

Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information

A propos de la Directive 2001/29/CE du parlement européen 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

Par Vincent Grynbaum

Chargé de cours en droit de l'informatique au Conservatoire National des Arts et Métiers

email : vincent@grynbaum.com

Introduction

1. La société de l'information a favorisé l'émergence de nouvelles formes d'exploitation des droits de propriété intellectuelle rendant ainsi indispensable l'adaptation du droit communautaire en la matière. C'est dans ce contexte que la 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* » a été élaborée¹.
2. Les Etats membres disposent d'un délai de 18 mois à compter de la publication au JOCE pour transposer la directive dans leur droit national.
3. Parmi les différents points abordés par la directive, le droit de reproduction est sans aucun doute celui qui a soulevé le plus de controverses. En effet, le développement du numérique a bouleversé la notion classique de reproduction.
4. Les nouvelles technologies ont, d'une part, rendu indispensable l'insertion d'une nouvelle exception applicable aux reproductions provisoires (I) et, d'autre part, remis en cause l'exception traditionnelle de copie privée (II).

I. Numérique et avènement de l'exception de reproduction provisoire

5. Il est essentiel d'analyser les différents modes de reproduction provisoire inhérents à l'univers numérique afin de percevoir la portée de l'exception de reproduction provisoire introduite par la directive.

A. Les reproductions provisoires inhérentes à l'univers numérique

6. Alors que les reproductions « classiques » permettent de mettre à la disposition du bénéficiaire l'œuvre reproduite, dans le monde binaire, certaines reproductions provisoires répondent essentiellement à des impératifs techniques nécessaires à la transmission et à l'exploitation rationnelle de l'œuvre.
7. Certains de ces modes de reproduction sont indispensables au fonctionnement des ordinateurs et des réseaux. Il convient donc de les examiner brièvement.

¹ Sur cette directive :

P. Sirinelli, *Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire*, JCP Ed. G., 5 janvier 2000, p. 13.

X. Buffet Delams d'Autane et E. de Noblet, *L'adaptation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins à un environnement numérique* : Gaz. Pal., 23-24 juin 2000, p.26 ; S. Dussollier, *Internet et droit d'auteur*, D&NT, 7 mai 2001, <http://www.droit-technologie.org/fr/2_1.asp?dossier_id=56> ;

C. Caron, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen* : Com. com. electr. Mai 2001, p.20 ;

L. Bochurberg et S. Lefort, *Directive droit d'auteur et société de l'information*, Com. com. electr. Oct. 2000, p.18.

Le routing

8. Le *routing* consiste pour un ordinateur à acheminer des données sur une route sélectionnée en fonction de divers critères. Une fois la route déterminée, l'ordinateur utilise un protocole pour transmettre les données.

9. Les protocoles de transmission de données sur les réseaux, et en particulier sur Internet, ont pour particularité de transmettre l'information via plusieurs ordinateurs successifs. Les informations sont découpées en paquets puis transitent par des machines intermédiaires (notamment les routeurs) qui effectueront une copie de ces informations avant de les aiguiller vers le chemin le plus rapide pour parvenir à l'ordinateur destinataire.

Le caching

10. Le *caching* consiste à stocker temporairement des données dans une zone rapidement accessible.

11. Sur Internet le *caching* est effectué successivement chez le FAI (Fournisseurs d'Accès Internet) et chez l'abonné.

12. Tout d'abord, les FAI disposent de disques durs très importants sur les ordinateurs servant d'intermédiaires entre leurs abonnés et le réseau Internet (les *proxy*). Ainsi, lorsqu'un abonné télécharge des données, celles-ci sont conservées plus ou moins temporairement sur ces disques durs. Ceci évite d'avoir à aller les rechercher sur le réseau si elles sont demandées à nouveau par un autre abonné. On parle dans ce cas de « prélecture » sur un support rapide (le disque dur). Cela répond à un double objectif : accélérer le temps d'accès aux données pour les abonnés et décongestionner les réseaux. Il s'agit également d'un calcul économique de la part des FAI pour lesquels il est moins cher de disposer d'importants disques durs conservant ces données plutôt que d'acheter plus de bande passante.

13. Par ailleurs, sur les postes des abonnés eux-mêmes, les logiciels de navigation exercent automatiquement une copie, dans un dossier temporaire², des informations consultées. Cela évite d'avoir à re-transférer les données si l'utilisateur les redemande à nouveau.

