

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquée à la musique

Laurent, Philippe

Published in:
Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:
2003

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Laurent, P 2003, 'Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquée à la musique: un conflit analogique-numérique?', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 16, pp. 27-40.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique : un conflit analogique-numérique ?

Philippe Laurent.¹

Introduction

La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001² (ci-après « la directive ») opère un développement du droit d'auteur de manière à adapter celui-ci au monde numérique. L'un des apports les plus significatifs de cette directive est la consécration de la protection légale des mesures techniques : son article 6 oblige les Etats membres à prévoir « *une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif* ».

La protection légale des mesures techniques permet aux ayants-droit de se défendre face aux menaces du numérique. La caractéristique principale de cette nouvelle ère technologique est qu'elle permet une reproduction parfaite, facile, rapide et très peu coûteuse : un fichier contenant une œuvre peut être recopié indéfiniment et être diffusé à travers Internet en un temps record, et ce, à l'insu des ayants-droit. La seule parade efficace dont ces derniers disposent est la protection de ces fichiers contre la copie grâce à des mesures techniques. Ces protections ne sont cependant pas à l'abri du « déplombage » : le droit a donc pris le relais afin d'interdire le contournement de ces barrières numériques.

De nombreuses analyses ont déjà été consacrées à ce sujet³. L'on se propose plutôt dans cet article de se concentrer sur l'épineuse question de l'adaptation des exceptions aux droits d'auteur, et particulièrement l'exception de copie privée, à ces nouvelles dispositions protégeant les mesures techniques. Notre objectif sera de souligner les inadéquations légales qui apparaissent lors de l'application du « nouveau droit d'auteur » à la musique numérique. Nous tenterons de démontrer que le statut des exceptions n'est pas similaire dans les mondes numérique et analogique et que cette disparité est source d'incohérences légales.

Dans une première partie, nous aborderons le régime des exceptions au sein de la directive du 22 mai 2001 afin d'analyser par la suite leur articulation avec la protection des mesures techniques telle que prévue à l'article 6, §4 de la directive. La deuxième partie portera plus spécifiquement sur les problèmes de coexistence entre la protection légale des mesures techniques et l'exception de copie privée dans le domaine de la musique. Nous

¹ L'auteur tient à remercier Yves Pouillet, Séverine Dusollier et Jean-François Henrotte pour leur précieuse aide dans la rédaction de cet article.

² Directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, 22 juin 2001, n° L 167/10. Cette directive a pour objectif d'harmoniser les législations nationales des Etats membres en les rendant conformes aux traités de L'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

³ Voir par exemple : DUSOLLIER, S., et STROWEL, A., « La protection légale des systèmes techniques – Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *Propriétés Intellectuelles*, octobre 2001, n°1, pp. 10-27; KOELMAN, K., « Bescherming van technische voorzieningen », *A.M.I.*, 2001, p. 16-27 et « De derde laag : bescherming van technische voorzieningen », *A&M*, p. 82-89; voir également la globalité des rapports et exposés présentés à l'occasion du congrès ALAI de 2001, http://www.law.columbia.edu/conference/2001/1_program_fr.htm (5 avril 2003)

aborderons enfin les implications qu'ont les interférences « analogique-numérique » en matière de rémunération de la copie privée.

En ce qui concerne la Belgique, le législateur s'active : le sénateur Monfils a déjà proposé une loi de transposition de la directive⁴ et le conseil d'Etat a déjà émis son avis⁵ sur cette proposition. S'en suivirent de nombreux amendements⁶. Ces documents n'apportent en général pas d'éléments supplémentaires à l'analyse que nous ferons : nous nous baserons donc essentiellement sur le texte de la directive.

Le régime des exceptions au sein de la directive du 22 mai 2001 et leur coexistence avec les mesures techniques.

Quel statut faut-il accorder aux exceptions ? Pour répondre à cette question, il convient d'aborder d'une part les exceptions telles qu'elles sont consacrées en « droit européen dérivé », autrement dit, au sein de la directive, et d'autre part le régime des exceptions en droit national.

Au niveau de la directive, seule l'exception prévue à l'article 5 § 1 a un caractère obligatoire : les Etats membres doivent consacrer l'exception de copie transitoire ou accessoire telle que précisée dans cet article. Ces copies transitoires sont essentielles pour le bon fonctionnement des programmes, dans la mesure où ceux-ci doivent être copiés temporairement en tout ou partie dans la mémoire vive des ordinateurs. De même, l'Internet doit son efficacité à des copies temporaires effectuées sur différents relais du « Web ». C'est donc la technique informatique elle-même qui impose cette importante exception. Toutes les autres exceptions prévues dans les paragraphes suivants du même article ne représentent que des options que les Etats membres peuvent lever ou non. La doctrine ne s'est évidemment pas abstenue de critiquer ce choix « à la carte » proposé aux Etats membres dans une directive d'harmonisation⁷. En pratique, ce type de disposition permet à chaque Etat membre de conserver ses exceptions sans en enlever ni en créer davantage. Seule devra changer la formulation de ces exceptions nationales afin de les faire coïncider avec les prescrits de la directive.

