

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne

Avis n° 2005 – 2

Président de la commission :

Pierre SIRINELLI, professeur des universités

Vice-présidentes de la commissions :

Josée-Anne BENAZERAF, avocate à la Cour

Joëlle FARCHY, maître de conférences

Rapporteur de la commission :

Hervé CASSAGNABERE, auditeur au Conseil d'État

Brigitte LARERE, membre du CERDI

Saisi par le ministre de la culture et de la communication de la question, tant juridique qu'économique, de la distribution des œuvres en ligne, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 7 décembre 2005, l'avis suivant.

La commission, au terme de travaux qui se sont tenus pendant plus d'un an, émet un certain nombre de recommandations (2) justifiées par des constats et la discussion de propositions issus du rapport (1).

1 – SYNTHÈSE DU RAPPORT

La commission a pu constater qu'il n'existe pas une approche unique et exclusive des questions actuelles mais que celle-ci doit nécessairement être plurielle. Dans l'état des lieux effectué, comme dans les réponses apportées, les aspects techniques, sociologiques, juridiques et économiques ont été pris en compte.

1.1 Etat des lieux et objectifs

- Sur le plan technique, le P2P est sans doute la forme de distribution aujourd'hui la plus pratiquée et celle qui préoccupe le plus les industries culturelles mais l'approche de la question doit naturellement être plus large sous peine de n'avoir qu'une vision partielle de la situation et de n'aboutir qu'à des solutions qui pourraient se révéler rapidement obsolètes ou inadaptées. Le P2P n'est que la pointe émergée d'une nouvelle donne technologique aux dimensions aussi incertaines que croissantes.
- Les nouvelles techniques ne doivent évidemment pas être combattues en tant que telles, compte tenu de l'utilité d'un certain nombre d'usages, mais d'autres posent problème. Le succès des réseaux P2P est en effet principalement lié 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. La demande sociale tendant à un accès large et facilité aux contenus culturels doit être entendue mais respecter le cadre juridique et économique nécessaire au développement harmonieux des industries culturelles.
- La technologie P2P n'est pas illégale en elle-même ; seuls le sont certains types d'utilisations comme ceux visant à se procurer et à échanger sans autorisation des contenus culturels. D'un point de vue juridique, il a été établi que, en l'absence d'autorisation des titulaires de droits, l'opération d'*upload*¹ est manifestement illicite. Il en est de même du *download*² lorsqu'il est associé à une opération d'*upload*. En ce qui concerne le *download* dissocié de l'opération d'*upload*, la très grande majorité des membres de la Commission considère qu'il s'agit d'un acte de contrefaçon. En dehors du P2P, d'autres modes de téléchargement peuvent ne pas être non plus respectueux des règles de la propriété littéraire et artistique.
- Sur le plan économique, le mythe de la gratuité totale a vécu. Il n'est pas possible de tolérer des formes de distribution des œuvres qui ne permettent pas d'assurer la rémunération de la création³ et de la production. Quelles que soient les offres faites aux utilisateurs, sous forme gratuite et/ou

¹ « 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*.

² « 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.

³ Création faisant référence tant aux auteurs qu'aux artistes-interprètes

payante, la rémunération et/ou le financement de la création et de la production doivent être assurés.

Compte tenu de ce constat général, la commission a envisagé les solutions possibles en gardant à l'esprit trois objectifs principaux :

1 - Concilier des aspirations contradictoires en organisant un juste équilibre entre les intérêts des divers protagonistes. La distribution non contrôlée des œuvres en ligne a causé un préjudice considérable aux ayants droit et troublé les esprits des internautes, entraînant des poursuites judiciaires aux effets diversement commentés. Toute solution nouvelle ne peut être adoptée que si elle a des chances d'être acceptée par le corps social. Mais il ne saurait pour autant être question de sacrifier les intérêts des ayants droit sans que la création se tarirait, compromettant l'essor des nouveaux modes de distribution et rendant leur intérêt très limité pour les internautes eux mêmes. Il convient de prendre également en considération les préoccupations de ceux qui participent au développement matériel et logiciel de l'infrastructure de la société de l'information afin de ne pas pénaliser l'essor de cette dernière.

2 – Profiter de nouvelles opportunités économiques. Même si elle pose des problèmes nouveaux, la révolution numérique ne doit pas être seulement appréhendée comme une menace pour les industries culturelles. 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. Le volet technico – juridique défensif doit être complété par des offres économiques offensives et diversifiées afin de développer de nouveaux marchés et de nouvelles sources de valeur. 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.

