications typiques de la bureautique ont permis la réalisation d'applications monolithiques. Généralement, les programmes sont accompagnés d'un ensemble de données permettant de les faire fonctionner (par exemple, un jeu viendra avec de nombreuses images, animations, sons...).

Port (de communication)

La notion de port logiciel permet, sur un ordinateur donné, de distinguer différents interlocuteurs. Ces interlocuteurs sont des programmes informatiques qui, selon les cas, écoutent ou émettent des informations. Grâce à cette abstraction, on peut faire tourner plusieurs serveurs sur une même machine, et même simultanément des clients et des serveurs, ce qui est fréquent sur les systèmes d'exploitation multitâches et multiutilisateurs.

Les ports qui mettent en œuvre des serveurs sont souvent des services, dont les plus courants sont dénommés Well-Known Services (les services célèbres). Les ports sont codés sur 16 bits ce qui implique qu'il existe 65536 ports par ordinateur. Les ports de 0 à 1023 sont réservés aux processus système

Sur une machine de type UNIX, le fichier *private/etc/services* liste ces services célèbres, dont notamment :

- 80 : HTTP, que vous utilisez si vous consultez une page Internet par le biais d'un navigateur web ;
- 21 : FTP, utilisé pour l'échange de fichiers ;
- 25 : SMTP, pour échanger du courrier en direction d'un serveur ;
- 110 : Post Office Protocol, pour relever son courrier électronique à distance ;
- 443 : HTTPS, pour les serveurs Web sécurisés

Streaming

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.

Le lecteur de contenu *streaming* va récupérer une partie du contenu qu'il met dans une mémoire tampon (dite *buffer*). Lorsque le programme estime qu'il a suffisamment de données dans sa mémoire tampon pour lui permettre de lire le contenu audio ou vidéo sans accroche, même en cas de petit ralentissement réseau, la lecture démarre.

Il existe deux sortes de *streaming* : statique et dynamique. Le *streaming* dynamique sélectionne le niveau de qualité en fonction de la vitesse de connexion afin d'être en mesure de démarrer la lecture directement.

Les webradios constituent un exemple pratique d'utilisation du *streaming*.

Upload(ing)

Le téléversement ou télédéchargement (en anglais *upload*) est l'opération de transmission des informations d'un système de données local (client) à un système de données distant (serveur).

Download(ing)

En informatique, le téléchargement est l'opération de transmission d'informations — programmes, données, images, sons, vidéos — d'un ordinateur à un autre via un canal de transmission. Les différents canaux de transmission existants sont :

- Le fil de cuivre comme c'est le cas pour un câble réseau (Utilisation d'une carte réseau dans ce cas là) ou une ligne téléphonique (Utilisation d'un modem dans ce cas là) ;
- Les ondes radio comme c'est le cas pour le Bluetooth et le Wifi ;
- Les connexions infrarouges ;
- Le plastique ou le verre comme c'est le cas pour la fibre optique.

On distingue le téléchargement **depuis** un ordinateur distant (*download*), et le téléchargement **vers** un ordinateur distant (*upload* ou téléversement ou télédéchargement). De plus, on distingue parfois les ordinateurs clients des ordinateurs serveurs. Dans ce cas, le téléchargement est le plus souvent considéré du point de vue du client. On parle donc parfois de *download* vers un client lorsqu'on se trouve sur un serveur.

Il ne semble pas exister d'équivalent français répandu de « téléchargement » pour chacun des mouvements (download et upload) du téléchargement. Certains traduisent *download* par « téléchargement » et *upload* par « téléversement » ou « télédéchargement », mais ces expressions sont encore peu utilisées.

LES MOTS DU DROIT

Copie privée

L'enregistrement d'une chanson à la radio, d'un film sur VHS, tout comme la duplication d'un CD ou la photocopie de pages d'un livre: tout ces actes sont licites et couverts par une exception au droit d'auteur, la copie privée. Une seule condition: que la reproduction de l'œuvre soit réservée au copiste pour son usage personnel. Cette notion, apparue dans la loi en 1957 pour faciliter la circulation de la connaissance et de la culture, a été complétée en 1985 par l'introduction d'une rémunération pour copie privée, prélevée sur le prix des supports de copie, de la cassette vierge au CD et au baladeur numérique. L'argent collecté est redistribué aux auteurs, compositeurs, interprètes éditeurs et producteurs. L'apparition du numérique et de l'Internet ont suscité la crainte d'une partie de la filière culturelle, qui s'est mis à fustiger les abus de la copie privée et ont parlé de «piraterie privée» qu'il fallait à tout prix brider.