Le browsing

14. Le *browsing* désigne le survol de l'information lors de la navigation sur les réseaux. Quand des données sont consultées sur Internet, elles sont chargées de façon temporaire dans la mémoire vive de l'ordinateur (la RAM). Cette reproduction des données est éphémère puisqu'elle disparaît définitivement une fois la consultation des données correspondantes terminée.

Le streaming

15. Le *streaming* est un cas particulier de *browsing* qui constitue l'un des enjeux majeurs d'Internet. En effet, ce procédé permet d'écouter ou de visionner un contenu multimédia à la volée, c'est à dire simultanément à son téléchargement. Le plus souvent les procédés de *streaming* sont protégés dans la mesure où le contenu n'est chargé que dans la mémoire vive³ et disparaît une fois l'information consultée. Cependant il existe des logiciels permettant de contourner cette protection et d'enregistrer sur le disque dur de façon non temporaire l'information consultée.

16. Ces copies éphémères ou temporaires de données sont indispensables au fonctionnement rationnel de l'informatique mais, parallèlement, sont susceptibles de mettre en cause le droit exclusif de reproduction sur les œuvres ou les objets protégés. C'est pourquoi la directive est intervenue pour concilier ces impératifs techniques et le droit exclusif de reproduction.

² Dossier appelé *Temporary Internet Files*.

³ Pour assurer la continuité le flux de données passe par une mémoire tampon.

B. L'exception de reproduction provisoire introduite par la directive

17. La directive définit le droit exclusif de reproduction d'une façon très large afin d'assurer aux titulaires de droits la protection la plus étendue possible. Désormais, il est certain que ce droit exclusif a vocation à couvrir tous les actes de reproduction provisoire évoqués précédemment (Considérant 21 et article 2⁴).

18. Cependant, la directive, tenant compte du caractère indispensable des reproductions provisoires propres à l'univers numérique, instaure une nouvelle exception obligatoire au droit exclusif de reproduction (Considérant 33 et article 5 § 1).

19. L'avènement de cette nouvelle exception a donné lieu à des débats mouvementés entre le Parlement et la Commission européenne s'agissant de la détermination de son champ d'application. Ceci explique en grande partie le manque de clarté dans la rédaction de cette exception.

20. L'article 5 § 1 s'applique aux actes de reproduction provisoire. Cependant l'application de l'exception est soumise à plusieurs conditions. Deux d'entre elles apparaissent essentielles, l'une ayant trait à la nature provisoire de la reproduction, l'autre à sa destination.

> Concernant la nature provisoire de la reproduction, celle-ci doit être transitoire ou accessoire :

21. Le terme *transitoire* semble viser les copies éphémères nécessaires à la transmission des données (ex : *routing*).

22. Le terme *accessoire* semble viser quant à lui les stockages temporaires effectués pour des raisons techniques (ex : *browsing, streaming, caching client et proxy*).

23. Certains parlementaires européens proposaient que la reproduction provisoire soit « *accessoire et transitoire* » afin d'exclure le *caching proxy* du champ d'application de l'exception.

> Concernant la destination de la reproduction provisoire celle-ci doit avoir pour unique finalité :

une « *transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire* »

ou

une « *utilisation licite* »

d'une œuvre ou d'un objet protégé.

24. Cette seconde condition induit un traitement différent selon que la copie provisoire est partie intégrante d'un procédé de transmission ou non.

25. Dans le premier cas, l'exception s'applique sans considération de la licéité de l'utilisation de l'œuvre ou l'objet protégé transmis. Ceci a pour but de dégager les intermédiaires techniques, impliqués dans la transmission, de toute responsabilité s'agissant des reproductions provisoires qu'ils effectuent dans le cadre de leur activité.

26. Cependant le considérant 59 précise que les titulaires de droits pourront demander à un juge qu'il ordonne à l'intermédiaire de mettre fin à une atteinte à leurs droits. On peut en déduire que si une œuvre est mise en ligne sans l'accord de l'auteur, il pourra exiger que celle-ci soit retirée du *cache proxy* alors même que l'intermédiaire bénéficie de l'exception de reproduction provisoire.

⁴ Le droit de reproduction s'applique aux reproductions « *directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* ».

27. En revanche, lorsque la reproduction n'est pas partie intégrante d'un procédé de transmission entre tiers, l'exemption ne vaudra que si l'utilisation projetée de l'œuvre ou de l'objet protégé est licite. Cela vise les reproductions provisoires effectuées par les tiers (*browsing, caching client, streaming*).