Une fois que les Etats membres ont fait choix des exceptions qu'ils appliqueront dans leur droit national, le problème reste de savoir s'il faut accorder à celles-ci un caractère supplétif ou impératif. Notons préliminairement qu'en droit belge, les articles 23bis et 43bis nouvellement modifiés de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (LDA) consacrent actuellement le caractère impératif de toute exception aux droits d'auteur. Faut-il également modifier ces articles afin de faire correspondre la loi belge à la directive ? A ce niveau, la doctrine se plaint du caractère nébuleux de celle-ci⁸ : alors que certains

⁴ Proposition de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information, *Sénat de Belgique, session 2001-2002*, 23 mars 2001, n°2-704/1, <http://www.senat.be> (5 avril 2003).

⁵ Avis du conseil d'Etat sur la proposition de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information, *Sénat de Belgique, session 2001-2002*, 6 février 2002, n°2-704/2, <http://www.senat.be> (5 avril 2003)

⁶ voir les documents du *Sénat de Belgique* n°2-704/3 à n°2-704/7, <http://www.senat.be> (5 avril 2003).

⁷ VERBIEST, Th., « Droit d'auteur et société de l'information : une synthèse », *Droit et nouvelles technologies*, 6 juin 2001, <http://www.droit-technologie.org> (5 avril 2003)

⁸ DUSOLLIER, S., « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen », *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit*, n°18, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 52.

considérants semblent encourager une approche contractuelle, penchant de fait pour un caractère supplétif (considérant 35 et 45), d'autres insistent sur l'équilibre entre les droits et intérêts qui sous-tend le droit d'auteur, ce qui semble impliquer le caractère impératif des exceptions aux droits d'auteur (considérant 31 et 51).⁹ A première vue, il semblerait qu'étant donné que la directive laisse aux Etats membres l'opportunité d'apprécier s'il est bon d'appliquer les exceptions qui leur sont proposées, ce choix devrait également porter sur l'étendue d'application, à savoir sur le caractère impératif ou non de ces exceptions. Cependant, nous verrons par la suite que l'article 6, al.4 opère une certaine hiérarchisation parmi les exceptions, ce qui pourrait faire transparaître la volonté du législateur européen de souligner l'importance de certaines de celles-ci.

L'article 6, §4 se doit d'articuler les exceptions que les Etats auront choisi d'appliquer (conformément à l'article 5) avec la protection légale des mesures techniques prévue par cet article 6. En effet, il paraît contradictoire de permettre d'une part à certaines catégories de personnes, par le biais d'exceptions, d'effectuer certaines catégories d'actes sans devoir en demander l'autorisation aux titulaires de droits, alors que l'on accorde d'autre part à ces ayants-droit la protection légale des mesures que ceux-ci utiliseront afin d'empêcher les actes concernés par ces exceptions. L'énigmatique article 6, §4, al.1 oblige les Etats membres à assurer aux bénéficiaires des exceptions la faculté de pouvoir exercer certaines de ces dernières en dépit des mesures techniques si les titulaires des droits ne l'ont pas permis volontairement. Ce « régime spécial » est obligatoire et ne concerne que les exceptions citées par le paragraphe en question à savoir : la reprographie (art 5, §2, a), les exceptions en faveur des instituts publics (établissements d'enseignement, musées et bibliothèques) (art 5, §2, c), des organismes de radiodiffusion (art 5, §2, d), et des institutions sociales sans but lucratif (art 5, §2, e), l'exception en faveur de l'enseignement et la recherche (art 5, §3, a), l'exception en faveur des personnes handicapées (art 5, §3, b), et l'exception de sécurité publique (art 5, §3, e). L'article 6, §4, al.2 prévoit que les Etats membres peuvent appliquer la même solution en ce qui concerne l'exception de copie privée.

Ce système mis en place par le législateur européen est peu banal : la balle est tout d'abord placée dans le camp des ayants-droit. La directive invite en effet ces derniers à prendre des mesures volontaires en faveur des bénéficiaires d'exceptions et ce n'est que si les ayants-droit ne répondent pas à cette invitation que l'Etat membre doit (ou peut, dans le cas de la copie privée) prendre des mesures appropriées. Cette inversion chronologique des rôles s'appréhende difficilement en se basant sur une approche juridique classique et la doctrine s'interroge car bon nombre d'éléments en jeu restent de nature indéterminée¹⁰. Quelles mesures volontaires seront jugées satisfaisantes en ce qui concerne l'invitation adressée aux ayants-droit ? La directive ne facilite pas les choses en soulignant que les accords entre les titulaires de droits et d'autres parties concernées font partie de ces mesures : cela inclut-il tout contrat passé avec les utilisateurs ? Les Etats membres ont-ils la faculté de juger pareils contrats ou mesures ? Si oui sur quelle base ? Les réponses à ces questions ne se trouvent pas dans la directive : la nature exacte de l'intervention des Etats membres reste donc inconnue. Pour certains, les mesures appropriées visées à l'article 6 pourraient consister en des

⁹ BUYDENS, M., « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », *A&M*, 2001, p.431.

¹⁰ Voir DUSOLLIER, S., « Fair use by design in the european copyright directive of 2001 : an empty promise », *IIC vol. 34*, 2003, n°1, p. 62 et s.; LABBE, E., « L'accès aux dispositifs de neutralisation des oeuvres verrouillées: une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions au droit d'auteur », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, mai 2002, vol. 14, n°3, p. 763 ; BERNT HUGENHOLTZ, P., « Why the copyright directive is unimportant, and possibly invalid », *E.I.P.R.*, 2000, 22 (11), p. 500.

