

***La distribution
des contenus numériques en ligne***

RAPPORT
de la commission présidée par Pierre SIRINELLI

Vice-présidence : Josée-Anne BENZAERAF et Joëlle FARCHY

Rapporteurs : Hervé CASSAGNABÈRE et Brigitte LARERE

Lettre de mission

Le Président

Paris, le 29 octobre 2004

Monsieur,

Le développement rapide des réseaux numériques a créé les conditions d'une mutation profonde des industries culturelles, qui, au-delà de la transition progressive vers une distribution dématérialisée des œuvres, devraient se traduire par un nouveau « paysage économique ». Cette mutation s'accompagne d'un développement important des pratiques de copie et d'échanges d'œuvres protégées sur les réseaux « pair-à-pair ». Si en l'état du droit positif international comme national, l'essentiel de ces pratiques relèverait du régime juridique de la contrefaçon, il apparaît important que les pouvoirs publics disposent d'éléments de réflexion et de proposition sur l'évolution économique et juridique relative à ces usages et sur les modèles qui les sous-tendent.

Les effets de cette mutation sont incertains, dans la mesure où elle pourrait se traduire à la fois par un accès plus facile aux œuvres numériques mais aussi par une moindre diversité culturelle. Elle posera inévitablement la question des mécanismes de soutien et de financement de la création et de la diversité. Si le débat public relatif à la distribution des œuvres sur les réseaux numériques, et au premier chef sur les réseaux « pair-à-pair », a largement eu tendance à focaliser la réponse à cette question économique sur un régime juridique particulier et dérogatoire du droit de la propriété littéraire et artistique – la « licence légale » –, il apparaît utile, d'une part, d'étudier attentivement la pertinence et les conditions de faisabilité d'un tel régime et sa compatibilité avec nos engagements internationaux, et, d'autre part, de ne pas se limiter à cette réponse juridique.

L'action à mener pour l'avenir ne peut naturellement reposer que sur des fondements solides, c'est à dire sur une analyse des différents modèles et de leur évolution : qui participe au modèle ? pour quel profit et avec quelle part de responsabilité le cas échéant ? où se créent les valeurs ? à quels déplacements assiste-t-on ? quelle est la pertinence des modèles économiques connus ? les constructions existantes ont-elles montré leurs limites ?

A cette fin, une double réflexion devra être menée : réflexion économique sur les modèles de financement envisageables pour ces usages de consommation et d'échanges d'œuvres dans un cadre juridique conforme aux engagements de la France ; réflexion juridique relative à la qualification de ces usages, aux activités intermédiaires incluant celles susceptibles d'inciter à la contrefaçon et à leurs sources de financement (publicité), mais encore à de nouvelles formes d'exploitation. Ces travaux, qui s'enrichiront d'analyses techniques et sociales, devront être menés dans la perspective d'un financement de la production conforme à l'intérêt de l'ensemble des filières culturelles et du public.

Dans le cadre ainsi tracé, je vous demande de présider une commission du Conseil supérieur sur la distribution des œuvres sur internet. Vous serez assisté de deux vice-présidentes : Maître Josée-Anne Bénazéraf, avocat à la Cour, et Madame Joëlle Farchy, maître de conférences. Par ailleurs, Philippe Chantepie¹, chargé de mission à l'inspection générale des affaires culturelles, et Brigitte Larere, membre du Centre d'étude et de recherche en droit de l'immatériel, assureront les fonctions de rapporteurs de cette commission.

Vous mènerez vos travaux en y associant l'ensemble des parties intéressées et des experts compétents en la matière. Vous remettrez un rapport intermédiaire en mars 2005 et vos propositions pour la fin mai 2005.

En vous remerciant d'avoir accepté d'assurer la présidence de cette commission, je vous prie de croire, Monsieur, à l'expression de mes salutations distinguées.

¹ Remplacé à compter du 1^{er} avril 2005 par Hervé Cassagnabère, auditeur au Conseil d'Etat.

TABLE DES MATIERES

1. PROMESSES TECHNIQUES ET USAGES SOCIAUX

1.1 Une nouvelle donne technologique

1.1.1. Les technologies qui se rattachent en apparence à un mode traditionnel de consommation de contenus, tout en en démultipliant les potentialités

1.1.2. Les technologies qui échappent aux modes traditionnels d'utilisation, dérivées du P2P

1.1.3. Les modes d'écoute et de diffusion hybrides préfigurant peut-être la naissance d'un nouveau média

1.2 Des pratiques croissantes et des usages multiples

2. ANALYSE JURIDIQUE DE LA DISTRIBUTION DES ŒUVRES EN LIGNE

2.1 Echanges de fichiers par l'intermédiaire de logiciels permettant les échanges de pair à pair

2.1.1. Responsabilité des internautes

2.1.1.1. L'upload et le download associé à une opération d'upload

2.1.1.2. Le download dissocié de toute opération d'upload

2.1.2. Au-delà des internautes, la responsabilité de certains prestataires

2.1.2.1. Responsabilité juridique des fournisseurs de logiciels

2.1.2.1.1 Responsabilité juridique à l'étranger

2.1.2.1.2 Responsabilité au regard du droit français

2.1.2.2. Responsabilité des fournisseurs d'accès à l'Internet

2.2. Statut juridique des autres types de téléchargements effectués à partir de réseaux de communication en ligne

2.2.1. StationRipper et logiciels de même type

2.2.2. Les échanges de musique par courrier électronique

2.2.3. Blogs musicaux et radioblogs

3. LA DISTRIBUTION DE CONTENUS NUMERIQUES : NOUVEAUX ACTEURS, NOUVELLES SOURCES DE VALEUR

3.1. Les intermédiaires et leurs financeurs

3.2. Les industries des technologies de l'information

4. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

4.1. Solutions techniques pour limiter les échanges illicites

4.1.1. L'envoi de messages d'avertissement aux internautes

4.1.2. Le filtrage du P2P

4.1.3. Les protections contre la captation non autorisée des flux numériques audio

4.2. L'approche graduée

4.3. Construire une offre autorisée

4.3.1 Des marchés en devenir

4.3.2 Les DRMs, conditions techniques du développement d'un marché en ligne sécurisé

4.3.3 Conditions commerciales de développement d'un marché en ligne

4.3.4 Le débat complémentarité/substitution

4.3.5 Une offre autorisée complémentaire : les modèles de type Creative Commons

4.4 Licence globale et prélèvement sur les abonnements auprès des fournisseurs d'accès

4.4.1 Présentation de la proposition Alliance

4.4.2 Une insécurité juridique qui n'est que partiellement résolue

4.4.3 Des difficultés techniques

4.4.4 Un modèle économique statique

4.5 Favoriser l'émergence d'un P2P légal

4.6 Intervention du législateur visant à responsabiliser les fournisseurs de logiciels

ANNEXE n°1 : Calendrier de travail

ANNEXE n°2 : Liste des membres

1 – PROMESSES TECHNIQUES ET USAGES SOCIAUX

1.1 Une nouvelle donne technologique

Les réseaux pair à pair (peer-to-peer, P2P) constituent, entre des ordinateurs connectés à l'Internet, un système de transmission et de partage de fichiers ainsi qu'un système de mutualisation des puissances de traitement et de capacités de stockage. Cette technologie ne peut être assimilée à un simple téléchargement selon un modèle descendant de contenus préalablement proposés, même gratuitement, par un programmeur. Pourtant, le P2P n'est que la pointe émergée d'un iceberg technologique aux dimensions aussi incertaines que croissantes et qui rassemble, à ce stade, au moins trois catégories de technologies.

1.1.1. les technologies qui se rattachent en apparence à un mode traditionnel de consommation de contenus, tout en en démultipliant les potentialités : copie de musique à partir de programmes radio.

A partir des années 1980, et jusqu'à la fin des années 1990, l'enregistrement d'émissions de radio sur cassettes audio s'est largement répandu. Il a constitué une alternative partielle à l'achat de phonogrammes du commerce, en dépit d'une qualité sonore moindre. De nouveaux logiciels comme Station Ripper, The Bug, Replay Music, ou Stream Ripper reprennent ce principe, mais en l'adaptant à la puissance de l'ère numérique. Ces logiciels permettent de capter un flux numérique audio, d'en isoler les différents éléments, et notamment les phonogrammes inclus dans les programmes, et de les copier sur un disque dur.

Les implications de ces logiciels sont majeures. Alors qu'une chaîne Hi-Fi dotée d'un enregistreur à cassettes permettait d'enregistrer une émission à la fois, Station Ripper, par exemple, est un outil intelligent qui permet d'enregistrer simultanément plus de 300 radios parmi les milliers de stations de webradios diffusant du flux (*stream*) sur l'Internet. Station Ripper et les logiciels similaires sont d'une efficacité redoutable. Une fois installé, le logiciel Station Ripper affiche directement la page d'accueil de Shoutcast, qui propose un accès à plusieurs milliers de stations de radio, classées par genre. En navigant sur le site, l'utilisateur repère un flux qui l'intéresse, par exemple un genre musical sur une radio thématique, et n'a plus qu'à cliquer sur l'icône « Tune in » pour que les fichiers musicaux au format MP3 affluent sur son disque dur, prêts à être écoutés. Le logiciel transforme ainsi en MP3 des flux diffusés en *streaming* sur l'Internet. Associé à des outils de recherche et de balayage, le logiciel permet à l'utilisateur de se constituer facilement et quasi gratuitement une phonothèque personnelle. Le logiciel fonctionne donc comme un gigantesque juke-box interactif, dont la puissance paraît nettement supérieure à celle du P2P.

Le risque de voir naître une sorte de « Channel Ripper » qui fonctionnerait comme un magnétoscope captant l'ensemble des films diffusés en ligne n'est pas hypothétique, des logiciels de ce type commençant à apparaître.

1.1.2. Les technologies qui échappent aux modes traditionnels d'utilisation, dérivées du P2P (« peer-to-mail » et messageries instantanées).

Le *peer-to-mail* permet de stocker de manière organisée des fichiers de toutes tailles sur une messagerie électronique, et, éventuellement, d'échanger ces fichiers avec ses contacts. Cette technique est rendue possible par l'apparition de boîtes de courrier

électronique à grandes capacités de stockage. Le principe est identique à celui qui inspire le *P2P*, mais les fichiers musicaux sont envoyés en pièces jointes comme de simples fichiers *word* ou des photographies attachés à un courrier électronique.

L'échange de fichiers musicaux par courrier électronique peut également s'effectuer par voie de messagerie instantanée. Ces services de messagerie en temps réel offrent aux utilisateurs la possibilité de consulter la liste des correspondants avec lesquels ils sont simultanément en ligne, pour communiquer immédiatement avec eux. Généralement, les messages apparaissent spontanément à l'écran dans une fenêtre, sans que l'utilisateur ait à intervenir. La messagerie instantanée offre à ses utilisateurs la possibilité d'utiliser les fonctionnalités du courrier électronique (transfert de fichiers et d'adresses Web) et d'entamer des sessions de discussions.

1.1.3. Les modes d'écoute et de diffusion hybrides préfigurant peut-être la naissance d'un nouveau média (« podcasting » et « radioblog »).

a) Le podcasting à partir de blogs musicaux personnels

Un blog est un site Internet présentant le journal personnel d'un internaute, qui comprend des billets d'humeurs, des réflexions et souvent des liens hypertextes suggérés par le blogger. Huit à dix millions de blogs sont recensés dans le monde, et ils sont en France 150 à voir le jour chaque mois. La gratuité de l'hébergement des blogs, qui est en général la règle, n'est pas étrangère à la rapidité de leur développement. Les blogs constituent donc une nouvelle génération de sites personnels, plus interactifs. Le blog peut également contenir du son. Un audioblog propose d'écouter de la musique mise en ligne par l'auteur de la page web et qui correspond à ses passions. Cette page web fonctionne sur le principe d'un journal de bord (« log »).

Certains bloggers vont au-delà de la simple mise à disposition de fichiers MP3, et remettent en question la frontière entre blog et radio. C'est le podcasting. Formé par contraction des mots iPod et broadcasting, le podcasting consiste à publier sur un blog des fichiers audio facilement récupérables par les visiteurs sur leur ordinateur. Certains adeptes de cette technique estiment qu'elle permet de bénéficier à la fois de l'immédiateté et de la gratuité de la radio et de la personnalisation des blogs. L'état d'esprit de ces bloggers n'est généralement pas la piraterie, mais plutôt l'information : nombre d'entre eux proposent systématiquement un lien vers des sites légaux d'achat en ligne.

b) Les radioblogs

Les radioblogs constituent quant à eux de véritables « radios personnelles ». Ils permettent aux internautes de choisir un titre à partir d'un moteur de recherche. La musique est initialement fournie en format *stream*, mais il est, en réalité, aisé de transformer le *streaming* ainsi offert en fichiers MP3 téléchargeables. Les radioblogs s'avèrent constituer un excellent outil de partage de fichiers musicaux, dont l'efficacité est au moins égale à celle du P2P. A la différence des sites « centralisés » tel que Napster à l'origine, les radioblogs dispensent l'utilisateur d'aller lui-même rechercher les fichiers qu'il souhaite écouter : c'est le moteur de recherche qui effectue cette opération.

1.2 Des pratiques croissantes et des usages multiples

L'engouement pour l'Internet au cours des dernières années doit beaucoup à l'existence des réseaux P2P. Une étude par protocoles a été menée par la société CacheLogic². Publiée mi 2004 et mise à jour en 2005, elle fait apparaître que le trafic P2P représente 60 % du trafic mondial écoulé sur Internet³.

D'après l'OCDE⁴, les utilisateurs simultanément actifs de ces réseaux dans le monde seraient près de 10 millions en avril 2004, en progression de 30 % par rapport au mois d'avril 2003. Les données recensées plus récemment par Big Champagne confirment ces ordres de grandeur ; le nombre d'internautes sur les réseaux P2P s'établit à 9,3 millions en septembre 2005. En un an, la population des usagers a augmenté de près de 38 %, après une hausse de 57 % entre septembre 2003 et septembre 2004. Le cap des 10 millions pourrait être franchi avant la fin de l'année 2005.

Le P2P est utilisé par les internautes pour de multiples applications : jouer en ligne, organiser des visioconférences ou de la messagerie instantanée, échanger des connaissances, des photos, diffuser des contenus interactifs, faciliter le stockage massif des données, partager des documents ou des informations entre entreprises ou administrations, mutualiser les puissances de calcul... Les nouvelles applications comme la téléphonie sur l'Internet, la téléphonie mobile de troisième génération reposent elles aussi sur la technologie P2P.

Mais le succès des réseaux P2P doit beaucoup à l'espoir des utilisateurs de se procurer librement, gratuitement, et, plus rapidement encore, via les offres « haut-débit », des contenus culturels. Dans un usage grand public, le P2P permet gratuitement à tous les internautes, ayant préalablement installé un simple logiciel qui leur sert d'interface de laisser à la disposition des autres membres de la communauté des fichiers présents sur leur propre disque dur. Suivant les outils de compression utilisés, il est possible de partager de la musique, des films, des livres ou des documents, des jeux ou des logiciels.

L'échange d'œuvres numériques sur l'Internet est en hausse constante au plan mondial, et tout particulièrement en Europe occidentale. Le marché de la musique reste la figure pionnière et emblématique de ces changements, mais une évolution majeure apparaît : la part croissante de la vidéo dans les échanges de fichiers. Alors que Napster ne permettait que le partage de fichiers musicaux en format MP3, la génération actuelle autorise l'échange d'autres types de contenus, comme les vidéos, les jeux ou les logiciels.

D'après les données collectées par Big Champagne, les fichiers non musicaux représentaient fin 2003 plus de 35 % des fichiers échangés sur l'Internet, et la part des fichiers audio aurait reculé de 62,5 % à 48,6 % entre 2002 et 2003. Ce phénomène s'expliquerait par le développement du haut-débit, qui permet désormais de télécharger un film d'une heure et demie en quelques minutes, mais tiendrait également à l'apparition de nouvelles technologies de duplication de CD et de DVD. Compte tenu de la lourdeur des fichiers, le téléchargement de films et d'œuvres audiovisuelles représente plus de 60 % du trafic P2P, contre 11 % pour le téléchargement de fichiers musicaux⁵.

² CacheLogic, « *P2P in 2005* ».

³ Cette étude s'entend hors données françaises. Des chiffres, non confirmés, tendent à faire penser qu'il s'agit d'une hypothèse minimale, la France se situant vraisemblablement au-dessus de cette moyenne.

⁴ « *OECD, Information Technology Outlook 2004 : Peer-to-peer networks in OECD countries* ».

⁵ CacheLogic 2005

Certaines études⁶ ont fait état d'une décrue de la fréquentation des réseaux P2P aux Etats-Unis. Un pic aurait été atteint avec 5,5 millions d'utilisateurs simultanément actifs en octobre 2003, et ce nombre serait depuis descendu à 4,5 millions. Des sondages⁷ expliquent ce phénomène par les poursuites judiciaires engagées outre-atlantique par l'industrie du disque (voir 2.3. *infra*), ainsi que par la montée en puissance des plates formes légales. Ces études sont toutefois contestées. Elles se fondent pour la plupart sur les données collectées par BigChampagne. Or, si ce cabinet suit les sites de P2P les plus connus, tels que KaZaA, Kaza Lite, iMesh, Grokster (FastTrack), mais aussi eDonkey, Direct Connect, ou bien des sites fondés sur Gnutella, tels que Scour Exchange, Audio Galaxy ou Morpheus, il n'observe pas d'autres sites moins connus (File Rogue au Japon, Soribada en Corée, ou d'autres sites de moindre notoriété dans les pays développés). Par ailleurs, l'OCDE estime que les sondages de Pew reflètent peut-être la réticence des utilisateurs de P2P à déclarer ouvertement qu'ils téléchargent de la musique, en raison du contexte répressif américain.

A l'opposé de la chute constatée par Pew, une étude de la CAIDA⁸ démontre que le nombre d'octets échangés représente une part constante, voire légèrement croissante, du trafic total sur l'Internet aux Etats-Unis. Elle conclut que les internautes américains, loin de s'être détournés des réseaux de P2P, auraient migré du réseau qui faisait l'objet des attaques les plus vives (*FastTrack*) vers d'autres systèmes tels que BitTorrent, dont le trafic a doublé en un an.

Pour la période la plus récente (2005), ces tendances demandent à être confirmées.

D'un côté la mise en place d'actions antipiraterie ciblées en Europe et aux Etats-Unis conduit à une baisse de la fréquentation de certains réseaux P2P sur lesquels les actions en justice ont principalement porté. Les baisses observées sur les fichiers musicaux et les protocoles de P2P associés seraient désormais aussi observées sur les films et les séries.

D'un autre côté, si chacun s'accorde à constater le déclin du protocole Fast Track (KaZaa, Kaza Lite, iMesh), il paraît très prématuré de conclure à une baisse globale du téléchargement gratuit non autorisé. En France, les données de Mediamétrie 9, qui ont l'avantage d'être des statistiques tirées d'observations de l'activité des ordinateurs, et non de l'usage déclaré par l'internaute en réponse à un questionnaire, montrent une progression du nombre d'utilisateurs de logiciels eMule de 10 % entre décembre 2004 et mars 2005. Ainsi, en déclaratif, l'utilisation du P2P semble baisser, mais, en observation, on mesure une augmentation des utilisateurs de P2P (sans doute en partie liée à l'augmentation du nombre d'abonnés haut débit) et du volume des fichiers échangés. Selon les chiffres publiés par l'Américain NPD Group, le volume de fichiers échangés sur les réseaux P2P a atteint 242 millions d'unités au mois de mars 2005, soit une augmentation de 25 % par rapport à la même période l'année précédente.

Surtout, on constate depuis les origines du P2P des effets de migration des internautes d'un protocole à l'autre. Loin de mettre un frein aux nouvelles pratiques, la fermeture de Napster n'avait fait qu'accélérer la migration de nombreux utilisateurs vers des concurrents beaucoup plus ingénieux et difficiles à contrôler parce que décentralisés comme KaZaa. La fréquentation de KaZaa a par la suite diminué mais eMule (en France) ou Bit Torrent aux Etats-Unis se sont développés. Ce déplacement pourrait également se faire, même s'il n'existe aucune estimation précise sur ce point, vers des technologies d'échange de musique distinctes du P2P : une récente étude

⁶ NPD Group, 2004, par exemple.

⁷ Pew and comScore, 2004, New York Times.

⁸ CAIDA, « *Is P2P dying or just hiding ?* », novembre 2004.

⁹ Mediamétrie/NetRatings – Mars 2005

portant sur les Etats-Unis a montré que le *peer-to-mail* et les messageries instantanées représenteraient déjà une part de 20 % de la musique téléchargée, contre seulement 16 % pour le *P2P*, dont le poids est en déclin sensible (30 % un an auparavant)¹⁰.

Des P2P cryptés, tels que Mute ou Antz, commencent à apparaître. Leur but est de garantir l'anonymat de l'utilisateur qui, même s'il ne sera vraisemblablement jamais parfait, rendra plus difficile l'identification et la poursuite des utilisateurs. La plupart des logiciels de P2P nécessitent une inscription. Ainsi, l'utilisateur n'est pas anonyme pour l'éditeur de logiciel et son adresse IP est souvent visible de tous les utilisateurs du service. C'est en exploitant cette fonctionnalité que les ayants droit peuvent s'attaquer aux utilisateurs de P2P. Le risque actuel est celui d'une migration vers des services qui incorporent des fonctions d'anonymisation.

Points clés

Point 1 : Le P2P s'inscrit dans le contexte d'une nouvelle donne technologique très évolutive qui permet aux échanges de contenus de se multiplier.

Point 2 : Les nouvelles techniques ne doivent pas être combattues en tant que telles, compte tenu de l'utilité d'un certain nombre d'applications. Mais le succès des réseaux P2P doit beaucoup à la possibilité créée, pour des millions d'internautes, de se procurer librement et gratuitement des contenus culturels, essentiellement de la musique et des films, sans accord et sans rémunération des ayants droit. C'est ce type d'utilisation qui pose problème aux industries culturelles. L'essor des nouvelles techniques doit donc s'accompagner d'une maîtrise de leur usage afin qu'elles participent du développement harmonieux des industries culturelles et, plus généralement, de toutes les industries bénéficiant de la protection attachée à la propriété littéraire et artistique.

¹⁰ *Pew Internet & American Life Project* : « Music and video downloading moves beyond P2P, Mars 2005.

2 – ANALYSE JURIDIQUE DE LA DISTRIBUTION DES ŒUVRES EN LIGNE

La commission a naturellement centré son analyse sur le phénomène le plus préoccupant : les échanges, de « pair-à-pair » (P2P), de fichiers couverts par un droit de propriété littéraire et artistique (2.1). Mais d'autres pratiques, qui méritent également examen, se développent par l'intermédiaire des réseaux numériques (2.2).

2.1 Echanges de fichiers par l'intermédiaire de logiciels permettant les échanges P2P

Ces pratiques sont, pour l'heure, les plus courantes. La technologie des échanges de fichiers P2P est juridiquement neutre : elle n'a rien d'illégal en soi. Seuls les usages qui en sont faits peuvent être illicites et c'est parce que l'échange sans autorisation de fichiers musicaux ou de films protégés par la propriété intellectuelle constitue l'une des principales applications de ces réseaux qu'un problème se pose. Ces diverses pratiques ont été examinées afin de savoir si elles sont conformes au droit de la propriété littéraire et artistique tant en ce qui concerne les actes de téléchargement en réception (« descendants » ou « *download* ») que ceux dits en émission (« ascendants »), avec mise à disposition d'un fichier de son ordinateur vers un internaute qui en fait la demande (« *upload* »).

Les ayants droit s'en sont inquiétés et diverses actions en justice ont été entreprises. Chronologiquement, ces dernières ont d'abord concerné les internautes (2.1.1.), dont la condamnation a été obtenue. Les plaintes déposées se sont multipliées. On en recense plus de 7000 début 2005 aux Etats-Unis, 500 en Europe où les majors du disque ont décidé, à l'instar de leur homologue américaine, la RIAA, de poursuivre directement en justice les usagers. Une cinquantaine de plaintes ont été déposées en France et le 2 février 2005, le tribunal de Pontoise a condamné un internaute qui avait téléchargé 10 000 titres à payer 10 200 euros de dommages et intérêts aux sociétés d'auteurs et de producteurs qui s'étaient portées parties civiles.

Mais d'autres intervenants pourraient voir leur responsabilité engagée, notamment les éditeurs ou distributeurs de logiciels permettant ces échanges (2.1.2). Ces voies sont d'autant plus intéressantes à explorer que certains intermédiaires y trouvent un intérêt économique incontestable (cf. partie 3. *infra*). Mais il reste que l'analyse économique est insuffisante à justifier la condamnation de ces prestataires et il convient de vérifier si les conditions juridiques à l'engagement de responsabilité sont bien remplies.

2.1.1 Responsabilité des internautes

Dans une acception large, le téléchargement, qui se définit comme un transfert de programmes ou de données d'un ordinateur vers un autre, recouvre donc les deux opérations suivantes susceptibles d'être accomplies par l'utilisateur d'un réseau *P2P* :

- l'*uploading* (« *téléchargement vers un autre ordinateur* »), opération consistant à communiquer au public de l'Internet, aux fins d'en permettre le *downloading*, d'œuvres ou autres données protégées par un droit de propriété intellectuelle stockées sur le disque dur de l'ordinateur de l'*uploader* ;

- et le *downloading* (« *téléchargement à partir d'un autre ordinateur* »), processus de transfert, à partir d'un ou plusieurs ordinateurs d'*uploaders*, aboutissant à l'enregistrement, sur le disque dur de l'ordinateur du *downloader*, d'une copie d'une œuvre ou d'autres données protégées par un droit de propriété intellectuelle.

Bien que ces deux opérations soient généralement accomplies ensemble par l'utilisateur d'un réseau de *P2P* et, qu'au surplus, l'utilisateur le souhaiterait-il, elles ne puissent pas toujours être matériellement dissociées du fait que les nouvelles générations de logiciels de *P2P* interdisent majoritairement d'exclure la fonction *upload*, il est désormais traditionnel d'en distinguer l'analyse – ou, plus précisément, de distinguer l'analyse de l'*upload* avec ses répercussions sur les opérations de *download* qui lui sont généralement associées (2.1.1.1), de la situation, de moins en moins fréquente, mais qui reste envisageable, du *download* totalement dissocié de toute opération d'*upload* (2.1.1.2).

2.1.1.1 L'*upload* et le *download* associé à une opération d'*upload*

Il est admis que l'*upload* constitue, en droit d'auteur, un acte de télédiffusion au sens de l'article L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle, mettant en œuvre le droit de représentation et, en droits voisins, un acte de communication au public au sens du premier alinéa de l'article L. 212-3 et du deuxième alinéa de l'article L. 213-1 du même code. De ce fait, en l'absence d'autorisation des titulaires de droits sur l'œuvre protégée, le phonogramme et/ou les prestations faisant l'objet de l'*upload*, celui-ci constitue indiscutablement un acte illicite portant atteinte aux droits de représentation et de communication au public (peu importe d'ailleurs que l'œuvre ainsi offerte au téléchargement par l'*uploader* ait été par la suite effectivement téléchargée ou non par d'autres internautes ou même que seuls certains « paquets » numériques de l'œuvre aient été téléchargés en provenance de l'*uploader* considéré : il suffit que l'œuvre ait été rendue accessible au public pour que le délit soit constitué). Cette analyse a été réitérée dans le cadre de la commission sans susciter de divergences.

Les débats se sont néanmoins focalisés sur l'acte de reproduction qui précède ou qui est réalisé simultanément à l'opération d'*upload* : l'*uploader* enregistre une œuvre sur le disque dur de son ordinateur puis, ou simultanément, la rend accessible aux autres internautes aux fins de téléchargement. Quel est le statut de cet acte de reproduction qui peut d'ailleurs résulter soit d'un téléchargement en *download*, soit d'un enregistrement sur le disque dur à partir d'un support externe (comme un phonogramme du commerce) ?

Il est admis que, lorsqu'une personne réalise une copie dans l'intention de la mettre à disposition d'autres usagers, cette reproduction n'est pas couverte par l'exception de copie privée, du fait que ladite copie n'est pas « *strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective* » au sens de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle.

2.1.1.2 Le *download* dissocié de toute opération d'*upload*

La situation apparaît plus complexe, si l'on s'attache à l'autre opération de téléchargement effectuée par les internautes, le *download* (téléchargement « descendant »). Il s'agit d'apprécier la licéité de cette opération « descendante » qui conduit à transférer et copier sur un support, fixe ou amovible, un fichier mis à disposition via le logiciel d'échange *P2P*, l'analyse étant limitée à cette copie première et non étendue au sort des reproductions ultérieures (par exemple, copie sur un CD vierge à partir du disque dur de l'ordinateur).

Sur le plan juridique, la question qui se pose alors est celle de savoir si la copie entre dans le champ de l'exception pour copie privée, auquel cas elle échapperait au

monopole des ayants droit, ou si elle constitue un acte de contrefaçon pour avoir été effectué sans l'autorisation de ceux qui détiennent des droits d'auteur et voisins.

Pour savoir si cette reproduction en *downloading* constitue, comme certains le pensent, une copie privée, trois questions doivent être tour à tour envisagées :

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

Le bénéfice de l'exception ne peut être accordé que s'il est répondu de façon satisfaisante, pour l'utilisateur, à tous ces critères, qui doivent s'analyser de manière cumulative. Or, chacune de ces interrogations met en œuvre des raisonnements complexes que les tribunaux n'ont pas tous explorés. Il n'est donc pas étonnant que les différents protagonistes n'y apportent pas les mêmes réponses, même si les quelques décisions de justice (jugements des tribunaux de Vannes du 29 avril 2004 et de Pontoise du 2 février 2005) appelées à trancher la difficulté semblent avoir condamné, sans trop de distinction et l'« *upload* » et le « *download* » (la majorité des membres de la Commission considère qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte l'arrêt du 10 mars 2005 de la cour d'appel de Montpellier confirmant le jugement du tribunal de Rodez du 13 octobre 2004, dès lors que cet arrêt ne vise pas des actes de téléchargement mais seulement les reproductions subséquentes du disque dur vers des supports amovibles).

a) Si l'on s'attache à la première condition relative à la copie privée, il est donc impératif de savoir si copiste et usager sont une seule et même personne.