> Prenons le cas d'un internaute qui visualise une œuvre en ligne :

28. Techniquement, cette visualisation met en cause deux droits distincts : le droit de communication au public et le droit de reproduction (reproduction éphémère dans la mémoire vive et temporaire sur le disque dur, correspondant au *browsing* et au *caching*).

29. Si l'auteur de l'œuvre n'a concédé que le droit de communication au public, les reproductions éphémères et temporaires devraient être illicites. Mais étant donné que leur unique finalité, qui consiste en la visualisation de l'œuvre, est licite, la directive exempte l'internaute pour les seules reproductions provisoires.

30. En revanche, si l'auteur n'autorise pas la communication au public de son œuvre sur Internet, la visualisation de l'œuvre est illicite et, par conséquent, les reproductions éphémères et temporaires ne bénéficieront pas de l'exemption.

31. Le fournisseur d'accès impliqué dans cet exemple bénéficiera dans tous les cas de l'exception de reproduction provisoire. Cependant il pourra être contraint, par décision d'un juge saisi par le titulaire des droits, de retirer de son *cache proxy* une œuvre diffusée en ligne sans l'accord de l'auteur.

32. D'autres critères conditionnent le jeu de l'exemption. Cependant ces conditions supplémentaires sont insuffisamment définies et devraient donc faire l'objet de débats ultérieurs.

33. Ainsi, ces reproductions provisoires doivent être en outre une « *partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* » et ne doivent pas avoir de « *signification économique indépendante* ».

Synthèse des conditions requises pour le jeu de l'exception des reproductions provisoires

	<i>Routing</i>	<i>Caching FAI (cache proxy)</i>	Cache Abonné (cache client)	<i>Browsing</i>	<i>Streaming</i>
Reproduction provisoire : transitoire ou accessoire	transitoire et accessoire	accessoire (1)	accessoire (1)	accessoire	accessoire (2)
Unique finalité : transmission entre tiers OU utilisation licite	transmission entre tiers par un intermédiaire	transmission entre tiers par un intermédiaire	exemption dans le cadre d'une utilisation licite	exemption dans le cadre d'une utilisation licite	exemption dans le cadre d'une utilisation licite
Autres conditions requises : - doivent être partie intégrante et essentielle d'un procédé technique - ne doivent pas avoir de signification économique indépendante					

- (1) Cependant la notion de provisoire risque de susciter des contestations dans la mesure où la durée de ce « provisoire » varie en fonction de plusieurs facteurs (taille du disque dur, paramétrages, conditions d'utilisation...). Soulignons que les méta-tags *expire* ou *nocache* peuvent être insérés par l'éditeur du site web et permettent de contrôler la durée du *caching* ou de l'empêcher.
- (2) Sauf installation d'un logiciel de déblocage permettant d'enregistrer de façon non temporaire le flux de données.

34. Si la directive a introduit une exception afin de tenir compte des impératifs du numérique, elle à néanmoins remis en cause *in fine* l'exception de copie privée.

II. Numérique et remise en cause de l'exception de copie privée

35. C'est en raison du bouleversement du concept même de copie par le numérique que la directive a dû adapter le régime juridique de la copie privée.

A. Le bouleversement du concept de copie par le numérique

36. On sait que la copie numérique diffère de la copie analogique en ce qu'elle constitue un clone de l'exemplaire original et non une simple copie analogique plus ou moins dégradée. C'est le cas des copies effectuées avec des graveurs de CD qui permettent d'obtenir le clone d'un CD audio.

37. Par ailleurs, les copies sur support numérique présentent également l'avantage d'être faciles à effectuer et à échanger.

38. Parfois la copie numérique se fait avec une compression afin d'obtenir un fichier moins lourd. La compression dégrade donc bien l'exemplaire d'origine (CD ou DVD). En réalité, dans ce cas, les seuls clones seront les duplications de fichiers compressés (ex : de MP3 à MP3). Ainsi le MP3⁵ (pour MPEG Layer 3) permet de réduire des CD audio en un format numérique (le MP3) dix fois moins important.

39. Aujourd'hui la même question se pose avec les films distribués en DVD. En effet, le *codec DivX*⁶ permet de compresser un DVD (dont la taille peut varier de 4 à 16 Go) et de le stocker sur un seul CD-Rom (650 ou 700 Mo)⁷ avec une qualité certes dégradée mais tout à fait acceptable.