« dispositions législatives ou réglementaires permettant, dans des circonstances exceptionnelles, la neutralisation par des utilisateurs ou des prestataires de service de neutralisation »¹¹. A notre avis, une solution qui respecterait entièrement l'article 6 serait d'instaurer au niveau national une « commission copie privée ». Ce système laisserait en premier lieu aux ayants-droit le soin de prendre des mesures ou de passer des accords avec les bénéficiaires d'exceptions, ce qui respecterait l'aspect contractuel et volontaire qui semble être cher au législateur européen. Ces mesures ou accords seraient appréciés par cette commission. Si ces mesures ou actes sont absents ou jugés insuffisants, la commission serait en mesure d'imposer des conditions. Le tout est de voir si les Etats membres auraient la volonté et les ressources nécessaires pour mettre sur pied pareille organisation...

Ce système modifie la fonction des exceptions. L'exception classique de l'ère analogique se voulait être un moyen de défense en cas d'action en contre-façon. Les ayants-droit ne devaient se préoccuper de ces facilités garanties aux bénéficiaires que dans le cas où ils désiraient poursuivre ces derniers. L'article 6 §4 transforme ce moyen de défense en mesure positive¹². Les ayants-droit se voient contraints, lors de l'apposition d'une mesure technique sur une œuvre numérisée, de prévoir un moyen quelconque permettant l'exercice d'exceptions.

Précisons encore que l'article 6, §4, al. 4 établit une distinction importante : les dispositions des alinéas un et deux « *ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». La mesure positive obligeant les ayants-droit ne concerne donc pas les fournisseurs de service « on demand ». La portée de cette exemption est loin d'être négligeable étant donné qu'elle inclut tous les services On Line qui proposent le téléchargement de fichiers sur demande par le biais d'Internet.

Pour en revenir à l'étendue d'application des exceptions concernées par l'article 6 §4, ce nouveau système instauré par la directive leur donne un statut tout à fait particulier. Ces exceptions empruntent certaines caractéristiques aux exceptions supplétives, dans le sens où il est possible de transiger à leur sujet. Les ayants-droit sont en effet libres de conclure des accords avec les « autres parties concernées ». La doctrine craint de ce fait que les négociations se terminent par une entente imposant des conditions étrangères au régime de protection comme par exemple, la mise en œuvre d'un système de rémunération non statutaire¹³. Cependant, il est exclu d'écarter les exceptions, et l'obligation qu'ont les Etats d'intervenir, au cas où les bénéficiaires se retrouveraient excessivement bridés, tend à leur donner certains aspects impératifs. La solution promue par le législateur européen sort donc des concepts légaux classiques.

Cette situation témoigne du malaise généralisé ressenti par les législateurs lors de l'entrée dans le monde numérique et du bouleversement des rapports de force que cet avènement a entraîné. L'ère analogique posait moins de difficultés. La crainte de la copie parfaite et sans peine ne planait pas : le législateur belge a donc logiquement consacré le caractère impératif des exceptions afin d'empêcher les abus d'ordre contractuel et d'établir un équilibre entre le droit d'auteur et d'autres droits fondamentaux. Les risques encourus par les

¹¹ LABBE, E., *op. cit.*, p. 764.

¹² DUSOLLIER, S., « Fair use by design in the European copyright directive of 2001 : an empty promise », *IIC vol. 34*, 2003, n°1, p. 63.

¹³ LABBE, E., *op. cit.*, p. 764.

auteurs étaient amoindris par les déficiences technologiques de l'époque. L'ère numérique s'apparente davantage à une philosophie du « tout ou rien » où les risques d'abus de droit glissent du contrat à la technique. Un fichier laissé libre de toute protection risque de se voir copié dans une chaîne sans fin, dont certains maillons seraient couverts par certaines exceptions, mais où d'autres ne seraient que violation des droits d'auteur. A contrario, la protection par mesure technique empêche toute copie, y compris aux bénéficiaires d'exceptions. Ne reconnaître qu'un caractère supplétif aux exceptions tend à avaliser ce deuxième extrême. Un législateur établissant des exceptions d'ordre impératif risque de court-circuiter la protection légale des mesures techniques, ce qui ouvre une porte à la première dérive. Le but de l'article 6, §4 fut sans doute de contourner le dilemme. Il semble cependant que ce contournement soit plus une source de problèmes qu'une solution efficace. Soulignons qu'une autre alternative aurait été, par exemple, de s'inspirer des lois australiennes et de recourir à l'« entierement des dispositifs de neutralisation »¹⁴.

Nous résumerons ce qui précède par cette distinction. La directive d'harmonisation fait évoluer le droit d'auteur dans son ensemble, qu'il soit appliqué à du matériel analogique ou numérique. Le régime général (s'appliquant aussi bien au numérique qu'à l'analogique) des exceptions est consacré par l'article 5, et rien ne peut être déduit de cet article concernant l'étendue d'application de ces exceptions. Par contre, en ce qui concerne le monde numérique et plus précisément le matériel protégé par des mesures techniques, le régime de certaines importantes exceptions est quelque peu précisé par l'article 6, §4 qui les gratifie du système particulier que nous avons décrit.

Musique numérique, mesures techniques et exception de copie privée : l'impossible cohabitation ?