L'interrogation est fondamentale puisque l'acte de reproduction n'échappe au monopole de l'auteur que lorsque la copie est destinée à l'usage personnel du copiste. S'il est assez aisé de savoir qui est l'usager (en l'occurrence, l'internaute en téléchargement descendant), il est davantage délicat de déterminer qui réalise la copie. Si le copiste est le « *downloader* », il est possible d'envisager l'application de l'exception de copie privée. Si le copiste est un tiers alors que le « *downloader* » en est l'usager, il n'y a pas copie privée mais contrefaçon. Or, il doit être rappelé qu'au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation, le copiste n'est pas celui qui choisit l'œuvre à reproduire mais celui qui a la garde du matériel qui permet de la réaliser.

La question à trancher est donc de savoir qui réalise effectivement la copie. L'aspect technique de la reproduction a été présenté de la façon suivante : une première reproduction est effectuée dans le « *cache* » de l'ordinateur à partir duquel l'œuvre est offerte (en réalité, plusieurs ordinateurs puisque la plupart des logiciels d'échanges *P2P* effectuent des téléchargements « éclatés » ou « répartis » à partir de différentes machines), une deuxième dans le « *cache* » de l'ordinateur d'arrivée et une troisième dans le disque dur de cette même machine. L'analyse matérielle a conduit à des interprétations divergentes. Pour quelques membres de la commission, cela signifierait que le copiste est en définitive le « *downloader* » (ce qui permettrait l'analyse en copie privée), tandis que, pour la majorité des membres, la copie est le fait de l'« *uploader* » (ou des « *uploaders* ») qui répond à une requête du « *downloader* », ce qui exclurait le bénéfice de l'exception puisque copiste (« *uploader* ») et usager (« *downloader* ») sont deux personnes distinctes.

Les tenants de l'analyse en contrefaçon mettent, en outre, en avant un autre argument pour exclure le jeu de l'exception : le fait que l'internaute en *download* n'ait pas détenu

« l'œuvre » entre ses mains ou n'ait pas eu accès à l'œuvre avant d'effectuer l'acte de copie. A la vérité cette exigence, qui n'a jamais vraiment été discutée devant les tribunaux ni en doctrine, postule que la copie privée devrait être regardée comme un acte de reproduction individuel et solitaire réalisé par quelqu'un qui a déjà accès à l'œuvre et prend l'initiative de la copier. Cette approche s'appuierait sur le fait que l'exception de copie privée n'aurait pas été conçue comme le moyen de se procurer une œuvre que l'on ne détient pas déjà. Si ce raisonnement devait être retenu, le *download* non autorisé serait de façon certaine un acte de contrefaçon puisque l'internaute n'a pas accès à l'œuvre autrement que par la copie qu'il réalise. Celle-ci n'étant qu'un élément d'un processus par lequel l'internaute se procure une œuvre avec le concours d'un tiers, il s'agirait d'un transfert de fichier comparable à une vente ou un don. Le débat qui s'est alors instauré a fait apparaître des points de vue radicalement opposés, certains estimant que les pratiques des téléspectateurs utilisant un magnétoscope de façon parfaitement licite contredisent clairement cette analyse. D'autres réfutent ce parallèle en faisant valoir que, dans le cas de la télédiffusion, le copiste a bien accès à l'œuvre préalablement et indépendamment de l'acte de copie, auquel il n'est pas obligé de procéder, alors que, dans le *download*, l'acte de copie est un élément indissociable d'un processus par lequel le particulier se procure l'œuvre auprès d'un tiers.

S'il ne résulte aucune certitude des débats de la commission, faute de consensus, il convient cependant de noter qu'une très grande majorité des membres rejette l'analyse en copie privée dès l'examen de cette première condition, ce qui rendrait inutile l'étude des deux autres questions. C'est pourtant à pareille analyse que la commission s'est livrée afin que le raisonnement soit complet et que tous les arguments possibles soient débattus.

b) La deuxième question a trait au statut de la matrice à partir de laquelle est réalisée la copie : pour qu'une copie puisse être regardée comme privée faut-il que la matrice (ou la mise à la disposition de cette dernière) soit elle-même licite ?

A l'inverse du droit allemand, qui précise désormais que le copiste qui ne peut ignorer le caractère manifestement illicite de l'original ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception, le droit français est silencieux sur ce point. Cette discrétion est diversement interprétée par la Commission puisque certains estiment que la licéité de la matrice est indifférente au législateur tandis que d'autres se réfèrent au principe d'interprétation restrictive des exceptions (règle cardinale du droit d'auteur français) pour considérer que le bénéfice de l'exception doit être écarté. Au renfort de cette approche, certains font valoir un principe général du droit français selon lequel la fraude corrompt tout (*fraus omnia corrumpit*).

Aucun consensus n'est obtenu sur ces analyses mais la majorité de la Commission tient à rappeler que, à l'origine, l'exception de copie privée n'était qu'une tolérance ce qui conduit, dans le doute, à adopter l'interprétation la plus favorable aux ayants droit.

c) A supposer, cependant, que la copie en téléchargement descendant puisse être regardée comme une reproduction destinée à l'usage du copiste répondant aux conditions internes de l'exception de copie privée, le bénéfice de cette restriction au droit d'auteur ne pourrait être revendiqué que si l'acte répond aux exigences du « test des trois étapes ».

Ce test constitue un « garde fou » que la France est tenue de respecter puisqu'il est imposé par les textes internationaux (Convention de Berne, accord dit ADPIC de l'OMC de 1994, traités OMPI du 20 décembre 1996) et européens (directive du 22 mai 2001). Il s'ajoute aux conditions « internes » de chacune des exceptions et impose,

même dans une législation soucieuse de respecter l'équilibre d'aspirations antagonistes (auteur, investisseurs, consommateurs...), de vérifier que l'adoption ou la mise en œuvre d'une restriction au droit d'auteur et aux droits voisins ne porte pas atteinte aux intérêts des ayants droit.

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

Le projet de loi français de transposition de la directive mentionne ce test des trois étapes et ces exigences supplémentaires pour le bénéfice d'une exception aux articles L.122-5 (droit d'auteur) et L.211- 3 (droits voisins) du CPI.

L'application des exigences de ce test, en plus des conditions internes à chacune des exceptions, est donc un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'exception, le juge ayant le pouvoir de refuser le bénéfice de la restriction à la propriété littéraire et artistique alors même que les conditions propres à une exception sont réunies¹¹. Reste que, si le principe est incontestable, sa mise en œuvre est très délicate en dépit de l'orientation claire fournie par la *ratio legis*.

La première condition (« cas spéciaux ») du test est remplie (puisque sont déterminées, l'hypothèse de la limite - pour autant que l'on admette l'analyse en copie privée -, ses conditions et sa portée) mais qu'en est-il des autres ?

Le peu de décisions ayant été appelées à mettre en œuvre le test en trois étapes laisse place à diverses interprétations. En faveur d'une analyse permettant de conclure à la conformité des téléchargements au test, il a été proposé par certains membres de la commission d'interpréter les deux autres exigences de la façon suivante. L'absence de concurrence directe d'une exception avec tel ou tel mode d'exploitation résulterait de l'impossibilité, en pratique, pour les ayants droit d'exercer leurs droits exclusifs au titre de l'utilisation couverte par ladite exception, et permettrait de conclure qu'il n'y a pas d'atteinte à l'exploitation normale des œuvres et prestations. Par ailleurs, on devrait considérer qu'il n'y a pas de préjudice injustifié si l'auteur ou un autre titulaire de droit obtient une compensation, y compris par une licence légale. Il y aurait lieu de tenir compte de la réalité de l'exercice des droits, y compris les relations contractuelles, pour apprécier le préjudice éventuellement subi par les artistes-interprètes. Enfin, le préjudice ne pourrait être pris en compte qu'à l'égard d'intérêts légitimes, ce qui exclut tout objectif contraire au droit, notamment le droit de la concurrence.

Cette présentation qui traduit la position de l'Alliance public-artistes¹², ne recueille pas l'assentiment des autres membres de la Commission qui contestent vivement l'idée que la pratique des échanges non autorisés de pair à pair puisse être regardée comme remplissant les exigences du test, notamment celle d'absence d'« atteinte à l'exploitation normale » et celle relative à l'absence de « préjudice injustifié » et ce pour les raisons qui suivent. Il n'entre pas dans l'esprit du législateur international, national ou régional de retenir l'idée d'une « normalité sociologique », envisagée dans certaines analyses, au détriment d'une approche juridique ou économique (la pratique de 8 millions d'internautes est peut-être massive mais pas plus licite que la fraude fiscale ou les excès de vitesse). Quant à la prétendue impossibilité de mettre en

¹¹ La question de la charge de la preuve n'a pas fait l'objet d'un consensus au sein de la Commission.

¹² La composition de l'Alliance public-artistes est détaillée dans la partie 4.3. *infra*.

œuvre le monopole, elle n'a pas encore été démontrée. La tenir pour acquise reviendrait à résoudre la question par la question. Au demeurant, elle condamnerait *a priori* tous les efforts déployés en matière d'offre légale. L'exploitation normale doit être envisagée du point de vue des ayants droit, à même de choisir les modes d'exploitation qui leur paraissent les plus adéquats. Quant au préjudice, il est difficilement contestable. La présence d'une compensation équitable ne doit être envisagée que comme un pis-aller. Réduire le droit de la propriété littéraire et artistique à un simple droit à rémunération revient à nier ce qui en a constitué la substance pendant plus de deux siècles¹³. Enfin, il apparaît à certains membres, représentants du secteur de l'audiovisuel, que les analyses envisagées doivent prendre en compte les spécificités de ce secteur.

On mesure ainsi que la grande majorité de la commission répugne à considérer que l'opération de téléchargement descendant (« *download* ») répond bien aux exigences du test des trois étapes ce qui devrait conduire au rejet de l'exception de copie privée, quand bien même les conditions internes de cette dernière seraient remplies, ce qui n'est pas démontré.

2.1.2. Au-delà des internautes, la responsabilité de certains prestataires

Il a été expliqué que les internautes peuvent aisément être condamnés. Ce qui explique la multiplication de poursuites dont certaines avaient incontestablement valeur d'« exemple ». Mais la « faisabilité » juridique n'est pas tout.

Les résultats de ces stratégies répressives sont controversés. Deux conceptions s'affrontent :

- Les représentants des associations familiales, des consommateurs et d'artistes–interprètes considèrent que, politiquement, on ne peut plus continuer à placer les consommateurs en face de la tentation de l'illégalité. Il leur semble impossible de mettre un coup d'arrêt aux nouveaux usages, et la logique répressive a pour eux d'ores et déjà échoué.
- Selon les producteurs, il n'est pas possible d'affirmer que la piraterie sur l'Internet ne serait pas maîtrisable. Tout indique, au contraire, que, si la piraterie ne peut être totalement éradiquée, dans le domaine du support physique comme du commerce en ligne, elle peut être ramenée à un niveau supportable par la filière.

Assigner au pénal ou au civil les personnes physiques pose un problème d'ordre pratique car on ne peut pas multiplier les contentieux à l'infini, mais également d'ordre sociétal. Outre leur portée limitée, des attaques frontales contre les internautes créent un effet d'image des industries culturelles très négatif auprès de leur propre public.

Les membres de la Commission s'accordent sur le fait qu'il serait judicieux de pouvoir également agir à l'encontre des éditeurs de logiciels de P2P illicite, plutôt que de poursuivre les internautes devant les tribunaux (2.1.2.1.) Mais peut-être existe-t-il d'autres moyens de faire cesser le trouble, notamment par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès à l'Internet (2.1.2.2).

¹³ Il est soutenu par des représentants d'artistes interprètes qu'une telle affirmation ne correspond pas à la réalité des droits des artistes interprètes et de leur exercice.

2.1.2.1 Responsabilité juridique des fournisseurs de logiciels

La commission a examiné cette question en plusieurs occasions pendant plus d'un an. Il n'existe pas en droit français de décisions judiciaires à ce sujet. Cela ne signifie pas pour autant que l'arsenal juridique existant ne puisse pas permettre d'appréhender la question et de faire condamner certains intermédiaires ou prestataires. Le droit commun de la responsabilité civile ou certains textes de droit pénal, examinés ci-après, conduisent au contraire à la conclusion inverse. L'absence de décision de justice française traitant expressément de la question s'explique par la prudence des ayants droit après l'échec d'une procédure mal engagée aux Pays-Bas. Toutefois, l'évolution judiciaire récente aux Etats-Unis et en Australie montre que la responsabilité de certains prestataires peut indiscutablement être envisagée.

Il convient de voir pourquoi les solutions obtenues dans les pays de *copyright* (2.3.1.1) sont également envisageables en France par application des règles existantes (2.3.1.2). En réalité, la seule inquiétude en France tient non à la teneur des solutions susceptibles d'être retenues mais au temps qu'il convient d'attendre pour les voir prononcées. Pour cette raison, il est possible qu'il soit préférable d'adopter un texte spécial (2.3.1.3) afin que ces solutions soient d'ores et déjà connues de tous. La loi remplirait alors sa fonction traditionnelle de pédagogie.

2.1.2.1.1. Responsabilité juridique à l'étranger

La commission a procédé à l'examen des décisions de justice rendues à l'étranger (en particulier aux Pays-Bas, aux Etats-Unis et en Australie). Les poursuites engagées et les solutions sont très variables selon les pays. Si l'on met de côté les décisions de condamnation rendues à propos des logiciels à structure centralisée (affaire Napster), la jurisprudence étrangère (Cour suprême néerlandaise ou juridictions du fond aux Etats-Unis) a d'abord paru hésitante, raisonnant à partir du cas « *Sony Betamax* » tranché par la Cour Suprême américaine il y a plus de 20 ans. Les premières décisions ont refusé d'engager la responsabilité des fournisseurs de logiciels. Mais, l'année 2005 a vu une évolution notable de la jurisprudence et les juges ne raisonnent plus simplement en étendant la solution *Betamax*. Cette dernière, rendue dans un cas quand même assez différent de copie sur cassettes vidéo d'émissions de télévision non payantes sert encore de référence pour certaines analyses mais il est manifeste que les juges ont entendu avancer dans leur raisonnement et lutter contre ceux qui vivent manifestement en parasites au détriment des ayants droit.

L'Affaire Grokster

Très attendue, la décision de la Cour suprême des Etats-Unis, rendue le 27 juin 2005 dans l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs Grokster, LTD, et alii* a permis de mieux cerner les hypothèses dans lesquelles un éditeur de logiciel permettant des échanges de P2P peut engager sa responsabilité. Rendue à l'unanimité des membres de la cour, la décision ne prononce naturellement pas l'illicéité, par elle-même, de la technique du « P2P ». Elle n'affirme pas non plus l'éventuelle responsabilité de ceux qui se contenteraient de distribuer de pareils programmes sans inciter à des usages contrefaisants. Mais elle a permis la condamnation de personnes qui fondaient leur modèle économique sur l'incitation à la contrefaçon.

Pour échapper à toute responsabilité, les distributeurs faisaient valoir que leurs programmes permettaient aussi des échanges licites entre internautes (échanges d'œuvres autorisés ou de fichiers non soumis au copyright) et pouvaient donc profiter

du raisonnement tenu par la même Cour Suprême, plus de vingt ans plus tôt, à propos de la mise sur le marché de magnétoscopes (aff. *Betamax* de 1984 : *Sony v. Universal City Studios*) qui permettaient un nombre « substantiel d'usages légaux » (visionnage de programmes en différé ou « *time shifting* »). Selon cette démarche, il ne serait pas possible d'engager la responsabilité de ceux qui mettent sur le marché une technique P2P neutre par elle-même, même si nombre d'usages sont faits au mépris des règles du copyright, dès lors que certaines utilisations sont, elles, conformes au droit. C'était du reste sur le fondement de cette solution que deux juridictions fédérales de l'État de Californie avaient, à l'instar de la Cour régulatrice néerlandaise, débouté les industries culturelles de leurs demandes. Mais, tout en n'écartant pas la jurisprudence Sony, la Cour Suprême a pu aisément condamner les distributeurs de programmes en changeant légèrement l'angle d'approche de la situation. Plutôt que de s'interroger sur l'existence d'un nombre substantiel d'usages licites, la Cour a préféré retenir l'incitation manifeste¹⁴ à des actes de contrefaçon pour permettre de poursuivre les distributeurs de programmes.

La solution paraît équilibrée. Elle permet d'abord de faire la distinction entre les distributeurs qui sont de mauvaise foi, bien que s'abritant derrière la neutralité de la technique, et ceux qui poursuivraient des objectifs moins vils. Si l'éditeur de logiciel P2P fait la « promotion » de ses produits en mettant en avant, même dans des documents confidentiels, les avantages des infractions au droit d'auteur, sa responsabilité peut être engagée. Il suffit pour cela de prouver son intention, laquelle peut être déduite d'un certain nombre d'indices : se présenter comme un substitut à d'autres programmes (Napster) déjà condamnés pour permettre sciemment la contrefaçon ; refuser d'implémenter dans son programme des technologies qui auraient permis de faire le tri entre les actes contrefaisants et les échanges licites ; tirer un profit financier de la vente d'espaces publicitaires liés au volume d'utilisation (à 90 % contrefaisante) du programme.

La Cour n'a pas, pour le moment, pensé qu'il était nécessaire d'aller plus loin et d'affirmer que la simple volonté d'offrir des programmes permettant des usages majoritairement illégaux peut suffire pour engager sa responsabilité. Trois des magistrats de la Cour Suprême ont pourtant suggéré cette piste dans une opinion concurrente. Mais trois autres ont émis l'opinion inverse et, interprétant la solution Sony, ont affirmé que dès lors qu'un pourcentage substantiel d'usages légaux (mais comment les quantifier ?) demeurerait, il n'était pas possible de reprocher son attitude au distributeur de programme. L'opposition entre ces deux lectures ou ces applications divergentes de l'arrêt Sony repose sur une perception différente, pour l'heure, de l'équilibre à trouver entre le souci de ne pas entraver les essors technologiques et celui de protéger le droit d'auteur. Trop de protection du dernier nuirait au développement de l'innovation. Il est bien évidemment fondamental de trouver le point d'équilibre entre ces deux préoccupations mais les trois derniers magistrats, qui avaient la possibilité de faire pencher l'analyse dans un sens ou dans un autre, n'ont pas estimé utile de se prononcer immédiatement sur ce point ayant, de toute façon, trouvé le moyen (sur le constat de l'incitation à la contrefaçon) de faire condamner, en l'espèce, le distributeur de programme P2P. Il faudra sans doute attendre une autre affaire.

Il est vrai, également, que si d'aucuns peuvent, en France, regretter que la Cour n'ait pas érigé en fait fautif le simple refus d'embarquer des techniques de filtrage, il est possible d'expliquer cette attitude des juges par le fait que la procédure américaine dite de *discovery* offre de toute façon des facilités de preuve qui permettent d'établir

¹⁴ « one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution with knowledge of third-party action, is liable for the resulting acts of infringement by third parties using the device, regardless of the devices lawful uses »

aisément l'incitation coupable et donc d'obtenir encore à l'avenir la condamnation de nombre de distributeurs de logiciels P2P sur le seul fondement de cette incitation. Cette procédure, qui permet de mettre la main sur des documents confidentiels, y compris des notes purement internes à l'entreprise, et d'en tenir compte afin de démontrer les ambitions réelles quoique dissimulées du distributeur, rendait donc inutile en l'espèce une construction plus contraignante pour les éditeurs de logiciels. Mais l'avenir n'est pas figé. La Cour Suprême, maniant avec prudence la technique du précédent, procède pas à pas et se contente de fournir une réponse suffisante pour résoudre l'affaire qui lui est soumise. Elle ne ferme aucune voie et, au contraire, montre que sa jurisprudence peut évoluer dans le but de permettre la défense du copyright.

Les leçons à en tirer pour la jurisprudence française sont nombreuses. Certes, les juridictions françaises ne sont pas tenues par les raisonnements des juges américains mais le droit positif français comprend des dispositions de fond qui permettent de parvenir à des résultats voisins. Il est vrai que le droit français ne connaît pas de procédure identique à la *discovery*. Mais cet éventuel handicap peut être compensé par une approche plus contraignante au fond. On peut, ainsi (voir *infra*), se demander si, en France, la mise sur le marché de matériels ou logiciels comportant des éléments ou des fonctionnalités facilitant (et, ainsi, trahissant les objectifs réels) les échanges contrefaisants ne suffirait pas à engager la responsabilité du distributeur.

L'affaire « Kazaa »

La décision rendue par la Cour australienne à la fin de l'été 2005 est allée un peu plus loin, dans les obligations mises à la charge des fournisseurs de logiciels P2P que celle de la cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire « Grokster » même s'il convient de garder à l'esprit que les systèmes juridiques américain et australien sont un peu différents, quoique relevant tous deux du *copyright*. Kazaa a été reconnu complice de la contrefaçon qui a été effectuée par les participants au réseau du même nom parce que la société Sherman Networks qui l'édite avait connaissance des infractions massives qui étaient commises sur son réseau et parce, alors qu'elle avait la possibilité d'agir pour s'opposer au trouble, elle s'est abstenue. Dans sa décision Kazaa, la cour australienne ordonne de cesser les actes de complicité ou de mettre en place un système de filtrage interne au système.

Le système de filtrage proposé par la décision est alternatif. Il peut s'agir :

- soit d'un système de filtrage à base de mots clés pour toutes les nouvelles versions de Kazaa et les nouveaux clients de Kazaa avec une incitation pressante vis-à-vis des clients actuels pour qu'ils mettent à jour leur logiciel afin d'inclure le dispositif de filtrage ;

- soit d'un système de sélection en amont des fichiers mis à disposition qui limite cette dernière aux fichiers pour lesquels une autorisation a été accordée par les ayants droit et aux fichiers libres de droits.

Kazaa est libre de choisir entre des possibilités, celle qui a sa préférence. La première solution permet une recherche sur les noms d'artistes ou les noms de titres, système simple qui selon les estimations du juge peut filtrer 90 % des fichiers illicites. La seconde - plus performante (qui évoque celles d'ores et déjà mises en œuvre par certains professionnels, voir les exemples de Snocap, exposé *infra* ou d'Audible Magic) – s'appuie sur une empreinte numérique du fichier, audio, vidéo...). Les logiciels de P2P utilisent un échantillon pour calculer l'empreinte et reconnaître un titre identique, quel que soit le nom qu'on lui donne. Une fois que l'empreinte d'un fichier non autorisé à l'échange est intégrée dans une base de données (que peut créer

Kazaa), le système de recherche de Kazaa le trouve mais, au lieu de l'envoyer, transmet un message d'avertissement, un leurre, ou un fichier vide, comme résultat de la recherche.

Il importe de noter que c'est à l'issue des très longs débats menés dans le cadre de cette instance, dans laquelle a été étudiée la « faisabilité » pour Kazaa de mettre en place des systèmes de filtrage, qu'une obligation pesant sur Kazaa a été décidée par le juge. C'est après un débat particulièrement approfondi avec les spécialistes de Sherman Networks que la Cour a décidé qu'il fallait mettre en place le système de filtrage, après avoir acquis la conviction que Kazaa avait la possibilité de le faire.

L'apport de la décision australienne est double. D'une part, elle contient le principe selon lequel l'éditeur de logiciel P2P voit sa responsabilité engagée dès lors qu'il a connaissance des actes de contrefaçon et reste pourtant passif. D'autre part, elle met directement à la charge de ces éditeurs l'obligation d'inclure dans leur système un outil de filtrage qui opère un tri entre ce qui a été autorisé et ce qui ne l'est pas.

L'impact de ces solutions jurisprudentielles est important. Nombre d'éditeurs de logiciels paraissent vouloir changer de stratégie et certains (par exemple, eDonkey ou Grokster, par son rachat par Mashboxx...) opèrent des transformations pour permettre une distribution licite (offre légale) des œuvres en ligne. Le droit français permet-il des analyses comparables ou, à tout le moins, des solutions voisines? Même si l'architecture du droit français repose sur des constructions différentes et même s'il ne s'agit pas d'importer en France un corps de solutions allogènes, il est permis de penser que, *de lege lata*, il est loisible de parvenir également à la condamnation de certains éditeurs de logiciels P2P

2.1.2.1.2 Responsabilité au regard du droit français

Aucune poursuite n'a jamais été engagée en France contre l'un quelconque des éditeurs de logiciels de P2P massivement utilisés pour l'échange non autorisé d'œuvres et objets protégés sur les réseaux numériques – sans doute pour partie en raison de la localisation hors de France des sociétés concernées - alors que, paradoxalement, le droit français offre un "arsenal" juridique particulièrement riche permettant d'envisager la mise en cause de leur responsabilité tant pénale que civile sur différents fondements.

Responsabilité pénale

Du point de vue du droit pénal, la responsabilité peut être envisagée sous l'angle de deux délits distincts : la complicité de contrefaçon et le recel-profit.

(a) La complicité de contrefaçon

Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal "*est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation*".

Pour la mise en œuvre de ce texte trois conditions doivent être réunies : un fait principal punissable ; une participation à celui-ci par l'un des modes prévus à l'article 121-7 (élément matériel) et le caractère intentionnel de cette participation (élément moral), qui n'est pas présumé ¹⁵.

¹⁵ En effet, la jurisprudence ne fait peser la présomption de mauvaise foi que sur l'auteur principal du délit de contrefaçon.

L'exigence d'un fait principal punissable requiert d'établir qu'un délit déterminé a été commis, en l'occurrence, un délit de contrefaçon résultant par exemple de la mise à disposition sans autorisation de telles œuvres ou de tels objets protégés. On n'est pas en effet complice "en général", mais au regard d'une infraction particulière. Cette exigence, cependant, ne fait pas problème : il suffit d'établir concrètement les actes de contrefaçon, au moyen, par exemple, de constatations effectuées dans le cadre d'une enquête judiciaire ou de constats établis par des agents assermentés. Peu importe d'ailleurs à cet égard que l'auteur du délit principal ne soit pas poursuivi, voire ne soit pas même identifié : il suffit que le délit soit caractérisé.

La seconde condition (élément matériel) ne pose pas davantage de difficulté : si les constatations effectuées établissent que les actes de contrefaçon en cause ont été accomplis au moyen d'un logiciel de P2P, il est incontestable que celui-ci constitue le moyen non seulement de faciliter mais de commettre le délit.

La question apparaît en revanche plus complexe au regard de l'élément intentionnel du délit. Il a en effet été souligné, notamment par les représentants d'éditeurs de logiciels que, si l'élément matériel doit s'apprécier par rapport à un délit spécifiquement caractérisé, il en va de même de l'élément intentionnel : il faut établir que l'éditeur de logiciel savait, au moment où ledit logiciel a été mis à disposition du public, qu'il serait utilisé par l'auteur de l'infraction principale pour commettre un délit de contrefaçon. De ce fait, l'élément intentionnel serait tout simplement impossible à caractériser, ne serait-ce que parce que l'éditeur d'un logiciel de P2P n'a évidemment pas idée de l'identité des personnes qui en feront usage. L'offre de téléchargement gratuit des logiciels de P2P s'adresse en effet en masse à la communauté des internautes et non à telles ou telles personnes déterminées.

Dans la rigueur des principes, l'objection élevée par les représentants des éditeurs de logiciels est exacte, mais peut apparaître artificielle dans le contexte très particulier d'une multitude de délits commis à grande échelle. Le principe rappelé se conçoit en effet dans l'hypothèse d'une aide ou assistance fournie par le complice à une personne nécessairement déterminée et qu'il connaît par hypothèse, sans quoi il ne pourrait la lui apporter. Au contraire, dans le cas du P2P, l'aide ou assistance est fournie en masse au public au moyen d'un seul et même instrument (le logiciel de P2P considéré). La situation n'est donc aucunement comparable. De plus, il y aurait un certain paradoxe à considérer que les logiciels de P2P sont mis à disposition du public le plus vaste possible (puisque ce succès détermine les recettes publicitaires générées au profit notamment de leur éditeur), dans des versions de surcroît régulièrement améliorées :

- en parfaite connaissance de cause de l'utilisation massivement illicite qui en est faite dans 90 % des cas par les usagers considérés collectivement,
- mais dans l'ignorance totale de la même utilisation qui en est faite par chaque usager pris individuellement.

De ce fait, il apparaît à la commission, les représentants des éditeurs de logiciels et de l'Agence pour la protection des programmes ayant toutefois émis des réserves, que l'élément intentionnel est caractérisé :

- du fait que l'éditeur ne peut ignorer que son logiciel de P2P est utilisé de manière prépondérante pour commettre des actes de contrefaçon,

- et, par voie de conséquence, qu'il ne peut davantage ignorer que chaque utilisateur auquel il est destiné en fera, selon une très forte probabilité un usage illicite¹⁶.

Il est par ailleurs d'autant plus concevable qu'un tribunal saisi de cette question accepte d'entériner pareille analyse, qu'il y a au moins un précédent en ce sens (étant précisé qu'il existe très peu de jurisprudence en matière de complicité de contrefaçon).

Dans une affaire qui concernait la vente de lecteurs-enregistreurs permettant, entre autres fonctions, de sauvegarder et par voie de conséquence de reproduire des jeux vidéo protégés par un code, la Cour d'appel de Paris¹⁷, pour confirmer la condamnation de l'un de ces vendeurs du chef de complicité de contrefaçon a retenu les éléments suivants :

- *"la parfaite connaissance par le prévenu de l'ensemble des appareils informatiques ainsi que des secrets de leur manipulation,*
- *le nombre considérable de copieurs par lui vendus,*
- *son intense 'activité commerciale' alors qu'il était censé n'être qu'un simple étudiant,*
- *le fait qu'il a connu et l'organigramme du piratage informatique international et les responsables des deux groupes pirates (...)*
- *enfin et surtout, **qu'il savait parfaitement que les copieurs servaient largement à autre chose que sauvegarder des jeux et qu'en les vendant en aussi grand nombre, il permettait de fabriquer des contrefaçons**.*

La Cour d'appel en a déduit *"en conséquence, que la notion de complicité par fourniture de moyens qui suppose que celui qui fournit le moyen sait, lors de la livraison de celui-ci, que l'utilisateur en fera un usage frauduleux, est établie en l'espèce"*.