40. Cette compression associée à la vitesse de transmission sur les réseaux, permet aux internautes de s'échanger leur musique dans des délais très raisonnables. Cela a eu pour effet de transformer Internet en une gigantesque base de données musicale « gratuite » (avec l'arrivée de logiciels de P2P⁸). En ce qui concerne les films, le poids des fichiers vidéo reste à ce jour une barrière non négligeable à leur échange en ligne.

41. Cet échange d'œuvres en ligne a fait peser une menace sur les titulaires de droits et les ont poussés à réagir afin d'obtenir une meilleure protection face au numérique, notamment en remettant en cause l'exception de copie privée.

42. Parallèlement, cet échange d'œuvres en ligne a été perçu par les internautes comme une formidable liberté d'accès à la musique, certes illicite, mais gratuite. Dans cette perspective, le respect des droits d'auteur est très vite devenu un impératif secondaire.

43. Il en résulte une véritable scission entre les titulaires de droits et le public. C'est dans ce contexte tendu que la directive est intervenue afin d'adapter le régime juridique de la copie privée.

B. L'adaptation du régime juridique de la copie privée par la directive

44. Dans un premier temps, la directive envisageait de supprimer l'exception de copie privée pour le numérique. Finalement la copie privée figure bien au rang des exceptions, mais elle est substantiellement modifiée.

⁵ Cette compression simplifie et élimine les fréquences non perceptibles par l'oreille humaine, la version MP3 pro vient de sortir et permet une compression deux fois plus efficace.

⁶ Algorithme de compression/décompression mis au point par un étudiant français, Jérôme Rota, basé sur le standard Mpeg4.

⁷ La lecture d'une vidéo compressée au format DivX nécessite l'installation sur un ordinateur du *codec* DivX.

⁸ *Peer-to-Peer*, permet aux internautes de partager leurs fichiers, Napster le plus célèbre a dû fermer (il s'agissait d'un faux P2P centralisé). Actuellement Morpheus et Kaza ont pris le relais et permettent en plus d'échanger des vidéos, des photos et des programmes.

> L'exception de copie privée facultative et la mise en place d'une compensation équitable

45. Article 5 § 2 b) prévoit la « *faculté* » pour les états membres d'exempter du droit de reproduction les copies sur « *tout support par un 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 ;* »

46. Cette disposition appelle deux remarques. Tout d'abord cette exception au droit de reproduction n'est que facultative comme c'est le cas des autres exceptions exhaustives prévues par la directive⁹. Cela signifie que la directive n'impose pas mais permet aux états membres de prévoir un exception au droit de reproduction pour copie privée. A titre d'exemple, l'exception de copie privée est admise en droit d'auteur français, elle est cependant écartée pour les logiciels et les bases de données.

47. D'autre part, l'exception de copie privée est désormais conditionnée à l'octroi d'une « *compensation équitable* » au profit des titulaires du droit de reproduction (auteurs, artistes interprètes, producteur...). L'objet de cette compensation est de combler le manque à gagner des titulaires de droits engendré par les copies numériques de leurs œuvres.

48. Cette compensation équitable a déjà fait l'objet d'une loi¹⁰ en France qui a étendu la rémunération pour copie privée¹¹ aux reproductions sur supports numériques.

> La protection du contournement des mesures techniques

49. Parallèlement, la directive encadre l'apposition par les auteurs de mesures techniques destinées à protéger leurs œuvres. Dans son article 6 elle impose aux Etats membres une nouvelle infraction qui s'ajoute à celle de contrefaçon. Celle-ci concerne l'acte de contournement des « *mesures techniques efficaces* ». Non seulement l'acte même de contournement est visé, mais aussi le fait de fabriquer, importer, distribuer, vendre, louer, posséder à des fins commerciales ou faire la promotion d'outils ayant pour objet principal le contournement de ces mesures techniques.

50. Ainsi, la technique vient protéger les droits d'auteur, et réciproquement, le droit vient protéger la technique.

51. Une question reste en suspend : l'utilisateur qui force une mesure technique efficace pour bénéficier d'une exception ou pour accéder à une œuvre qui n'est plus ou pas protégée, pourra-t-il être poursuivi pour l'acte de contournement lui-même ?

> Rappel sur les différentes mesures techniques de protection des œuvres

52. Au sens de la directive, les mesures techniques sont des procédés qui empêchent ou limitent les actes non autorisés par le titulaire des droits sur son œuvre.

53. Elle précise ensuite que les *mesures techniques efficaces* sont celles qui permettent aux titulaires des droits de contrôler l'utilisation de leurs œuvres « *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 [...]* »¹².