A. Justification de la copie privée et application à la protection légale des mesures techniques

L'exception qui retiendra notre attention dans la suite de ce développement est l'exception de copie privée. L'article 5, §2, (b) de la directive prévoit une exception pour les « reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés ». Cette exception permet donc aux personnes physiques « d'effectuer des reproductions d'œuvres fixées sur supports numériques ou non numériques, vers des supports numériques ou non »¹⁵.

En droit belge, l'article 22, §1, 5° de la LDA concerne l'exception de copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles. Il autorise la reproduction des œuvres sonores et audiovisuelles sans l'autorisation des ayants-droit si cette copie est faite dans le cadre de la famille et si elle est réservée à l'usage du cercle de la famille. Le droit à la « compensation équitable » tel qu'évoqué dans la directive est déjà prévu au chapitre IV de la LDA (art. 55 et

¹⁴ Ce système prévoit que les dispositifs de neutralisation des mesures techniques apposés par les auteurs sur leurs fichiers soient déposés entre les mains d'un tiers. Ce dernier permettra aux bénéficiaires d'exceptions de se servir de ces clefs de neutralisation sous certaines conditions. Voir LABBE, E., *op. cit.*, p. 741 et s.

¹⁵ BUYDENS, M., *op. cit.*, p. 435.

s.). Cependant, étant donné les légères différences entre l'article énoncé dans la loi belge et celui de la directive, le premier devra sans doute être modifié afin de transposer parfaitement le deuxième dans notre droit national.

Les exceptions étant encore à présent de nature impérative en droit belge (ce qui à première vue n'est pas contraire à la directive, étant donné son silence au sujet de leur étendue d'application), cette exception de copie privée semble s'accorder difficilement avec la nouvelle protection légale des mesures techniques. Le caractère impératif des exceptions empêche leur écartement dans des clauses contractuelles. Entraîne-t-il également un droit à la copie privée dans le chef des « consommateurs » de musique? Ce droit leur autoriserait-il de contourner les mesures techniques afin de pouvoir jouir de leurs « prérogatives »? Les avis des auteurs divergent à ce sujet. Comme le rappelait très justement Lucas : « *si par exemple on devait admettre l'existence d'un véritable droit à la copie privée, les dispositifs de protection contre la copie n'auraient plus de raison d'être* »¹⁶.

Analysons un instant cette situation en effectuant un compte rendu de l'évolution légale et de la *ratio legis* concordante. Le droit d'auteur antérieur à la directive a évolué dans l'ère de l'analogique. A cette époque, la musique n'était qu'ondes, et ces ondes avaient tendance à s'altérer très rapidement au fil des copies. Cette technologie rendait aussi les dispositifs anti-copie peu envisageables. Cette description de la situation poussa certains auteurs à affirmer que l'exception de la copie privée est une simple tolérance issue d'une « market failure », c'est-à-dire de l'incapacité de contrôler certains usages faits de leurs œuvres¹⁷. D'autres auteurs conçoivent les exceptions comme de véritables émanations des « *droits et libertés fondamentales de même dignité que les droits de l'auteur* », la copie privée relevant du droit au respect de la vie privée¹⁸. « Market failure » ou respect de la vie privée, toujours est-il que l'exception de copie privée dans le cercle de la famille paraissait le meilleur équilibre légal à cette époque étant donné que les risques encourus par l'industrie de la musique étaient faibles, vu la perte de qualité que la musique subissait à chaque copie. Ainsi la copie privée était autorisée, mais limitée par des conditions matérielles. L'exception de copie privée n'était, comme les autres exceptions aux droits d'auteur¹⁹, que de nature défensive et cela suffisait amplement : les consommateurs de musique avaient la faculté de copier, et le tout était d'établir si l'usage de cette faculté était légale ou non. La question de savoir s'il fallait consacrer un « droit à la copie privée » ou non pouvait être laissée de côté.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'entrée dans l'ère du numérique, de la copie parfaite et des mesures techniques, a bouleversé cet équilibre. En ce qui concerne l'exception de copie privée, cette évolution semble anéantir bon nombre d'arguments favorables à son existence. Les limites matérielles de copie n'existent plus : un fichier numérique peut être parfaitement reproduit et ce à l'infini. Les mesures techniques permettent aux ayants-droit de contrôler la copie, et ce sans s'immiscer dans la vie privée des consommateurs de musique :

¹⁶ LUCAS, A., « Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère de l'information », *Rapport pour le Groupe de spécialistes sur la protection des ayants-droit dans le secteur des médias*, Strasbourg, 24 octobre 1996, p. 8, n°21.

¹⁷ HUGENHOLTZ, P.B. "Fierce creatures -Copyright exemptions: Towards extinction?", in *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR Conference, Amsterdam, 30-31 October 1997, <http://www.ivir.nl/medewerkers/hugenholtz.html> (5 avril 2003). Voir aussi : DUSOLLIER, S., POULLET, Y., et BUYDENS, M., "Copyright and Access to Information to the Digital Environment", *A study prepared for the Third UNESCO Congress on Ethical, Legal and Societal Challenge of Cyberspace, Infoethics 2000*, Paris, 17 July 2000, p. 13.

¹⁸ BUYDENS, M., *op. cit.*, p.431.