Or, force est pourtant de constater qu'aucun des éléments énumérés par la Cour n'établit que le prévenu avait la certitude que les copieurs seraient utilisés pour accomplir des actes de contrefaçon, et ce, d'autant moins que, contrairement à la rigueur des principes rappelés par le représentant du BSA, il n'était pas même établi que les copieurs vendus par le prévenu à des utilisateurs non identifiés avaient effectivement servi à contrefaire des jeux vidéo. En vérité, la Cour a de fait considéré qu'un faisceau d'indices établissait une connaissance de l'usage probable qui serait fait par les acquéreurs, et admis que cette connaissance d'un usage probable et non pas certain suffisait pour entrer en voie de condamnation. L'argument essentiel retenu par la Cour est en effet que le prévenu *"savait parfaitement que les copieurs servaient largement à autre chose que sauvegarder des jeux et qu'en les vendant en aussi grand nombre, il permettait de fabriquer des contrefaçons"*, argument parfaitement transposable à la situation des éditeurs de logiciels de P2P utilisés pour des échanges illicites d'œuvres et d'objets protégés.

Cette affaire est d'autant plus significative que le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1999. Ce pourvoi faisait notamment valoir que *"le délit reproché [au prévenu] ne pouvait être constitué que s'il était établi que les appareils vendus par ce dernier avaient effectivement servi à contrefaire les jeux de la société Nintendo"* et *"qu'en s'abstenant de procéder à cette*

¹⁶ Un indice de cette connaissance pourrait parfois être trouvé dans la structure et les fonctionnalités de certains logiciels. La réalisation de certains programmes montre que ces derniers ont été manifestement conçus pour favoriser des échanges de ce type.

¹⁷ CA Paris, 13 ch. A., 13 octobre 1998, *Juris-Data* n° 22697 ; rejet du pourvoi formé contre cet arrêt : Cass. crim. 9 nov. 1999, n° de pourvoi 98-87275.

recherche pourtant dirimante, la Cour n'a pas suffisamment motivé sa décision et l'a entachée d'un manque de base légale."Or, nonobstant ce moyen, pourtant troublant au regard des principes rappelés par le représentant du BSA, la Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel avait **"caractérisé en tous ses éléments constitutifs, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable."**

Cela montre que les tribunaux peuvent faire preuve, en matière de complicité de contrefaçon, d'une certaine souplesse dans l'appréciation de l'élément intentionnel en tenant compte du contexte dans lequel s'inscrivent les actes de complicité considérés, à l'instar d'ailleurs de la jurisprudence qui s'est développée dans des domaines voisins, comme celui du recel, où il est admis que l'élément intentionnel est caractérisé lorsqu'il apparaît que le receleur n'a pu ignorer l'origine délictueuse des biens.

Il apparaît ainsi aux membres de la commission que les objections formulées par BSA n'apparaissent pas déterminantes pour exclure la responsabilité pénale des éditeurs de logiciels de P2P sur le fondement de la complicité de contrefaçon et, qu'au contraire, des possibilités sérieuses existent pour rechercher leur condamnation de ce chef.

(b) Le recel-profit

Aux termes de l'article L. 321-1 du Code pénal *"le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un délit.*

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit".

Il est indiscutable que les éditeurs de logiciels de P2P réalisent des profits à raison de la mise à disposition et de l'utilisation de leurs logiciels. Deux sources de gains peuvent notamment être identifiées à cet égard : d'une part, les recettes publicitaires engendrées par les bannières et autres pop up diffusés sur les sites de téléchargement illicites, d'autre part, les recettes publicitaires liées aux bandeaux publicitaires contenus dans certains logiciels P2P qui sont automatiquement mis à jour au cours de leur utilisation. Peut-on considérer que ces éditeurs se rendent, ce faisant, coupables du délit de recel de profits d'actes de contrefaçon ?

* A la différence du délit de complicité de contrefaçon analysé ci-dessus, des objections sont élevées non seulement au regard de l'élément intentionnel, mais également de l'élément matériel du délit.

Il est, en premier lieu, rappelé que pour que le délit soit caractérisé, le receleur doit avoir tiré profit d'une infraction antérieure : le recel est en effet un délit de conséquence, qui requiert que l'infraction principale soit antérieure à l'acte matériel de recel. Or, en l'occurrence, les profits seraient retirés préalablement à la commission des actes de contrefaçon (le logiciel est téléchargé sur le site porteur de bannières publicitaires puis utilisé par l'internaute).

Cette objection ne semble toutefois pas pertinente. En premier lieu, il a été rappelé ci-dessus que certains logiciels de P2P comportent des bandeaux publicitaires mis à jour automatiquement lorsque le logiciel est utilisé en sorte que les recettes publicitaires ainsi générées sont, pour partie au moins, postérieures à la commission d'actes de contrefaçon. En second lieu, et s'agissant des bannières et pop-up présents sur le site de téléchargement du logiciel, il a été souligné que ce sont précisément les actes de contrefaçon d'ores et déjà réalisés qui assurent la popularité du logiciel et en

conséquence génèrent de l'audience susceptible d'attirer les annonceurs pour le ou les sites sur lesquels il est offert au téléchargement.

Il a également été objecté, notamment par les représentants des éditeurs de logiciels, qu'il n'y aurait pas de lien direct entre les profits réalisés et les actes de contrefaçon. L'éditeur n'est pas en effet rémunéré directement à raison de l'acte de contrefaçon en lui-même, mais au titre des annonces publicitaires diffusées. Or, il n'est pas certain, dans le cadre du délit de recel-profit, que le lien entre le profit et le délit principal puisse être seulement indirect.

Un débat a été ouvert au sein de la commission sur ce point. Certes le représentant de BSA a souligné à cet égard que, même s'il n'existe pas de jurisprudence sur ce point précis, les principes veulent d'une manière générale que le recel ait un lien direct avec le crime ou le délit principal. Mais d'autres membres de la commission ont répondu que la jurisprudence avait toujours eu une acception large du délit de recel, dans tous ses éléments constitutifs, en sorte que le caractère indirect des profits réalisés ne devrait pas poser de difficulté.

Il reste qu'en l'absence de jurisprudence, l'hésitation est cependant permise sur ce point.

* S'agissant de l'élément intentionnel, il apparaît difficilement contestable que les éditeurs de logiciels de P2P perçoivent des revenus publicitaires alors qu'ils ne peuvent ignorer que ces derniers sont massivement utilisés pour commettre des actes de contrefaçon. Or, il a été rappelé au point (a) ci-dessus que les tribunaux ont une appréciation souple de l'élément intentionnel dans le cadre du recel. Dans ces conditions, la démonstration du caractère intentionnel du délit ne paraît pas se heurter à des obstacles majeurs.

Responsabilité civile

Deux voies ont été évoquées en commission. La responsabilité pour faute (a) et la responsabilité du fait des choses (b). Elles ne sont pas pareillement ouvertes.

(a) Responsabilité pour faute sur le fondement des articles 1382 & 1383 du code civil

* Il est manifeste, en premier lieu, que le délit de complicité de contrefaçon est également constitutif d'une faute civile. Une action civile pourrait donc être engagée à ce titre. L'élément intentionnel du délit serait dans ce cadre vraisemblablement apprécié de manière plus souple qu'en droit pénal et il est même possible qu'il ne soit pas requis. On rappellera qu'au regard du délit de contrefaçon, la bonne foi est indifférente devant le juge civil et il n'est pas exclu que cette appréciation puisse être étendue à la complicité de contrefaçon.

* En second lieu, tout manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence constitue une faute civile. Un tel manquement pourrait être caractérisé à l'égard des éditeurs de logiciels de P2P pour au moins deux raisons. Alors qu'ils ne peuvent ignorer que leurs logiciels sont massivement utilisés pour commettre des actes de contrefaçon, ces éditeurs ne prennent en effet aucune mesure :

- ni pour tenter de limiter la diffusion de leurs logiciels, des versions améliorées de ceux-ci étant au contraire régulièrement mises à disposition¹⁸,

¹⁸ Les améliorations étant souvent faites pour rendre plus aisée les actes de contrefaçon

- ni pour adopter des dispositifs techniques permettant de sécuriser les échanges en excluant de ceux-ci les œuvres et objets protégés dont les ayants droit n'ont pas autorisé la mise à disposition et la communication sur les réseaux. Or, il a été rappelé que de tels dispositifs existent désormais (à l'image notamment de celui proposé par SNOCAP)

Dans ces conditions, la commission est unanime pour considérer que la responsabilité civile pour faute des éditeurs de logiciels de P2P est engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

(b) Responsabilité sans faute : responsabilité du fait des choses (article 1384 al. 1 du code civil)

L'article 1384 du Code civil dispose que : *"on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".*

La mise en cause de responsabilité objective suppose la réunion de trois éléments :

- une chose
- la garde d'une chose
- le fait d'une chose.

* S'agissant, en premier lieu, de la "chose".

La jurisprudence retient une conception très large de la notion de chose dans le cadre de l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil. Il peut en effet s'agir d'un meuble ou d'un immeuble, d'une chose inerte ou en mouvement, d'une chose dangereuse ou inoffensive. Les représentants des éditeurs de logiciels ont cependant fait valoir que cette conception ne concernerait que les choses matérielles et ne saurait être étendue aux choses immatérielles. Un jugement du TGI de Paris du 27 février 1991¹⁹ s'est cependant prononcé en sens contraire en jugeant qu'une image, et donc une chose immatérielle, constituait une chose au sens de l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil.

Au surplus, la distinction entre choses matérielles et immatérielles a largement perdu de sa pertinence avec l'avènement du numérique et le droit civil a connu d'importantes évolutions à cet égard, notamment au regard du régime de la preuve. Historiquement, le régime spécifique de responsabilité du fait des choses a été créé, de manière prétorienne, pour prendre en compte l'évolution technique. Il serait donc paradoxal qu'il ne s'adapte pas à l'ère numérique. L'extension du champ de cette responsabilité serait, du reste, moins hardie, que la création jurisprudentielle, créatrice de ce type de responsabilité, au 19^{ème} siècle. Au reste, la nature du logiciel de P2P peut-être appréhendée sous plusieurs angles : logiciel, il constitue bien entendu une œuvre, mais il est aussi un outil, donc une chose.

* S'agissant, en second lieu, de la garde de la chose.

Il existe deux conceptions de la garde :

1. La garde de droit commun

Selon une formule devenue classique, est gardien celui qui détient *"l'usage, la direction et le contrôle"* de la chose. C'est en effet celui là qui, ayant la maîtrise de la chose, a la possibilité d'empêcher qu'elle ne cause un dommage. Cette définition

¹⁹ TGI, Paris, 27 février 1991, *JCP* éd. G, 1992, II, 21809, note Ph. Le Tourneau.

prend donc en compte la situation matérielle, la maîtrise de fait, et non le pouvoir juridique sur la chose. Parce que cela correspond à la situation la plus fréquente, le propriétaire est présumé être gardien de sa chose. Il peut, toutefois, renverser cette présomption s'il établit qu'il avait perdu la maîtrise de la chose à la suite d'un fait matériel (un vol par ex.) ou d'un acte juridique (location, prêt ...).

Mais le transfert de la garde est loin d'être automatique, même en cas de dépossession volontaire. Pour qu'il y ait véritablement transfert de la garde, le propriétaire devra, en tout état de cause, établir que le tiers a bien reçu les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle de la chose. A défaut, la garde n'est pas transférée et le propriétaire demeure responsable du fait des dommages causés par sa chose. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'une voiture qui en confie le volant à un tiers en restant à côté, même endormi, demeure gardien. De même, le propriétaire d'une arme à feu qui la remet à un tiers avec des cartouches en sachant que ce dernier entend l'utiliser pour intimider un tiers (qui fut en l'occurrence blessé) demeure gardien et donc responsable des dommages causés.

En l'occurrence, lorsqu'un logiciel de P2P a été téléchargé par un usager, faut-il considérer que l'éditeur en demeure gardien ou, au contraire, que "*l'usage, la direction et le contrôle*" en ont été transférés à l'usager ?

Plusieurs arguments, à l'égard desquels BSA et l'APP émettent des réserves, peuvent être invoqués pour considérer que la garde n'est pas transférée à l'usager :

- dans la mesure où il n'y a pas de transfert réel de la chose, celle-ci étant dupliquée dans le cadre du téléchargement, il paraît difficile de considérer qu'il y aurait néanmoins transfert de la garde de la chose ;

- seul l'éditeur est à même de contrôler les utilisations qui seront faites de son logiciel par les internautes dans la mesure où c'est lui et lui seul qui en prédétermine les fonctions. De ce fait, l'utilisateur n'est pas à même d'agir sur les fonctionnalités du logiciel. Il ne peut l'utiliser que dans le cadre prédéfini par l'éditeur. Aussi l'internaute n'a-t-il pas l'usage, le contrôle et la direction du programme et il faut en conclure que l'éditeur demeure gardien du logiciel.

A défaut d'une telle analyse, il a été proposé de recourir à la distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement.

2. La distinction garde de la structure – garde du comportement

Pour les choses présentant un certain danger de par leur structure, on opère une distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement : le fabricant de la chose reste gardien de sa structure même après son transfert à un utilisateur, ce dernier n'ayant que la garde du comportement de la chose. En cas de dommage causé par la chose, il faut alors rechercher si le dommage est dû à la structure même de la chose, à son "dynamisme propre" (responsabilité du fabricant) ou à l'usage que l'utilisateur en a fait (responsabilité de l'utilisateur). Par exemple, l'explosion d'une bouteille due à son "dynamisme propre" reste imputable au fabricant²⁰.

Cette distinction a un champ d'application limité. Elle ne concerne que les choses ayant un "dynamisme propre et dangereux" ou un "dynamisme interne affecté d'un vice". Son domaine d'élection est celui des choses qui ont une propension à s'enflammer ou à exploser « spontanément », comme par exemple, des bouteilles contenant une boisson gazeuse ou un gaz comprimé ou encore des postes de

²⁰ aff. Oxygène liquide, Cass. civ. 2^e, 5 janv. 1956.

télévision susceptibles d'implosion.

Les logiciels de P2P peuvent-ils être considérés comme comportant un "dynamisme propre et dangereux" en sorte de pouvoir leur appliquer la distinction garde de la structure /garde du comportement ? Certains membres de la commission considèrent qu'il faut répondre par l'affirmative, dans la mesure où le logiciel a un dynamisme propre qui conduit nécessairement à la contrefaçon. Cette analyse a cependant été contestée :

- par le représentant du BSA, au motif que ce dynamisme propre serait un effet juridique et économique et non pas matériel,
- ainsi que par un représentant de l'Alliance au motif que lorsque le logiciel est utilisé sans mettre en partage irrégulier, il en serait fait un usage licite en sorte qu'il ne peut être considéré comme comportant intrinsèquement un dynamisme propre et dangereux.

Les représentants des auteurs et des producteurs de phonogrammes ont cependant fait valoir que cette dernière objection ne concernerait pas, en tout état de cause, les logiciels qui interdisent de dissocier l'*upload* du *download*, en sorte que ces derniers devraient à tout le moins être considérés comme comportant un dynamisme propre et dangereux.

* s'agissant, en dernier lieu, de l'exigence d'un fait d'une chose.

Cette condition renvoie à l'exigence d'un lien de causalité : la chose doit être la cause génératrice du dommage. La commission considère à cet égard qu'il s'agit là de l'aspect le plus simple de la question posée, tant il est évident que le lien de causalité existe entre le logiciel et les téléchargements illicites.

En définitive, concernant la responsabilité des éditeurs de logiciels de P2P utilisés pour commettre des actes de contrefaçon, il apparaît que la commission :

- est unanime pour considérer que leur responsabilité civile pour faute est engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ;
- considère dans sa très grande majorité que leur responsabilité pénale est également engagée des chefs de complicité de contrefaçon et de recel de profits tirés de la contrefaçon,
- est en revanche plus partagée et plus réservée sur l'appréciation de leur responsabilité dans le cadre du régime de responsabilité du fait des choses prévu à l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil.

Il reste que, même en présence d'une analyse réservée dans ce dernier cas, la souplesse toujours manifestée par le droit français de la responsabilité civile laisse la porte ouverte à certaines évolutions et à tous types de raisonnement.

2.1.2.2. Responsabilité des fournisseurs d'accès à l'Internet

La directive n°2000/ 31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, transposée sur ce point par l'article 6.7 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) a instauré, en faveur des fournisseurs d'accès à l'Internet (FAI), un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile excluant notamment leur soumission "*à une obligation générale de surveiller les informations [qu'ils] transmettent*" ou "*de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*".

Opérateurs de communications électroniques, les FAI sont soumis à l'obligation de neutralité que prévoit l'article L. 33-1 du code des postes et communications électroniques²¹.

Ce statut dérogatoire et cette obligation de neutralité ne sauraient cependant signifier que les FAI doivent demeurer passifs à l'égard des actes de contrefaçon commis sur les réseaux. Le considérant n° 45 de la directive précitée prévoit en effet, tant à l'égard des FAI que des hébergeurs, que :

"Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible."

L'article 6.I.8 de la LCEN précise à cet égard que :

"L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, [aux hébergeurs] ou, à défaut, [aux FAI] toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne."

Ces mesures peuvent notamment consister dans des mesures de filtrage, comme l'illustre l'ordonnance de référé rendue le 13 juin 2005 dans l'affaire "Aaargh". A la demande de huit associations antiracistes, et à la suite d'une première ordonnance rendue à l'encontre des hébergeurs américains du site révisionniste "Aaargh", le juge des référés, constatant que le dommage se poursuivait, le site étant toujours accessible, a fait injonction sous astreinte à dix FAI ²² "de mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu" de ce site.

Pour faire droit, sur le fondement de l'article 6.I.8 précité de la LCEN, à la demande de filtrage sollicitée par les associations anti-racistes et à laquelle les FAI s'opposaient, le juge des référés a notamment relevé :

- que les FAI ne peuvent *"prétendre s'affranchir des obligations prévues à l'article 6.I.8 de la loi déjà citée au prétexte qu'ils sont tenus au respect d'autres obligations en vertu du même texte"*,
- qu'ils *"n'ignorent pas que la technologie en question [relative au filtrage] a évolué significativement"*,
- que *"les inconvénients inhérents à telle ou telle méthode [de filtrage] pouvant être adoptée, ceux-ci ne peuvent être tenus pour inéluctables, ni la méthode en question être considérée comme insusceptible d'être modulée"*,
- que *"les difficultés invoquées ne sauraient justifier un renoncement à agir"*,
- et enfin qu'*"il appartient en réalité à chacun des fournisseurs d'accès (...) de mettre en œuvre tous les moyens dont il peut disposer en l'état actuel de sa structure et de la technologie, seul ou s'il l'estime opportun syndiqué avec d'autres, pour remplir cette obligation, sauf à démontrer pour chacun d'eux l'impossibilité technique d'y"*

²¹ Article L. 33-1 : « L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de service de communications électroniques sont soumis au respect des règles portant sur : (...) b) les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications ; (...) ».

²² France Télécom services, Free, AOL France, Tiscali Accès, Télé 2 France, Suez Lyonnaise Télécom, Neuf Télécom, T-Online France, NC Numéricable et GIP Renater

parvenir, et avec pour limite le respect de l'anonymat des internautes ayant eu l'occasion de consulter le site".

Les ayants droit se sont félicités de cette décision, et ont souligné que le même texte pourrait être mis en œuvre aux mêmes fins dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux.

Pour leur part, les FAI, qui ont interjeté appel de cette décision, estiment qu'elle ne fait pas cesser le dommage causé par le contenu et contient des risques de « dommages collatéraux » importants au regard des contenus licites. Ils considèrent en outre que le filtrage du web correspond à une approche technique très différente du filtrage d'applications ou de protocoles, comme c'est le cas en matière de P2P. L'intervention des FAI dans le cadre de l'article 6-1.8 a, par ailleurs, déjà eu lieu à de nombreuses reprises, pour mettre en œuvre des décisions de justice ordonnant la suspension de l'accès à l'Internet par des utilisateurs mettant à disposition, sans autorisation des ayants droit, des œuvres protégées.

2.2 Statut juridique des autres types de téléchargements effectués à partir de réseaux de communication en ligne

Sans prétendre à l'exhaustivité, la commission a examiné d'autres pratiques par lesquelles les internautes peuvent se procurer des œuvres ou peuvent en proposer. Trois hypothèses, les plus courantes parmi d'autres, ont été envisagées : le recours à un logiciel de type Station Ripper (2.2.1), les échanges de musique par courriels (2.2.2), les blogs musicaux et radioblogs (2.2.3).

2.2.1 Station Ripper et les logiciels de même type

La possibilité de reproduire des œuvres ou éléments protégés, diffusés à la radio, grâce à ce type de logiciels a fait l'objet d'analyses différentes par les membres de la commission. Pour certains, de tels actes échapperaient au droit d'auteur en ce qu'ils entreraient dans le champ de l'exception de copie privée. Nulle autorisation ne serait alors requise. L'observation est de poids si l'on considère que de pareils logiciels pourraient constituer une « alternative » aux outils d'échanges de fichiers de pair à pair.

Mais ces premières conclusions sont contestées par la majorité des membres de la commission. En effet, ils considèrent que la personne qui réalise la copie de l'œuvre ne peut profiter, dans cette hypothèse, du jeu de l'exception pour copie privée. Comme dans les autres hypothèses (voir *supra* P2P), des conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'utilisateur qui télécharge en *download* puisse bénéficier de l'exception de copie privée. Or si les aspects techniques n'ont pas été suffisamment établis pour déterminer s'il y a ou non identité entre le copiste et l'utilisateur (première condition), il est indiscutable que l'application du test en trois étapes suscite d'importantes réserves. Les copies réalisées grâce à un logiciel de type *Station Ripper* ne paraissent pas remplir les conditions d'absence d'atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre » et d'« absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants-droits ». En réalité, l'analyse d'ores et déjà effectuée par la commission au regard du P2P serait en tous points transposable à *Station Ripper*. Le recours à un logiciel de ce genre est en fait un moyen de se procurer des copies d'œuvres qui porte atteinte aux modes normaux d'exploitation des œuvres que sont l'achat de supports physiques ou l'achat en ligne sur des sites légaux.

Dans cette approche, il faut donc rejeter l'idée, émise hâtivement par certains, selon laquelle l'utilisation de *Station Ripper* serait assimilable à la copie privée sur magnétophone. Cette conclusion emporte trois conséquences :

- on ne saurait faire le reproche aux mesures techniques d'avoir pour effet d'interdire la copie privée, puisqu'il ne s'agit pas de copie privée ;

- la responsabilité des internautes qui ont recours à ce type de logiciel pourrait être engagée ;

- la responsabilité de ceux qui ont créé *Station Ripper* n'est pas du même ordre que celle des éditeurs de logiciels de P2P et peut être encore plus facilement engagée puisque l'argument, parfois mis en avant dans le P2P, concernant l'existence d'usages licites du P2P n'est de toute façon pas transposable. *Station Ripper* est en effet un logiciel incontestablement conçu pour permettre la copie d'œuvres dans des conditions qui excluent la copie privée.

Reste que, pour certains représentants des artistes interprètes, l'analyse précédente ne tiendrait pas compte de ce qu'il serait, en pratique, très délicat pour les ayants droits d'exercer leurs droits exclusifs. L'argument toutefois n'emporte pas la conviction de la majorité des membres de la commission. Soit parce qu'il ne suffirait pas à appréhender différemment le test en trois étapes ; soit parce que la solution préconisée par les artistes interprètes (instauration d'un « système de compensation financière temporaire » pendant deux ou trois ans) ne paraît pas satisfaisante ; soit parce que d'aucuns estiment que le renforcement des protections techniques des signaux radios constituerait une réponse optimale à *StationRipper*, les diffuseurs n'ayant pas intérêt à la spoliation de leurs programmes.

Pour ce qui concerne les webradios, les producteurs de phonogrammes subordonnent leur autorisation à l'obligation de mettre en place des protections techniques.

S'agissant des organismes de radiodiffusion sonore ils suggèrent que le conseil supérieur de l'audiovisuel oblige à l'application de cette solution. Au plan juridique, la protection pourrait être prévue dans le cadre d'une modification de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication. La solution proposée a suscité de nombreux débats. Certains intervenants ont fait valoir que les ayants droit paraissent très demandeurs de sécurisation des radios. Il a également été fait observer que la protection des stations de radio serait, en pratique, nécessairement limitée aux radios émettant en France. Ce à quoi il est répondu que, s'il est vrai qu'une « rustine » française serait inefficace, en revanche, une vague de protection s'amorce en Europe et dans la plupart des pays développés. La zone ainsi couverte permettrait une réponse efficace, car elle concernerait l'immense majorité des radios existantes.

En dépit des divergences d'analyse, il est possible d'affirmer qu'une grande majorité de la commission ne fait pas sienne l'analyse en copie privée des actes de reproduction accomplis par l'intermédiaire de logiciels de type *Station Ripper*. Il serait donc heureux que les pouvoirs publics prennent certaines mesures législatives ou réglementaires adaptées permettant d'assurer la mise en place de mesures empêchant la captation numérique non autorisées des flux numériques audios. La démarche procéderait de l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir. Si la solution technique devait aboutir, le nombre de procès se raréfierait et l'on éviterait la solution malheureuse de poursuites d'auditeurs éventuellement trompés par les apparences.

2.2.2 Les échanges de musique par courrier électronique

Les membres de la commission s'accordent sur le risque d'un phénomène de basculement des utilisateurs du P2P vers le P2mail, notamment à la suite des actions judiciaires entreprises. Toutefois, si le phénomène peut inquiéter, l'analyse juridique apparaît très simple : dans la mesure où le copiste et l'utilisateur sont des personnes distinctes, l'exception de copie privée ne peut s'appliquer.

Les représentants des FAI ont rappelé que les fournisseurs d'accès ou de messagerie ne regardent pas le contenu des courriers électroniques. Le régime de l'échange de courrier électronique est en effet protégé par le secret de la correspondance privée. Il est également précisé que les pouvoirs publics chargés de la lutte contre la contrefaçon ne sont pas habilités à poursuivre leurs observations lorsque les internautes basculent du P2P vers de la correspondance privée (comme les messageries instantanées). Toutefois, si cette présentation, fondée sur des règles de droit public, est parfaitement exacte, elle ne change rien à la qualification de contrefaçon selon les règles de la propriété littéraire et artistique. Dans cette matière l'objection présentée relève plus du domaine de la preuve que de celui du fond.

Le débat a, dès lors, porté sur les possibilités de contrôler ce type d'échanges de courrier électroniques sans pour autant méconnaître le secret de la correspondance. Et notamment sur la possibilité d'imaginer un marqueur permettant d'identifier facilement l'existence d'un échange de musique par courrier électronique, de sorte qu'à l'image du passage d'une personne sous un portique, le passage du courrier électronique sur le réseau provoquerait une alarme. Les représentants des producteurs phonographiques estiment, en outre, qu'il existe des informations suffisamment apparentes pour déceler les échanges illicites. En parallèle avec les échanges du monde matériel, il a été fait observer que des informations pourraient être décelées sur les documents qu'une enveloppe contient sans pour autant l'ouvrir. A quoi il a été objecté qu'à supposer que de telles informations existent, le filtrage effectué ne pourrait qu'être grossier et partiel, et que, par ailleurs, tous les fichiers de musique échangée sur Internet ne sont pas forcément piratés. Il y aurait donc nécessité d'avoir recours à des « scrutateurs habilités ».

Pour certains, le meilleur marqueur serait l'usage commercial qui serait ou non lié à la pratique du P2Mail : l'enrichissement de certains intervenants serait ainsi un moyen aisé d'identifier les contrevenants. Les débats qui ont suivi sur ce thème ont fait apparaître qu'il n'était pas possible de tirer des leçons du droit espagnol pour avancer la réflexion sur ce point. En effet, bien qu'une partie de la presse française et certaines organisations politiques et professionnelles aient récemment fait valoir qu'une légalisation de l'utilisation de systèmes de P2P était intervenue en Espagne en mettant en avant le critère de l'usage commercial pour opérer une discrimination dans les comportements, il semblerait que ces présentations du droit espagnol soient fondées sur une erreur de traduction (à propos de l'expression "*con animo de lucro*")

Les représentants des producteurs de phonogrammes ont fait ainsi valoir que la loi a maintenu en l'état des dispositions figurant déjà à l'article 270 du code pénal espagnol dans la loi du 23 novembre 1995 et dans la législation précédente, prévoyant des sanctions pénales pour les utilisations d'œuvres et objets protégés effectuées sans l'autorisation de leurs ayants droit, sous la condition que celles-ci aient été réalisées « *con animo de lucro* ». Or la jurisprudence espagnole, tant au niveau des « Audiencias Provinciales » que du Tribunal Suprême, confirme que l'expression « *con animo de lucro* » s'entend de tout avantage, profit, bénéfice ou produit que l'auteur du délit se propose d'obtenir. Les « Audiencias Provinciales » ont notamment jugé que l'échange de biens était nécessairement effectué « *con animo de lucro* », le caractère

économique étant inhérent à l'échange, et que le but lucratif peut consister également en une économie du prix qu'il aurait fallu payer pour l'utilisation de l'œuvre.

L'absence d'intérêt commercial est indifférente au regard de l'atteinte portée au droit d'auteur, comme l'a rappelé la Cour de cassation française. L'échange de fichiers par courriels sans l'autorisation des ayants droit doit donc être analysé comme portant atteinte au droit de reproduction et au droit de communication publique. Seule subsiste une question de preuve.

