

*La rémunération pour copie privée
audiovisuelle*

Anthony MAUGENDRE

D.E.A. Droit de la propriété intellectuelle
Université de Nantes – Faculté de Droit et de sciences politiques
Mémoire réalisé sous la direction du Professeur André LUCAS

Juin 2001

Plan

Introduction

Partie I - L'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

Titre I - L'adaptation de la redevance dans l'environnement numérique

Chapitre I - Les nouvelles difficultés soulevées par le numérique

Section I - La détermination du montant de la redevance

Section II - La détermination de l'assiette de la redevance

Section III - Répartition des sommes perçues au titre de la redevance

Chapitre II - L'aménagement effectué par la commission Brun-Buisson

Section I - L'extension de la redevance aux supports numériques vierges amovibles

I. La redéfinition de l'assiette de la rémunération

II. La détermination du montant de la rémunération

A. La recherche d'un mode de calcul adapté

1. La détermination du montant de la redevance dans l'environnement numérique

2. La détermination de la durée ou de la capacité nominale d'enregistrement du support

B. Un mode de calcul compliqué

1. Les supports numériques exclusivement audio ou vidéo qui s'apprécient selon leur simple durée d'enregistrement

2. Les supports numériques qui s'apprécient selon leur capacité nominale d'enregistrement majorée selon les pratiques de compression

III. Incidence de la décision sur la perception et la répartition des sommes perçues au titre de la redevance

Section II - L'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

I. La polémique relative à l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

II. L'opportunité de l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

Titre II - L'extension du domaine de la rémunération pour copie privée

Chapitre I - Le domaine de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

Section I - La circonscription de la redevance au domaine audiovisuel

- I. Une rémunération circonscrite aux œuvres sonores et audiovisuelles
- II. Une rémunération circonscrite aux œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes

Section II - Une circonscription devenue désuète

- I. Une extension du champ d'application favorisée par les supports numériques
- II. La possible extension de la redevance aux logiciels de loisir

Chapitre II - Vers une rémunération pour copie privée " multimédia "

Section I - Les modifications apportées par la loi du 17 juillet 2001

Section II - Les difficultés soulevées par la loi du 17 juillet 2001

- I. L'incertitude quant aux œuvres concernées
- II. L'incertitude quant à la détermination du montant de la redevance
- III. L'incertitude quant à la perception et la répartition de la redevance

Partie II - La remise en cause de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

Titre I - L'avenir de la licence légale relative à la copie privée audiovisuelle

Chapitre I - Le caractère exceptionnel de la licence légale

Section I - Les motifs d'adoption de la licence légale

Section II - La libre utilisation de l'œuvre

Chapitre II - L'absence de préjudice occasionné par la licence légale

Section I - L'instauration d'une compensation financière

- I. La nature de la compensation financière
- II. La recherche d'une rémunération équitable
- III. Particularisme de la négociation

Section II - Une compensation financière jugée insuffisante

- I. Le triple test posé par la Convention de Berne
- II. L'évaluation du préjudice

Titre II - Le possible retour à la liberté contractuelle

Chapitre I - Un contexte technologique favorable

Section I - Une situation modifiée par l'apparition des systèmes de protection

- I. Les techniques de protection au service des droits d'auteur
- II. La substitution de la protection technologique à la protection juridique

Section II - Le possible rapprochement entre l'auteur et le consommateur

- I. D'un internet contrefacteur
- II. ... à un internet distributeur

Chapitre II - Le retour au droit exclusif

Section I - La possibilité pour l'auteur de fixer la redevance

- I. La fixation du montant de la rémunération
- II. La détermination des règles de répartition
- III. Une solution favorable aux ayants droits étrangers

Section II - La rémunération équitable et la rémunération pour copie privée

Introduction

“ Les productions de l’esprit rendent déjà si peu, si elles rendent encore moins ”.
Diderot, Lettres historiques et politiques.

[1] Aucun développement culturel n’est possible sans rémunération des auteurs. Malheureusement pour les titulaires de droits, la simplification des procédés de reproduction a permis aux utilisateurs de réaliser eux-mêmes des exemplaires des œuvres. L’émergence de tels procédés de reproduction a alors fait naître le sentiment d’un accès gratuit à la culture. Afin de remédier aux pertes économiques liées à l’exception de copie privée, le législateur français a instauré une compensation financière au profit des titulaires de droits. Ainsi, les articles 31 et suivants de la loi du 3 juillet 1985¹, prévoient une rémunération pour copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes (autrement appelée rémunération pour copie privée audiovisuelle) au profit des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes. Depuis plusieurs mois, le débat sur la rémunération pour copie privée audiovisuelle est activement relancé. Les travaux de la commission Brun-Buisson ainsi que la directive communautaire du 9 avril 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information et la loi adoptée le 17 juillet 2001² témoignent de l’intérêt que suscite la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Il est vrai que le nouvel environnement numérique rend nécessaire une modification de cette compensation financière. Mais, au-delà de ces aménagements le débat donne curieusement lieu à une certaine remise en cause de la notion.

