

## AVIS N° 2004-1 relatif à la propriété littéraire et aux libertés individuelles

Saisi par le ministre de la culture et de la communication de la question de la conciliation entre la protection des droits de propriété littéraire et artistique et le respect des libertés individuelles dans l'environnement numérique, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 2 mars 2004, l'avis suivant.

1. Les droits de propriété littéraire et artistique et les libertés individuelles connaissent actuellement une phase de tension. En effet, le développement simultané des technologies numériques et du réseau Internet, tout en offrant des possibilités nouvelles d'exploitation et d'utilisation licites des œuvres, favorise la multiplication des actes de contrefaçon, notamment par le biais d'échanges de fichiers en peer-to-peer. Or le souci légitime des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique d'assurer l'effectivité de leurs prérogatives dans l'environnement numérique, que ce soit par le développement de systèmes de gestion numérique des droits ou l'adaptation à ce nouvel environnement des instruments techniques et juridiques traditionnels de prévention et de répression de la contrefaçon, suscite parfois des inquiétudes de la part des utilisateurs, qui redoutent l'impact de ces initiatives sur les libertés individuelles, au nombre desquelles figure le droit au respect de la vie privée. Les voies d'un nouvel équilibre, dans le respect des droits des différentes parties prenantes, doivent donc être recherchées.

2. Les systèmes de gestion numérique des droits (digital rights management systems ou DRMS) ont pour objet de permettre l'exploitation et l'utilisation d'œuvres sous forme numérique dans des conditions propres à assurer le respect des droits de propriété littéraire et artistique, notamment par l'octroi d'autorisations correspondant aux prérogatives conférées par la loi aux titulaires de tels droits. A ce titre, leur développement répond à une préoccupation légitime des ayants droit, qui a d'ailleurs trouvé une consécration juridique dans la protection accordée aux mesures techniques auxquelles ont recours ces systèmes par les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (article 11) et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (article 18), d'une part, et par la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (articles 6 et 7), d'autre part. Il convient en outre de souligner que ces systèmes présentent, par rapport aux canaux traditionnels de distribution des œuvres, des avantages pour les utilisateurs, en permettant notamment le développement de nouveaux usages et de nouveaux services.

- L'analyse du mode de fonctionnement d'un système-type de gestion numérique des droits conduit à mettre en évidence certains facteurs de risque pour la vie privée des utilisateurs. Ces risques potentiels sont liés à la mise en œuvre simultanée, au sein de ces systèmes, d'une part, de techniques d'identification des contenus et de contrôle des utilisations, d'autre part, de techniques d'identification et d'authentification des utilisateurs. Cette combinaison est en effet susceptible de permettre la collecte et la consolidation de données précises sur la consommation culturelle des intéressés et leur utilisation éventuelle à des fins non souhaitées par ces derniers. Le Conseil supérieur souligne toutefois que ces risques, dont l'appréciation, s'agissant de technologies encore émergentes, est malaisée, sont communs à la plupart des

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

- S'agissant des moyens de réduire les facteurs de risque liés à la mise en œuvre des systèmes de gestion numérique des droits, le Conseil supérieur souligne qu'ont vocation à s'y appliquer les garanties prévues par les textes en vigueur en matière, d'une part, de protection des données personnelles (loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et, au niveau communautaire, directives européennes du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et du 12 juillet 2002 dite vie privée et communications électroniques), d'autre part, de commerce électronique (directives européennes du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, transposée dans le code de la consommation, et du 8 juin 2000 sur le commerce électronique). Le cadre juridique ainsi délimité apparaissant propre à garantir le respect, par les systèmes de gestion numérique des droits, de la vie privée des utilisateurs, le Conseil supérieur recommande donc la complète transposition des directives précitées dans les meilleurs délais, notamment à l'occasion de la refonte en cours de la loi du 6 janvier 1978.
- Pour assurer l'effectivité des garanties prévues par ces textes, et afin de favoriser l'établissement d'un climat de confiance propre à permettre aux différentes parties prenantes de tirer profit du développement des systèmes de gestion numérique des droits, le Conseil supérieur estime que deux voies pourraient utilement être empruntées.
- D'une part, l'intégration des préoccupations relatives à la protection de la vie privée dans la conception même de ces systèmes devrait être encouragée, par le biais d'un dialogue entre leurs concepteurs, leurs utilisateurs, les consommateurs et les autorités de régulation telles que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), au niveau national, et le groupe de l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995, au niveau européen. A cet égard, le Conseil supérieur se félicite du pouvoir donné à la CNIL, par le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (adopté en première lecture par le Sénat le 1er avril 2003), de délivrer un label à des produits ou à des procédures reconnus conformes aux dispositions de la loi. Il invite la CNIL, si cette disposition devait être finalement adoptée par le Parlement, à faire un usage effectif de cette faculté, à l'égard tant des systèmes de gestion numérique des droits qu'à celui des plateformes de distribution des prestataires de services qui les mettent en œuvre.