3 – Organiser un partage des ressources équilibré. Le choc technique constitué par la numérisation des contenus a contribué à faire apparaître des déplacements de valeur entre les différents acteurs des industries culturelles (auteurs, producteurs, artistes interprètes). 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.

1.2 Les solutions discutées par la commission

Pour atteindre ces objectifs, plusieurs voies sont envisageables de façon complémentaire aux actions judiciaires qui peuvent être engagées, dans les cas appropriés, à l'encontre des internautes responsables d'actes de contrefaçon. La commission rend compte dans le rapport de six pistes explorées.

1.2.1 Solutions techniques pour limiter les échanges illicites

Diverses techniques de limitation des échanges illicites ont été discutées dans le cadre de la commission. Il s'agit d'un domaine en évolution rapide en raison des problèmes tant juridiques que de qualité de service (consommation de bande passante) que rencontrent les entreprises et les opérateurs de réseau. Sans revenir sur l'exposé qui en est fait dans le rapport, il convient de rappeler que par une charte signée le 28 juillet 2004 sous l'égide des pouvoirs publics, tant les ayants droit signataires que les fournisseurs d'accès à l'Internet ont pris des engagements communs, et se sont prononcés dans le cadre de sa mise en œuvre pour une coopération sur des mesures de filtrage du P2P via des solutions sur le terminal du client. Ces mesures doivent faire l'objet d'expérimentations ainsi que l'a prévu la charte susvisée.

1.2.2 L'approche graduée

La commission n'a pas étudié la voie de l'approche graduée élaborée en parallèle par les représentants de la filière cinématographique et les FAI membres de l'AFA. Cette approche est destinée à assurer, en aval, une sensibilisation et une responsabilisation des abonnés à l'Internet dans le cadre de mécanismes prévoyant des actions de prévention et, en cas d'inefficacité, des sanctions appropriées. Les travaux visant à finaliser ce projet se poursuivent entre les parties intéressées.

1.2.3 Construire une offre autorisée

Le marché de la musique en ligne décolle. Le volume de téléchargements engendrés par ce marché émergent est cependant sans commune mesure avec le volume des échanges illégaux en P2P. Outre les offres légales sur l'Internet, la musique dématérialisée distribuée légalement via la téléphonie mobile est également destinée à devenir une source significative de revenus. Dans le domaine du film, des offres légales existent et pourraient se développer grâce à la VOD sur les réseaux haut débit.

Les *DRMs* (*Digital Rights Management systems*) sont des systèmes de gestion des droits et de protection pour la distribution de contenus numériques. Ils sont apparus comme l'une des conditions techniques pour assurer le développement d'un marché en ligne ainsi que pour assurer le respect des droits exclusifs et de l'obligation de rémunérer leurs titulaires. La distribution en ligne grâce aux DRMs suscite cependant un certain nombre d'interrogations. L'interopérabilité est apparue comme un objectif de la filière afin de garantir l'indépendance des ayants droit à l'égard des opérateurs techniques et de faciliter, par l'adhésion des consommateurs, le développement de ce marché.

L'essor d'une offre légale nécessite, de plus, de proposer une offre variée aux consommateurs et de résoudre la question de la répartition des nouvelles sources de valeur entre les agents économiques concernés.

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

La proposition de l'Alliance ⁴ présentée à la presse et relayée par certains parlementaires, vise à instaurer un système de licence globale dans le domaine du P2P. Elle repose sur le postulat de l'Alliance selon lequel il serait impossible de mettre un terme aux pratiques existantes quand bien même celles-ci seraient considérées comme illégales. L'Alliance considère que le téléchargement relève de la copie privée et suggère de lui appliquer la rémunération pour copie privée dont le champ serait ainsi étendu. Concernant les échanges, elle propose de légaliser cette pratique et d'instaurer, à l'égard des droits qu'elle met en cause, le paiement par les internautes d'une rémunération optionnelle soumise à un régime de gestion collective obligatoire.

Le double objectif recherché dans cette solution peut être considéré comme légitime : juridiquement, il s'agit de mettre fin aux pratiques illégales ; économiquement, l'enjeu est de mettre fin à la gratuité en permettant aux internautes, moyennant une somme dont le montant n'a pas été déterminé, d'avoir accès aux contenus culturels par le canal du P2P et, selon un mécanisme microéconomique classique, internaliser les externalités positives dont bénéficieraient, selon l'Alliance, les FAI en diffusant des contenus.