2.2.3 Blogs musicaux et radioblogs

Le fonctionnement des blogs relève, comme tous les sites Internet, de l'application des droits de reproduction et de communication au public. Par ailleurs, l'acte consistant à établir un lien vers un site illicite paraît illégal à l'ensemble des membres. En revanche, les opinions divergent quant à la légalité de l'acte de téléchargement de musique réalisé à partir d'un blog. Certains estiment que les utilisateurs ne sont pas sensés savoir si le site de *podcasting* ou de *radioblog* est licite ou illicite, et ne peuvent d'ailleurs en avoir conscience. Au surplus, la présence sur l'Internet d'offres d'achat de musique à des prix très bas entretiendrait dans l'esprit des internautes l'idée que ces technologies sont légales. D'autres désapprouvent cette lecture. Ils font valoir qu'il ne faut pas entamer la réflexion sur la légalité de ces technologies avec des *a priori* tels que l'idée que « les gens ne sont pas sensés savoir ». En réalité, la question ne serait pas tranchée.

Ces phénomènes occasionnent pour les ayant droits des phonogrammes une perte de revenu comparable à celle provoquée par l'échange de fichiers musicaux sur les réseaux P2P. Pour les diffuseurs, ils engendrent une perte d'audience importante, provoquant à son tour une perte de revenu très importante pour ceux-ci. La rationalité économique sous-jacente à ces procédés de blogs musicaux et radioblogs concerne l'hébergeur, qui perçoit un paiement en échange d'un service peu coûteux en termes de capacité de mémoire (l'hébergement peut dans certains cas être gratuit) : les sites de *blog* mettent en ligne essentiellement des liens vers d'autres sites, et non des fichiers. Par ailleurs, une rationalité économique peut aussi se dessiner derrière la constitution d'un *blog* musical ou d'une webradio personnelle dans la mesure où les *bloggers* pourraient intéresser des annonceurs publicitaires. Reste la question des mobiles de certains médias. Quelles raisons conduisent certains médias, qui voient leurs contenus éditoriaux et leurs programmations directement menacés, à permettre l'échange de musique via des blogs ? Il semble que leur but soit, entre autres, selon un nouveau modèle économique, d'associer à l'écoute de musique l'achat de biens ou de services. La responsabilité des divers intervenants du phénomène n'est donc pas engagée dans les mêmes conditions et il y a lieu de distinguer entre les personnes suivant les actes en cause et les buts poursuivis. **Il est cependant évident que celui qui met de la musique à la disposition d'autrui sans autorisation commet un acte de contrefaçon.** Cette analyse s'étend aux autres œuvres protégées, notamment audiovisuelles.

Points clés

Point 3 : La technologie des échanges de fichiers P2P est juridiquement neutre : elle n'a rien d'illégal en soi. Seuls les usages qui en sont faits peuvent être illicites et c'est parce que l'échange sans autorisation de fichiers musicaux ou de films protégés par la propriété intellectuelle constitue une des principales applications de ces réseaux qu'un problème se pose.

Point 4 : Ces diverses pratiques ont été examinées afin de savoir si elles sont conformes au droit de la propriété littéraire et artistique. Il est apparu qu'en l'absence d'autorisation des titulaires de droits, l'opération d'*upload* et l'acte de reproduction qui lui est associé, sont manifestement illicites et portent atteinte aux droits de représentation, de communication au public, ainsi qu'au droit de reproduction.

Point 5 : En ce qui concerne le *download*, les réponses aux diverses questions posées divergent mais la très grande majorité des membres de la Commission penche pour la qualification du « *download* » non autorisé en contrefaçon. Chacun s'accorde à mener l'étude de la licéité de la reproduction effectuée à l'occasion du téléchargement à l'aune d'au moins deux des exigences mentionnées : identité entre copiste et usager et respect du test des trois étapes. Un vif débat existe quant à l'existence de la troisième exigence : caractère licite de la matrice à partir de laquelle est réalisée la copie.

Point 6 : La Commission a envisagé les conditions de l'engagement de la responsabilité juridique des fournisseurs de logiciels de P2P illicite. Si elle a conclu à la possibilité, sur le fondement des textes actuels, de retenir la responsabilité de ce type d'intervenants, elle a également constaté qu'il serait sans doute préférable d'adopter un texte spécifique à cet égard. Cette solution serait justifiée par des raisons de clarté, de pédagogie et afin de ne pas avoir à attendre l'issue d'un long contentieux pour enfin mettre en œuvre les moyens d'une politique ambitieuse de distribution des œuvres en ligne.

Point 7 : En ce qui concerne les fournisseurs d'accès, le régime d'irresponsabilité mis en place par la LCEN, à la suite de la directive communautaire du 8 juin 2000, ne signifie pas pour autant que les FAI restent totalement passifs. Ces derniers sont tenus de faire suite à des injonctions judiciaires de faire cesser le trouble que constituent les échanges non autorisés de fichiers par l'intermédiaire de logiciels illicites. A ce stade, des décisions de justice ordonnant la suspension de l'accès à l'Internet ont déjà été mises en œuvre.

Point 8 : En dehors du P2P, d'autres modes de téléchargement peuvent ne pas être non plus respectueux des règles de la propriété littéraire et artistique. Pour certains d'entre eux, la problématique juridique est ancienne. Dans d'autres cas, des solutions préventives peuvent être trouvées.

3. LA DISTRIBUTION DE CONTENUS NUMERIQUES : NOUVEAUX ACTEURS, NOUVELLES SOURCES DE VALEUR

En première analyse, le développement d'échanges de contenus non autorisés peut s'apprécier, sur le plan économique, comme un jeu conflictuel entre « gagnants » et « perdants ».

Les consommateurs bénéficient à court terme de la disponibilité de contenus « gratuits ». Cette disponibilité se traduit par une ré-allocation chez certains internautes de leur budget consacré aux loisirs en faveur de la part consacrée aux loisirs numériques (abonnement d'accès à l'Internet haut débit, équipement multimédia du PC au baladeur). En même temps, les budgets consacrés par les ménages à l'acquisition de contenus n'ont pas diminué, au contraire, mais se sont déplacés au sein des filières ou entre elles.

A l'autre bout de la chaîne, la reproduction et la communication au public, sans autorisation des ayants droits, par de nouveaux procédés techniques s'apprécie comme **« un manque à gagner » pour les ayants droit.** Parmi les industries de contenus, les producteurs, les auteurs, voire les distributeurs et, selon les domaines d'exploitation des œuvres, les artistes-interprètes, s'estiment « perdants » face au développement non régulé d'échanges de contenus sur les réseaux *P2P*. La contraction du marché mondial de l'industrie du phonogramme de l'ordre d'un quart entre 2000 et 2004 est parallèle à l'accroissement des réseaux d'échanges et à la pénétration du haut débit. Le haut débit permet d'accroître les capacités de transfert nécessaires à l'essor d'activités légales, mais aussi de souscrire des abonnements forfaitaires illimités qui facilitent le piratage.

La contraction du marché du phonogramme a pour conséquence une réduction des revenus des auteurs assis sur le droit de reproduction mécanique. De plus, la concentration des téléchargements et échanges sur les titres relevant du top 50 ou les *hits* les plus importants, ont des effets sur la gestion de l'ensemble des nouveautés conduisant à la réduction des contrats. Les producteurs indépendants apparaissent, à cet égard, plus fragiles. Le constat de baisse du chiffre d'affaires ne se retrouve à ce jour ni dans le secteur des exploitations cinématographiques, ni dans celui des logiciels qu'ils soient professionnels ou vidéo-ludiques. Mais l'expérience du secteur de la musique enregistrée, les progrès de la pénétration et des capacités du haut débit, l'importance relative des coûts fixes de création, et pour le cinéma, la présence d'une chaîne chronologique d'exploitation suscitent une réelle inquiétude.

La logique de gagnants/perdants apparaît cependant comme un jeu plus complexe. A moyen terme, les conséquences d'un accès gratuit pour le consommateur ne sont pas forcément aussi claires qu'à court terme puisque la réduction du chiffre d'affaires des producteurs de phonogrammes en termes de nombre de signatures, de diversité, de ventilation des dépenses marketing, pourrait conduire à un goulot d'étranglement défavorable à l'intérêt des consommateurs.

Parallèlement, si les acteurs participant aux industries de contenus apparaissent à ce jour comme « les perdants » du développement des échanges non autorisés sur les réseaux *P2P*, l'impact réel de ces réseaux est un sujet controversé. Les multiples études économiques sur le « taux de substitution » entre la vente de CD et les échanges de contenus en *P2P* sont peu satisfaisantes et parviennent à des conclusions contradictoires sur l'ampleur des pertes subies. Au delà de ces conclusions, il semble que le débat soit amorcé sur des bases inadéquates. On part de l'idée qu'il faut d'abord mesurer le préjudice causé à la filière pour ensuite

l'indemniser : on se demande moins comment créer de la valeur que comment ne pas en détruire. **Plutôt que de se limiter à ce schéma, il convient de saisir l'opportunité de l'actuelle logique d'expansion de la demande.** Certaines potentialités des réseaux peuvent être exploitées à l'appui de stratégies marketing ou du développement d'une nouvelle génération de plates-formes d'offres légales.

De plus, au-delà d'un strict affrontement consommateurs – ayants droit, la numérisation a conduit à élargir la chaîne des acteurs participant à la distribution de contenus numériques impliquant des déplacements de la chaîne de valeur. L'examen des différents maillons de la chaîne, fait apparaître des situations variées de gains et de pertes. L'essor des réseaux *P2P* peut être interprété sinon comme une forme d'externalité positive pour les industries de télécommunications, voire pour d'autres industries comme celles de l'informatique, l'électronique grand public ou les logiciels, du moins comme l'expression d'un déplacement de valeur.

3.1 Les intermédiaires et leurs financeurs

Les activités d'échanges sur les réseaux *P2P* sont sans conteste favorables aux entrepreneurs qui ont développé ces systèmes, mais aussi à d'autres acteurs économiques.

Les éditeurs de plates-formes.

Deux situations doivent être distinguées. L'une concerne les plates-formes d'échanges à des fins ouvertement commerciales, du type *Napster* ou *Kazaa* (racheté en 2002 par la société australienne Sherman Networks), grâce à un financement publicitaire, à l'exploitation de données personnelles ou à la vente de technologies ; l'autre répond à des logiques communautaires d'échanges. Dans la première hypothèse, la logique poursuivie est très proche de l'économie de la radio, la gratuité des contenus pour les utilisateurs permettant aux plates-formes de développer une logique d'audience en direction des annonceurs. Dans la seconde hypothèse, les systèmes d'échanges ne donnent pas lieu à une exploitation marchande (systèmes comme *Freenet*). De nombreux logiciels de *P2P* ont été développés en open source, n'appartiennent pas à une société de droit privée mais à une communauté de développeurs ; dans ce cas, l'économie de ces initiatives est fondée sur la coopération, la mutualisation, des effets de réputation et reconnaissance, etc. C'est en partie à cette catégorie de plates-formes qu'appartient, originairement *Bit Torrent*.

Les annonceurs et la chaîne économique de la publicité.

Dans des logiques marchandes, l'essentiel des plates-formes de téléchargement en *P2P*, bénéficient d'un financement publicitaire. En raison de leur audience, ces plates-formes constituent un support média particulièrement attractif parmi les services de communications électroniques. Pour les annonceurs, les utilisateurs très connectés ont des comportements d'achat à forte valeur, sont socialement dynamiques, et fortement attirés par les loisirs numériques.

En fonction des objectifs des annonceurs, la publicité sur ces plates-formes permet de mieux cibler les utilisateurs ce qui conduit d'ailleurs à une réduction forte du prix de la publicité. Que l'objectif poursuivi soit celui du volume d'audience ou de l'efficacité de la publicité, les plates-formes *P2P* apparaissent particulièrement concurrentielles. Soit pour accroître la visibilité d'une marque en jouant sur l'audience (publicité vue), soit dans une logique de rentabilité des investissements publicitaires compte tenu des coûts pratiqués sur ces plates-formes (coût au clic ou coût au bouton), elles

constituent économiquement un support privilégié. En effet, parmi les supports publicitaires internet, en combinant ciblage et audience, elles permettent une rentabilité élevée des investissements publicitaires et une forte profitabilité pour les annonceurs.

La chambre syndicale des producteurs de films a dénoncé récemment les agissements d'annonceurs qui par leurs investissements publicitaires continuent à financer les réseaux de téléchargement illégitime de films, facilitant l'économie de la piraterie. Les politiques publiques menées contre les échanges non autorisés de contenus conduisent à un retrait progressif des annonceurs sur ces médias ; mais certains annonceurs qui procèdent à leur achats d'espaces par l'intermédiaire de sous traitants, font valoir les difficultés qui en découlent pour contrôler les lieux de publication de leurs annonces. De plus on a pu assister à une certaine schizophrénie des ayants droit comme dans le cas de Shrek 2 annonceur publicitaire sur Kazaa, site qui par ailleurs permettait de télécharger le film gratuitement. L'éventuelle mise en jeu de la responsabilité de ce type d'annonceurs du chef de complicité de contrefaçon mériterait d'être étudiée d'une manière plus approfondie.

Les acteurs d'une économie souterraine.

Les réseaux *P2P*, utilisés de manière massive pour l'échange de contenus numériques en ligne, apparaissent comme un vecteur particulièrement efficace de développement d'une industrie en très forte croissance liée à la création et propagation de technologies malveillantes. Il n'est évidemment pas aisé de mesurer le phénomène, mais il est indéniable que des gains, individuels, collectifs, marchands ou non, sont retirés de ces activités.

A côté de l'économie publicitaire même (création, annonceur, média-planing, régie), s'est développée une économie logicielle spécifique (*adwares* et *spywares*) en vue de la mesure d'efficacité publicitaire, de la traçabilité des utilisateurs de plates-formes, de constitution de bases de données à des fins de profilages, par exemple pour des publicités sous formes de courrier électroniques non sollicités (*spamming*) lesquels accroissent encore les retours sur investissements des annonceurs.

On constate sur le réseau Internet depuis 2002 une très forte augmentation à la fois d'éléments « malveillants » détectés par des anti - virus et d'éléments « indésirables », essentiellement commerciaux qui arrivent sur l'ordinateur sans le consentement de l'internaute. Cet essor correspond de moins en moins à une logique de jeu d'internautes passionnés et se rapproche de plus en plus des pratiques de grande délinquance organisée. Dans les programmes commerciaux on distingue les « *adwares* », logiciels publicitaires qui observent les habitudes de navigation et envoient des messages publicitaires (les *spams*), les « *spywares* », logiciels espions installés sur l'ordinateur à chaque visite d'un site et les « *phishing* », qui vont à la pêche de données personnelles et bancaires. Les réseaux *P2P* ne sont pas soumis techniquement à des menaces particulières mais les opérateurs de ces réseaux peuvent avoir recours à ces programmes. Pour être rentables, ils se financent en effet grâce à la vente de services annexes et au recours à la publicité. *Kazaa* apparaît ainsi comme une menace importante en matière de *spywares*. Le *P2P* illégal est donc généralement porteur de nuisances pour l'internaute : *spams* intempestifs, risque de virus, logiciels espions

3.2 Les industries des technologies de l'information

Le bouleversement des réseaux de distribution numérique de contenus fait émerger de nouveaux acteurs dans une chaîne plus longue : les fournisseurs d'accès à

l'Internet, les industries des techniques d'information (informatique et électronique grand public).

Les industries de télécommunications : réseaux et fourniture d'accès à internet.

Sans qu'il soit possible de mesurer précisément l'impact de la politique de dégroupage de la boucle locale sur l'essor de l'accès à l'internet et le développement des usages des réseaux *P2P*, des intérêts économiques, variables dans le temps se dégagent assez nettement pour les Fournisseurs d'accès à internet.

Dans la situation du dégroupage de la boucle locale, le développement du marché de la fourniture d'accès à internet doit prendre en compte à la fois la structure du marché et le cadre réglementaire de développement de la concurrence. L'ART a prévu deux régimes de dégroupage :

- le dégroupage total : fournir à un bénéficiaire un accès à la boucle locale de l'opérateur historique autorisant l'usage de la totalité du spectre de fréquences disponible sur la paire de cuivre, le client final n'est alors plus abonné de *France Télécom* ;
- le dégroupage partiel : mise à disposition de l'opérateur tiers de la bande de fréquence « haute » de la paire de cuivre, sur laquelle il peut alors construire, par exemple, un service ADSL, la bande de fréquence basse (utilisée traditionnellement pour le téléphone) restant gérée par *France Telecom* ;
- s'ajoute la possibilité pour un opérateur d'être distributeur de services d'accès à l'Internet sans avoir choisi l'une des options précédentes.

Or, le marché français a plusieurs caractéristiques. Plus que dans d'autres pays européens, il est marqué par une situation concurrentielle particulièrement vive sur le *broadband*. Il connaît un nombre important d'opérateurs d'accès à l'Internet à côté de la présence forte de l'opérateur historique par sa division *Wanadoo* (plusieurs dizaines d'acteurs se partagent un marché potentiel de 20 millions de foyers alors que sur le marché des téléphones mobiles, une dizaine d'acteurs, dont trois principaux, se partagent un marché potentiel de 60 millions de personnes). Il est stimulé par une politique publique forte en faveur de la diminution des prix d'accès à l'Internet à haut débit. Dans ce cadre la concurrence s'est exercée principalement sur le terrain des prix et des débits.

Or, la structure des coûts des fournisseurs d'accès à l'Internet n'est pas favorable au développement de marges substantielles, du moins en période de conquête de marché, et accroît l'écart entre opérateur ayant choisi l'une ou l'autre option de dégroupage. Des marges positives sont obtenues dans des cas de dégroupage total, où les firmes investissent dans leur propre réseau. En conséquence, deux stratégies s'opposent : soit en faveur de l'investissement dans les réseaux en vue d'un dégroupage total et une limitation des coûts de raccordement au réseau de l'opérateur historique, soit l'absence d'investissement dans les réseaux. La première hypothèse est de nature à dégager davantage de marge, mais à court terme, la situation financière ne favorise pas la montée en débit pour la plupart des FAI, l'essentiel de la concurrence devant alors porter sur la fidélisation des abonnés et le développement de l'ARPU par des services à valeur ajoutée au nombre desquels les offres de contenus devraient jouer un rôle important.

Les avis demeurent cependant partagés sur l'effet précis d'entraînement en faveur du haut débit représenté par l'existence de contenus sur les réseaux *P2P*. S'il est vrai que

ces offres non autorisées semblent avoir dopé le haut débit lors de son décollage, le succès des réseaux P2P pose cependant un certain nombre de problèmes techniques aux fournisseurs d'accès en raison de la surconsommation coûteuse de bande passante provoquée (le P2P représente en moyenne 60 % du trafic haut débit des FAI, voir 1.2), du caractère symétrique des flux et du fait que leurs réseaux non prévus pour véhiculer de telles quantités d'informations sont saturés par les forts consommateurs de téléchargement.

Les industries techniques : informatique, électronique, logiciel

La numérisation de la chaîne de distribution des contenus et la désintermédiation partielle qu'elle permet étend les possibilités de déplacement de valeur vers de nouveaux acteurs de la distribution que peuvent être les industries informatiques, d'électronique grand public, d'édition logicielle. Cet effet se repère tant pour la distribution numérique autorisée (offre légale, copie privée) que pour la distribution de contenus numériques non autorisée sur les réseaux *P2P*, mais à des degrés divers.

i. Informatique et électronique grand public.

En premier lieu, l'essor des échanges sur les réseaux *P2P* n'aurait pas eu lieu sans l'appui des progrès des techniques de compression des contenus numériques que sont le « MP3 » développé dans le cadre de MPEG1 et le « DivX » développé à partir de MPEG 4. Issus d'instances de normalisation et bénéficiant du soutien de programmes de recherche européens, ces formats d'encodage/décodage qui se substituent aux formats exploités couramment pour la distribution de contenus, notamment le DVD, n'en demeurent pas moins protégés au titre de la propriété industrielle et susceptibles de redevances de licences.

En second lieu, l'appétence de loisirs numériques crée une demande de matériels de lecture favorable au développement de ce secteur. Sur un certain nombre d'appareils de lecture à mémoire *flash* notamment, sur le marché des baladeurs en particulier, la disponibilité des contenus est essentielle. Elle apparaît comme une externalité positive en phase de démarrage des baladeurs numériques qui succède au phénomène de développement des échanges de copies numériques non protégées (*MP3* et *DivX*) et interopérables entre l'informatique domestique (PC, supports de stockage vierges) et les appareils d'électronique grand public. Cette liaison entre biens complémentaires n'interdit pas une liaison nouvelle, économiquement rentable entre marché des techniques numériques et offre légale.

ii. Edition de logiciels de lecture.

La diffusion des contenus numériques sur les réseaux *P2P* demeure favorable aux politiques de développement de logiciels de décodage de contenus (*codecs*) pour constituer des bases installées de clients susceptibles, dans un second temps, de voir les contenus protégés par des solutions de *DRMs* (*Sony, Apple, Microsoft*). Or, si ces solutions sont, pour certains de leurs propriétaires, délivrées gracieusement, des interrogations demeurent quant aux stratégies. Ainsi, il est déjà apparu, que certains acteurs pouvaient tirer avantage de l'absence d'interopérabilité des *DRMs* et décodeurs associés, pour favoriser et accroître leurs parts sur le marché de la distribution de musique en ligne.

Le choc technique constitué par la numérisation des contenus et leur disponibilité sur les réseaux contribuent à faire apparaître des déplacements, provisoires ou permanents, de valeur dans la nouvelle chaîne de distribution :

- déplacements de valeur intersectoriels entre les différents secteurs de la chaîne de distribution (industries culturelles / industries techniques / distributeurs / consommateurs).
- dans une moindre mesure, des déplacements de valeur entre les différents acteurs des industries culturelles : auteurs / producteurs / artistes - interprètes. Ce point sera développé plus spécifiquement dans les parties 4.3 et 4.4.

Points-clés

Point 9 : La rémunération et/ou le financement de la création et de la production doivent être assurés. Quelles que soient les offres faites aux utilisateurs, sous forme gratuite et/ou payante, il n'est pas possible de tolérer des formes de distribution des œuvres qui ne permettent pas d'assurer la rémunération de la création et de la production.

Point 10 : Internaute et industries culturelles : des intérêts partagés. L'adhésion des internautes aux conditions dans lesquelles ils ont accès aux contenus culturels doit être recherchée dans l'intérêt de l'ensemble des acteurs des industries culturelles. Il est également de l'intérêt des internautes de contribuer au dynamisme et à la diversité des industries culturelles.

Point 11 : De nouvelles opportunités économiques existent. Dans la mesure où l'appétence pour les contenus culturels n'a jamais été aussi forte, il faut sortir d'une logique de préjudice et de pertes sur les marchés traditionnels pour inciter au développement de nouvelles formes légales de communication des œuvres et de services associés.

Point 12 : Une coopération entre tous les acteurs est nécessaire. Les internautes ne sont pas les seules personnes concernées par les pratiques actuelles. La collaboration entre les fournisseurs de logiciels, d'accès, les fabricants de matériels et les industries culturelles doit être encouragée.

4. SOLUTIONS ENVISAGEABLES

4.1 Solutions techniques pour limiter les échanges illicites

Face aux évolutions en cours, les producteurs de contenus adoptent des stratégies de protection de leurs droits. Le premier volet concerne des actions de sensibilisation et de communication. Dans le cadre de l'application de la « Charte d'engagement pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, pour le respect de la propriété intellectuelle et pour la lutte contre la piraterie numérique » du 28 juillet 2004, les producteurs de phonogrammes et la *Sacem* ont lancé plusieurs campagnes de sensibilisation et de communication, les pouvoirs publics y contribuent dans le cadre de la mission culture/industrie et au sein du Forum des droits sur l'Internet. Afin de compléter ces actions de sensibilisation, des mesures techniques sont utilisées. Des sociétés spécialisées émergent, mandatées par les ayants droit pour repérer l'arrivée du premier fichier contrefait. La technique dite du *spoofing* vise quant à elle à polluer les réseaux P2P avec des fichiers leurres. Diverses techniques de limitation des échanges illicites ont été discutées dans le cadre de la commission.

4.1.1 L'envoi de messages d'avertissement aux internautes

Les procédures d'envoi de messages d'avertissement aux internautes sont prévues par la charte musique de juillet 2004. Des procédures spécifiques d'alerte des internautes sont également au cœur de la stratégie d'approche graduée, qui fait l'objet de développements au point 4.2. On peut regretter de ne pas avoir vu la Charte, un an après, suivie d'effets s'agissant de l'expérimentation des envois de messages. De plus, ces envois de messages sont largement dépendants de l'attitude que la Commission nationale de l'informatique et des libertés adoptera à l'avenir. Depuis la réforme de la loi informatique et liberté du 6 août 2004, les représentants des ayants droit sont en effet autorisés, après avoir reçu le feu vert de la CNIL, à mettre en place des traitements portant sur des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins. En avril 2005, la CNIL a autorisé le syndicat des éditeurs de logiciels libres à automatiser la surveillance des réseaux P2P et à envoyer des messages d'alerte aux contrevenants. Au cours de sa séance du 18 octobre 2005, la CNIL a en revanche refusé d'autoriser quatre sociétés d'auteurs et de producteurs de musique à mettre en œuvre des dispositifs permettant la détection automatisée des infractions au code de la propriété intellectuelle et l'envoi de messages de sensibilisation aux internautes.

4.1.2 Le filtrage du P2P

Les techniques de filtrage se répartissent selon :

- l'endroit où il est mis en œuvre : chez le FAI ou chez l'abonné²³ ;
- le critère utilisé : l'œuvre protégée, la ou les adresses où elle est accessible, le mécanisme par lequel elle est transmise sur le réseau.

Si le critère utilisé est l'œuvre elle-même, il s'agit de filtrage de contenus. Si le critère utilisé est l'adresse où elle est accessible, il s'agit de filtrage d'adresses. Si le critère est le mécanisme par lequel elle est transmise sur le réseau, il s'agit de filtrage de port, de filtrage comportemental, ou de filtrage de protocole.

²³ Selon que l'abonné est un particulier ou un professionnel (entreprise grande ou petite, organisme de toute nature), la configuration varie d'un simple PC à plusieurs milliers installés derrière un pare-feu et reliés par un Intranet ; leurs adresses individuelles ne sont pas connues du réseau Internet. Il en est de même des internautes se connectant à un « hot-spot » ; nombre de ces accès sont gratuits (cf. par exemple www.free-hotspot.com).

De l'origine (PC émetteur) à l'extrémité (PC récepteur), les paquets qui circulent sur Internet sont acheminés de proche en proche, traversant des « routeurs » qui détectent chaque paquet pour en lire l'en-tête (les adresses figurant sur son « enveloppe ») ; à ce stade il peut être imaginé :

- de copier le paquet, et d'envoyer ce double vers un système de traitement qui analysera non seulement l'en-tête, mais la suite du paquet partiellement ou en totalité (payload) : le flux transmis n'est pas modifié, il n'est qu'observé soit en continu et complètement, soit par intermittence (seuls certains paquets sont copiés afin de ne pas ralentir l'ensemble du flux traversant le « routeur ») – le filtrage est « passif » ;
- de lire le paquet « à la volée » et décider de le « ralentir » (le conserver dans le routeur quelques millisecondes pour le réinjecter ensuite) ou de ne pas l'acheminer (ce qui pour être efficace suppose que tous les routeurs auxquels le PC émetteur a accès fassent de même) ; dans le premier cas il y aura réduction du débit offert à l'application concernée (en l'occurrence un téléchargement P2P en *upload* ou en *download*), dans le second cas il y a blocage : – le filtrage est « actif » –.²⁴

Le filtrage actif s'analyse comme une intervention volontaire sur le fonctionnement du réseau, avec tous les risques y afférents : dégradation de la qualité de service (temps de transit, taux de disponibilité, ...).

Le filtrage de contenus

Sur un poste client, ce « filtrage » est celui qu'opèrent les DRM pour empêcher qu'une œuvre soit retransmise vers un autre périphérique ou mise à disposition sur Internet. Sur le réseau interne d'une entreprise ou sur Internet, ce filtrage repose sur la comparaison de l'œuvre à une base caractérisant toutes les œuvres à protéger : titre de l'œuvre, nom de l'auteur, taille du fichier et autres méta-données, d'une part, « empreinte » de l'œuvre d'autre part. A l'égard de la sphère privée, un filtrage des contenus est la méthode la plus intrusive et devrait donc s'accompagner des garanties juridiques appropriées, en matière d'anonymisation notamment.

Sa généralisation à l'ensemble de l'Internet, même limitée au territoire français, est techniquement hors de portée ; la raison en est structurelle : la puissance de traitement répartie dans le réseau est conçue pour lire des « adresses » et décider d'un acheminement de proche en proche en fonction de celles-ci, elle ne l'a pas été pour lire des « contenus » entiers et les analyser au regard d'une base de référence. En revanche un filtrage des contenus est envisageable sur des réseaux P2P spécialement conçus à cet effet. Une telle approche nécessite la participation :

- des éditeurs de logiciels pour mettre au point une version du « client P2P » à installer sur le PC de l'internaute qui intègre un module spécifique : la première réalisation à être proposée au téléchargement est la version 6.0 d'iMesh (25 octobre 2005), celle de Mashboxx qui fait appel à la technologie Snocap devrait l'être sous peu ;²⁵

²⁴ Si les routeurs ne sont pas à même d'effectuer tout ou partie de ces fonctions, il est possible de pallier cette absence en installant sur chacun des liens qui aboutissent et partent du routeur des boîtiers additionnels. La structure du réseau en devient plus complexe, et les sièges d'une défaillance potentielle plus nombreux.

²⁵ L'écriture d'un client P2P est une entreprise d'envergure. Le client ML Donkey par exemple compte environ 130 000 lignes d'un langage fonctionnel de haut niveau (Objective-Caml) réparties en quelque 300 modules.

- des distributeurs de logiciel pour proposer au téléchargement cette version nouvelle, et cesser d'offrir les versions antérieures n'intégrant pas ce module ;²⁶
- des internautes pour migrer vers les versions nouvelles au lieu de continuer d'utiliser ou de se procurer les versions anciennes.