54. A ce jour il existe deux catégories de mesures techniques répondant à des objectifs différents :

- l'insertion, au sein de l'œuvre, d'informations sur son auteur et sur les droits concédés par lui. On parle de « *marquage d'une œuvre* ». Il existe différents procédés basées sur la

⁹ Au total, 20 exceptions facultatives mais exhaustives sont prévues par la directive. L'exception de reproduction provisoire est quand à elle obligatoire.

¹⁰ Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (article 15).

¹¹ Rémunération qui existait depuis 1985 pour les copies privées de phonogrammes et de vidéogrammes.

¹² Article 6 § 3 de la directive.

stéganographie¹³, tels que le *watermarking* (tatouage), qui consistent à ajouter au sein des données une marque qui n'altère pas celles-ci mais qui résiste à un traitement ou une attaque des données ;

- le blocage par l'auteur de certaines opérations telles que la copie numérique de l'œuvre. A titre d'exemple, l'ex « CSS » (*Content Scrambling System*) avait été mis en place sur les DVD pour empêcher leur copie et leur lecture dans une autre zone géographique que celle de distribution. Ceci a donné lieu à une célèbre affaire aux USA sur le DE-CSS, un logiciel qui permettait de passer outre cette protection. Le SCMS (*Serial Copy Management Systems*) de la même façon empêche la copie de l'œuvre et a été mis en place sur les DAT.

55. Ainsi la directive laisse la liberté aux titulaires de droits de mettre en place des mesures techniques protégeant leurs œuvres. Cependant, ceci soulève la question de la compatibilité entre ces mesures et les exceptions prévues aux droits des titulaires.

> La compatibilité des mesures techniques et des exceptions aux droits des titulaires

56. Il s'agit d'éviter que les mesures techniques prises par les titulaires de droits empêchent les bénéficiaires des exceptions d'accéder à l'œuvre. Pour certaines exceptions, la directive oblige l'Etat à pallier à une éventuelle incompatibilité entre les mesures techniques et les exceptions.

57. En revanche, la position est plus nuancée pour l'exception de copie privée. Si les mesures techniques mises en œuvre par les titulaires de droits ne permettent pas de bénéficier de l'exception de copie privée, l'Etat n'a cette fois-ci que la simple faculté de prendre des mesures assurant le bénéfice de cette exception.

58. De plus, la directive précise que l'Etat ne peut pas empêcher les titulaires de droits de limiter techniquement le nombre de copies réalisables.

59. Il reste à définir par quels moyens l'Etat assurera concrètement le bénéfice de l'exception de copie privée dans l'hypothèse de mesures techniques trop restrictives mises en place par les titulaires de droits.

60. En résumé, non seulement la directive n'envisage que la possibilité pour l'Etat d'adopter l'exception de copie privée, mais également la simple faculté de la préserver face à des mesures techniques trop restrictives.

61. Or, les titulaires de droits seront légitimement tentés d'appliquer des mesures techniques destinées à assurer une protection la plus efficace possible de leur œuvre. De leur côté, les Etats auront certainement des difficultés, qu'elles soient d'ordre politique, technique ou juridique, à pallier les mesures techniques ainsi mises en place. Dans cette hypothèse on peut en déduire que l'application de l'exception de copie privée se réduira à peu de cas.

62. Cependant ces mesures techniques empêcheront difficilement que les internautes les plus avertis trouvent le moyen de les contourner. Il le feront d'autant plus facilement que dans l'esprit du public la taxation des supports vierges, tels que les CD-R, justifie le « droit » de copier une œuvre. Il est effectivement difficile de justifier auprès du public le cumul de la compensation équitable et des mesures techniques empêchant la copie des œuvres.

63. Contrairement à leur objectif, ces dispositions risquent donc de creuser encore davantage le fossé entre les auteurs et leur public.

Conclusion

64. Au travers des exceptions purement techniques au droit de reproduction et des mesures techniques de protection des droits, la directive renforce la primauté de la technique sur le droit. De ce fait, les contentieux risquent de devoir passer encore plus souvent par la phase de l'expertise.

¹³ Science permettant d'insérer des informations dans un fichier sans que l'aspect extérieur du fichier ne soit modifié.

65. En définitive, l'impact des nouvelles technologies sur les droits d'auteur et plus particulièrement sur le droit de reproduction entraîne l'avènement de nouvelles exceptions rendues nécessaires par le fonctionnement même des réseaux. Parallèlement cela remet en cause des exceptions traditionnelles difficilement conciliables avec l'univers numérique.

V.G.