Droit d'auteur

En 1791, le rapporteur de la première loi française sur le droit d'auteur, le Chapelier, affirmait que la propriété d'un créateur sur son oeuvre était «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable des propriétés». Mais il soulignait aussitôt la nature toute particulière de la culture: «C'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété». La mission du droit d'auteur est donc de protéger et de reconnaître les auteurs, mais aussi d'encourager la circulation la plus large possible des œuvres. Les lois de 1791 et 1793 qui instaurent le droit d'auteur en France résolvent cette équation par l'attribution d'un monopole d'exploitation d'un créateur sur son œuvre, mais limité dans le temps. Aujourd'hui, l'œuvre d'un auteur (écrivain, compositeur, parolier) est protégée jusqu'à 70 ans après sa mort. Durant cette période, le titulaire de droit se voit garantir par la loi un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute diffusion publique de son œuvre et toute reproduction de celle-ci. Ensuite, l'œuvre entre dans le domaine public où tout un chacun peut la copier, la modifier et la diffuser librement. Pendant les années de protection, le droit d'auteur est limité par certaines exceptions, comme la copie privée ou l'exception de courtes citations.

Ces droits patrimoniaux sont complétés par le droit moral – perpétuel – qui assure la protection de la personnalité de l'auteur. C'est le droit moral qui interdit, par exemple, de pomper intégralement «La Chartreuse de Parme» et d'y accoler son nom à la place de celui de Stendhal.

Droits voisins

Si les auteurs disposent d'un droit spécifique, les artistes-interprètes et les producteurs sont couverts par une sorte de droit d'auteur allégé depuis 1985: les droits voisins. Ils sont plus courts dans le temps et expirent 50 ans après la première diffusion de l'œuvre.

Creative Commons

Pour contrebalancer le durcissement du droit d'auteur (et du copyright anglosaxon), le professeur de droit américain Lawrence Lessig a imaginé les Creative Commons: c'est une forme de contrat adapté aux lois sur le droit d'auteur, mais plus flexible que le droit «brut». Le créateur qui place une des ses oeuvres sous une licence CC définit quels droits et libertés il donne d'emblée au public. Un auteur peut ainsi décider d'autoriser toute copie gratuite, permettre les remix, la réutilisation non-commerciale etc.. De nombreux labels et musiciens ont opté pour les CC pour diffuser leurs œuvres.

fr.creativecommons.org/
<http://www.musique-libre.org/>
<http://www.jamendo.com/>

LES MOTS QUI FACHENT

Pirate

Le mot «pirate», utilisé pour stigmatiser les millions d'usagers des services d'échanges peer-to-peer, n'a évidemment aucune définition légale. Un pirate est surtout toute personne qui commet une infraction au droit d'auteur, de la plus évidente (un revendeur en gros de copies illégales de disques) à la plus bénigne (expédier par email le dernier Madonna à deux copains): c'est donc un contrefacteur, qui risque des peines plafonnées à 3 ans de prison et 300.000 euros d'amende. Les lois sur la propriété intellectuelle ont beaucoup évolué au cours des siècles, notamment pour prendre en compte l'évolution des technologies. A plusieurs reprises, des actes qualifiés de «contrefaisants» ont été finalement légalisés avec le temps: c'est notamment le cas au XIXe, avec l'apparition des premiers pianos mécaniques et autres boîtes à musiques. Combattus par les éditeurs de partition et certains compositeurs, ces appareils ont été légitimés en 1866.

HACKING

Personne n'a l'air de s'entendre sur la signification exacte du terme hacker. Pour certains, il s'agit d'un personnage très technique qui aime rentrer dans les détails et tripatouiller dans du code ou du hardware. C'est souvent de cette façon qu'il faut comprendre les choses quand on parle d'un « kernel hacker ». Une deuxième définition touche plus spécifiquement au domaine de la sécurité informatique: un hacker serait donc quelqu'un qui s'intéresse de près aux aspects de la sécurité électronique, découvre des failles, s'introduit dans les réseaux, etc.

Afin de mieux comprendre les choses, il faut être conscient du fait que le terme hacker est utilisé depuis longtemps dans le monde Unix, où il sert à désigner la première des catégories mentionnées, avec peut-être un peu de la seconde. Mais avec l'émergence du PC, de l'Internet et de l'électronique grand public, la sécurité est devenue un problème croissant. Une race d'étranges créatures nocturnes s'est peu à peu formée, également sous l'appellation de hackers. Il faut comprendre que ces hackers-là appartiennent avant tout à la deuxième catégorie, avec en général une bonne dose de la première. La troisième catégorie existe bien, ne nous leurrions pas, mais se désigne habituellement sous le nom de crackers ou crashers. On y trouve des criminels purs et durs qui se servent de leurs connaissances (ou de celles des autres) pour commettre des délits financiers, par exemple. D'autre part, on trouve également des script-kiddies inconscients dont les gamineries terminent à l'occasion par une catastrophe virale d'ampleur mondiale. Ces crackers ne méritent pas le titre de hacker et sont de surcroît relativement peu doués en règle générale.

En fait, un hacker est un individu qui s'intéresse aux questions techniques et plus spécifiquement aux problèmes de la sécurité électronique. En définitive, il cherche à s'affranchir de son statut d'esclave en acquérant les connaissances nécessaires à sa propre autonomie. Pour la comparaison, quelqu'un qui effectue lui-même des réparations dans son moteur de voiture est un hacker automobile...