Le filtrage d'adresses

Un tel filtrage peut être opéré :

- soit en se fondant sur l'adresse URL (*Uniform Resource Locator*) exploitée par les navigateurs.

Cette adresse standard peut être précisée jusqu'au document par barres obliques successives, conformément à une structure standard :

Par exemple *.../.../.../*.mp3* désigne tous les documents qui sur le site, répertoire, dossier et sous dossier, désignés par les éléments situés à gauche de la dernière barre oblique, sont au format mp3 (hormis ceux dont l'extension a été volontairement modifiée par l'utilisateur).

Ce filtrage des URL serait susceptible de concerner des sites qui fournissent des liens permettant le téléchargement d'œuvres mises à disposition sans autorisation, tels que certains *site trackers* de BitTorrent.

L'AFA estime que ce type de filtrage suppose l'existence de serveurs proxy, qui sont relativement répandus au niveau des entreprises, mais n'existent que chez une faible minorité de FAI.

- soit en se fondant sur l'adresse IP (*Internet Protocol Address*).²⁷

Ceci équivaut à un filtrage au niveau de l'hébergeur de contenu. Suivant la quantité de contenus stockés, le filtrage mis en œuvre interdira aux internautes une partie des fichiers hébergés allant plus ou moins au-delà des seules œuvres à protéger. Un filtrage sur l'adresse IP bloquera tout le site, voire une grappe de sites regroupés sous cette adresse, interdisant l'accès à tous les documents hébergés.

L'AFA insiste sur le caractère dommageable de ces mesures sur l'accès aux contenus légitimes et, par suite, à la liberté de communication.

Le filtrage de ports

Chaque PC dispose de 64 000 ports ; ces accès d'entrée-sortie sont d'ordinaire tous ouverts par défaut. A l'origine de l'Internet, certains ports ont été associés à des individus, à des entreprises, ou à des services : le port 25 pour la messagerie *smtp* (*Simple Mail Transfer Protocol*), le port 21 pour le transfert de fichiers *ftp* (*File Transfer*

²⁶ Cette coopération pourrait s'étendre aux grandes surfaces spécialisées vendant des ordinateurs où certains logiciels sont préinstallés, et aux magazines diffusant des *freewares* ou *sharewares* sur CD et DVD.

²⁷ L'adresse permet d'identifier le réseau et la station sur un réseau Internet ou Intranet (TCP/IP) ; elle se trouve généralement sur quatre octets, séparés par un point (par exemple : 87.34.53.12). Chaque numéro doit être compris entre 0 et 255. Selon que l'adresse est de classe A, B ou C, 1, 2 ou 3 octets désignent le réseau, 3, 2 ou 1 octets désignent le nœud. Grâce au fichier *Hosts*, il est possible de faire correspondre des noms d'hôte et des adresses IP. Les adresses IP identifiant des périphériques sur le réseau, chacun d'entre eux possède une adresse IP unique ; vu de l'Internet tous ceux d'un réseau interne, ou d'un *hot spot* pourront toutefois se présenter sous même adresse comme s'il s'agissait d'un seul périphérique.

Protocol), le port 80 pour les sites Web (*http* :), ... Cette association normalisée d'un port à un service a également cours lorsqu'il s'agit de services d'introduction plus récente comme les applications P2P ; c'est ainsi que :

- les ports 411 et 412 sont les ports par défaut de Direct Connect ;
- le port 1214 est le port par défaut de Fasttrack (KaZaA) ;
- les ports 4661 à 4665 sont les ports par défaut des applications eDonkey et eMule qui utilisent également par défaut le port 4672 ;
- le port 6346 est le port par défaut de l'application BearShare, ainsi que de Gnutella, LimeWire et Morpheus qui utilisent également par défaut le port 6347 ;
- les ports 6257 et 6699 sont les ports par défaut de WinMx ;
- les ports 6881 à 6889 sont les ports par défaut de BitTorrent ;
- le port 41170 est le port par défaut de MP2P.

Mais pour ces services nouveaux une telle association n'est plus exclusive.²⁸ C'est ainsi que la plupart des applications P2P autorisent leurs utilisateurs à choisir manuellement le port qu'ils décident d'affecter au trafic P2P. Elles font également appel à des mécanismes d'affectation au hasard de ce trafic sur les ports libres. Enfin, afin de franchir aisément les pare-feux (*firewalls*), elles simulent de plus en plus souvent des ports que les administrateurs des réseaux internes sont contraints de laisser ouverts, comme le port 80.

Le filtrage de ports est relativement aisé à mettre en œuvre : il est l'une des fonctionnalités qu'offrent, dans leurs versions récentes, les routeurs équipant les réseaux des FAI (Cisco, Juniper, Extreme Network, Foundry, ...). Mais c'est une méthode dont l'efficacité théorique va décroissant ; éclairantes sont à cet égard les statistiques publiées par la société *CacheLogic* en 2004 et 2005 sur les parts respectives du trafic P2P empruntant les ports qui lui sont assignés, et du trafic P2P « dissimulé ».

Le filtrage comportemental

Les ports choisis par un ordinateur pour émettre et recevoir sur Internet ne suffisant plus à caractériser l'application utilisée, divers travaux ont été récemment menés en vue de proposer des méthodes d'identification plus performantes à partir de la connaissance tirée des seules en-têtes, qui obligatoirement sont lues pour chaque paquet. Ces travaux se sont intéressés à l'amélioration du filtrage passif (observation de trafic P2P) qui pourrait résulter d'une analyse portant simultanément sur tous les PC sources ou destinataires connectés à un ordinateur donné, sur les ports utilisés pour ces connexions, sur la nature de celles-ci (TCP ou UDP), et sur la taille des paquets échangés.²⁹

Cette approche appliquée au P2P sur des périodes d'observation de 5 minutes donne apparemment de bons résultats : 90% des flux identifiés comme correspondant à une activité P2P sont effectivement dus à une application de ce type, 10% seulement ne l'étant pas. La raison en est que la structure semi- ou complètement décentralisée des réseaux P2P de nouvelle génération induit un comportement atypique, caractérisé par l'échange en permanence de paquets courts vérifiant auprès de plusieurs correspondants quel est l'état instantané du réseau et si des changements viennent

²⁸ Cela est également vrai de services plus anciens. Il est courant par exemple que pour accéder aux pages d'un site Web plus rapidement, un internaute lance simultanément plusieurs sessions vers le serveur ; ces sessions parallèles emprunteront d'autres ports que le port 80.

²⁹ Travaux en 2004 et 2005 de Yiming GONG en Chine, et de Thomas KARAGIANNIS (UC Riverside) et André BROIDO (CAIDA) aux Etats-Unis.

d'intervenir (apparition ou disparition par exemple de *supernodes* et autres *ultrapeers*). Sur une période de 5 minutes un millier environ de tels paquets de contrôle sont échangés ; l'algorithme de traitement détermine alors avec une probabilité élevée les couples 'adresse IP – numéro de port' actifs en P2P. Il peut alors être décidé d'opérer sur les paquets dont l'en-tête contient ces couples, un filtrage actif (réduction du débit ou blocage).

L'approche comportementale en mode observation de trafic P2P pourrait être mise en oeuvre sans introduction d'équipement additionnel dans le réseau des FAI dans la plupart des cas, en utilisant par exemple la fonctionnalité d'exportation des données de trafic (*Netflow*) offerte par les versions récentes des routeurs et commutateurs IP. Une telle approche se contente en effet de lire les « enveloppes » (couche 4 : transport) sans faire appel à la lecture du « contenu » (couche 7 : application). Elle est de ce fait :

- indifférente au fait que le contenu soit ou non crypté ;
- susceptible de mettre en évidence l'utilisation de protocoles P2P non encore répertoriés.³⁰

Le filtrage protocolaire s'appuie au contraire sur une lecture du contenu (partielle).

L'AFA a souhaité faire part de ses réserves sur l'efficacité de ces techniques.

Le filtrage de protocoles

Un protocole définit les règles selon lesquelles une application ou un service échangent des données sur un réseau. Ces règles se traduisent par des séquences de bits caractéristiques, variables selon la nature du paquet mais indépendantes de « l'œuvre » téléchargée ; elles sont situées dans chaque paquet au delà des enveloppes (*headers*) dans la partie qui porte le contenu (*payload*). Certains routeurs intègrent à l'état natif des applications capables d'effectuer à la volée l'analyse nécessaire sur tout ou partie du flux de paquets (*DPI : Deep Packet Inspection*).³¹ Tel est le cas par exemple de PDML de Cisco, de Netscreen-IDP de Juniper. A défaut d'être équipés de tels routeurs dans leur réseau, certaines sociétés, comme Allot ou Packeteer, proposent aux FAI de recourir à des boîtiers additionnels. Si ces boîtiers sont insérés « en coupure » dans le réseau comme le sont les routeurs, et non placés en dérivation, il est possible de bloquer tous les paquets présentant la « signature » caractéristique des protocoles P2P répertoriés à cette fin.

Outre les problèmes pratiques que pose la mise en œuvre d'une telle analyse (charge additionnelle, équipements étrangers au réseau) qui seront examinés au paragraphe suivant, le filtrage de protocole voit son efficacité battue en brèche :

³⁰ Dans l'expérimentation conduite sur une liaison à 2,5 Gbits entre San José en Californie et Seattle dans l'Etat de Washington, les protocoles *Soribada* et *GoBoogy* utilisés principalement dans le Sud-Est asiatique ont été ainsi détectés, alors que l'expérience concurrentement menée de filtrage de protocoles les avait ignorés (CAIDA – UC Riverside : *Transport Layer Identification of P2P Traffic*, octobre 2004).

³¹ L'analyse doit porter au minimum sur les 64 premiers bits de chaque paquet : avec 44 bits d'en-tête TCP, et 4 bits d'encapsulation MPLS (Multiprotocol Label Switching), il ne reste que 16 bits pour identifier le protocole utilisé, ce qui s'avère parfois insuffisant pour lever toute ambiguïté, en particulier avec le trafic du Web (protocole http). Lorsque le débit de la liaison croît, procéder à une telle analyse finit par mobiliser une telle capacité de traitement que le trafic s'en trouve ralenti, ce qui s'avère incompatible avec le maintien d'une qualité acceptable sur des services comme la téléphonie sur IP.

- par l'apparition de nouveaux protocoles P2P, dont les « signatures » ne sont pas encore répertoriées ;³²
- par le cryptage des contenus (transmission dans un « tunnel » SSL par exemple).

Enfin, comme le filtrage de contenus, **le filtrage de protocoles, opéré de cette façon, nécessite une analyse allant au-delà de la lecture des seules « enveloppes » que les FAI ont à charge d'effectuer** pour acheminer les communications.

L'AFA fait valoir que la question de ce type de filtrage a été examinée par le rapport BRUGIDOU-KAHN (p. 39). Le filtrage de protocoles a été considéré comme « *difficile, en l'état des techniques* » s'agissant du filtrage systématique, et comme « *peu pertinent, techniquement faisable, coût élevé, problèmes de compatibilité avec les évolutions du haut débit, peu réaliste* » s'agissant du filtrage à la demande. Le SNEP indique quant à lui qu'il ne fait pas la même interprétation de ce rapport, qui a préconisé l'expérimentation de l'ensemble des technologies de filtrage³³.

4.1.3 Les protections contre la captation non autorisée des flux numériques audio

Des possibilités techniques de protection contre la captation non autorisée des flux numériques audio existent. Seuls sont abordés ici la question des contenus audio, les contenus audiovisuels relevant d'une autre problématique, en raison de la chronologie des médias.

De nouveaux logiciels comme « Station Ripper », « The Bug », « Replay Music », ou « Stream Ripper », permettent de capter un flux numérique audio (voir partie 1). Quatre types de mesures permettent d'éviter la captation non autorisée des flux numériques audio : l'utilisation des failles des logiciels de capture ; l'utilisation intelligente des métadonnées ; le cryptage des méta données ; le cryptage du flux numérique.

- L'utilisation des failles des logiciels de capture

Les logiciels de capture sont souvent développés pour un logiciel de diffusion spécifique. La captation peut être évitée par l'utilisation de logiciels de diffusion propriétaires (Ex: AOL), pour lesquels il n'existe pas de logiciels de capture. La captation peut également être évitée par le masquage par le diffuseur d'informations nécessaires au fonctionnement du logiciel de capture (par exemple, le masquage de l'URL du signal du diffuseur, qui empêche la captation par « Station Ripper »). Ces

³² La documentation accessible étant souvent lacunaire, il faut effectuer un reverse-engineering de la nouvelle application P2P pour en déterminer les « signatures ».

³³ « 2.4. Sur le plan technique, nécessité d'expérimenter. Seules des expérimentations avec les FAI permettront de mesurer réellement la faisabilité d'une solution : La diversité des points de vue quant à l'appréciation des modalités techniques et des coûts de mise en œuvre des différentes solutions proposées montrent que seules des expérimentations en grandeur réelle chez des FAI permettront de mesurer de façon factuelle les coûts et les charges de mise en œuvre de ces solutions. A ce stade compte tenu des enjeux, ces coûts ne nous paraissent pas rédhibitoires et justifient qu'un travail expérimental plus approfondi soit réalisé avec les acteurs techniques les mieux placés pour mesurer les coûts de mise en oeuvre et de maintenance de ces solutions (c'est-à-dire les FAI). Plusieurs solutions doivent être évaluées en parallèle par plusieurs FAI : Compte tenu de l'évolutivité technologique du peer to peer, il nous paraît dangereux de ne miser que sur une seule technologie. Outre les critiques que pourraient susciter une telle approche (les pouvoirs publics ont fait le mauvais choix avec le filtrage, il existe des techniques plus efficaces et meilleures), une véritable analyse in situ permettrait de comparer réellement les résultats aux moyens mis en œuvre. Nous recommandons deux expérimentations : ♦ Une solution de type filtrage sur le poste client (type Cyberpatrol ou Cisco CSA), expérimentée en mode à la demande ; ♦ Un « Observatoire du Peer to peer » s'appuyant sur une solution orientée protocole (type Allot ou Cisco P_Cube) et/ou contenu (type Audible Magic ou Advestigo) utilisée en mode observation et analyse statistique de trafic ».

mesures, toutefois, ne sont efficaces qu'à court terme ; elles ne constituent pas une réponse pérenne au problème.

- L'utilisation intelligente des méta données

La plupart des logiciels de capture identifient les phonogrammes diffusés au moyen des méta données incluses dans le flux numérique. Il est dès lors possible d'empêcher l'identification par les logiciels de capture des titres diffusés en incluant les informations sur les titres au sein d'un texte continu d'informations diverses (nom de la radio, informations sur la circulation ou la météo, messages publicitaires, etc...).

Il est également possible d'empêcher l'identification des titres diffusés par les logiciels de capture en transmettant les différents types de méta données dans un ordre aléatoire. Il est enfin loisible de limiter la captation des méta données en utilisant des formats et des styles de caractères différents selon les canaux. Ces mesures peuvent avoir un effet durable, mais elles restent contournables à moyen terme.

- Le cryptage des méta données

Cette solution constitue un moyen efficace et durable pour empêcher le fonctionnement des logiciels de captation. Elle requiert toutefois que les appareils et logiciels de réception du flux numérique soient dotés de fonctions de décryptage des méta donnée. Il existe une autre solution pour éviter la captation des flux numériques, qui consiste à interdire la diffusion de méta données relatives aux phonogrammes diffusés. Cette solution ne doit toutefois être envisagée que comme une mesure de dernier recours

- Le cryptage des flux numériques audio

Il s'agit, du moyen le plus efficace et le plus pérenne pour empêcher le fonctionnement des logiciels de captation. Cette disposition suppose toutefois que les appareils et logiciels de réception du flux numérique soient dotés de fonctions de décryptage du flux audio. Dans le cadre de la diffusion sur Internet (Simulcasting, Webcasting), plusieurs outils de cryptage/décryptage sont régulièrement disponibles, notamment « Secure Audio Path » (Microsoft) et « Secure X1 Recording Control » (Media Rights Technology). Des solutions de type DRM existent également pour la radiodiffusion numérique.

L'expérience de la mise en place de la diffusion numérique audio à l'étranger a montré que certains diffuseurs, notamment les radiodiffuseurs publics, ne protégeaient pas systématiquement leur signal. Compte tenu de l'état relativement peu avancé de la diffusion numérique audio en France, les producteurs de phonogrammes considèrent qu'il est relativement facile de mettre en place au niveau national des mesures prévenant la captation non autorisées des flux numériques audio. Celles-ci nécessitent certaines mesures législatives (loi de transposition de la directive « Droits d'Auteur ») et/ou réglementaires (pouvoir réglementaire du CSA). Dans le cadre du lancement de la radio numérique (DAB), ils suggèrent qu'il soit prévu que les flux audio soient obligatoirement cryptés pour empêcher la captation non autorisée de ce flux et que, par voie de conséquence, les appareils de réception soient obligatoirement pourvus de dispositifs de décryptage. Par ailleurs, s'agissant de diffusion dans le cadre du régime de la licence légale de l'article L.214.1 du CPI (« Simulcasting »), il leur semble opportun de ne prévoir l'application de ce régime à la diffusion numérique du programme de radio qu'à condition que le diffuseur utilise des mesures techniques de protection contre la captation non autorisé du flux numérique audio, conformes à l'état de l'art. Cette condition ne serait pas nécessaire pour le webcasting, les contrats avec

les webcasters conclus dans le cadre d'un droit exclusif prévoyant déjà la mise en place de telles mesures de protection.

4.2. L'approche graduée

Cette approche proposée par les FAI membres de l'AFA et la filière cinématographique³⁴ vise à créer un outil de lutte contre les actes des abonnés permettant les échanges illégaux d'œuvres cinématographiques commis de manière ponctuelle par des non professionnels dans un but non lucratif. Il se distingue des actions en responsabilité délictuelle que les ayants droit de cette filière se réservent d'engager à l'encontre de la piraterie réalisée à titre onéreux, des actes de téléchargement massif ou encore des actes de première mise à disposition sur les réseaux. La vocation de l'approche graduée consiste donc avant tout à prévenir et sensibiliser l'abonné – qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale - par un mécanisme qui est, à ce stade, présenté par ses promoteurs sous la forme suivante :

- les FAI transmettraient par mail à leurs abonnés des messages d'avertissement relayant les constatations faites par des agents assermentés au titre des dispositions de l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle
- un courrier recommandé avec accusé de réception serait adressé à l'abonné qui n'aurait pas modifié son comportement à l'issue des messages d'avertissement précédemment reçus.
- un troisième niveau consisterait à « sanctionner » financièrement l'abonné qui n'aurait pas modifié son comportement après avoir reçu les avertissements précédents. Cette « sanction » financière devrait être suffisamment dissuasive et effectivement appliquée.

Il reste à définir les modalités de mise en œuvre de ces différents niveaux (en particulier le troisième) sur le plan juridique, le but étant de faire changer les comportements avant les poursuites judiciaires sans abaisser le niveau de protection actuel du droit d'auteur.

La mise en place d'un tel mécanisme nécessite le traitement de données personnelles (adresses IP, identifiants anonymisés, ...). Au regard des décisions récentes de la CNIL, une intervention du législateur s'avère nécessaire afin de préciser la possibilité de mettre en œuvre les actions de prévention prônées par les parties.

Enfin, les souhaits fondamentaux des parties aux négociations sont que la solution législative retenue, d'une part, n'entraîne aucune confusion avec le champ actuel de la contrefaçon, et, d'autre part, soit véritablement efficace.

Le calendrier propre aux négociations qui se sont tenues entre les fournisseurs d'accès Internet (FAI) et les représentants du cinéma et de l'audiovisuel afin aboutir à ces orientations n'a pas permis à la présente Commission du CSPLA d'étudier plus avant cette approche, dont les grandes lignes ont été transmises par ses promoteurs aux cabinets des ministres de la culture et de la communication, des finances et de l'industrie pour analyse

L'approche graduée a suscité lors de sa présentation à la commission un certain nombre de réserves.

³⁴ ALPA, ARP, BLIC, BLOC, PROCIREP, SACD

Des ayants droit du secteur musical soulignent qu'ils n'ont pas été associés à ces travaux et réservent dès lors leur position. L'Agence pour la protection des programmes ainsi que les ayants droit de l'image fixe s'associent à cette réserve.

4.3. Construire une offre autorisée

Face à la concurrence d'offres en apparence gratuites pour l'utilisateur, comment constituer un marché fondé sur le paiement des contenus ? Tel est le problème auquel se trouvent confrontées les entreprises qui s'engagent dans la distribution en ligne autorisée. Précisons que l'offre payante n'est pas toujours légale, soit qu'il s'agisse d'un site offrant des contenus en dehors de toute autorisation des ayants droits (par exemple www.allofmymp3.com), soit qu'il s'agisse de P2P illicite. Certains éditeurs de logiciels de P2P comme *Kazaa lite* font ainsi payer aux internautes une somme, certes modeste, pour un outil permettant d'accéder à des contenus culturels sans pour autant avoir obtenu l'autorisation des ayants droit ni *a fortiori* leur verser de rémunération. Ces pratiques sèment la confusion dans l'esprit du consommateur. L'offre autorisée est l'offre légale payante proposée avec l'accord de l'ensemble des ayants droit, accord qui suppose des négociations parfois difficiles.

4.3.1 Des marchés en devenir

Le marché de la vente en ligne de musique décolle. Selon la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI qui regroupe 1450 producteurs et distributeurs), le nombre de fichiers musicaux achetés légalement en 2004 a décuplé, passant de 20 millions de titres téléchargés en 2003, à 200 millions en 2004. Le marché mondial de la musique légale en ligne devrait augmenter rapidement sous l'effet du dopage des ventes de baladeurs numériques.

Ce nouveau marché émergent reste cependant marginal par rapport à celui des échanges illégaux en P2P. Les réseaux P2P restent la principale source de téléchargement de musique sur Internet aux Etats-Unis, constate le NPD Group³⁵. Au cours du mois de mars 2005, le cabinet d'études estime à 243 millions le nombre de fichiers échangés sur les réseaux P2P et à 26 millions le nombre de titres achetés à l'unité sur les plates formes de téléchargement légales.

Les producteurs contestent l'idée selon laquelle les services en ligne payants ont été développés trop tardivement pour empêcher l'essor du *P2P* ; il était normal que soit expérimentée la sécurité des plates-formes de distribution à travers les *DRMs*. Mais outre les aspects techniques, la nature commerciale de l'offre a contribué à la stagnation de ce marché. Les premières tentatives d'offres payantes ont été mises en place dès 1998 (eMusic puis Streamwaves et OD2 en 2001) ; MusicNet et Pressplay, filiales des *majors* du disque ont été lancés en 2001 ; mais ces premières expériences ont été des échecs notoires. Des catalogues peu diversifiés et segmentés n'ont pas suscité l'adhésion du public. Apple qui a lancé fin 2003 le site de musique en ligne iTunes Music Store a eu le mérite de parvenir à négocier avec l'ensemble des majors de façon à offrir au consommateur un accès large aux œuvres sur une même plate forme et de proposer *in fine* une offre sécurisée. Le marché est marqué par l'arrivée d'acteurs provenant de secteurs très hétérogènes : constructeurs d'EGP (Sony), informatique (Dell, Roxio), éditeurs de logiciels (Microsoft), Internet (AOL, Wanadoo en France), distributeurs physiques (Virgin et la Fnac en France) ou dématérialisés (Amazon aux Etats-Unis). En France VirginMega est en position de leader (31 % de parts de marché) avec plus de 270 000 titres vendus en janvier 2005 et la plus large audience. iTunes, Fnacmusic, e-compil, Sony Connect sont les autres principaux sites de téléchargement.

³⁵ NPD Music Watch Digital, juin 2005.

Dans le domaine du film, les offres légales consistent à visionner ou à télécharger une vidéo. Ces offres **commencent à apparaître** et pourraient se développer grâce à la VOD sur les réseaux haut débit. La VOD « pure » consisterait en une vidéothèque à domicile grâce à un serveur central sur lequel un grand nombre de programmes seraient disponibles à tout moment. Ce schéma général offre la possibilité de plusieurs modèles économiques. La vidéo à la demande peut recouvrir des logiques de *pay per view*, justifiant une distribution en *streaming* (accès aux œuvres pendant leur visionnage sans téléchargement préalable) ou en téléchargement, mais aussi des logiques d'acquisitions de fichiers numériques. Il peut s'agir d'un nouveau marché proche de la location ou de l'achat vidéo. Les modèles possibles dépendent également des modalités de paiement qui peuvent s'effectuer soit à l'unité sur requête du consommateur à un serveur dédié, soit par abonnement (*subscription video on demand*) pour un nombre déterminé (ou illimité) de films au cours d'une période donnée. La viabilité de ces modèles dépend en grande partie des coûts techniques de distribution.

La VOD peut être accessible par le câble, le satellite ou l'ADSL. Aux Etats-Unis, le marché de la VOD a été initialisé par le câble. Sur les réseaux câblés, presque tous les câblo-opérateurs proposent des offres. Celles-ci ne sont pas forcément rentables en elles-mêmes mais ce sont des activités intégrées des câblo-opérateurs qui leur permettent de fidéliser leur clientèle. Sur l'Internet, le marché est dominé par deux acteurs principaux, *Movielink* et *Cinemanow*. En Europe, la VOD se développe notamment grâce à l'ADSL. En France, la société *MovieSystem* (rachetée par Canal+ en 2004 et rebaptisée *CanalPlay*) a créé en 2002 la première plate-forme Internet de films cinématographiques. Des FAI français ont également proposé une offre depuis 2002. Le groupe Canal+ et TF1-TPS ont tous deux lancé à l'automne 2005 de nouvelles offres de VOD pour les abonnés à l'Internet haut débit.

Outre le marché de la vente en ligne, la musique dématérialisée distribuée légalement via la téléphonie mobile est également destinée à devenir une source significative de revenus. Elle se développe rapidement en Asie, au Japon tout particulièrement, et elle est appelée à connaître la même croissance en Europe à la suite du lancement de la téléphonie 3G. Il existe aujourd'hui 1,5 milliards de téléphones mobiles dans le monde et il devrait y en avoir 3 milliards en 2010. Deux types de services sont proposés : des services de personnalisation du téléphone portable comme les sonneries et le téléchargement de titres. Les téléphones pour l'essentiel, ne servent actuellement qu'au téléchargement de sonneries mais un mouvement de téléchargement d'œuvres musicales via les mobiles s'amorce. La téléphonie de 3^{ème} génération (UMTS) offre un débit de 250 Kbits contre 130 Kbits pour l'actuel réseau GSM-GPRS. Ces débits sont suffisants pour structurer des services de contenus.

Le marché de la musique sur téléphone mobile a connu un essor considérable. 40 % de ce marché est constitué des sonneries de téléphone (70 % si l'on comptabilise les sonneries hifi). Plus de la moitié des consommateurs européens ont déjà téléchargé une sonnerie payante à des tarifs variant de 1 à 3 euros selon les pays et les distributeurs pour personnaliser leur portable. L'industrie du disque a d'abord considéré avec défiance les sonneries monophoniques et polyphoniques sources de revenus pour les seuls auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et non pour les majors dont les masters n'étaient pas mis à contribution. Avec l'arrivée des sonneries Hifi réalisées à partir de l'extrait de l'enregistrement original, les producteurs sont rentrés dans le cercle des ayants droit. La répartition actuelle de la valeur d'une sonnerie téléchargée est de 40 % pour l'opérateur, 60 % pour l'éditeur de services en ligne qui reverse une part aux producteurs (25 – 30%) et aux auteurs (8 – 10%). Outre la question des formes de répartition des revenus sur ce nouveau marché, reste

également à savoir si les premières offres de téléchargement sur mobiles ne vont pas concurrencer les offres légales sur l'Internet que l'on tente de promouvoir.

Au total, selon les données de l'IFPI, les ventes de musique sous forme numérique (Internet et téléphone mobile) ont triplé au premier semestre 2005 atteignant 6 % du chiffre d'affaires mondial de l'industrie du disque (790 millions de \$ sur un marché de 13,2 milliards). Ce chiffre n'inclut pas les revenus tirés des sonneries monophoniques et polyphoniques. Cette part significative du marché pourrait évoluer très rapidement et atteindre 25 % en 2009.

4.3.2 Les DRMs, conditions techniques du développement d'un marché en ligne sécurisé

Les *DRMs* (*Digital Rights Management systems*) sont des systèmes de gestion des droits et de protection pour la distribution sécurisée de contenus numériques, comprenant des mesures techniques de protection soit de nature matérielle, soit de nature logicielle. Ils ont pour fonction d'assurer la distribution sécurisée de contenus numériques et des droits d'utilisation de bout en bout : de la délivrance des droits et des contenus, aux utilisations licitées aux clients authentifiés, en passant par des technologies de cryptographie et en garantissant la remontée des recettes selon les droits attachés. La protection des données doit être adaptée à leur modalité de transport : contrôle d'accès pour les données diffusées en *streaming*, DRM pour les données téléchargées sur Internet, systèmes de « copy control » pour les données transitant par les réseaux domestiques et les supports physiques.

Sur le plan économique, les *DRMs* sont d'abord un outil de *versioning* : pour chaque contenu sont précisés les usages autorisés (droit de voir, d'entendre, d'enregistrer, de conserver, etc.) et la tarification peut être adaptée en fonction des usages. Ils sont également un moyen de rétablir « l'excluabilité »³⁶ pour des consommateurs qui sans cela se comportent en « passagers clandestins » en obtenant gratuitement des contenus sur les réseaux.

Un fournisseur de solutions DRM fonctionne dans une double relation : en amont avec les fabricants de matériels, et en aval avec les distributeurs de contenus, car il faut que le consommateur final puisse lire l'œuvre *in fine*. Le fournisseur n'est donc pas en relation directe avec le public et les ayants droits.

La Commission considère que le déploiement des *DRMs* constitue une des solutions pour rétablir l'obligation de faire payer directement au consommateur les contenus sur les réseaux numériques et pour maintenir les droits exclusifs. En dehors de certains distributeurs indépendants à l'étranger, tous les sites légaux français utilisent des *DRMs*.