¹⁹ cf. supra.

les arguments de « market failure » et de respect de la vie privée perdent donc de leur importance. Cependant, selon nous, le problème d'équilibre entre les droits se situe maintenant au stade de la protection des mesures techniques. C'est parce que celles-ci ne sont pas infaillibles qu'il fut important de les protéger par de nouvelles dispositions légales (article 6 de la directive). Cet article empêche quiconque de contourner les mesures techniques. Il nous semble que la faillibilité des mesures techniques fait réapparaître l'argument de « market failure » : il est impossible d'empêcher les consommateurs de tenter, au sein de leur famille, de contourner ces mesures soit par leurs propres moyens²⁰, soit en se fournissant en outils de contournement qui pullulent sur le web. De plus, dans ces conditions, comment vérifier les pratiques des consommateurs sans atteindre également à leur droit au respect de la vie privée ? Malgré ces considérations, la directive ne consacre aucune exception à la protection légale des mesures techniques en tant que telle, mais préfère se référer aux exceptions concernant le droit d'auteur en instaurant le « régime spécial » tel que décrit précédemment (article 6, § 4). En matière de copie privée, les Etats peuvent choisir d'appliquer ce régime ou non. A notre avis, reconnaître la copie privée comme le permet l'article 5, mais ne pas lui accorder le régime de l'article 6, §4, c'est répondre à la logique de l'abandon de la copie privée en matière de numérique motivé par la disparition de ses fondements, mais faire l'impasse sur la question de « market failure » et le respect de la vie privée en ce qui concerne la faillibilité des protections techniques. Par contre, appliquer l'article 6, §4, al. 2, revient à répondre au problème de la faillibilité des mesures techniques de façon détournée, tout en reconnaissant à la copie privée des fondements plus solides que les arguments de « market failure » et de respect de copie privée : ne pourrait-on pas estimer qu'une mesure positive obligeant les ayants-droit à respecter cette exception tend à lui donner les aspects d'un véritable « droit » ?

En résumé, s'il fallait appliquer la logique de la copie privée « analogique » au monde numérique, il nous semble qu'il eut été plus équilibré de couvrir par une « exception de contournement privé » les copies privées effectuées par les particuliers qui auraient réussi à contourner les mesures techniques par tous moyens accessibles au sein de leur famille. En effet, le combat contre la copie parfaite que livrent les ayants-droit se déroule de toute façon sur d'autres terrains que celui de la copie effectuée par les particuliers, d'une part, en poursuivant les fournisseurs d'outils de contournement²¹ et de contrefaçons et d'autre part, en inventant des mesures techniques de plus en plus performantes.

B. Mondes analogique et numérique inséparables ?

²⁰ Prenons par exemple le système anti-copie « Key2audio » que Sony a appliqué sur certains disques compacts afin d'en empêcher la lecture par les PC et Mac. Ce dispositif permet d'empêcher le propriétaire du CD d'en faire une reproduction numérique par l'intermédiaire de son ordinateur. Il l'empêche aussi d'en convertir les plages en format MP3 afin de les « partager » par l'intermédiaire de systèmes peer to peer. (*LegalBizNext Magazine*, « Des systèmes anticopie peu dissuasifs », le 06 juin 2002, <http://www.legalbiznext.com> (5 avril 2003)). Il paraît que ce système peut être contourné par la simple apposition sur le CD d'un adhésif : certains internautes ont fourni sur Internet la technique à employer afin de contourner ce dispositif (<http://key2audio.aktualne.cz/> (5 avril 2003)). Tout internaute a donc la faculté de « déplomber » cette mesure technique ; or ce contournement est sanctionné par l'article 6 de la directive.

²¹ Citons comme exemple la célèbre affaire américaine DeCSS où des étudiants, adeptes du mouvement Linux, furent condamnés pour le fait d'avoir désactivé la mesure technique protégeant certains DVD et mis à disposition sur Internet le dispositif de contournement.

Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000) (preliminary injunction 1/20/00).

Le considérant 38 de la directive souligne que « *la confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et de faire une distinction entre elles à certains égards* ». Ayant ce considérant à l'esprit, nous pouvons nous demander si le législateur européen tend à vouloir établir une séparation entre les mondes analogique et numérique. Doit-on appliquer à ces mondes deux droits d'auteur différents ?

L'analyse de l'article 6, §2, al. 4 nous a déjà permis de constater que le statut des exceptions était davantage encadré en ce qui concerne le monde numérique. En matière de copie privée, la situation est encore plus marquée. Cet article prévoit qu'en matière de copie privée, les Etats membres peuvent intervenir afin d'assurer aux bénéficiaires de l'exception la faculté de pouvoir exercer celle-ci en dépit des mesures techniques si les titulaires des droits ne l'ont pas permis volontairement. Cependant, les Etats membres peuvent agir « *à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions* ». Résumons la situation : premièrement les Etats membres peuvent décider ou non d'instaurer l'exception de copie privée. Deuxièmement, s'ils le font, ils peuvent également décider de garantir l'exercice de celle-ci à ses bénéficiaires grâce au « régime spécial » de l'article 6, §2, al. 4. Mais, troisièmement, ils doivent laisser les ayants-droits libres de régler le nombre de copies possibles au cas où l'exception serait exercée. La première étape concerne le régime général et sera le seul prescrit légal applicable en matière analogique : aucune allusion n'est faite à propos d'une quelconque limitation du nombre de copies. Les bénéficiaires ont donc le loisir de reproduire l'œuvre autant de fois qu'ils le veulent. Par contre, en ce qui concerne le monde numérique, leur exception ne leur permet que d'effectuer le nombre de copies permises par les mesures techniques (copy management system²²) apposées par les ayants-droit. La position des bénéficiaires de l'exception est donc à priori moins favorable lorsque l'on passe au numérique.

