

## Mesures techniques et copie privée : round 1 ?

**À la veille de son 200e numéro, L'Égipresse s'enrichit d'une nouvelle rubrique et proposera désormais chaque mois, dans son cahier Actualité, sous forme de tribune ou d'interview, le point de vue ?à chaud? d'une ou plusieurs personnalité(s) qualifiée(s), en réaction à un projet de réforme, un texte récemment adopté, une jurisprudence retentissante?**

1. Dans l'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, une disposition était très attendue : est-ce que le fameux ? et obscur ? article 6.4 de la directive allait être transposé ? Et dans l'affirmative, comment? Cet article vise à permettre un équilibre entre la protection des mesures techniques et les exceptions, lorsque les premières empêchent les utilisateurs de bénéficier des secondes. Les titulaires doivent donc ? pour certaines exceptions ? prendre des mesures volontaires pour permettre aux utilisateurs de bénéficier des dites exceptions. En l'absence de mesures volontaires, l'État peut prendre des mesures appropriées. L'avant-projet règle simplement la question: l'article 7 alinéa 2 est ainsi rédigé : « Ces mesures [les mesures techniques] s'imposent à tous. Elles doivent néanmoins permettre au bénéficiaire des exceptions prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L 122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L 211- 3, et à l'article L 331-4 d'en jouir lorsqu'il a un accès licite à l'œuvre. Le titulaire de droit n'est pas tenu d'ôter les mesures techniques en cas de mise à disposition des membres du public de manière à ce que chacun puisse avoir accès à l'œuvre au moment et à l'endroit qu'il choisit, dès lors qu'il y a licitement accès. Le juge peut prescrire à toute personne mentionné au premier alinéa toute mesure de nature à assurer le bénéfice des exceptions visées au deuxième alinéa. »

2. Si le texte a un mérite, celui de la simplicité, cette même concision amène beaucoup d'interrogations sur la pertinence de la proposition. Tout d'abord, fallait-il transposer l'article 6.4 ? La transposition est obligatoire pour ce qui concerne la cohérence entre les mesures techniques et les exceptions au bénéfice des handicapés, mais pas pour la copie privée. Le choix aurait pu être fait de ne pas transposer maintenant l'article 6.4-2 la concernant. En effet, le texte prévoit que les titulaires de droit doivent prendre de telles mesures volontaires dans un délai raisonnable. Ce n'est qu'en cas d'absence de celles-ci que l'État doit intervenir. Il eût alors été possible de se laisser le temps d'apprécier la portée exacte des mesures techniques ? encore largement virtuelles ? sur la copie privée ? tout à fait réelle. Mais on peut comprendre qu'il soit apparu nécessaire d'anticiper, et d'offrir un cadre satisfaisant de résolution des conflits avant leurs apparitions. Et puisqu'il est question d'établir une balance des intérêts, il n'est pas inutile de s'interroger sur les ?intérêts? en présence.

3. Les mesures techniques contre la rémunération pour copie privée : la publication du projet de loi a entraîné une large levée de boucliers des organismes représentant les utilisateurs et consommateurs. L'argument est simple : si la mesure technique interdit la copie privée, celle-ci disparaît, ce qui ne serait pas acceptable.

4. Il semble évidemment légitime de prendre en considération les intérêts des utilisateurs. Mais quels sont-ils? Le confort de l'utilisateur? Le respect

de la sphère de la vie privée? Un objectif social et culturel d'accès à la connaissance ? Cette question ? fondamentale ? ne semble pas toujours clairement posée. La question est centrale et n'est pourtant pas traitée au-delà des ?pétitions? de principe sur la ?liberté? de l'utilisateur. Aux origines, la copie privée a été autorisée pour des raisons pratiques (et non d'intérêt social): l'impossibilité ? et l'inopportunité ? de contrôler les agissements privés des individus. Est-il sérieux de mobiliser l'ensemble des institutions de ce pays pour savoir si l'utilisateur sera obligé d'emporter sa caisse de CD inviolables de sa résidence principale à sa maison de campagne? Ou faut-il estimer que les habitudes de copie privée ? favorisant l'enrichissement personnel de l'individu dans sa sphère privée ? doivent modifier l'approche du problème et permettre d'ériger cet acte intime de la copie en intérêt devant être protégé par le droit? 5. Il y a ensuite l'argument, plus ?trivial?, du double paiement: le paiement de la rémunération pour copie privée serait privé de ?cause? si l'utilisateur ne peut copier du fait des mesures techniques. Il est aujourd'hui brandi sans qu'aucune preuve n'ait pu être apportée de sa réalité, l'?uvre étant aujourd'hui proposée au public par de nombreux vecteurs ne faisant pas l'objet de mesures techniques. Et tous ne feront pas a priori l'objet de celles-ci. La protection des mesures techniques obéit à un objectif simple: permettre aux ayants droit de contrôler leurs ?uvres et de protéger la création, celui de la copie privée étant de réparer le préjudice considérable subi par ces ayants droit du fait des copies. Avant d'envisager de tarir ou de réduire les flux financiers légitimes de la copie privée, il faudra démontrer l'impact in concreto des mesures sur les com-portements de copie des individus. La directive prend en compte d'ailleurs ce décalage entre un préjudice actuel et un risque virtuel, en prévoyant ? prudemment ? différentes étapes avant de demander à un ayant droit de lever une mesure technique (constat de l'absence de mesures volontaires, relais de l'État qui doit prendre les mesures appropriées dans un délai raisonnable; rapport d'étape pour évaluer l'impact réel des mesures sur le marché).6. La disparition de la rémunération pour copie privée : au profit de qui ? Les mesures techniques étant mises en ?uvre par les producteurs et diffuseurs, les rémunérations versées en contrepartie de leur levée permettant l'accès à l'?uvre seront alors perçues, non par les auteurs et les artistes interprètes, mais par leurs partenaires économiques. Alors que la rémunération pour copie privée est répartie selon des clefs fixées par la loi au profit essentiellement des auteurs et artistes interprètes, la nouvelle configuration ainsi obtenue aboutirait à favoriser les producteurs et diffuseurs: le reversement des rémunérations perçues au titre des exploitations contrôlées par les mesures techniques s'effectuerait alors selon les contrats négociés entre les artistes et auteurs d'une part, et leurs cessionnaires d'autre part. Il est évident que les auteurs et en tout cas les artistes risquent, au bout du compte, de percevoir des rémunérations moindres, même si, sur le strict plan juridique, les causes des rémunérations sont distinctes. Dès lors, le maintien de la possibilité de copie privée par une limitation effective des mesures de protection devrait être certainement une des demandes des auteurs et artistes interprètes. 7. Les mesures volontaires doivent-elles concerner tous les vecteurs de diffusion? Il ne faut pas oublier les cas, comme le webcasting, où la diffusion est assurée sans qu'aucune copie ne soit techniquement possible, et sans que cela ne pose problème. Faudra-t-il