La solution proposée pour atteindre ces objectifs n'a cependant pas emporté la conviction des membres de la commission, à l'exception bien entendu des représentants de l'Alliance. Bien qu'elle ait le mérite d'une simplicité apparente, il lui a été reproché de n'être qu'une réponse de résignation qui ne résoudrait que très imparfaitement les problèmes actuels et méconnaîtrait tant le cadre

⁴ L'Alliance Public-Artistes regroupe, d'un côté, des représentants d'artistes-interprètes (sociétés de gestion collective, associations et syndicats : ADAMI, SPEDIDAM, FNS, SAMUP, SNM FO, UMJ, Qwartz), 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).

juridique existant au niveau international que certaines réalités techniques et économiques. Sur un plan juridique, la solution serait difficilement conciliable avec les engagements internationaux de la France malgré le choix proclamé d'une construction juridique différente de celle d'une licence légale. Sur le plan économique le système, statique, fige à un temps déterminé l'état d'une économie en constante évolution, sans compter les baisses de rémunération à l'œuvre qu'il entraînerait, alors que l'objectif final d'un changement n'est pas de tenter de compenser un préjudice en évaluant des pertes sur des marchés en déclin mais bien de développer de nouvelles sources de valeur. Or, l'adoption de la licence globale empêcherait le développement des offres déjà mises en place avec l'autorisation des ayants droit. Par ailleurs, la plus grande incertitude règne sur le montant de la rémunération adéquate ainsi que sur la façon dont il serait possible de la répartir entre les ayants droit. Enfin, sur le plan technique, l'introduction d'un système de licence globale conduirait sans aucun doute à un accroissement rapide du trafic, ce que les réseaux des FAI ne sauraient absorber à court terme dans les mêmes conditions économiques.

1.2.5 Favoriser l'émergence d'un P2P légal

Plusieurs alternatives aux échanges non autorisés de contenus sont possibles. Outre les plate-formes légales de téléchargement en ligne ou sur téléphones mobiles, il existe également des possibilités de développer des systèmes de P2P légaux dont l'objectif est de réconcilier l'usage des technologies de P2P avec le respect de la propriété intellectuelle. Cette solution complémentaire aux plate-formes commerciales légales « classiques » pourrait conduire à proposer des offres attrayantes pour l'internaute en bénéficiant des vertus dont le P2P est crédité : 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.

Plusieurs questions restent encore à régler : la modélisation technique, juridique et économique qui permettra d'obtenir toutes les autorisations des ayants droit, l'incitation des éditeurs de logiciels et des opérateurs de réseaux P2P puisque l'effectivité de la solution requiert leur coopération, l'adhésion des internautes, l'efficacité du système lorsque des projets de ce type auront véritablement été lancés. La grande majorité des membres de la commission a cependant considéré qu'il s'agissait d'une voie prometteuse.

1.2.6 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. 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 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 loi pour la confiance dans l'économie numérique) qui se situeraient, dans des conditions explicites, en dehors de la légalité.

2 - RECOMMANDATIONS

Plutôt que de s'engager dans une voie unique qui comporterait de nombreuses limites, la voie explorée par la commission consiste en une diversité de mesures. La licence globale n'a pas été retenue car les objections soulevées ont paru suffisamment importantes à la majorité des membres de la commission pour remettre en cause son opportunité et car il s'agit d'une proposition exclusive des autres, qui ne peut leur être complémentaire.

Les mesures proposées sont destinées en premier lieu à permettre un cantonnement de la contrefaçon, d'une part, en prévenant ces actes en amont, d'autre part, lorsqu'ils interviennent malgré tout, à les faire cesser en abordant la relation avec les internautes contrefacteurs sous la forme d'une « approche graduée ». Informé des travaux sur l'« approche graduée », le CSPLA ne peut que préconiser l'articulation des solutions retenues dans ce cadre avec celles proposées par le présent avis.

En second lieu, au delà du cantonnement de la contrefaçon, il s'agit d'accompagner les acteurs de la filière dans la mise en place d'incitations au développement de nouvelles formes d'offres autorisées.

2.1 Prévenir les actes de contrefaçon

Les voies préventives ont pour objet de limiter les risques de voir les actes de contrefaçon se produire.

2.1.1 Mettre en œuvre la responsabilité, en amont, des fournisseurs de logiciels

Face aux pratiques illégales développées sur les réseaux P2P, diverses actions en justice ont été entreprises. Chronologiquement, ces dernières ont d'abord concerné les internautes dont la condamnation a été obtenue. Assigner au pénal ou au civil les personnes physiques pose cependant un problème d'ordre pratique, dans la mesure où il n'est pas envisageable de 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. Aussi, il est apparu judicieux aux membres de la commission de pouvoir également agir à l'encontre des éditeurs ou distributeurs de logiciels permettant les échanges illicites, qui trouvent dans ces activités un intérêt économique manifeste, plutôt que de mettre l'internaute au premier plan en terme de responsabilité.