Le réseau de téléphonie mobile est quant à lui un réseau descendant comme ceux de la distribution physique ou de la télédiffusion et contrairement à celui des réseaux d'échanges plus symétriques tels qu'Internet. Dans les réseaux descendants, les équipements sont dédiés à des services identifiés facturés à l'usage. Un terminal de téléphonie mobile ne sert qu'à acheter les services de l'opérateur qui, en général, le subventionne. La téléphonie, vendue comme un service complémentaire des réseaux dont elle finance les terminaux, maîtrise les effets de réseaux. Les téléphones mobiles

³⁶ En économie, un passager clandestin, par analogie avec les resquilleurs des transports en commun est un agent économique qui profite d'un bien ou d'un service sans participer à son financement.

sont, contrairement au PC des plate formes fermées sur lesquelles un contrôle efficace des contenus peut être opéré.

Les opérateurs ont été en situation de s'accorder pour adopter rapidement des *DRMs* et l'offre proposée est ainsi entièrement sécurisée. En matière de DRM, en effet, des initiatives de standardisation ont été prises comme la « norme » OMA (« Open Mobile Alliance », portée par un groupement de 200 sociétés, mais propre au monde des mobiles) et la « norme » ISMA (alliance d'acteurs assise sur la technologie de *streaming*, fournissant une base à la télédiffusion sur mobiles). La norme OMA pourrait être un outil non négligeable de protection des droits d'auteurs. Son rôle serait d'autant plus important que le développement de la norme OMA sur PC est à l'œuvre, afin de permettre la synchronisation des contenus entre PC et mobiles. Des combinés hybrides de téléphones mobiles musicaux se développent, faisant office de baladeurs mais bénéficiant de capacités de stockage bien inférieures à celles des baladeurs classiques.

La distribution en ligne grâce aux DRM suscite cependant un certain nombre d'interrogations d'ordre à la fois juridique, technique, social et industriel.

- D'un point de vue juridique, se pose la question de la conciliation entre les exceptions ou limitations à la propriété intellectuelle et le respect des mesures techniques mises en place. L'exception pour copie privée doit être préservée par la mise en œuvre des DRM. Les membres de la commission rappellent toutefois que la copie privée est une exception à des droits exclusifs mais non un droit en tant que tel pour le consommateur.
- Sur le plan technique, les membres de la commission se sont interrogés sur le degré d'immunisation des DRM contre la piraterie. Ils constatent que la protection des DRM relève d'un « jeu du chat et de la souris » permanent, qui contraint l'industrie à mettre en œuvre tous les moyens pour garder une longueur d'avance sur les pirates et à changer de version lorsque la protection est contournée. L'impératif de « DRM efficaces » est d'ailleurs gravé dans le marbre des stipulations de l'OMPI et des prévisions de la directive de 2001. Les textes actuels ne permettent pas de sanctionner les sites internet qui expliquent la manière de « cracker » les DRM si ces derniers précisent que leur objectif est étranger à la contrefaçon, et l'omission de cette mention n'entraîne tout au plus qu'une amende de quatrième classe (750 euros, en vertu de l'article 131-13 du code pénal). Deux actes doivent être distingués : d'une part, le contournement du dispositif technique, passible d'une peine de trois ans de prison depuis l'entrée en vigueur de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, d'autre part, la violation du dispositif de protection par lui-même, qui est un logiciel relevant des dispositions introduites dans le code de la propriété intellectuelle par la loi 94-361 du 10 mai 1994 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur transposant une directive n°91/250 du 14 mai 1991. Dans un premier temps, les logiciels étaient mieux protégés que les autres types de contenus, mais depuis l'intervention des traités de l'OMPI, il semble que ce soit le contraire.
- Sur le plan social, la question est de savoir quelles sont les limites acceptables par les internautes à l'utilisation des DRM. Des technologies trop envahissantes sur le plan de la vie privée (via des techniques de traçabilité) ou sur l'intégrité du PC de l'internaute (via des

logiciels cachés), que le consommateur ne perçoit pas comme une proposition gagnante risquent d'entraîner un rejet massif.

- Sur le plan industriel, les DRM deviennent un enjeu stratégique pour les industries de contenus. Les firmes leaders des solutions de DRM entrent en concurrence pour imposer leurs propres standards aux plates formes.

Certains éditeurs de DRM, dont Microsoft et Viaccess, sont favorables à un standard « ouvert », par opposition au modèle d'intégration verticale d'Apple. Microsoft revendique un modèle économique qui lui est propre, centré sur la distribution de contenus et sur le rôle central de l'ordinateur.

Les DRM ont des coûts d'implantation. Dans le système ouvert de Microsoft, l'encodage réalisé par le fournisseur de contenu est gratuit. Ce sont les constructeurs de matériels et les plates-formes de distribution, non les ayants droit, qui payent avec, dans certains cas, un coût répercuté sur l'utilisateur final. La plupart des fournisseurs de contenus ayant renoncé à développer en interne des solutions DRM pour s'adresser à des prestataires techniques spécialisés, ils se retrouvent très dépendants de ces firmes. Le modèle d'Apple, fermé sur l'ensemble de la chaîne, paraît le plus problématique pour les ayants droit..

La concurrence entre standards a certes des avantages à court terme, notamment lorsqu'elle stimule l'innovation. Cependant, on considère généralement qu'une condition de son efficience à plus long terme est que les systèmes développés parallèlement soient interopérables afin de stimuler la demande des consommateurs. L'interopérabilité peut se définir comme une traduction automatique entre langages de protection des fichiers afin que n'importe quel terminal comprenne le DRM adossé à un fichier numérique. L'interopérabilité se distingue de la compatibilité en ce qu'elle ne concerne pas les mêmes acteurs : concepteurs de DRMs pour ce qui concerne l'interopérabilité, producteurs de terminaux et de plates-formes pour ce qui concerne la compatibilité. Ainsi, la compatibilité s'apprécie au niveau du terminal et de la plate-forme ; elle relève de la responsabilité des producteurs de terminaux (le terminal doit lire les deux formats utilisés dans les DRMs) et des producteurs de plates-formes (la plate-forme doit encoder dans les deux formats). L'interopérabilité, quant à elle, relève de la responsabilité des concepteurs de DRMs, de leur volonté d'aboutir à des ponts entre des mondes logiciels séparés, ainsi qu'à des convergences entre les intérêts des consommateurs et ceux des ayants droit.

Plusieurs modalités de traduction entre langages peuvent être envisagées :

- Une forme d'interopérabilité radicale consisterait à adopter les formats MP3 sans DRM.
- la solution de Microsoft conduit à faire en sorte que tous les terminaux comprennent le langage de Microsoft. Par analogie, ceci revient en quelque sorte à « vouloir que tout le monde comprenne au moins l'anglais ».
- Une autre voie est possible pour l'interopérabilité. Elle consisterait à faire en sorte que les plates-formes musicales soient en mesure d'offrir plusieurs interfaces correspondant à des systèmes de DRM différents.

L'interopérabilité – ou à tout le moins la compatibilité - est une finalité incontournable pour la filière. La question se pose essentiellement pour les baladeurs numériques. Ainsi les internautes qui téléchargent des titres musicaux sur la

plate-forme VirginMega ne peuvent les transférer directement sur les baladeurs numériques iPod, fabriqués et commercialisés par Apple. Cette impossibilité provient de l'incompatibilité entre les dispositifs DRM utilisés par la plate-forme VirginMega et les baladeurs iPod. VirginMega utilise en effet le DRM de Microsoft alors que l'iPod n'est compatible qu'avec le DRM propriétaire d'Apple, FairPlay. L'obtention des licences DRM est ici un point de concurrence entre un distributeur « classique » à l'origine (Virgin) et un distributeur en ligne, fabricant de baladeurs et de DRM (Apple). VirginMega, ne pouvant intégrer à sa plate forme le DRM d'Apple moyennant le paiement de la licence, a saisi le conseil de la concurrence qui ne lui a pas rendu un avis favorable³⁷.

4.3.3 Conditions commerciales de développement d'un marché en ligne

Divers éléments peuvent jouer en faveur du développement d'une offre légale payante auprès du consommateur.

La variété de l'offre en question

Le succès du *P2P* s'explique par son absence de coût direct pour l'internaute mais aussi par la diversité de l'offre. Tout réseau de distribution en ligne légal doit donc pour se développer mettre en commun les catalogues de firmes concurrentes. *iTunes* qui a négocié avec l'ensemble des *majors* annonce un catalogue de un million de titres. Cet affichage de titres n'a cependant pas grande signification dans la mesure où il ne nous dit rien de la diversité des genres proposés et n'a pas beaucoup de sens dans certains genres comme le classique. De plus, contrairement aux *majors*, la majorité des producteurs indépendants européens ont rejeté les conditions financières d'*Apple*.

Le véritable problème est que l'offre en ligne, contrairement à l'offre physique doit être concurrentielle avec un réseau, le *P2P*, qui propose une offre quasi exhaustive et que de plus, un certain nombre d'artistes habitués des « tops 50 » manquent à l'appel. Le distributeur ne peut mettre en ligne que les titres offerts par les producteurs. Or selon ces derniers :

- L'ampleur du catalogue de musique mis en ligne est en partie liée à l'obtention des autorisations auprès des artistes (*clearance* des droits) à la fois pour les nouveautés mais également pour le fond de catalogue.
- Un certain nombre d'artistes s'opposent au téléchargement car ils ne veulent pas qu'un seul titre soit vendu, d'autres sont attachés à la vente du support avec jaquette, livret de paroles, etc.
- De plus des problèmes de répartition de revenus entre producteurs, artistes - interprètes et auteurs peuvent survenir pour ce nouveau mode d'exploitation. Un nombre encore trop important d'artistes renommés a donc refusé, pour le moment, les conditions proposées pour la mise à disposition de leurs œuvres en ligne.

Le fonds de catalogue (plus de deux ans) doit faire l'objet d'une attention toute particulière. Il suscite en effet une demande atypique sur les sites légaux, que l'on rencontre également sur les réseaux *P2P*. Si le nombre de titres abondamment vendus est très faible (effet Top 50 classique dans les industries culturelles où un faible nombre de productions réalise l'essentiel des recettes) à l'autre extrémité, un très grand nombre de titres sont vendus à 2 ou 3 exemplaires. 50% des recettes de

³⁷ Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

livres vendus sur Amazon proviennent d'ouvrages qui ne sont plus disponibles dans le stock des libraires. Dans la musique, le fonds de catalogue n'est jamais dans le top 100 des ventes physiques mais représente 25 % du top 100 en téléchargement chez eCompil (Universal).

Un modèle non rentable aux conditions actuelles

Dans le cadre des travaux de la mission Berbinou - Chantepie relative à l'adaptation des industries culturelles au numérique et à la lutte contre la contrefaçon, il est ressorti des réunions avec l'ensemble des distributeurs, et des opérateurs de *DRMs* qui ont bien voulu y participer, que le modèle des offres de musique en ligne fondé sur la vente au titre ou à l'album est loin d'offrir des perspectives de rentabilité encourageantes. Les auditions menées dans le cadre de la Commission ont confirmé ce constat.

Le prix de 0,99€ (ou son équivalent de 0,99 US\$) proposé par *Apple* est apparu immédiatement et au plan mondial comme le « prix psychologique » de ce marché, constituant donc un « prix plafond » de l'offre de téléchargement de titre. Il est peu probable que ce prix puisse augmenter dans un pays européen indépendamment des autres. En Angleterre, l'association de consommateur *Winch* a en effet saisi la CJCE contre *i-Tunes*, les prix pratiqués étant plus élevés que partout ailleurs en Europe. Au prix psychologique de 0,99 euros, la marge des distributeurs a non seulement disparu, mais se trouve, le cas échéant en position négative, pouvant soulever des interrogations sur le plan du droit commercial (vente à perte). Le prix pratiqué en France a diminué de plus de 50% par rapport au monde physique (prix moyen d'un album pour les nouveautés à 20 euros, 9,99 euros sur *iTunes*)³⁸.

La répartition de la recette dans les conditions actuelles aboutit à des marges négatives. Si l'on compare ce circuit de distribution avec celui des CD (dans lequel la marge est de 25 à 30%) on peut en conclure que les distributeurs en ligne ne pourront maintenir cette activité sans renégociation avec l'ensemble de la chaîne, en particulier les producteurs, sauf à obtenir une diminution significative et improbable de la TVA ou à pouvoir augmenter les prix de marché, ce qui sera extrêmement difficile tant que subsistera un environnement de contrefaçon.

Cette situation paraît aux yeux des distributeurs sans perspectives réelles, pour le prix psychologique de 0,99 €, sauf :

- à combiner, à une nouvelle répartition de la valeur ajoutée au sein de la filière musicale, prenant en compte la baisse des coûts de distribution (passage du *off line* au *on line*) et une baisse du taux de TVA. Le développement des offres de musique en ligne sur le marché européen est en effet freiné par les taux de TVA différents appliqués d'un pays à l'autre, y compris avec des avantages spécifiques accordés : 3% au Luxembourg, 19,6 % en France, 25% au Danemark, etc. Au regard de l'implantation de certains opérateurs (*Apple* au Luxembourg, *SonyConnect* en Allemagne), des écarts fiscaux peuvent renforcer le degré de concurrence pour les distributeurs traditionnels. L'idée a été évoquée d'appliquer un taux réduit de TVA voire un moratoire sur la distribution en ligne de contenus pour augmenter la taille du marché et compenser ainsi le niveau des recettes fiscales. Mais une perspective de taux réduit de la TVA, par exemple à 5,5%, - qui suppose l'unanimité des membres de l'UE et un temps de négociation important - ne permettrait de toute façon

³⁸ Ce montant est fourni à titre indicatif car selon les producteurs, il est très difficile d'établir le prix moyen d'un album ou d'un single, en raison de la liberté des acteurs économiques de fixer leurs prix effectifs de gros ou de détail en fonction de leurs politiques commerciales, dans le respect du droit de la concurrence. De plus, les CD peuvent faire l'objet d'opérations promotionnelles.

d'atteindre qu'un équilibre à marge quasi-nulle. D'autres négociations sur le partage de la valeur ajoutée seraient nécessaires.

- à ne rendre ce marché viable que pour des opérateurs en mesure de développer une activité de distribution à marge nulle, et trouvant ailleurs leurs rémunérations. Il est en effet possible d'attendre des revenus complémentaires, provenant de services associés à la simple vente du titre à l'unité sur de telles plates formes, de la même manière, par exemple, qu'il a été possible pour la télévision de collecter des revenus au moyen des SMS. Le modèle a été conçu pour des acteurs dont le cœur de métier n'est pas la distribution de musique comme les fabricants de baladeurs qui développent une stratégie d'intégration verticale assise sur la détention de *DRMs* (Apple, Sony). Ce financement indirect, qui échappe presque totalement aux industries de contenus, s'accompagne de stratégies de *bundling* publicitaire, ce qui n'est pas sans conséquence à terme sur la production et sa diversité, comme sur la perception des prix de la musique enregistrée par les consommateurs.

Les modèles économiques de ventes au titre ou à l'album sont donc fragiles. Le modèle d'Apple – que l'entreprise souhaite étendre aux programmes TV puis aux films en 2006 grâce au lancement de l'iPod vidéo - de vente au titre pourrait donc perdre des parts de marché au profit de modèles par abonnement comme ceux proposés par Napster, Rhapsody ou Yahoo. Chaque label, chaque artiste, chaque éditeur est ensuite payé en fonction de la consommation réelle de ses titres déterminée par une analyse statistique. Le modèle de Yahoo, en expérimentation aux Etats-Unis depuis mai 2005, combine différents aspects : abonnement de base (4,99 \$ par mois sur une base annuelle - soit 60 \$ par an, l'équivalent de l'achat de 3 CD alors que la moyenne d'achat et en France de 2 CD par an - ou 6,99 \$ sur une base mensuelle, pour l'accès à 1 million de titres), mais aussi P2P, et une possibilité, moyennant 79 centimes supplémentaires par titre, de conserver les fichiers. Le système de base qui permet d'écouter de la musique sur ordinateur ou sur lecteur portable ne donne lui, plus aucun droit lorsque l'abonnement est résilié ; contrairement à ce qui se passe dans le modèle télévisuel type Canal+, aucune copie n'est possible afin de conserver une discothèque à la résiliation de l'abonnement.

Là encore, la généralisation du système est difficile. Yahoo fonctionne largement dans une logique de produit d'appel : le service de musique est adossé à son portail : pour imposer ce dernier sur le marché, Yahoo a recours à une guerre des prix qui peuvent s'avérer déconnectés des coûts de la filière musicale.

Dans le cinéma, la VOD pose la question de l'insertion de ce nouveau mode d'exploitation par rapport aux modes préexistants de diffusion des œuvres. Les professionnels du cinéma sont hostiles à un système de VOD par abonnement qui ferait une concurrence déloyale à la télévision à péage dès lors qu'elle ne serait pas assortie d'obligations financières identiques. La question de la chronologie des médias est par ailleurs un enjeu crucial pour favoriser le développement de la VOD. Le sujet en négociation au CNC oppose les FAI qui souhaitent un catalogue attractif et une durée de diffusion courte après la sortie en salles et les professionnels du cinéma qui veulent éviter de perturber les chaînes de télévision payantes comme *Canal +*, principales sources de financement du cinéma français. En contrepartie du préfinancement, ces chaînes bénéficient d'une fenêtre d'exclusivité de diffusion.

4.3.4 Le débat complémentarité/substitution

Une question centrale est de cerner si le *P2P* illégal constitue un système complémentaire de distribution des produits culturels générant des revenus additionnels ou un phénomène de substitution.

La plupart des producteurs de musique considèrent que le marché légal ne peut se développer que si l'on réduit significativement l'offre gratuite qui agit comme facteur de concurrence déloyale et qui apparaît fortement substituable à ce que l'on trouve sur les réseaux d'échanges gratuits. Le *P2P* illégal apparaît comme un effet d'aubaine et, en disparaissant, pourrait augmenter le consentement à payer des consommateurs.

Les membres de l'Alliance, artistes interprètes – consommateurs, estiment au contraire qu'il n'y a pas de substituabilité directe entre l'achat en ligne et le téléchargement sur les réseaux *P2P* illégaux, que des effets promotion peuvent jouer et des complémentarités voir le jour.

En tout état de cause, il apparaît que si la concurrence de propositions gratuites persiste, l'internaute n'acceptera probablement de payer que pour des produits à forte valeur ajoutée.

Le *P2P* illégal engendre un certain nombre de nuisances pour l'internaute : spams intempestifs, risque de virus, logiciels espions, présence de « fakes » (fichiers leurre), incertitude sur la qualité des fichiers ... Sur tous ces points l'offre légale peut marquer une vraie différenciation. Une facilité d'emploi plus importante que la relative désorganisation du *P2P*, une plus grande souplesse pour le consommateur, des services et des informations culturelles plus larges que le simple téléchargement d'un morceau de musique ou d'un film dans une qualité dégradée seraient également des atouts non négligeables. Au delà, en ce qui concerne la manière de gérer les complémentarités éventuelles entre les diverses formes de diffusion des œuvres, la situation du cinéma est apparue un peu différente de celle de la musique.

Le cinéma : une substituabilité moindre ?

Le cinéma a été, jusqu'à présent, moins touché que la musique même si des effets retards sont possibles et qu'il convient de suivre de près d'éventuels effets de substitution de l'échange non autorisé de contenus audiovisuels avec les exploitations relatives à la location vidéo, l'achat vidéo, le *Pay per view*, la *video on demand* et les audiences de films diffusés à la télévision.

La lourdeur des fichiers, qui n'a rien à voir avec celle de la musique, a préservé le cinéma plus longtemps que la musique. En 2004, année exceptionnelle, les salles françaises ont atteint leur plus haut niveau historique de fréquentation depuis 1983 (196 millions d'entrées). Mais, en 2005, ce chiffre est en baisse (- 13 % sur les neuf premiers mois), ce qui le ramène au niveau des années précédentes. De même, le chiffre d'affaires de la vidéo est en recul de 5 % en valeur sur les neuf premiers mois de l'année 2005.

De plus, la mise en ligne d'œuvres audiovisuelles repose sur un nombre réduit de personnes qui bénéficient parfois de complicités professionnelles et qui sont plus faciles à poursuivre que de simples internautes s'échangeant des fichiers musicaux. Enfin, pour les consommateurs, l'intérêt de la portabilité de la musique semble bien plus forte qu'en matière audiovisuelle, les modalités de d'écoute de la musique sont bien plus variées que pour le film ; voir un film intégralement sur l'écran d'un téléphone portable ou même d'un ordinateur correspond à des expériences plus limitées (occuper son temps dans l'avion) ou au fait de transférer les fichiers piratés sur des supports plus propices comme des home-cinémas. Mais compte tenu de l'effet retard

évoqué précédemment, il paraît difficile de se prononcer à ce stade sur l'ampleur de cette concurrence par rapport à ce qui a été constaté pour la musique.

Des comportements nouveaux apparaissent. Ainsi les analyses faites sur le réseau eDonkey en décembre 2004 montrent que le lendemain de la diffusion de films (« La vie rêvée des anges », « Harry, un ami qui vous veut du bien », « Le fugitif ») sur les chaînes hertziennes, la demande pour ces films sur le réseau eDonkey a augmenté de façon très significative. Bien qu'illégal, le téléchargement d'un film est vécu par les internautes comme l'équivalent d'un enregistrement sur un magnéto à partir du moment où il vient d'être diffusé gratuitement sur le réseau télévisuel.

La disponibilité des films sur Internet est donc en partie concurrentielle de la salle ou de la location de DVD dans le budget loisirs des ménages mais pourrait le rester dans des proportions moindres que pour la musique. De plus, le cinéma, structuré par la chronologie des médias, connaît depuis longtemps un éclatement des formes de rémunération adaptés à chaque catégorie d'agents économiques ; ainsi les exploitants de salles bénéficient seuls des recettes « hors salles » (confiserie ...) tandis que les producteurs ont appris à compenser les pertes des recettes salles par celles des chaînes de télévision ou de la vidéo.

La musique : une solidarité de filière éclatée

Dans la musique des complémentarités émergent malgré tout : on commence à observer des recoupements entre les usages de l'offre pirate et de l'offre légale ; près de 30% des visiteurs de Launch utilisent également eMule (source *Médiamétrie*, 2005). Mais la différenciation à la fois de l'offre physique et de l'offre en ligne par rapport au P2P, en dehors du marketing ou de quelques services annexes, est plus complexe à imaginer que dans le cas du film ou du livre. Il n'existe pas à ce jour de « machine à cloner le livre » ; celui-ci présente une valeur ajoutée réelle par rapport au téléchargement de pages, de même que la sortie en salle.

La start-up MusicGiants a proposé récemment un catalogue de musique à télécharger en qualité CD afin de se différencier des offres existantes. L'écoute de musique compressée sur un iPod ne permet pas de percevoir une différence importante mais cette différence est nettement perceptible pour les consommateurs qui ont investi dans du matériel haute fidélité de restitution du son.

Le marché du CD qui représente la quasi intégralité des revenus des producteurs de disque est en crise. Parallèlement des marchés émergent ou se renouvellent qui sont à l'origine de tensions pour la répartition de nouvelles sources de valeur. Pour les producteurs, l'arbitrage entre offre en ligne et offre physique est délicat. Les ventes physiques représentent toujours l'essentiel de leur chiffre d'affaires mais elles sont en déclin constant. Les exclusivités accordées aux sites de musique en ligne sur certains titres visent à promouvoir le développement de la vente en ligne (au plus 3% du marché aujourd'hui) quitte à provoquer un profond mécontentement des distributeurs physiques, pénalisés par ces exclusivités.

Les contrats conclus par les labels fondent en large partie leur économie sur les ventes de CD tandis que les artistes ont la possibilité de conclure, par ailleurs, des contrats relatifs aux concerts et que ces derniers ont augmenté en France au cours des dernières années. Les nouvelles conditions de distribution des œuvres sur Internet ont fait naître de nouvelles tensions entre producteurs et artistes qui espèrent trouver dans ce changement des moyens de pression pour rééquilibrer les contrats.

Au total, sur l'ensemble des marchés, les résultats de la Sacem paraissent moins préoccupants que l'on aurait pu le craindre : + 4,5 % en 2003 et + 2 % en 2004. Toutefois cette situation globale ne saurait masquer une baisse considérable des revenus phonographiques, les perceptions de la SDRM ayant baissé en 2004 de 24,5 % en ce domaine, baisse compensée seulement partiellement par l'augmentation des perceptions vidéographiques dues à l'augmentation de ventes de DVD. Il existe également des différences de situations très importantes au sein de la population des auteurs-compositeurs de chansons ou encore au sein de celle des artistes-interprètes. Les musiciens d'accompagnement qui n'ont pas de pourcentage sur la vente de phonogrammes sont peu concernés par les mauvais résultats de cette activité. D'autres artistes-interprètes ont retrouvé de nouvelles sources de création de valeur dans l'augmentation de la fréquentation des concerts. Mais tous ne bénéficient pas de ces opportunités. Face aux évolutions des marchés, une analyse plus fine de la situation, en termes de pourcentages de répartition des revenus entre les divers agents économiques concernés, aurait été nécessaire.

4.3.5 Une offre autorisée complémentaire : les modèles de type Creative Commons

Les travaux de la commission se sont principalement concentrés sur les offres légales commerciales et les utilisations par les particuliers. Il importe de tenir compte également des situations particulières en terme d'accès et de financement des œuvres produites par l'Etat et les associations, ainsi que des utilisations qui peuvent être effectuées par les bibliothèques, l'enseignement et la recherche. Les contrats Creative Commons constituent une solution complémentaire aux dispositions légales en vigueur, permettant aux titulaires de droits d'exprimer au public les conditions d'accès et d'utilisation qu'ils souhaitent appliquer à leurs œuvres. Cette solution constitue une alternative modérée, puisqu'il est possible de réserver les utilisations commerciales et la création d'œuvres dérivées, les titulaires de droits français utilisant majoritairement cette prérogative.

La technique est ici envisagée comme une incitation à adopter une conduite légale (ce qui est constaté quotidiennement au travers des questions des utilisateurs) et à offrir plus de libertés, plutôt que pour restreindre les actes possibles. Creative Commons contribue à créer un espace de confiance, à l'opposé de la présomption de culpabilité que peut ressentir le public face à des DRM qui interdisent *a priori* l'exercice de certains actes autrefois régulés *a posteriori* par le juge. Les utilisateurs peuvent créer de la valeur ajoutée par diffusion, réutilisation dans d'autres œuvres plus larges, traduction, commentaires, ou encore personnalisation des contenus. Il doit être possible de tester de nouveaux modèles économiques associant accès libre et accès à travers des transactions commerciales, gestion individuelle pour certains usages et gestion collective pour d'autres (utilisations commerciales, actes couverts par la gestion collective obligatoire ...).

La mise en œuvre de ces licences a suscité un certain nombre de réserves au sein de la commission. Deux problèmes ont notamment été évoqués :

- Les formes de mise à disposition prévues par Creative Commons reposent l'accès ouvert et sur la gratuité de certains actes et celle-ci est irréversible : un jeune auteur inconnu, croyant se faire connaître plus facilement grâce à Creative Commons, pourra par suite subir un préjudice important si ses œuvres, une fois couronnées de succès, sont massivement téléchargées.
- De plus, l'absence de contrôle sur les facilités d'usage apportées par l'auteur, qui se retrouve livré à lui-même pour faire assurer le respect des limites qu'il a posées à l'usage de ses œuvres a été soulignée. Il n'est pas justifié de mettre

en place un système de gestion individuelle et, en même temps de compter sur les sociétés de gestion collective pour prendre en charge les coûts occasionnés par le contrôle des autorisations.

Les membres de la commission s'accordent sur le fait que le modèle communautaire fondé sur la gratuité peut exister sur le mode contractuel et au libre choix de certains artistes, mais que d'autres acteurs sont engagés dans un circuit économique fondé sur la rentabilité. Il n'en reste pas moins que les membres demeurent sensibles au souhait des auteurs de faire connaître leurs œuvres dans des conditions ne prévoyant aucune rémunération et souhaitent travailler à l'élaboration d'un système permettant cette possibilité tout en protégeant du téléchargement illicite. La SACEM vient, d'ailleurs, d'adopter des mesures en ce sens.

4.4 Licence globale et prélèvement sur les abonnements auprès des fournisseurs d'accès

Les propositions suivantes présentées par l'ADAMI et la SPEDIDAM ont été reprises à leur compte par les quinze organisations membres de l'Alliance Public-Artistes, qui regroupe, d'un côté, des représentants d'artistes-interprètes (sociétés de gestions collective, associations et syndicats : ADAMI, SPEDIDAM, FNS, SAMUP, SNM FO, UMJ, Quartz), de certaines catégories d'auteurs (SAIF, UPC, SNAP CGT), et de l'autre, les consommateurs (CLCV, UFC Que Choisir, Association des Audionautes), la Ligue de l'enseignement et les familles (UNAF).

4.4.1 Présentation de la proposition de l'Alliance Public-Artistes

La proposition de l'Alliance repose sur le postulat qu'il serait impossible de mettre un terme aux pratiques existantes quand bien même celles-ci seraient considérées comme illégales. A l'échelle des pratiques massives et incontrôlables d'échanges de fichiers entre particuliers, l'exercice individuel du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire serait en effet impossible, s'agissant de traiter des actes de mises à disposition effectués par des millions d'individus entre eux, non seulement via le P2P, mais aussi, de plus en plus, par messageries et courriels.

"La solution préconisée consiste, d'une part, à placer dans un cadre légal les millions d'internautes (...) qui partagent de la musique, des œuvres audiovisuelles, des images et des photographies en ligne et, d'autre part, à prévoir un mode de rémunération"³⁹ pour les ayants droit qui n'en perçoivent actuellement aucune en contrepartie de ce mode de consommation. Il s'agit donc d'apporter une réponse concrète à une situation de fait là où les opposants au système préconisé ne proposent pas de solution à l'exploitation sans rémunération d'œuvres et d'interprétations protégées, laissant ainsi se propager de manière nuisible une "culture de la gratuité".