alors que les radios et sites web modifient leurs modalités de diffusion pour permettre à chacun de copier, à titre privé, le flux? Les sociétés de gestion collective dans le domaine de la musique conditionnent leurs autorisations à l'impossibilité de télécharger, donc, en pratique, de permettre à l'utilisateur d'effectuer une copie privée (tout en réservant expressément, dans les nouveaux contrats SACEM, la rémunération pour copie privée issue des copies faites par les utilisateurs). Il est vrai qu'ici, aucune mesure technique n'est prise par les ayants droit pour limiter ou interdire la copie. Mais l'obligation pèse alors sur l'exploitant du fait d'une demande des ayants droit : la mesure technique est-elle encore celle définie par la directive, puisque l'ayant droit ne la contrôle pas? 8. Il existe d'autres systèmes de protection juridique des protections techniques. L'accès à un service ou un objet verrouillé techniquement est déjà protégé par le droit pénal de l'informatique ou la directive sur l'accès conditionnel. Dans ces autres systèmes, les bénéficiaires de la protection n'ont aucune obligation de respecter les « droits » des utilisateurs. Les accès aux « œuvres et objets protégés » pourront donc être rendus impossibles par les opérateurs des systèmes d'accès, sans aucune contrepartie. La question peut alors légitimement se poser de l'équilibre entre ces opérateurs et les titulaires de droit: pourquoi ces derniers devraient répondre à de nouvelles obligations au regard des « utilisateurs » et pas les premiers? Les travaux sur la transposition auraient pu permettre de remettre en cohérence l'ensemble des systèmes de protection des accès et objets protégés. D'ailleurs, les mesures techniques concernées par le texte sont celles permettant un contrôle efficace par les titulaires eux-mêmes, ce qui devrait exclure du texte toutes mesures techniques prises par d'autres.<sup>9</sup> Le texte de l'avant-projet, en simplifiant l'article 6.4, a oublié de préciser trois points importants : ? il n'est pas fait référence aux limitations des « intérêts » des utilisateurs. La directive prévoit que les mesures techniques doivent être levées « dans la mesure nécessaire », et pour la copie privée, en prenant en compte les mesures adéquates « quant aux nombres de reproduction »; ? le test des trois étapes, rappelé à l'article 6.4 n'a pas été repris ; ? l'article 6.4 ne s'applique pas aux services permettant à l'utilisateur d'avoir accès à l'« œuvre au moment ou à l'endroit qu'il choisit. Le texte français a oublié de reprendre la condition de l'accès à ce service « selon les dispositions contractuelles convenues ». <sup>10</sup> En cas de blocage entre titulaires et bénéficiaires des exceptions, l'avant-projet de loi a d'abord prévu le recours au juge. Saisi du cas d'espèce, son intervention restait alors exceptionnelle et limitait alors potentiellement la possibilité de renforcer les utilisateurs. Mais l'inconvénient du développement d'une jurisprudence chaotique existe, surtout en l'absence de critères précis permettant de déterminer les « mesures volontaires ». Le recours à une commission ou à une médiation permet alors en amont de dégager une ligne générale, afin que les acteurs du marché anticipent mieux leurs actions. Elle aboutit toutefois à consacrer définitivement une égalité entre la légitimité des intérêts des titulaires et des bénéficiaires des exceptions qui, encore une fois, ne nous semble pas démontré. Il est aussi parfois proposé de confier à la commission Brun-Buisson le soin de traiter des conflits, ce qui nécessiterait de modifier profondément sa mission.<sup>11</sup> Le débat actuel démontre en tout cas une vraie difficulté de « communication » des ayants droit : leur protection semble difficile à faire admettre aux

représentants des utilisateurs et consommateurs. Le ?public? a aujourd'hui le sentiment que les droits de propriété intellectuelle ne sont plus qu'une arme juridique aux mains des grands groupes ou des sociétés de gestion collective, et a du mal à percevoir le lien entre l'argent versé en aval et celui reversé aux créateurs en amont. Même si ce ?sentiment? n'est pas toujours justifié par la réalité des flux financiers, il mérite en tout cas d'être pris en considération : le débat entre mesures techniques et exceptions constitue un lieu privilégié de cette prise en considération.

**Auteur(s) :**

**Gilles VERCKEN - Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Gilles Vercken**