Cependant il nous semble qu'il est impossible de séparer les mondes analogique et numérique comme le prescrit le considérant 38. Nous allons tenter d'établir cette affirmation par l'exemple suivant.

Pour répliquer aux arguments prônant le non-respect de l'exception de copie privée par le fait de la protection légale des mesures techniques, on peut rétorquer que la copie analogique est toujours possible. Supposons qu'un internaute se rende sur un site Internet proposant le téléchargement de fichiers musicaux de manière licite et respectant les droits d'auteur²³, et qu'il télécharge un fichier musical protégé par des mesures techniques. Malgré cette protection, rien n'empêche l'internaute de brancher un enregistreur cassette ou minidisk à la sortie « line out » de la « carte son » de l'ordinateur et d'effectuer une copie analogique de la musique produite grâce à ce dernier²⁴. Ce système cause une faible perte de qualité

²² DUSOLLIER, S., « Fair use by design in the european copyright directive of 2001 : an empty promise », *IIC vol. 34*, 2003, n°1, p. 71.

²³ Prenons par exemple le site PressPlay.com. Ce site est la nouvelle plate-forme musicale issue d'une joint venture entre Sony et Vivendi Universal proposant le téléchargement de musique parmi les fichiers d'un important catalogue moyennant le paiement d'une somme mensuelle incluant le prix du service et le paiement des droits d'auteur.

²⁴ En effet, même si la musique traitée par ordinateur est en format numérique, celle-ci doit de toute façon, à un moment ou à un autre, retourner à sa forme naturelle, à savoir l'onde. C'est le cas lorsque l'ordinateur transforme la musique numérique en pulsions électriques qui feront vibrer les membranes des baffles reliés à l'installation

sonore (même si celle-ci est fortement atténuée en ce qui concerne la technologie minidisk : en effet, ces données analogiques sont directement numérisées et conservées sous ce dernier format sur le minidisk). Cette copie est possible car les mesures techniques n'ont d'effet que lors de traitements de type numérique et sont annihilées au passage analogique.

En termes de « droit d'auteur traditionnel » cette pratique répond sans doute aux critères de l'exception de copie privée : l'internaute étant en possession d'une copie légitime d'un morceau musical en effectue une copie sur cassette ou minidisk afin de pouvoir profiter de ce morceau dans sa voiture. L'internaute a-t-il effectué un contournement de la mesure technique tel que décrit à l'article 6 de la directive ? Tout d'abord, l'article 6, §3, précise que « les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection ». Il nous semble que les titulaires du droit ne peuvent aucunement prétendre pouvoir contrôler ce genre d'activité au moyen de mesures techniques numériques et ne peuvent espérer protéger le fichier musical par un quelconque moyen contre le « passage à l'analogique ». Ensuite, si l'on se réfère à l'article 6, §1, il peut être soutenu que dans le cas d'espèce l'internaute n'effectue pas cette copie « en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'il poursuit un objectif de contournement d'une mesure technique » : l'internaute ne fait qu'utiliser une technologie mise à sa disposition et utilisable que le fichier musical soit « plombé » ou non.

Poursuivons notre raisonnement. Une fois cette copie analogique effectuée sur cassette ou minidisk, il est possible de reconvertir la musique reproduite en un nouveau fichier musical numérique. Celui-ci n'est plus sujet aux mesures de protection, ces dernières n'ayant pas survécu au « passage » analogique. Cette deuxième copie tombe-t-elle également dans le champ d'application de la copie privée ? La réponse est sans doute positive : l'internaute en possession d'un exemplaire légitime effectue une copie sur son ordinateur afin de pouvoir écouter le morceau musical sur son ordinateur.

Une question cruciale se pose : le procédé ci-dessus décrit peut-il être considéré comme un acte de contournement des mesures techniques sanctionné par la directive ? En effet, si nous résumons la situation, l'internaute avait au départ téléchargé sur son ordinateur un fichier musical protégé par une mesure technique et se retrouve, après les diverses manipulations explicitées ci-dessus, avec un deuxième fichier du même morceau musical dont la qualité sonore est légèrement inférieure à l'original mais dépourvu de protection technique. Est-il utile de préciser que ce procédé permet une fois de plus la création du premier maillon de la chaîne de copies ci-dessus décrite.