D'autre part, la pratique démontre que l'effectivité des garanties prévues par la législation en matière de protection des données personnelles dépend beaucoup de la définition, de façon pragmatique et réaliste, de modalités pratiques de mise en œuvre adaptées aux spécificités de chaque secteur. Le Conseil supérieur suggère que cette adaptation soit réalisée, en concertation avec les différentes parties prenantes, et notamment les représentants des consommateurs, par le moyen de recommandations de la CNIL et de codes de conduite sectoriels, élaborés sous l'égide des pouvoirs publics. Il souligne à cet égard que l'article 27 de la directive du 24 octobre 1995 invite tant la Commission européenne que les Etats membres à encourager l'élaboration de tels codes de conduite, qui constituent un instrument de régulation adapté à l'économie numérique.

3. L'effectivité des droits de propriété littéraire et artistique passe également par une protection pénale efficace de ces droits. L'insuffisante crédibilité de la sanction pénale, à l'heure actuelle, prive cette dernière du rôle dissuasif qu'on peut en attendre, ce qui rend nécessaire l'adaptation des instruments traditionnels de lutte contre la contrefaçon à l'environnement numérique, dans le respect des libertés individuelles des utilisateurs.

- En ce qui concerne la recherche et la constitution de preuves, en vue notamment de la lutte

contre les échanges illicites d'œuvres sous forme numérique entre internautes, le Conseil supérieur estime que, en l'état, les règles d'administration de la preuve dans le procès pénal ne font pas obstacle au lancement de requêtes sur l'Internet par les autorités ou les ayants droit (notamment par le biais des agents assermentés de l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle) aux fins de constater les offres de fichiers effectuées en violation des droits de propriété littéraire et artistique. En particulier, il estime que de telles requêtes, dès lors qu'elles ont pour seul objet de constater des infractions, ne constituent pas des provocations à la commission de ces dernières au sens des jurisprudences de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne la mise en œuvre de traitements tels que la collecte des adresses IP (Internet protocol) des internautes se livrant à des activités d'échange de fichiers contrefaisants, le Conseil supérieur prend note de la position de la CNIL, qui considère que, s'agissant de données nominatives, seules les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public peuvent, en vertu de l'article 30 de la loi du 6 janvier 1978, procéder à de tels traitements aux fins de prévention et de répression des infractions. Il souligne toutefois le caractère seulement indirectement nominatif des adresses IP, qui ne permettent d'accéder à l'identité réelle des intéressés qu'après rapprochement avec les données de connexion détenues par les opérateurs techniques, dans le cadre d'une procédure judiciaire, et insiste sur la nécessité pour les ayants droit, eu égard au caractère massif de la contrefaçon en ligne, de pouvoir recourir à de tels traitements, dans un but tant préventif que répressif.

Dans ces conditions, le Conseil supérieur souhaite que le Parlement trouve, dans le cadre de la réforme en cours de la loi du 6 janvier 1978, et dans le respect des objectifs de la directive du 24 octobre 1995, une solution permettant aux titulaires de droits et aux organismes agissant pour leur compte de procéder à la constitution de tels fichiers, dans le seul but d'assurer la protection de ces droits. A cet égard, il se félicite de l'introduction, dans le projet de loi adopté le 1er avril 2003 par le Sénat, d'une disposition en ce sens. S'agissant du champ d'application de cette dernière, il attire toutefois l'attention du législateur sur la nécessité d'adopter une formulation qui permette sans ambiguïté de le regarder comme incluant, d'une part, parmi les finalités de la collecte, la prévention et la répression des violations des droits de propriété littéraire et artistique, d'autre part, au nombre des personnes visées, les organismes professionnels et les sociétés de perception et de répartition des droits, lorsqu'ils agissent pour le compte des ayants droit. Le Conseil supérieur estime en outre que les garanties exigées par la directive du 24 octobre 1995 pour la mise en œuvre de tels traitements devraient être prévues dans la loi relative aux traitements de données à caractère personnel elle-même, sans renvoi à des interventions législatives ultérieures, l'adaptation sectorielle des règles générales ainsi fixées pouvant être efficacement opérée par la CNIL, dans le cadre des demandes d'autorisation dont elle sera saisie.