Afin de consacrer sans ambiguïté la responsabilité des éditeurs de logiciels P2P, le CSPLA propose d'amender le projet de loi « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » 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. Le code de la propriété intellectuelle serait complété 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 évidemment 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.

A travers cette responsabilisation des éditeurs de logiciels, l'ambition est de favoriser le développement de logiciels de partage d'une nouvelle génération respectueux de la propriété littéraire et artistique, qui créeront de nouvelles opportunités au bénéfice de tous : ayants droit, utilisateurs, acteurs de l'Internet et opérateurs de télécommunications qui évolueront dans un cadre clarifié.

Une ébauche d'amendement au projet de loi « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » est annexée à l'avis.

2.1.2 Solution technique visant à empêcher la captation non autorisée de flux hertziens numériques audio ou de leur simulcasting

Le CSPLA a constaté que le phénomène des échanges de fichiers de pair à pair n'était qu'un aspect des téléchargements effectués à partir de réseaux de communication en ligne. Les logiciels de type StationRipper 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 risques pour les industries culturelles sont importants.

Si l'analyse juridique conduit à penser qu'il s'agit là d'actes susceptibles d'engager la responsabilité de ceux qui, à un titre ou à un autre, y participent, il apparaît, là encore, opportun d'intervenir en amont plutôt que de sanctionner en aval. Dans ce but, le CSPLA suggère que le Conseil supérieur de l'audiovisuel étudie la possibilité d'une modification de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Techniquement, elle consisterait en l'occultation des URL des diffuseurs, la diffusion aléatoire des métadonnées, ou en l'utilisation de DRM spécifiquement conçus à cet effet.

2.2. Accompagner le développement d'offres légales diversifiées

Outre le volet juridique, qui, comme on l'a noté devrait inciter les éditeurs de logiciels P2P à rentrer dans la légalité, les pouvoirs publics auront à jouer un rôle d'accompagnement de l'essor des plateformes en ligne et de l'émergence du P2P légal. Des cadres de négociations devront être encouragés afin d'assurer les conditions du développement de ces offres autorisées : interopérabilité des standards mis en œuvre, respect de la diversité des œuvres proposées, insertion harmonieuse de ces nouveaux modes de distribution parmi les modes d'exploitation existants et juste répartition de la valeur ajoutée. Il a été souligné que les nouvelles conditions de distribution des contenus créent de nouvelles sources de valeur mais qu'elles sont également à l'origine de tensions pour la répartition de ces revenus. Un partage équilibré des ressources entre les différents acteurs des filières culturelles doit être recherché.

Loin de se limiter à un aspect défensif ou compensatoire, il s'agit, au contraire, de favoriser les investissements permettant le développement des industries culturelles et une meilleure satisfaction des attentes des consommateurs.

ANNEXE 1

Projet de loi de transposition de la directive sur les droits d'auteurs et les droits voisins dans la société de l'information

Projet d'amendement

Article XXX

I. Est inséré dans le code de la propriété intellectuelle un article L.335-3-3 ainsi rédigé :

« **Article L.335-3-3** : Sans préjudice de l'application de l'article L. 121-7 du code pénal, est assimilé au délit de contrefaçon :

1° Le fait, sciemment, d'éditer ou de mettre à la disposition du public, sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à la disposition du public non autorisée entre utilisateurs de ce logiciel d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, ou de provoquer, sous quelque forme que ce soit, ces utilisateurs à une telle mise à la disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés.

2° Le fait, sciemment, de provoquer à la mise à la disposition du public, sous quelque forme que ce soit, ou à l'utilisation d'un logiciel visé au 1° ci-dessus. »

II. Est inséré dans le code de la propriété intellectuelle un article L. YYY ainsi rédigé :

« **Article L. YYY** : Sans préjudice de l'application des articles 1382 et suivants du code civil, engage sa responsabilité toute personne éditant un logiciel, ou mettant sciemment ce logiciel à la disposition du public, qui n'a pas fait toutes diligences utiles pour, compte tenu de la destination principale dudit logiciel, en éviter l'usage pour la mise à la disposition du public non autorisée entre utilisateurs dudit logiciel d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, dès lors qu'il est manifeste que ledit logiciel est massivement utilisé pour un tel usage.»

*

ANNEXE 2

Avis minoritaire

Il a été décidé lors de la réunion plénière du 7 décembre 2005, à la majorité requise par l'article 9 du règlement intérieur du Conseil supérieur, d'annexer à l'avis n°2005-2 la mention que M. Xavier BLANC, représentant titulaire des artistes-interprètes, a voté contre l'adoption de l'avis n°2005-2.