A ce stade de notre réflexion, nous arrivons au cœur du conflit entre le droit d'auteur traditionnel et le droit d'auteur de la société de l'information, au court-circuit analogique-numérique. Une copie à usage privé effectuée par les « techniques traditionnelles », et qui aurait pu être l'exemple type de l'exception consacrée, deviendrait elle-même la mesure de contournement interdite par la nouvelle directive. Il paraît donc bien qu'en matière de

afin de transformer cette énergie électrique en énergie acoustique (ondes). C'est également le cas lorsque la musique est traitée par l'ordinateur afin de la transférer au moyen de signaux électriques à d'autres appareils au moyen de la sortie « line out » ou autre « sortie casque ».

musique, un compromis équilibré entre la protection du droit d'auteur par des mesures techniques et le respect de l'exception de copie privée ne pourra jamais être atteint.²⁵

La réponse à la question posée est donc, de ce fait, loin d'être évidente. Alors que certains parleront de contournement de la loi ou invoqueront le principe de neutralité technologique pour faire tomber ce procédé dans la catégorie des actes de contournement sanctionnés par l'article 6, d'autres proclameront l'incohérence de la directive et mettront en exergue les principes généraux concernant la copie privée afin d'avaliser la pratique décrite.

L'article 6, §4, sensé régler le rapport entre la protection des mesures techniques et l'application de l'exception de copie privée n'apporte pas de réponse à ce problème. En effet, cet article ne fait que permettre aux Etats membres de prévoir des mesures visant à garantir au bénéficiaire de l'exception la faculté d'en bénéficier. En définitive, cet article règle la situation où l'on est obligé de contourner une mesure technique afin d'effectuer une copie privée, et non la situation où c'est la copie privée qui constitue le contournement.

Une fois de plus, il nous semble qu'une « exception de contournement privé » aurait couvert légalement la contradiction décrite ci-dessus.

Rémunération pour copie privée des œuvres et prestations sonores et audiovisuelles.

Selon l'article 5, §2, (b) de la directive, l'exception de copie privée ne peut être accordée par un Etat membre qu'à la condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

En Belgique, un système de rémunération équitable pour la copie privée fut déjà prévu au chapitre IV de la LDA. Cette rémunération est payée par les fabricants importateurs ou acquéreurs intracommunautaires de supports ou d'appareils permettant la reproduction d'œuvres sonores et audiovisuelles à Auvibel, société représentative de l'ensemble des sociétés de gestion des droits. Les montants ont été prévus à l'article 2, §1 de l'arrêté royal du 28 mars 1996 relatif au droit à rémunération pour copie privée des auteurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles²⁶. Cette rémunération se calcule en pourcentage du prix de vente des appareils permettant la reproduction des œuvres protégées. En ce qui concerne les supports, elle s'élève à un montant forfaitaire fixé par heure d'enregistrement, ce montant étant plus élevé pour les supports numériques (pour les « CD – Recordable audio » par exemple) que pour les supports analogiques (pensons à la cassette traditionnelle). Cependant l'article 2, §3 de cet arrêté prévoit que la rémunération pour copie privée applicable aux supports informatiques utilisables pour la reproduction d'œuvres sonores ainsi qu'aux appareils informatiques permettant cette reproduction s'élève à zéro pour cent du prix de vente de ces articles. Cela signifie qu'actuellement, malgré le fait qu'il soit possible de conserver des centaines d'heures de musique sur des disques durs, « CD – Recordable data » et autres moyens informatiques,

²⁵ Notons que la situation peut être similaire dans d'autres domaines. Que penser du cas où une personne téléchargerait un fichier texte protégé contre la copie, l'imprimerait et le scannerait afin d'en faire un nouveau fichier non protégé ? Encore qu'à cet égard, certaines mesures techniques permettent d'empêcher l'impression.

²⁶ *M.B.*, 6 avril 1996, p. 8219-8223.

les montants actuels prélevés pour ce type de copies privées sont nuls. Le gouvernement belge prévoit de modifier l'arrêté royal afin de l'adapter à la réalité technologique²⁷.

L'article 5, §2 (b) de la directive précise que la compensation équitable doit prendre en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés.

Une fois de plus, cette précision entraîne qu'il faille établir une distinction entre numérique et analogique. Alors que la rémunération pour la copie privée garde un certain sens en matière analogique (quoi qu'en pratique, l'usage de cassettes audio s'efface devant l'hégémonie du disque compact), l'apposition de mesures techniques sur le matériel numérique met en question l'opportunité d'un système forfaitaire en ce qui concerne cette technologie. Les mesures techniques sont protégées légalement de manière quasi absolue. Le seul article prévoyant l'organisation d'un système d'exception est l'article 6, §4. Or ce dernier promet que les ayants droit prévoient des mesures volontaires et contractuelles afin de permettre le bénéfice d'exceptions aux droits d'auteur. Dans ces contrats, les ayants-droit peuvent donc, de ce fait, prévoir une rémunération. D'autre part, le système d'exceptions de l'article 6, §4 n'est pas obligatoire pour les Etats membres en matière de copie privée (art. 6, §4, al. 2), ne concerne pas les services « on demand » (art. 6, §4, al. 4) et ne s'applique pas aux mesures techniques limitant le nombre de copies (art. 6, §4, al. 2). Comment doit-on appréhender le système de rémunération pour copie privée? L'on peut prédire que l'avenir proche nous réserve un monde où toute information musicale se présentera sous la forme de fichiers numériques protégés, que ceux-ci soient fournis sur supports informatiques ou par le biais d'Internet. Vu la protection légale de ces mesures telle qu'instaurée par la directive, la rémunération pour copie privée n'aurait plus de raison d'être : théoriquement, la copie privée ne serait plus possible. Cependant, rien n'oblige les ayants-droit à protéger leur œuvre au moyen de telles mesures. Dans ce cas, ces œuvres ne seraient concernées, en matière d'exceptions, que par l'article 5 de la directive. De plus, nous avons vu que les mesures techniques étaient loin d'être infaillibles. La rémunération pour copie privée garderait un sens dans la mesure où il est établi que celle-ci couvre également les copies interdites²⁸. Si l'on suit ce raisonnement, il faut malgré tout se mettre à la place des utilisateurs de matériel informatique scrupuleux. Ceux-ci se verraient imposer une « taxe » supplémentaire sur tout support ou matériel permettant la reproduction alors que cet acte serait empêché par des mesures techniques légalement protégées. Cette taxe serait donc injustifiée dans le chef des personnes de bonne foi, à moins que l'on n'assouplisse le système actuel par l'introduction d'une « exception de contournement privé » telle que déjà proposée plus haut. Enfin, certains organismes culturels seraient également fort désavantagés par l'abandon de la rémunération pour copie privée. En effet, rappelons que l'article 58, §2 de la LDA prévoit que « *les Communautés et l'Etat fédéral peuvent décider d'affecter trente pour cent du produit de la rémunération pour copie privée à la promotion de la création d'œuvres, par accord de coopération en application de l'article 92bis, §1^{er} de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles* »²⁹.