Deux régimes juridiques distincts

La proposition traite de deux types d'utilisations selon deux régimes juridiques distincts :

- Les téléchargements effectués à partir des réseaux de communication en ligne, appréhendés sous l'angle de la copie privée,

³⁹ et ² Proposition d'amendement ADAMI-SPEDIDAM, 23 mai 2005.

- Les échanges par des particuliers sur les réseaux à des fins non commerciales, qui seraient légalisés et soumis à un régime de gestion collective obligatoire.

a) La copie privée pour les actes de téléchargements.

L'Alliance considère que *"le téléchargement, c'est-à-dire la copie ou la reproduction à partir d'une communication en ligne, constitue un acte de copie privée sur un support d'enregistrement numérique au sens des articles L.122-5-2°, L.211-3-2° et L. 311-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, quelle que soit la source de copie (services non interactifs de radio ou de télévision, échange entre particuliers, etc.), dès lors que la copie est strictement réservée à l'usage privé de la personne qui télécharge, et n'est pas destinée à une utilisation collective."*⁴⁰

b) La gestion collective obligatoire pour les échanges selon un système optionnel proposé à l'utilisateur.

L'alliance admet qu'*"il est porté atteinte au droit de mise à la disposition du public à chaque fois qu'un internaute met des fichiers protégés à disposition d'autres internautes, sans l'accord des ayants droit"*, situation de plus en plus fréquente du fait que *"les nouvelles générations de logiciels [de P2P] imposent à leurs utilisateurs que le téléchargement soit accompagné d'une mise à la disposition"* de la copie téléchargée.⁴¹

Elle propose de légaliser cette pratique et d'instaurer, à l'égard des droits qu'elle met en cause, un régime de gestion collective obligatoire, à l'instar des solutions d'ores et déjà consacrées dans trois domaines : la câblodistribution simultanée, le prêt (le législateur a récemment opté pour un système de licence légale en matière de droit de prêt en bibliothèque) et la reprographie.

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

La particularité du système proposé réside dans son caractère optionnel pour l'utilisateur : ce dernier choisit en effet librement d'opter ou non pour la possibilité (moyennant rémunération comme précisé ci-après) de pratiquer des échanges en ligne et, pour ce faire, de mettre à disposition des autres internautes des fichiers contenant des œuvres et objets protégés. Ainsi, si la gestion collective est obligatoire pour les ayants droit, l'option est en revanche libre pour les usagers.

L'Alliance fait valoir que ce système présente l'avantage de responsabiliser l'internaute en lui délivrant un message clair : il sait que s'il procède à des échanges sans avoir choisi et payé l'option qui l'y autorise, il commet un acte de contrefaçon et sa mauvaise foi sera établie. L'état du droit en sera simplifié et clarifié pour tous, ce qui évitera les hésitations jurisprudentielles.

Une double rémunération collectée par les FAI

⁴¹ Proposition d'amendement ADAMI-SPEDIDAM, 23 mai 2005.

a) La rémunération des téléchargements suppose une extension du champ actuel de la rémunération pour copie privée.

L'Alliance propose de modifier à cet effet les articles L. 311-4 et L.311-5 du Code de la propriété intellectuelle : la rémunération, qui sera fonction du type d'abonnement, sera acquittée par les FAI, ces derniers faisant leur entrée au sein de la commission chargée notamment de déterminer le taux de la rémunération.

Concrètement, les FAI pourront récupérer le montant de cette rémunération sur leurs clients, ou accepter de l'intégrer dans leurs coûts en diminuant leur marge. Ce renversement n'est pas neutre au plan commercial puisqu'il pourrait être utilisé à titre de différenciation compétitive. Certains FAI pourraient effectivement décider de prendre à leur charge la compensation sans augmenter leur tarif d'accès ; cela serait possible si la compensation ne devait pas être obligatoirement individualisée dans les offres et les facturations. A l'inverse, un prélèvement obligatoirement mentionné dans les prix reviendrait à augmenter de façon systématique les abonnements.

b) La rémunération du droit de mise à disposition du public dans le cadre d'échanges non commerciaux au sein de réseaux de P2P serait quant à elle, aux termes des nouveaux articles dont l'Alliance souhaite l'introduction au sein du Code de la propriété intellectuelle (articles L.351-1 à L. 351-3) :

- fixée dans ses "conditions générales" (barème, modalités et limites de l'autorisation qui en constitue la contrepartie) par voie de convention entre la société de gestion collective agréée et les organisations de consommateurs, en présence d'une ou plusieurs organisations représentant les FAI ou, à défaut d'accord dans un délai non précisé en l'état, par une commission présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire et composée d'un membre du Conseil d'Etat, d'une personnalité qualifiée désignée par le Ministre de la culture, en nombre égal, de représentants des bénéficiaires du droit à rémunération et des consommateurs, en présence de représentants des FAI en qualité d'observateurs.

Il a été précisé au cours des travaux de cette commission que les limites de l'autorisation pourraient permettre d'exclure notamment :

- . l'introduction intentionnelle sur les réseaux d'œuvres divulguées sans l'autorisation des ayants droit ;
 - . les échanges à des fins lucratives ;
 - . les échanges d'œuvres cinématographiques qualifiables de nouveautés ;
 - . et, peut-être, la mise à disposition au-delà d'un certain volume de fichiers.
- perçue par les FAI auprès de leurs abonnés avec obligation, pour les FAI, de communiquer aux dits abonnés les "conditions générales" ainsi déterminées afin de leur permettre d'opter ou non pour l'autorisation de procéder aux actes de mise à disposition considérés,
 - versée par les FAI à la société de gestion collective et répartie par celle-ci aux ayants droit, étant précisé que la rémunération devra bénéficier à parts égales aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs.

La rémunération serait donc, dans les deux cas de figure, prélevée sur le prix payé mensuellement par le public auprès des fournisseurs d'accès.

Cet aspect de la proposition **a suscité une vive hostilité des FAI** qui craignent que le report du coût sur la facture de l'abonné ne soit un frein au développement du haut

débit. Il est hors de question pour eux d'être payeurs ou même seulement collecteurs. Les FAI ne peuvent être assimilés aux diffuseurs. Ils ont seulement un rôle de "tuyau" et n'interviennent jamais sur les usages des internautes. S'agissant de la capacité des FAI à faire fonctionner un tel système optionnel, sur le terrain contractuel, il a été répondu par l'affirmative. L'option est gérable, avec un coût supplémentaire de gestion naturellement. Techniquement, en revanche, cela ne serait pas possible dans la mesure où les FAI ne peuvent pas filtrer l'*upload*. Et à supposer qu'ils y soient obligés par la loi, cette obligation engendrerait un surcoût de bande passante, un surcoût de surveillance, ainsi qu'un manque à gagner dès lors que les abonnés basculeront sur des systèmes cryptés. Au demeurant, il n'est pas question pour les FAI d'avoir un rôle de gendarme que la loi ne leur impose pas. Enfin, la proposition risque d'entraîner de nouveaux coûts afin de garantir la qualité et la taille de la bande passante, en rendant nécessaire des investissements supplémentaires pour permettre la simultanéité des flux au niveau des nœuds de raccordement aux abonnés. L'opposition des FAI à un prélèvement général dépasse le seul aspect d'une hausse générale des tarifs qui freinerait les abonnements d'accès au titre de l'élasticité du prix. Elle peut s'expliquer par la remise en cause fondamentale du positionnement des FAI dans la chaîne de valeur que ce prélèvement occasionnerait.

La proposition de l'Alliance a le mérite de tenter de concilier des logiques contradictoires en se fixant un double objectif :

- **juridiquement, mettre fin aux pratiques illégales en assurant un cadre qui permet d'envoyer un message clair aux internautes.**
- **économiquement, mettre fin à la gratuité en permettant aux internautes, moyennant une somme modeste d'avoir accès aux contenus culturels et, selon un mécanisme classique, internaliser les externalités positives dont bénéficient les FAI en diffusant des contenus.**

La mise en oeuvre de cette proposition soulève cependant des objections juridiques, techniques et économiques susceptibles de remettre en cause sa faisabilité et/ou son opportunité.

4.4.2 Une insécurité juridique qui n'est que partiellement résolue

Compatibilité de la proposition avec les engagements internationaux de la France

a) La commission, dans sa majorité, est en désaccord avec l'opinion des membres de l'Alliance selon laquelle les téléchargements envisagés pourraient bénéficier de l'exception pour copie privée. Elle considère que les conditions n'en sont pas remplies. Les arguments invoqués à cet égard ont été rappelés dans la partie 2 (2.1.1.2). Ils concernent principalement, pour la majorité des membres, l'absence d'identité entre copiste et usager, le défaut de respect du test en trois étapes (étapes 2 et 3) et, au surplus, dans l'opinion de certains, l'illicéité de la source de la copie.

Cela n'interdirait pas cependant d'envisager une modification du droit positif en sorte d'étendre aux téléchargements le bénéfice de l'exception de copie privée, pour autant qu'une telle modification soit admissible au regard des engagements internationaux de la France.

Or, le test dit des trois étapes, en vertu duquel les exceptions ou limitations au droit exclusif doivent être restreintes à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice

injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits est requis par les instruments internationaux suivants :

- La Directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (article 5.5),
- La Convention de Berne (Acte de Paris, 1971, article 9.2),
- Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (article 10),
- Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (article 16),
- et l'Accord sur les ADPIC entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 (article 13).

Ainsi, même s'il était admis en droit français que l'inclusion des téléchargements dans le champ de l'exception pour copie privée respecte les étapes 2 et 3 du test en trois étapes, cette position pourrait ne pas être partagée par les organismes et juridictions en charge d'interpréter et d'assurer le respect des traités et directive susvisés.

On précisera que l'hypothèse d'un conflit à cet égard entre normes internes et instruments internationaux n'est pas un cas d'école : les Etats-Unis ont en effet été condamnés , à la suite d'une plainte de l'Union Européenne, pour avoir créé une exception au droit exclusif en faveur de la diffusion de musique dans des lieux publics tels que bars, cafés, grands magasins, etc. Le panel de l'OMC a en effet estimé que la nouvelle limite au *copyright* ne remplissait pas les exigences du triple test.

Une prise de position du législateur français en faveur du système préconisé par l'Alliance pourrait donc n'être pas suffisante pour assurer à celui-ci une sécurité juridique satisfaisante.

b) La question de la compatibilité de la solution prônée par l'Alliance au regard des engagements internationaux de la France se pose également en ce qui concerne la soumission à une gestion collective obligatoire du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public de fichiers d'œuvres ou d'objets protégés dans le cadre d'échanges non commerciaux entre particuliers sur les réseaux de P2P.

On rappellera à cet égard:

- que, d'une part, ce droit exclusif de mise à la disposition du public ainsi que le droit exclusif de communication au public sont consacrés par l'ensemble des instruments internationaux susvisés,
- et que, d'autre part, la Convention de Berne et la Directive du 22 mai 2001 ne permettent d'apporter des restrictions aux droits exclusifs que suivant les exceptions et limitations spécifiquement prévues.

Ces exceptions et limitations autorisées sont celles définies :

- aux articles 2bis2, 9.2, 10, 10 bis, 11 bis2 et 13 de la Convention de Berne,
- et à l'article 5 de la Directive du 22 mai 2001.

L'Accord sur les ADPIC et les traités de l'OMPI soumettent pour leur part, ainsi qu'il a été rappelé, toute exception ou limitation au respect du test des trois étapes.

Or, il ne fait de doute pour quiconque que le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public de fichiers d'œuvres ou d'objets protégés dans le cadre d'échanges non commerciaux entre particuliers sur les réseaux de P2P n'entre dans le

cadre d'aucune des exceptions et limitations prévues par la Convention de Berne et la Directive du 22 mai 2001 et que l'exploitation en cause ne constitue pas un "cas spécial" au sens du test des trois étapes.

La question est donc de savoir si la gestion collective obligatoire peut être ou non qualifiée d'exception ou de limitation au droit exclusif considéré.⁴² Dans l'affirmative, elle serait condamnée par l'ensemble des instruments internationaux susvisés. Dans la négative, il n'y aurait pas en revanche de problème de compatibilité.

Cette question doit être envisagée tant au regard du principe même de la gestion collective obligatoire que de ses modalités particulières définies dans le système préconisé par l'Alliance.

1) Selon les représentants de l'Alliance, la gestion collective obligatoire n'emporte pas d'exception ou de limitation au droit exclusif.

Elle doit en effet être distinguée de la licence légale (dont il a été reconnu que l'instauration était *"impossible en l'état actuel du droit"*), même s'il a été admis que *"l'effet"* du dispositif préconisé était *"proche de celui d'une licence légale"*.⁴³

Les deux systèmes sont différents dans la mesure où l'organisme désigné pour opérer la gestion collective obligatoire conserve le droit d'autoriser ou d'interdire certains usages en limitant le champ de l'autorisation donnée : la gestion collective est certes obligatoire, mais la licence, elle, est volontaire, d'où la terminologie utilisée : l'Alliance préconise une "licence globale", distincte d'une licence légale, dès lors qu'elle se rapporte à l'exercice d'un droit exclusif dans le cadre d'une licence volontaire.

Par ailleurs, l'obligation faite aux titulaires de droits de les gérer collectivement ne porte pas atteinte au droit exclusif lui-même mais à son seul exercice. Aucune exception ou limitation n'est donc apportée à l'existence du droit. Les représentants de l'Alliance font leur, à cet égard, l'argumentation exprimée par madame Silke von Lewinski pour conclure que la gestion collective obligatoire n'apporte pas d'exception ou de limitation au principe du droit exclusif.⁴⁴

Cette analyse est contestée par d'autres membres de la commission, et en particulier par les représentants des auteurs et des producteurs de phonogrammes, qui font valoir principalement les arguments suivants :

- la distinction entre limitation portée à l'exercice ou à l'existence du droit n'est pas pertinente. En effet, l'article 11 bis 2 de la Convention de Berne prévoit que, dans le cas considéré (radiodiffusion), *"il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés"*. Les limitations à l'exercice des droits sont donc spécifiquement et limitativement prévues et il ne saurait être permis d'en étendre la liste.
- lorsque les Traités internationaux ne prévoient pas la possibilité d'instaurer une licence légale, on ne peut imposer de gestion collective obligatoire ou d'accords collectifs étendus pour la raison que lorsque les textes internationaux consacrent un droit exclusif, le bénéficiaire de ce droit se voit reconnaître la liberté de

⁴² On précisera que cette question ne s'est pas posée jusqu'alors en France, les systèmes de gestion collective obligatoires d'ores et déjà consacrés par le législateur entrant dans le cadre des exceptions et limitations au droits exclusifs prévues par les instruments internationaux susvisés.

⁴³ Pour une utilisation légale du P2P : le livre blanc de la SPEDIDAM.

⁴⁴ La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur – Etude de cas – Bulletin du droit d'auteur janvier-mars 2004.

l'exercer individuellement. Cela a été clairement exprimé par l'OMPI dans sa récente réponse au gouvernement hongrois ⁴⁵. Rendre la gestion collective obligatoire impose donc une contrainte que la Convention de Berne ne prévoit pas, et ce d'autant que la société de gestion collective, tenue notamment par les règles du droit de la concurrence, ne dispose pas de la même latitude que l'ayant droit individuel pour exercer le droit exclusif de manière discrétionnaire. L'OMPI avait déjà pris position en ce sens en 1990 ⁴⁶ et vient de réaffirmer cette position dans sa réponse au gouvernement hongrois : il ne saurait être question de mettre en place une gestion collective obligatoire lorsque les Traités prévoient un droit exclusif sans possibilité d'y déroger.

2/ Les représentants des auteurs et des producteurs de phonogrammes font au surplus valoir que les modalités concrètes du système prôné par l'Alliance sont incompatibles avec le droit exclusif.

L'Alliance fait en effet valoir que la société de gestion collective négociera librement la rémunération et l'étendue de l'autorisation conférée. Mais le problème est qu'à défaut d'accord, ces conditions seront fixées par une commission présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire et composée d'un membre du Conseil d'Etat, d'une personnalité qualifiée désignée par le Ministre de la culture, en nombre égal, de représentants des bénéficiaires du droit à rémunération et des consommateurs, en présence de représentants des FAI en qualité d'observateurs. Les ayants droit, qui ne sont pas majoritaires, pourront ainsi se voir imposer une décision sur la manière dont le droit de mise à disposition sera exercé sur l'Internet. Dans ces conditions, il est difficile de comprendre comment ce système pourrait être compatible avec la reconnaissance de principe d'un droit exclusif.

En outre, selon les termes de l'article L. 351-1 nouveau du CPI proposé par l'Alliance, *"la rémunération pour mise à disposition du public à des fins non commerciales des phonogrammes et vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs au sens du présent Code, aux artistes-interprètes et aux producteurs."* Une telle disposition n'est pas davantage compatible avec l'exercice du droit exclusif qui implique en effet que les questions de répartition relèvent de la libre négociation entre ayants droit et non d'une décision du législateur.

Au regard des différents arguments échangés, la majorité de la commission s'accorde pour considérer que :

- la possibilité d'imposer le principe d'une gestion collective obligatoire lorsque la Directive du 22 mai 2001, la Convention de Berne et les autres traités internationaux susvisés auxquels la France est partie ne prévoient pas la

⁴⁵ " (...) The term 'exclusive rights' is not defined further in (the Berne) Convention. The normal understanding of that term, however, is a right that is enjoyed by its owner to the exclusion of the acquisition or enjoyment of the same right in the same work by anybody else, and which enables the owner excluding anybody else to perform certain acts and to authorize or prohibit the performance of those acts by others, and to set the conditions under which such authorization may be granted. **Thus, exclusive rights granted under Berne Convention and the WCT are individual, private economic rights** ".

⁴⁶ Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, Etude et conseil sur la création et le fonctionnement des organisations de gestion collective. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)- Genève 1990 - n° 254 p. 73 : "Néanmoins, il est indéniable que la gestion collective ne permet pas au titulaire de faire valoir ses droits exclusifs aussi pleinement que s'il les exerçait lui-même, individuellement. Il faut voir dans l'obligation de gérer collectivement un droit une condition d'exercice de ce droit, c'est-à-dire une forme de restriction, moins forte toutefois que dans le cas d'une licence non volontaire (cela n'est vrai évidemment que si la réglementation et le fonctionnement du système de gestion collective sont satisfaisants et si celui-ci ne devient pas une forme déguisée de licences non volontaires). (...) Etant donnée que la possibilité de régler ces conditions est déterminée (d'une manière exhaustive) dans la convention, il semble qu'une gestion collective ne puisse être imposée que dans les cas où il est possible d'instaurer des licences non volontaires."

possibilité de limiter la liberté de l'auteur dans l'exercice de son droit exclusif apparaît à tout le moins très contestable ;

- au surplus, dans le système préconisé par l'Alliance tel que décrit ci-dessus, et à la différence des mécanismes mis en place dans le cadre, par exemple, de la reprographie ou de la câblodistribution, la société de gestion collective obligatoire se voit imposer des contraintes telles que le droit qui lui est dévolu perd son caractère exclusif. Il en résulte une incontestable limitation au principe du droit exclusif incompatible avec la Directive du 22 mai 2001, la Convention de Berne et les traités susvisés auxquels la France est partie.

Une solution franco – française

Dans la proposition de l'Alliance, les opérations de transmission descendantes (transmissions entrant sur le poste récepteur, dans le cadre du *download*) sont licitées par l'émetteur avec les opérations d'*upload*. **Cela revient à adopter une solution limitée à la France pour une problématique qui en réalité est mondiale** puisque l'*upload* qui provient des pays étrangers ne peut pas être traité en France dans le cadre du système préconisé. La proposition de l'Alliance ne peut donc liciter les opérations d'*upload* que pour les internautes français. De plus, la question des opérations d'*upload* de France vers l'étranger (correspondant à du *download* depuis l'étranger) est tout aussi problématique puisque le mécanisme proposé ne peut liciter des transmissions effectuées vers un territoire étranger.

Les difficultés d'un système optionnel

La proposition du système de double rémunération suscite des interrogations et particulièrement sur la question de la ligne de partage entre ce qui relèverait de la rémunération pour copie privée et ce qui relèverait de la licence globale. Les représentants de l'Alliance estiment qu'il appartiendra à la commission fixant la rémunération pour copie privée de déterminer les usages relevant de la copie privée.

L'efficacité d'un système fondé sur une option ouverte aux internautes de s'acquitter ou non d'un supplément d'abonnement, selon qu'ils pratiquent ou non l'échange de fichiers, peut, par ailleurs, apparaître illusoire. Elle se heurte au caractère "familial" des connexions à l'Internet, payées par les parents, qui ne choisiront vraisemblablement pas l'option "payante" alors que les pratiques d'échange sont surtout le fait des enfants. De surcroît, nombre d'internautes pourront opter pour la formule sans paiement supplémentaire tout en pratiquant néanmoins l'échange et la mise à disposition de fichiers. En conséquence, la rémunération collectée dans le cadre de l'option offerte aux usagers ne sera probablement pas corrélée avec l'ampleur réelle des exploitations. De plus, dans le cas des contrevenants qui effectueraient des échanges sans s'acquitter du supplément d'abonnement, ils s'exposeraient à des poursuites comme dans la situation actuelle. L'un des deux objectifs majeurs du système préconisé par l'Alliance – faire cesser les poursuites contre les usagers – risque donc fort de ne pas être atteint. Il en irait de même à l'égard des usagers qui, bien qu'ayant acquitté le prix de l'option, outrepasseraient les limites de l'autorisation prévue aux "conditions générales". Au-delà de sa simplicité annoncée, le système préconisé par l'Alliance pourrait donc se révéler complexe dans sa mise en œuvre et les assurances promises aux usagers (absence de poursuites) comme aux ayants droit (rémunération) relativement illusoires.

En conclusion, la licence globale part d'un postulat d'analyse en copie privée qui ne correspond pas au droit positif. Il n'est même pas sûr que le législateur français

puisse, par une intervention, changer les termes du débat puisque le cadre de l'exception pour copie privée est enfermé dans un carcan issu des normes internationales.

En définitive, après d'importants débats, il est apparu à la majorité des membres de la commission que les considérations suivantes s'imposaient :

- **au-delà des observations précédentes, il semble qu'en dépit du changement d'appellation et malgré le choix d'une construction juridique différente de celle d'une licence légale, la proposition de l'Alliance ne soit pas conforme aux normes internationales dont le respect s'impose au législateur national ;**
- **sur le principe, la licence globale parait apporter des limites au caractère exclusif en dehors des hypothèses admises par les textes internationaux ;**
- **dans ses modalités de mise en œuvre, la licence globale parvient à des solutions très proches de celles des licences obligatoires. Elle devrait donc répondre aux conditions d'admissibilité de ces dernières, ce qui ne parait pas être le cas.**

Certes, il est loisible d'envisager une modification de la norme internationale afin que cette dernière autorise pareille construction. Mais il convient alors de compter avec le temps qu'il faudra pour obtenir pareille transformation (la dernière révision de la Convention de Berne date d'il y a plus de 30 ans !) et restera de toute façon l'exigence de conformité au test des trois étapes, principe cardinal des divers instruments internationaux auxquels la France est partie.

4.4.3 Des difficultés techniques

Le trafic P2P représente déjà 60 % du trafic global, alors qu'à peine 1 % du milliard d'internautes sont simultanément actifs. L'introduction d'un système de licence globale conduirait sans aucun doute à un doublement, triplement voire davantage, de ce nombre d'internautes simultanément actifs, ce que les réseaux des FAI ne sauraient absorber à court terme dans les mêmes conditions économiques. Il risque donc d'en résulter une grave dégradation de la qualité de services de l'ensemble des services Internet.

4.4.4 Un modèle économique statique

Le niveau de rémunération

La question du niveau de la rémunération est posée. Le chiffre de 10 euros par mois mentionné dans le Livre Blanc de la SPEDIDAM est avancé sans justification économique. Le chiffre de 5 euros proposé dans une étude présentée par l'UFC - Que choisir relève d'un processus de tâtonnement exploratoire.

N'ayant aucune estimation chiffrée fiable à sa disposition, le bureau de la commission a tenté d'explorer une simulation en examinant l'évolution du chiffre d'affaires du marché des phonogrammes en cas de prélèvement d'une somme fixe sur les abonnements haut débit. On retient l'hypothèse d'un nombre d'abonnés haut débit de 14 millions à l'horizon 2010 (6,5 M en 2005). Il s'agit donc du nombre maximum de contributeurs potentiels au système. Tous les internautes abonnés en haut débit ne seront en effet pas nécessairement des contributeurs puisqu'ils ont, dans l'hypothèse de la proposition Alliance, la possibilité de ne pas opter pour le téléchargement et donc de ne pas payer la part optionnelle. Le revenu HT de l'industrie phonographique en 2002 (avant la chute du marché) ayant été de 1302 millions, ce chiffre est

l'hypothèse de perte maximale retenue par les producteurs, l'hypothèse de perte minimale est celle d'un marché diminué de 50 % soit 651 millions ⁴⁷. Un prélèvement de 5 euros par mois par abonné haut débit – qui, contrairement à ce que propose l'Alliance, ne concernerait que la musique - aboutirait à une somme de 60 euros par an soit 840 M pour 14 millions d'abonnés. Si l'on déduit une TVA à 19,6% il reste 670 millions soit la somme retenue dans la projection du marché du CD pour 2010 par l'UFC et une somme très proche (légèrement supérieure) à l'hypothèse de perte minimale retenue par les producteurs. Cette simulation conduit à la conclusion que, avec un prélèvement de 5 euros par l'intermédiaire des FAI, reversé à la seule industrie musicale, les recettes collectées, au mieux se maintiennent sur le marché du CD en faisant l'hypothèse qu'aucun nouveau marché de la musique ne se développe parallèlement. D'un point de vue purement quantitatif, on ne constate pas d'effondrement du marché.

Cette correspondance purement quantitative, ne peut cependant être retenue. D'abord parce que le montant de 5 euros dans la simulation est obligatoire pour tous les abonnés ce qui n'est pas l'hypothèse faite par l'Alliance. D'autre part, la légalisation des échanges aujourd'hui interdits en multiplierait sans aucun doute l'ampleur et un niveau de rémunération fixe ferait mécaniquement chuter le niveau de rémunération à l'œuvre. Enfin, le chiffre relativement modeste avancé pour le prélèvement dans la simulation correspond à la compensation d'une partie très limitée des échanges sur Internet : la musique. Or le consommateur utilise les réseaux P2P pour échanger une multitude de contenus numérisés: musique, films, séries télévisées, mais aussi, jeux vidéos, logiciels, bandes dessinées, livres....

La proposition de l'Alliance consiste à limiter la légalisation des échanges à la musique et aux films sortis depuis plus de quatre ans. La rémunération ne doit être assise que sur les œuvres sorties depuis plus de quatre ans. Le constat que 90 % des œuvres audiovisuelles de plus de quatre ans ne sont plus exploitées incite les membres de l'Alliance à penser que le passage, pour ces productions, à la licence globale ne serait pas à l'origine de pertes importantes pour les ayants droits. Les membres de la commission se sont interrogés sur le sort qu'il conviendrait alors de réserver pendant cette période de latence aux films récents (de moins de quatre ans). Faudra-t-il leur appliquer des DRM ou au contraire laisser le téléchargement illégal se développer ?

La légalisation d'une partie seulement des échanges à supposer qu'elle règle le problème de ces derniers, ne règle pas, ceux des autres contenus concernés. De plus, rien ne justifie une différence de traitement entre les différents types de contenus quant à l'application du système alternatif de licence globale. Surtout, il paraît très difficile de faire comprendre aux internautes que la rémunération leur permet d'avoir accès aux contenus musicaux et à une partie limitée des œuvres cinématographiques (les plus anciennes donc les moins demandées) et non à l'ensemble des contenus. Le système aboutirait au résultat paradoxal que l'internaute devrait payer (dans le cadre de la licence globale) pour voir un film de Griffith mais pourrait continuer à télécharger gratuitement de manière illégale Star Wars.

La question du niveau de rémunération se trouve donc prise en étau entre deux contraintes contradictoires :

- D'un côté, offrir au consommateur un accès global à tous les contenus ce qui supposerait un prélèvement de l'ordre de plusieurs dizaines d'euros sans commune mesure avec le consentement à

⁴⁷ Le marché était de 980 millions (prix de gros hors taxe) en 2004.

payer possible des internautes. C'est pourquoi les représentants des producteurs estiment que la rémunération forfaitaire est totalement insuffisante pour faire vivre le monde de la création et des investisseurs. La simplicité se révèle trop coûteuse.

- D'un autre côté offrir au consommateur un accès supportable en terme de prix mais en se limitant à certains types de contenus. Le consentement à payer tolérable brouille le message de simplicité que l'on cherchait à envoyer.

Tout le monde s'accorde pour penser que la culture sur l'Internet doit avoir un prix mais comme personne ne sait lequel, il est difficile de l'imposer arbitrairement. L'empirisme du calcul est de plus difficilement adoptable par une règle de droit. Des modèles marchands comme ceux de Yahoo proposent des formules d'abonnement à un niveau proche, bien qu'il s'agisse de location et non d'achat (5 euros) mais avec des frais de gestion moindres et une capacité d'adaptation plus forte.

L'assiette de rémunération

La question des incitations économiques reste entière puisque la rémunération de la filière dans cette perspective ne serait plus liée aux stratégies des acteurs de contenus mais au nombre d'abonnés des FAI. De plus, l'assiette de contribution (les 14 millions d'abonnés) est peu extensible et conduit à faire payer la part obligatoire du prélèvement à l'ensemble des internautes alors que seuls 30 % d'entre eux téléchargent des oeuvres.