S'agissant enfin de l'identification des contrefacteurs, le Conseil supérieur souligne la nécessité d'une mise en œuvre effective de l'obligation de conservation, par les opérateurs de télécommunications et les prestataires de services en ligne, pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, des données permettant une telle identification, qu'il s'agisse des données concernant les créateurs de contenus, visées à l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, ou des données de connexion, visées au II de l'article L. 32-3-1 du code des postes et télécommunications. L'édiction des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL, dont ces dispositions ont prévu l'intervention, apparaît à cet égard urgente. S'agissant plus particulièrement des données de connexion, le Conseil supérieur estime que, eu égard notamment aux garanties dont est entourée leur conservation, le délai de celle-ci ne devrait pas, dans l'état actuel de la législation, être inférieur à un an, ainsi que le permettent les dispositions de l'article L. 32-3-1 du code des postes et télécommunications. Un allongement, pour certaines catégories de données, du délai maximum fixé par la loi, dans des conditions compatibles avec les dispositions de l'article 6 § 1 de la directive du 12 juillet 2002, ne devrait pas être exclu à l'avenir, après évaluation des résultats des procédures

judiciaires intentées par les ayants droit et des difficultés concrètes rencontrées à cette occasion, au regard notamment du délai de prescription de l'action pénale.

4. Si la menace de la sanction pénale joue par elle-même un rôle préventif, d'autres mesures peuvent toutefois être envisagées pour renforcer la prévention de la contrefaçon dans l'environnement numérique.

A cet égard, le Conseil supérieur souligne, d'une part, la nécessité d'assurer dans les meilleurs délais la complète transposition des dispositions de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique qui permettent, sous certaines conditions, l'engagement de la responsabilité des prestataires intermédiaires de services en ligne lorsqu'ils s'abstiennent de prendre les mesures permettant de faire cesser les activités illicites dont ils ont connaissance, prévoient la possibilité, pour les autorités administratives ou judiciaires compétentes, d'exiger de ces mêmes prestataires qu'ils mettent un terme à de telles activités, notamment en retirant les contenus litigieux ou en les rendant inaccessibles, et invitent les Etats membres à mettre en place des recours juridictionnels efficaces, y compris en référé. La transposition de l'article 8 de la directive du 22 mai 2001, qui prévoit la mise en place, à l'encontre des prestataires intermédiaires, d'une procédure d'ordonnance sur requête aux fins de faire cesser des atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique, apparaît comme le corollaire indispensable de cette réforme. Le Conseil supérieur rappelle, à cet égard, la nécessité pour le législateur d'indiquer de façon suffisamment précise les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des prestataires concernés, conformément aux principes rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, et se félicite que, dans l'état actuel des travaux parlementaires relatifs au projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, il ait été tenu compte de ces exigences.

Le Conseil supérieur relève, d'autre part, que certaines réflexions, auxquelles les représentants des producteurs et des artistes-interprètes ne sont pas associés, sont actuellement menées sur la possibilité de créer un système général d'empreinte informatique permettant de vérifier si les échanges de fichiers sur le réseau sont autorisés et, à défaut, de bloquer, hors de toute procédure judiciaire, les fichiers échangés illicitement lors de leur passage par un serveur ou un routeur. Si un tel système ne porte pas atteinte au secret des correspondances, en raison du caractère ouvert au public de l'offre de tels fichiers, il ne pourrait toutefois être mis en œuvre qu'après élaboration d'un cadre juridique précis garantissant que les atteintes susceptibles d'être portées à la liberté de communication et au secret du choix des programmes sont nécessaires et proportionnées au but poursuivi.