²⁷ Le ministre de l'économie Charles Piqué a en effet proposé un projet d'arrêté royal en ce sens, <http://www.belgium.be/eportal/application?pageid=contentPage&docId=21683> (5 avril 2003). Voir par ex. : JENOTTE, A., « Un droit d'auteur va frapper le cédérom informatique vierge dès 2003 », *Le Soir*, La Vie du net du vendredi 22 Janvier 2003, http://dossiers.lesoir.be/laviedunet/Internautes/A_032FE0.asp (5 avril 2003).

²⁸ DEBRULLE, J., « La loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins et les droits à la rémunération pour copie privée », *Rev. Dr. ULB*, n°14, 1996, p. 64 ; Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *Doc. Parl.*, Ch. Représ., 473/33 p. 280.

²⁹ En fait, actuellement, ce sont les sociétés de gestion collective qui ont pris l'initiative de consacrer une partie de leurs revenus à des investissements culturels.

Conclusion

En matière d'exception de copie privée, la nouvelle directive sur le droit d'auteur établit d'importantes distinctions entre les mondes numérique et analogique.

En matière analogique, l'équilibre du droit d'auteur traditionnel est apparemment bien conservé. L'auteur se voit reconnaître les droits patrimoniaux de reproduction, communication au public et distribution. Ces droits peuvent être limités par les Etats membres soucieux de répondre aux problèmes liés à la « market failure » ainsi qu'au respect de la vie privée par l'exception de copie privée si celle-ci s'accompagne de mesures prévoyant la rémunération pour copie privée.

Cet équilibre est beaucoup plus difficile à atteindre dans le monde numérique. Le législateur a voulu protéger les mesures techniques de protection, apparemment vitale dans un environnement où règne la menace de la copie parfaite et de la propagation à outrance. Par le biais de l'article 6, §4, il a cependant voulu laisser aux Etats membres la possibilité de laisser une porte ouverte à la copie privée légale.

Nous avons vu que ce régime légal de l'article 6, §4 sortait des concepts juridiques traditionnels, instaurant en des termes flous et ambigus un système qui semble difficilement organisable. De plus, la copie privée telle que permise dans cet article consacré aux mesures techniques paraît beaucoup plus restreinte que celle reconnue à l'article 5.

Nous avons également souligné que les dispositions concernant les mondes analogique et numérique se court-circuitaient. La consécration de la protection légale des mesures techniques peut être perçue comme une entrave à la copie privée. En matière de musique, les rôles peuvent s'inverser : la copie privée peut se transformer en moyen de contournement des mesures techniques et constituer une entrave à la protection légale de ces mesures techniques. D'autre part, le système de l'article 6, §4 se sert de l'exception de copie privée, consacrée à l'ère analogique et justifiée par des considérations relatives à l'analogique, afin d'assouplir le régime de protection des mesures techniques qui se voulait absolu. Par ce fait, elle semble avoir modifié la nature de l'exception de copie privée.

C'est la crainte des possibilités techniques du matériel numérique qui a poussé le législateur à protéger légalement les mesures techniques. Cependant, ces mesures techniques sont sensées protéger les auteurs contre la violation de droits que leur reconnaissait déjà la loi. En pratique, se pourrait-il qu'une mesure légale soit plus respectée qu'une autre ? Sans doute, si l'on considère que la première prévoit une sanction beaucoup plus lourde ou s'adresse à un nombre beaucoup plus restreint de contrevenants potentiels. Mais lorsque l'on aborde le monde numérique, on doit inmanquablement considérer l'Internet. Or le réseau des réseaux, auquel se connectent de plus en plus d'ordinateurs « familiaux », se présente comme une communauté où chacun profite des écarts commis par les autres. Dans cet environnement, les contournements des mesures techniques, tout comme la contrefaçon en général, paraissent difficilement contrôlables. C'est pourquoi il nous semble qu'une rémunération pour copie privée élevée et adaptée en conséquence, ainsi qu'une adaptation légale dans ce sens (instauration d'une « exception de contournement privé » ?) sembleraient être une alternative plus réaliste afin de pourvoir à la rémunération des auteurs.