Le système fige à un temps déterminé l'état d'une économie en constante évolution. Une multitude de modèles économiques sont en train de se développer sur le mode contractuel (y compris en envisageant la gratuité si certains contrats sont conclus en ce sens, comme dans le cas de *Creative Commons*). Or la licence globale conduit à décourager les efforts d'adaptation de la filière à la nouvelle donne et en particulier en légalisant l'offre aujourd'hui non autorisée risquerait de tuer dans l'œuf la construction des plates-formes légales. Cette correspondance renvoie à la question délicate du degré de « substituabilité » entre des services commerciaux à valeur ajoutée et une pratique de partage de masse à des fins non commerciales entre particuliers. Surtout, la problématique quantitative apparaît mal posée. Comme nous l'avons déjà souligné (voir partie 3), l'objectif final n'est pas de compenser un préjudice en évaluant des pertes sur des marchés en déclin mais bien de développer de nouvelles sources de valeur.

L'hypothèse d'un prélèvement sur les FAI – si elle devait être explorée – ne pourrait donc être envisagée que comme une rémunération complémentaire, par exemple dans la perspective de création d'un compte de soutien sélectif sur un principe proche de celui du cinéma pour alimenter un certain nombre de projets ou d'agents économiques.

La répartition des rémunérations

Le fait que la proposition ne précise pas comment serait redistribué le prélèvement entre les ayants droit a été critiqué.

La comparaison des revenus générés actuellement par les deux systèmes juridiques dans le marché de l'édition phonographique révèle de profondes disparités. Les revenus provenant des droits exclusifs (ventes de supports) s'élèvent, en 2002, à 1,3 milliards d'euros. Ils se répartissent comme suit : 120 millions vont aux auteurs,

compositeurs et éditeurs ; 160 millions d'euros vont aux artistes et musiciens ; 935 millions € couvrent les frais des producteurs ; 85 millions € constituent la rémunération des producteurs. Les revenus provenant des licences légales étaient, la même année, de 114 millions d'euros, dont 46 millions € provenant de la rémunération équitable (qui ne concerne pas les auteurs) et 68 issus de la copie privée sonore. Leur affectation est la suivante : 32 millions à des aides ou actions d'intérêt général ; 28 millions aux artistes et musiciens ; 28 millions aux producteurs ; 26 millions aux auteurs, compositeurs et éditeurs.

Le tableau suivant synthétise la comparaison entre les deux régimes juridiques en 2002 :

	Droits exclusifs	Licence légale	Taux
<u>LL/DE</u>			
Auteurs	120	26	21 %
Artistes et Musiciens	160	28	18%
Producteurs	1 020	28	3 %
Total	1 300	82	6 %

Il apparaît clairement que la licence légale est pour les producteurs une rémunération très marginale. Les sociétés de gestion collective représentant les artistes – interprètes (Adami et Spedidam) vivent au contraire essentiellement des droits à rémunération. C'est pourquoi ces sociétés sont les principales promotrices de la licence globale qui, sous réserve de son acceptabilité juridique, leur apporterait une source de revenus supplémentaires.

Pour le mode d'exploitation qu'est le téléchargement, les rémunérations proportionnelles, prévues contractuellement pour les artistes solistes, sont généralement inférieures à celles obtenues dans le monde physique. Les producteurs indiquent que dans le futur, dans l'univers numérique, ils proposeront aux solistes de la musique une renégociation des rémunérations contractuelles en matière de téléchargement mais contrairement aux prétentions de certains artistes, les taux prévus pour le téléchargement ne peuvent pas être les mêmes que ceux négociés pour les supports physiques. Des négociations sont en cours entre les représentants des producteurs et certains syndicats d'artistes - interprètes musiciens.

Le mode de répartition du prélèvement proposé n'a pas été éclairci. A la radio, les SPRD se fondent sur les déclarations des stations qui établissent la liste des œuvres diffusées. Sur l'Internet, il serait possible de s'appuyer sur les données recueillies sur les pratiques de téléchargement, suivies soit par sondages (qui en général favorisent les produits phares), soit par relevé réel (qui suppose un mécanisme de marquage des œuvres) ce qui, en toute hypothèse, suscitera des coûts de gestions. De l'ampleur de ces coûts dépend la capacité des sociétés de gestion à répartir les sommes entre leurs ayants droit.

4.5. Favoriser l'émergence d'un P2P légal

Compte tenu des négociations en cours entre le cinéma et les FAI membres de l'AFA à la date d'examen de cette question par le CSPLA, les développements qui suivent

se sont particulièrement concentrés sur la musique ; d'autres négociations permettront de savoir si les solutions examinées peuvent être appliquées au cinéma.

Plusieurs alternatives aux échanges non autorisés de contenus sont possibles. Outre les plate formes légales de téléchargement (type Apple, Yahoo) ou le téléchargement de contenus sur téléphones mobiles (voir 4.3) il existe également des possibilités :

- de solvabiliser les réseaux P2P. Les services de P2P peuvent devenir marchands et exercer légalement leur activité grâce à diverses recettes commerciales : publicité, prestations de service (moteurs de recherche ..) et négocier l'utilisation de contenus dans des conditions définies avec les ayants droit. Le problème essentiel est alors de trouver des internautes qui contribuent à alimenter le réseau.
- de développer des modèles de superdistribution dans lesquels les distributeurs en ligne proposent des solutions mêlant réseaux de distribution et d'échanges décentralisés et DRM. L'intuition de la superdistribution appartient aux années 90 pour la filière logicielle. Initiée par le modèle d'Intertrust, la superdistribution fait référence à une technologie qui autorise les contenus protégés à être distribués de multiples fois en générant des sources de revenus à chaque stade ; elle consiste à faire du consommateur un éditeur, qui touche une commission en envoyant à des amis un fichier, à charge pour eux d'acheter une licence. Dans la réalité actuelle, le terme renvoie à une innovation marketing permettant aux titulaires de droits qui souhaitent promouvoir des œuvres de profiter d'effets de distribution par capillarité des réseaux. Une expérimentation a été faite lors du lancement du dernier album de MC Solaar, diffusable par super-distribution et libre de droit pendant dix jours.

Dans les deux cas, que l'initiative vienne des réseaux P2P ou des distributeurs en ligne, il s'agit de mettre en place des formes de « P2P légal ». L'avantage économique est de supprimer la gestion d'un serveur central et de réduire le coût de la bande passante requise pour répondre aux demandes des internautes puisque ce sont les membres de la communauté qui contribuent à alimenter le réseau. Cette solution complémentaire aux plates formes commerciales légales « classiques » pourrait conduire à proposer des offres moins onéreuses à l'internaute.

Ce sont d'abord des indépendants qui ont lancé Wipit en Grande Bretagne, proposant pour un forfait mensuel ou annuel un partage illimité des contenus proposés. Les alliances lancées par Sony – BMG (avec le réseau de P2P Grokster) ou Universal Music avec des réseaux P2P fin 2004 afin de mener des projets mêlant promotion gratuite de certains morceaux et services payants attestent incontestablement d'une récente prise de conscience de la nécessité de renouveler l'offre. De nouveaux services de P2P apparaissent incluant des DRM comme Weed ou Peer Impact aux Etats – Unis (avec le DRM Microsoft) ; à l'inverse des services légaux comme Musicmatch incluent depuis 2004 des fonctionnalités de partage de la musique avec ses amis ; les abonnés peuvent envoyer des fichiers à des non abonnés qui ont la possibilité de les écouter trois fois.

Enfin, le fournisseur d'accès britannique Playlouder, seul acteur du marché à proposer une offre combinant l'accès à Internet et à un réseau P2P privé sur lequel peuvent être échangés librement et légalement les œuvres d'artistes signés sur des labels indépendants comme Beggars Banquet, Play It Again Sam, XL Recording ou Ninja Tunes, a publié une étude qui met en évidence l'intérêt des consommateurs pour cette formule de P2P légal sans DRM (un réseau fermé communautaire avec identification

des membres) : ils sont 94 % à se dire intéressés par une offre combinant l'accès à Internet et à un réseau P2P légal pour un forfait mensuel, et 41% à se dire prêt à changer de fournisseur d'accès pour pouvoir bénéficier d'une telle offre.

Le développement de systèmes de P2P légaux fonctionnant sur la base de la superdistribution a pour but de réconcilier l'usage des technologies de P2P avec le respect de la propriété intellectuelle.

Le système développé par la société Snocap a fait l'objet d'une présentation détaillée dans le cadre des travaux de la commission. Conçu par Shawn Fanning créateur de Napster, il s'agit d'une solution visant à permettre à un opérateur de P2P un exercice légal de la technologie préservant les droits des titulaires de contenus tout en profitant des avantages traditionnellement associés au P2P : distribution efficace, capacité de recherche rapide et de partage, effet d'appartenance à une communauté, pouvoir de prescription des membres de la communauté, accès aux œuvres du domaine public et sous licence d'accès ouvert. Les usagers du P2P revendiquent fortement un droit à la diversité. D'après une étude menée en France par le Forum des droits sur l'Internet rendue publique en juin 2003, les internautes mettent en avant la possibilité de découvrir grâce au partage des ressources, de nouveaux artistes, des œuvres épuisées ou étrangères.

SNOCAP se présente comme un tiers de confiance, en intermédiaire neutre entre détenteurs de droits et revendeurs d'œuvres numériques. Il s'agit d'un guichet unique (*one-stop solution*) permettant la diffusion sécurisée et monétisée d'œuvres numériques. Sa technologie permet aux ayants droits de définir les conditions d'utilisation légale des œuvres par les licences d'autorisation et d'empêcher la distribution de contenus non autorisés ou celle de contenus autorisés mais dans un format non autorisé.

La gestion numérique des droits n'est qu'une fonction de SNOCAP parmi d'autres. SNOCAP peut utiliser toutes les techniques de DRMs qui restent facultatifs. Les détenteurs de droits optent pour le DRM qu'ils souhaitent et peuvent également distribuer leurs œuvres au format MP3 sans DRMs. Apple, Microsoft, Philipps ou encore Sony ont d'ores et déjà des solutions de gestion de droits ; ces solutions utilisent des standards différents, mais SNOCAP les acceptera tous. Le modèle est neutre du point de vue des DRMs utilisés : la question de l'interopérabilité ne se pose pas, et, inversement, SNOCAP ne peut résoudre les problèmes d'incompatibilité entre des DRMs ou des supports qui ne seraient pas interopérables. Snocap peut supporter des modèles de superdistribution si les détenteurs de droits le souhaitent.

Le fonctionnement de la technologie SNOCAP se décompose en trois temps :

- 1^{er} temps : élaboration d'un registre des droits par SNOCAP

Soit le détenteur de droits sur l'œuvre est connu de SNOCAP, soit il se fait connaître de la société et l'informe des conditions d'exploitation qu'il envisage pour cette œuvre. SNOCAP est neutre du point de vue du modèle économique choisi par l'ayant droits : il s'adapte à la solution choisie par le détenteur des droits (paiement à l'unité, pour une durée déterminée, pour un nombre d'écoutes ou de duplication sur disque dur pour transfert sur un support physique ...) et leur garantit la possibilité de changer les conditions d'exploitation à tout moment. Ces informations sont consignées dans une base de données gérée par SNOCAP.

- 2^{ème} temps : la soumission à autorisation de l'accès aux œuvres par les revendeurs

Les autorisations sont ensuite délivrées par SNOCAP aux revendeurs sous réserve qu'ils acceptent d'intégrer dans leur logiciel P2P l'application SNOCAP ; SNOCAP propose ainsi aux revendeurs un accès aux oeuvres selon les modalités définies contractuellement avec les ayants droits.

- 3ème temps : la rémunération, par SNOCAP, des ayants droits, selon une périodicité mensuelle.

SNOCAP fonctionne comme un fournisseur de services numériques : son modèle d'affaires n'est pas d'acheter et de revendre des contenus, mais plutôt de faciliter la vente en gros de contenus autorisés à des revendeurs qui, à leur tour, vont fixer leur prix de détail pour la vente de ces contenus aux utilisateurs finaux. Les revendeurs qui ont contracté avec SNOCAP acceptent les règles d'usage et les termes de vente auxquels les fournisseurs de contenus acceptent d'autoriser l'exploitation de ces contenus.

Les modalités de circulation des oeuvres sont de la responsabilité de SNOCAP. La société utilise une technologie, développée par Philips, d'empreinte digitale acoustique, qui permet de mesurer la forme de l'onde de l'œuvre musicale. Chaque œuvre numérique est identifiée soit par cette empreinte acoustique, soit par un fichier hash, qui constitue une sorte de carte d'identité de l'œuvre. Le partage n'est possible que si le fichier hash ou l'empreinte acoustique d'une œuvre numérique est reconnu par Snocap. Lorsqu'un titre figure dans la base de données, il est disponible en téléchargement. Dans le cas contraire, l'utilisateur ne dispose d'aucun moyen pour partager ce titre avec d'autres internautes sur ce réseau P2P. En ce sens, SNOCAP représente une alternative légale aux réseaux de *P2P* illicites en offrant les mêmes services que ces derniers, mais sans les risques juridiques (illégalité de l'échange) et techniques (virus) auxquels ils exposent les utilisateurs.

Les mesures de protection techniques ne sont pas obligatoires et les œuvres placées sous licence Creative Commons pourront circuler, la circulation de ces œuvres étant justement autorisée par les ayants droit. Le système Snocap ne repose pas sur un système de mesure technique de protection mais c'est un système de reconnaissance auditive. Si certains ayants droit veulent utiliser ces logiciels de P2P qui deviendraient légaux pour faire de la superdistribution et que, si contrairement aux ayants droit utilisant des licences Creative Commons, ils veulent se protéger, ils intégreront des DRMs. Cela n'empêche nullement que des ayants droit qui ne veulent pas que leur fichier soit protégé utilisent le même protocole, le même outil de P2P et il n'y aura alors aucun filtrage.

La présentation de Snocap a conduit les membres de la commission à s'interroger autour de trois questions principales :

1. L'incitation économique

L'effectivité de la solution requiert la coopération des éditeurs de logiciels/opérateurs de réseaux P2P. L'éditeur de logiciel doit faire basculer tout son système dans la légalité. Si certains opérateurs de logiciels P2P sont prêts à adopter la solution Snocap, les plus importants d'entre eux attendaient la décision « *Groskter* » de la Cour suprême des Etats-Unis. La décision prise (voir partie 2) laisse à penser que l'on peut compter sur l'effet d'entraînement des premières expérimentations qui auront lieu prochainement aux Etats-Unis mais le pari n'est pas gagné. Sur ce même modèle, iMesh a introduit une version 6.0 de son logiciel client P2P à partir du 25 octobre 2005, laquelle se substitue aux versions antérieures en application de la transaction intervenue avec les ayants droit en juillet 2004.

De plus, la technologie de type SNOCAP devant être embarquée dans les logiciels de P2P, il est probable qu'une lutte de standards se fera jour : Snocap, technologie

Philips / iMesh, technologie Audible Magic. L'ayant droit devra alors conclure un accord avec l'ensemble des équivalents SNOCAP comme il le fait lorsqu'il négocie avec l'ensemble des distributeurs.

2. La modélisation juridique

Il importe de réfléchir à la modélisation juridique qui permettra d'obtenir toutes les autorisations des ayants droit. Aux Etats-Unis, par exemple, il n'est pas certain que toutes les autorisations nécessaires aient d'ores et déjà été obtenues. Il y a un travail juridique à accomplir notamment au regard de la détermination des ayants droits et des conditions dans lesquelles ils donneront leur autorisation pour tel ou tel territoire.

En ce qui concerne la vérification de l'identité des titulaires de droits, le système fonctionne sur une base déclarative, les titulaires de droits s'identifiant auprès de SNOCAP qui enregistre l'œuvre et les informations relatives aux titulaires de droits dans sa base de données. En cas de conflits entre détenteurs de droits qui s'affronteraient sur un même titre, le premier inscrit dans la base de SNOCAP est considéré comme le titulaire des droits. Ensuite, si des décisions judiciaires sont rendues, elles seront appliquées. Dans l'intervalle, les droits seront versés au premier déclarant.

3. Des incertitudes techniques

En imaginant que le système soit parfaitement efficace et totalement maîtrisé et que soit garantie par des négociations une rémunération qui soit équitable entre les auteurs, les producteurs et les artistes-interprètes, les membres de l'Alliance ne seraient pas hostiles à la mise en place d'un tel système. Mais ils restent très réservés sur l'efficacité de ce système. La représentante du Cersa a également émis des réserves sur le caractère centralisé de la solution par opposition à la nature décentralisée des standards de l'Internet. Il ne s'agit pas d'une solution miracle capable d'éradiquer la piraterie numérique qui déjà emprunte d'autres formes comme la messagerie électronique.

Le système est évolutif et appelé à se perfectionner. Pour l'heure il n'existe que pour la musique en ligne, mais pourrait fonctionner sur n'importe quel réseau ou plateforme, y compris pour les fichiers vidéo ou les jeux, dès lors que les ayants droits donneront leur accord. Snocap a passé des accords avec les quatre majors du disque, Universal, Sony BMG, EMI et Warner. Pour l'instant, le réseau P2P américain Mashboxx, encore en phase de bêta-test, est le seul à avoir adopté la technologie de Snocap. Des discussions sont en cours avec d'autres réseaux d'échange. Contrairement à l'offre légale de téléchargement, le P2P légal qui repose sur des systèmes de type Snocap n'existe donc pas actuellement pour les amateurs de films ou de musique.

4.6. L'intervention du législateur visant à responsabiliser les fournisseurs de logiciels de P2P

La Commission a conclu à la possibilité, sur le fondement des textes actuels, de retenir la responsabilité juridique des fournisseurs de logiciels de P2P illicite (voir partie 2). Les développements technologiques apparus depuis un an et les récentes décisions judiciaires internationales ont cependant conduit à discuter de l'opportunité d'adopter un texte spécifique à cet égard. Ce texte permettrait en effet de faire l'économie du temps judiciaire nécessaire après épuisement des voies de recours. Il

adresserait un message fort aux éditeurs de logiciels concernés destiné à les inciter à s'engager sans attendre dans la voie désormais possible de la légalité. Pour ce faire, la loi pourrait permettre de consacrer sans ambiguïté la responsabilité des éditeurs de logiciels P2P ou de tous ceux qui sont directement impliqués dans cette activité (bien entendu dans le respect des lois existantes, notamment la LCEN) qui se situeraient, dans des conditions explicites, en dehors de la légalité.

Un projet d'amendement a été discuté précisant la possibilité, en sus de celle d'agir contre les auteurs directs d'actes de contrefaçon réalisés dans le cadre d'échanges P2P, de poursuivre ceux qui fournissent ou tolèrent, à dessein, les moyens de commettre de tels actes. Cet amendement compléterait ainsi le code de la propriété intellectuelle en prévoyant la possibilité de poursuivre les éditeurs de logiciels de P2P qui commettraient une faute appréhendée sous deux facettes.

La première facette correspondrait au cas d'un éditeur qui mettrait sur le marché un logiciel destiné à permettre un usage illégal du P2P. La seconde facette serait relative à la négligence coupable d'un éditeur de logiciel de P2P. En effet, l'hypothèse d'un usage dévoyé d'un logiciel de P2P originellement mis sur le marché à des fins licites se présentera fréquemment. Dans un tel cas, la responsabilité de l'éditeur pourra être retenue s'il commet une faute consistant à tolérer l'usage massivement illite de son logiciel sans prendre des dispositions pour tenter de limiter cet usage illicite. Il ne s'agit bien entendu pas de faire supporter à l'éditeur un fardeau qui n'est pas le sien. Pour autant, l'inaction persistante de l'éditeur connaissant parfaitement l'usage illicite de son logiciel pourrait être fautive dans le cas où certaines mesures prises en considération de la destination principale de son logiciel pourraient limiter les effets pervers de ce dernier.

Il reviendrait au juge d'apprécier, en fonction des circonstances de fait, la situation dans laquelle, par sa négligence coupable, l'éditeur profiterait indûment du système au détriment des ayants droit des œuvres échangées de façon illégale. Dans ce cas, le juge pourrait ordonner le recours à des mesures techniques, notamment les mesures techniques de protection par ailleurs prévues par le projet de loi de transposition de la directive 2001/29 du 22 mai 2001. Sur le plan juridique, les mesures susceptibles d'être prises au titre des conséquences attachées à la responsabilité des éditeurs de logiciels concernés, conformément au droit commun, seraient les suivantes : dommages-intérêts, sanctions pénales, possibilité de demander au juge des mesures appropriées pour mettre fin au dommage, décision par l'autorité judiciaire en fonction, notamment, de critères de « faisabilité » technique et économique.

Points clés

Au terme de ce panorama de solutions, il apparaît que la solution choisie devra s'inscrire dans le respect d'un certain nombre de principes.

Point 13 : Une approche plurielle. Il n'y a pas une approche unique et exclusive aux questions actuelles. Dans le constat effectué comme dans les réponses apportées, les aspects techniques, sociologiques, juridiques et économiques doivent être pris en compte.

Point 14: Le volet technico – juridique répressif doit être complété par des offres économiques offensives et diversifiées afin de développer de nouveaux marchés et de nouvelles sources de valeur.

Point 15 : Des techniques de protection équilibrées. Toute mesure technique de protection des œuvres destinée à garantir les intérêts des ayants droit doit s'efforcer de prendre en compte les attentes raisonnables des consommateurs. Le choix de technologie devra être totalement transparent pour les consommateurs : ceux-ci ne devraient pas avoir à s'interroger sur la question des standards mis en œuvre.

Point 16 : Un cadre juridique européen et international. La distribution des œuvres sur Internet s'effectue dans un cadre international et la France est engagée par divers traités internationaux dont il doit être tenu compte.

Point 17 : Un partage des ressources équilibré. Tous les acteurs de la filière des industries culturelles doivent trouver sur l'Internet des sources équitables et suffisantes de rémunération et de financement en fonction de leurs apports respectifs.

Point 18 : Tirer parti des réseaux d'échange et favoriser la diversité. Le rôle important des internautes en tant que prescripteurs culturels peut être utilisé afin d'optimiser, dans un cadre sécurisé, la sortie et la promotion de nouvelles productions et afin d'assurer la diversité des offres autorisées.

Annexe n°1 : Calendrier des travaux et auditions⁴⁸

26 novembre 2004 :

- Introduction du président et premier tour de table.
- Composition de la commission
- Périodicité des réunions et calendrier des travaux
- Objectifs de la commission
- Programme des réunions
- Exposé technique sur le P2P et débat

3 décembre 2004 :

- Présentation d'une architecture DRM.
- Présentation des usages de l'Internet.
- Présentation de la politique de nouveaux services : les exemples de *Warner France* et de *Vivendi*

17 décembre 2004 :

Auditions sur les aspects économiques du P2P (qui perd - qui gagne ?) :

- Présentation des enjeux économiques liés aux menaces présentes sur les réseaux - les *spyware*, *adware*, *bots* (robots) par M. Paget, chercheur anti-virus. Technicien Mac Affee.
- Présentation d'un modèle économique d'une régie publicitaire par M. Deloye, 24-7 real media.
- Présentation du modèle économique des fabricants de matériels, par Christophe Stener, Alliance TICS
- FAI. Qui perd - qui gagne ? Intervention de M. Stéphane Marcovitch

7 janvier 2005 :

Analyse juridique du *P2P*.

Premier volet : l'offre non autorisée. Responsabilité :

- des internautes
- des éditeurs de logiciels P2P
- des FAI
- des sites centralisateurs
- des fournisseurs de publicité (régies publicitaires)
- des moteurs de recherche, annuaires.
- des fabricants de matériel

4 février 2005 :

Analyse juridique du P2P. Premier volet : l'offre non autorisée.

- Le « test des 3 étapes »
- Le statut d'hébergeur du downloader ?
- La théorie du recel
- La responsabilité des éditeurs de logiciels ?
- La responsabilité des FAI ?

11 février 2005 :

Analyse juridique du P2P - L'offre autorisée. Aspects économiques de l'offre légale et DRMs.

Auditions :

⁴⁸ Le présent rapport n'engage nullement les personnes auditionnées dans le cadre des travaux de la commission.

- M. Matteo Novelli, Exane BNP Paribas : Perspectives de marché des FAI et modèles économiques
- M. Richard Houbron, IXIS Securities : Perspectives de marché de l'industrie des phonogrammes (EMI, VUM) et modèles
- Oliver Bomsel, Cerna : DRMs et Offre en ligne, modèle
- André Nicolas, Observatoire de la musique : état du marché de l'offre en ligne de musique
- Jean-Noël Reinhardt, Virgin : un exemple concret : virginmega.fr
- Philippe Chantepeie, Igaac/MCC : fonction de production de la distribution en ligne de musique

1er avril 2005 :

StationRipper, Peer-to-Mail, Messageries électroniques - La musique en ligne au-delà du P2P : état des lieux technique et enjeux juridiques

Présentation par M. Philippe CHANTEPIE de son rapport sur l'économie de la communication de contenus numériques sur les réseaux.

15 avril 2005 :

Les DRM : Aspects techniques - Statut juridique - Comment tirer parti de leurs avantages ? - Quelle répartition de la valeur entre les protagonistes ? - Quels enjeux au regard de la vie privée ? Cas de France Télécom (Viaccess), Microsoft, et Warcraft.

21 avril 2005 :

- Présentation de la licence globale par M. Jean VINCENT, au nom de l'ADAMI et de la SPEDIDAM
- Visioconférence avec Santa Monica (Etats-Unis). Présentation du système développé par la société californienne SNOCAP : « *One Stop- solution for Digital Licensing and Copyright Management* ».

13 mai 2005 :

Auditions de :

- M. Bernard OURGHANLIAN, directeur technique et sécurité de Microsoft France. Le mécanisme de DRM de la plate-forme « Windowsmedia ».
- Mme Josiane MOREL, représentante de l'EICTA.
- M. Christophe STENER (Coral Consortium et Alliance TICS).
- M. Julien DOURGNON (UFC-Que choisir), étude d'impact d'une rémunération des échanges P2P.

18 mai 2005 :

- Exposé de M. Marc GUEZ (SCPP) : analyse critique des propositions de licence légale pour les échanges en *P2P*
- Intervention de M. Philippe CHANTEPIE.

24 mai 2005 :

- Poursuite du débat sur les propositions faites lors des séances précédentes
- Analyse de 12 « points de convergence ».

3 juin 2005 :

- Poursuite du débat sur les propositions faites lors des séances précédentes ;
- Conformité de la proposition de licence globale ADAMI-SPEDIDAM aux engagements internationaux de la France : présentation de la position des Producteurs

phonographiques (en accord avec les représentants des auteurs) par M. Frédéric Goldsmith (SNEP).

15 juin 2005 :

- Réaction de M. Jean VINCENT aux discussions des précédentes réunions relatives à la proposition de « licence globale » présentée par les sociétés de gestion collective des droits des artistes-interprètes et les consommateurs.
- Réflexions sur la responsabilité des éditeurs et fournisseurs de logiciels de P2P.

27 juin 2005 :

- Poursuite des réflexions autour de la responsabilité des éditeurs et fournisseurs de logiciels de P2P : responsabilité pénale (le recel profit), responsabilité civile : (responsabilité sans faute du fait des choses).
- Commentaire de l'ordonnance de référé rendue le 13 juin 2005 par le TGI de Paris – Affaire dite « AAARGH »
- Débats sur le filtrage et les aspects techniques de protection des flux audionumériques.

8 juillet 2005 :

- Les techniques de filtrage des flux P2P sur les réseaux : exposé du cabinet ADOMIA (M. Laurent DURAND et Mme Mireille YAMAJAKO) ; débat ;
- Débat sur l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 27 juin 2005 dans l'affaire « MGM vs. Grokster ».

15 septembre 2005 :

- La proposition de loi du député Alain SUGUENOT visant à donner un cadre légal aux échanges de fichiers sur les réseaux P2P.
- La décision « Kazaa » rendue par les juridictions australiennes à la fin de l'été 2005
- Le projet d'amendement responsabilisation des fournisseurs de logiciels

6 octobre 2005 :

- Audition de Mélanie DULONG DE ROSNAY – « Créations culturelles et régimes de biens communs : nouveaux modèles juridiques et économiques »
- Audition de M. Philippe AIGRAIN
- Examen de l'amendement responsabilité des fournisseurs de logiciels.

12 octobre 2005 :

Poursuite de l'examen des solutions envisagées.

4, 18 novembre et 25 novembre 2005 :

Relecture et validation des projets d'avis et de rapport.

Annexe °2 : composition de la commission

Ordre alphabétique des organisations d'appartenance

PERSONNALITES MEMBRES DU CSPLA

ADAGP	RAMONBORDES	Christiane
BSA France	SALORD	Bertrand
CSPEFF	COTTIN	Jean
FNPS	DUBAIL	Charles-Henri
GESTE	VALETTE	Arnaud
Ministère de la culture – bureau de la PLA	DE MONTLUC	Hélène
SACD	ZMIROU	Nicole
SACEM	MIYET	Bernard
SAIF	BRILLANCEAU	Olivier
SFA	ALMERAS	Catherine
SNAC	DE RENGERVE	Emmanuel
SNAM	TARDIF	Laurent
SPEDIDAM	BLANC ⁴⁹	Xavier
SPI	BARD	Anne-Sophie
SPPF	ROGER	Jérôme
UFC-Que choisir	DOURGNON	Julien
UPF	CARLIER	Thierry

PERSONNNALITES NON-MEMBRES DU CSPLA

	ANDRES	Judith
ADAMI	VINCENT	Jean
AFA	MARCOVITCH	Stéphane
Alliance TICS	STENER suppléé par AUTEXIER	Christophe Xavier
APP	SOREAU	Ambroise
Creative Commons France	DULONG DE ROSNAY	Mélanie
Forum des droits sur l'Internet	THOUMYRE	Lionel
France Télécom	SOULET	Jérôme
Free	BOUKOBZA	Michaël
Microsoft	SAMMAN	Thaima
Ministère de l'industrie – CGTI	BERBINAU	Jean
SCAM	FERRY-FALL	Marie-Anne
SCPP	MARCOS	Laurence
SOFIA	PIRIOU	Florence-Marie
SNE	RAMOND-BAILLY	Isabelle
SNEP	GOLDSMITH	Frédéric
UNAF	QUIGNAUX	Jean-Pierre
Vivendi Universal	FORBIN	Sylvie

⁴⁹ Jusqu'au mois de juin 2005.