Procès

Pour tenter d'enrayer les échanges gratuits d'œuvres protégées via les services de P2P, les producteurs de disques du monde entier ont lancé il y a deux ans des milliers de procès contre des particuliers. En France, une cinquantaine de plaintes au pénal ont été déposées depuis 2004, auxquelles s'ajoutent plusieurs procédures à l'initiative de la gendarmerie et du parquet. Au gré des juges, les peines qui ont frappé les internautes ainsi poursuivis ont été très variables, quelques centaines voire milliers d'euros de dommages-intérêts, et dans de très rares cas, un peu de prison avec sursis. Mais comme la loi ne fait formellement pas de différence entre les internautes qui téléchargent pour leur usage perso et les trafiquants de DVD piratés, chaque adepte du P2P traîné en justice se retrouve confronté aux joies des procédures pénales: perquisitions à domicile, instructions parfois longues, et peines potentiellement lourdes.

LES MOTS DE LA LOI EN DEBAT LES 20 et 21 DECEMBRE 2005

Réponse graduée

La filière du cinéma français a très vite voulu éviter de se retrouver avec la même sale image de chasseur d'internautes que l'industrie du disque. Elle a donc imaginé une alternative plus soft au tout pénal: la «riposte graduée», vite rebaptisée «réponse graduée» pour la rendre plus sexy. Le but est de commencer par expédier des emails d'avertissements aux internautes repérés. Puis une lettre recommandée. Et, en cas de récidive, une éventuelle amende punit le pirate. Si la filière du cinéma a convaincu le gouvernement de soutenir sa démarche, qui nécessite une modification de la loi, la réponse graduée suscite de nombreuses interrogations et difficultés: elle impose (notamment) la constitution de bases de données d'infractions, normalement interdites aux entreprises, ou encore une surveillance généralisée des réseaux. De quoi agacer la Commission nationale informatique et libertés (Cnil), voire le Conseil Constitutionnel.

Licence globale

Opposés à la répression généralisée choisie par l'industrie du disque, plusieurs associations françaises représentant les consommateurs ou certains milieux artistiques (Confédération du logement et du cadre de vie, UFC Que Choisir, Adami, Spedidam...) regroupées dans l'Alliance public-artistes ont proposé une autre piste pour assurer une régulation des échanges non-commerciaux d'œuvres via l'Internet: la licence globale. Ce projet vise à légaliser le partage sans but lucratif via les réseaux (P2P, email, messageries instantanées etc..) en échange d'une redevance de 4 à 7 euros prélevée sur l'abonnement au fournisseur d'accès à l'Internet. (voir l'interview de Lionel Thoumyre, de la Spedidam). Des solutions similaires sont défendues aux États-unis par certains spécialistes de la propriété intellectuelle, comme le professeur de droit William Fisher.

Digital Rights Management (DRM) et Mesures techniques de protection (MTP)
 Les mesures techniques de protection sont au cœur du projet de loi en débat à l'Assemblée nationale les 20 et 21 décembre 2005. Le texte les légitime et, surtout, les protège juridiquement: il sera désormais assimilé à de la contrefaçon de les contourner ou des faire sauter. Et ce quel qu'en soit la raison, même légitime. Technologies greffées sur les fichiers numériques de musique, de films etc..., les MTP visent à empêcher la reproduction non contrôlée. La plupart des DVD du commerce en comportent déjà, dans une forme frustrante, qui rend un peu plus difficile la duplication. Beaucoup de CD ont été ainsi équipés par les maisons de disques depuis quelques années. Les versions les plus évoluées des MTP sont baptisées Digital Rights Management pour Gestion des droits numériques (DRM): elles comportent aussi des informations sur les titulaires de droits, pour faciliter la répartition des droits.

Plus que de simples outils de limitation de la copie, les DRM facilitent le contrôle des usages culturels: nombre de lectures possibles, qualité de la lecture, destruction du fichier au bout d'un temps donné... Ils permettent aussi de bloquer la lecture d'une œuvre sur un appareil ou un logiciel non agréé. Pour la filière musicale et les industriels de l'informatique qui en font la promotion, c'est tout à la fois un mal nécessaire pour lutter contre la piraterie et un outil pour mettre en place de nouveaux modèles économiques de commerce culturel: location, essai avant achat, qualité moindre pour moins cher etc..

Les inconvénients des DRM sont nombreux: bardés de brevets (de Microsoft ou Apple, par exemple), ils font aussi appel à des techniques sophistiquées de contrôle à distance, posant de nombreuses questions sur la vie privée et les intrusions dans l'intimité de la consommation culturelle. De plus, nombre des outils de DRM sont aujourd'hui incompatibles entre eux, pour des raisons de concurrence industrielle: impossible de lire une chanson achetée sur l'iTunes Music Store sur un baladeur d'une autre marque qu'Apple, par exemple. Quant à vouloir lire un film acheté sur un service de vidéo à la demande sur un logiciel autre que Microsoft, c'est illusoire... sauf à contourner le DRM et à risquer ainsi un procès.