[2] Le mot “ rémunération ” provient du latin *remuneratio* (de *munus*, *numerus*) qui signifie “ présent ” ou “ récompense ”. Dans un sens commun, la rémunération se définit donc comme la récompense ou la somme d’argent reçue pour prix d’un service ou d’un travail. M. Cornu fournit une définition juridique relativement proche, à savoir celle d’un “ terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d’un travail ou d’une activité (ouvrage, services, ...) ”³. Ainsi, le terme rémunération renvoie à l’idée de rétribution, de traitement, de salaire, d’honoraire, de gratification, d’avantage en nature, mais aussi de dédommagement ou d’indemnité⁴. Au cours de nos développements, nous parlerons notamment de compensation financière ou de redevance.

[3] Le terme “ copie ” provient du latin *copia* qui signifie “ abondance ” et s’oppose à la notion de modèle ou d’original. La copie équivaut donc à la reproduction, le calque, le double, l’imitation. La copie peut également être synonyme de contrefaçon lorsqu’elle consiste en la reproduction non autorisée d’une œuvre protégée. Réservée à l’usage privé, la copie renvoie à la reproduction individuelle ou particulière, par opposition à la reproduction destinée à un usage collectif ou public. C’est d’ailleurs ainsi que l’article L 122-5, 2°) du Code de la propriété intellectuelle (CPI) définit la copie privée⁵.

¹ Loi du 3 juillet 1985 relative “ aux droits d’auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle ”, codifiée aux articles L 311-1 à L 311-8 du Code de la propriété intellectuelle.

² Loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d’ordre social, éducatif et culturel, *Journal officiel de la République française*, n° 164, 18 juillet 2001, p. 11496.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Edition Presse Universitaire de France, 8^{ème} édition, 2000.

⁴ H. BERTAUD DU CHAZAUD, *Dictionnaire des synonymes, collection les usuels*, Le Robert, 1993.

⁵ Article L 122-5, 2°) CPI : “ les copies ou reproductions strictement réservées à l’usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ”.

[4] La définition de l'adjectif " audiovisuelle " est quant à elle plus difficile à apporter. De manière courante, l'expression " audiovisuelle " est souvent employée pour désigner ce qui ajoute aux éléments du langage l'utilisation de l'image dans la communication. Pour autant, le mot " audiovisuel " peut également désigner deux procédés indépendants de communication, à savoir le son et la vidéo. Ainsi, la rémunération pour copie privée audiovisuelle ne se limite pas aux seules œuvres audiovisuelles, mais s'étend également aux œuvres sonores. Plus précisément, la rémunération pour copie privée audiovisuelle concerne les œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes⁶.

[5] Par conséquent, on retiendra que la rémunération pour copie privée audiovisuelle désigne la somme d'argent versée en contrepartie de la reproduction réservée à un usage privé des œuvres sonores et audiovisuelles. Cependant, cette définition demeure insuffisante et il convient de déterminer la nature juridique de cette rémunération.

[6] Selon M. Jolibois, la rémunération pour copie privée audiovisuelle est fondée sur le droit exclusif de l'auteur et des titulaires de droits voisins⁷. Toutefois, jusqu'en 1992, des doutes persistaient quant à la nature du droit à rémunération puisque plusieurs qualifications pouvaient être retenues. Les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 démontrent l'opposition du Ministre de l'économie et des finances à la mise en place d'une nouvelle taxe parafiscale⁸. En outre, cette qualification doit selon nous être écartée puisqu'il s'agit d'une rémunération privée perçue par des sociétés civiles de gestion collective au profit des titulaires de droit.

[7] Par ailleurs, la rémunération ayant pour finalité de compenser les pertes économiques subies par les titulaires de droits en raison de l'exception de copie privée, il est indéniable que cette compensation financière présente un caractère indemnitaire. Dès lors, il était également possible de regarder la rémunération pour copie privée audiovisuelle comme un mécanisme indemnitaire de nature privée.

[8] Toutefois, la plupart des auteurs considéraient que la rémunération participait de la nature même du droit d'auteur. Ainsi, d'après M. Gaubiac, " la rémunération de l'auteur doit être celle créée et organisée par le droit de la propriété littéraire et artistique " puisque les principes du droit d'auteur justifient que l'auteur soit rémunéré pour l'exploitation de son œuvre⁹. Pourtant, cette analyse pouvait être discutée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'ordonnancement des titres laissait supposer que la rémunération pour copie privée constituait une prérogative distincte des droits d'auteur. En effet, dans la loi du 3 juillet 1985, la compensation financière faisait l'objet du titre spécial " De la rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes ", lequel venait après deux titres consacrés au droit d'auteur et aux droits voisins. Ensuite, l'article L 321-9 alinéa 1^{er} CPI prévoit que les sociétés de perception et de répartition doivent réserver 25% des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée audiovisuelle " à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation d'artistes ". Néanmoins, cette disposition n'est qu'une mesure de mise en œuvre qui n'apparaît que dans le titre consacré à la gestion collective. Certes, ce prélèvement permet d'affecter à des actions d'aides à la création une partie des sommes qui n'ont pu être clairement attribuées¹⁰, mais par principe les bénéficiaires du droit d'auteur doivent être les véritables titulaires de droits. Enfin, la perception à la source avant toute utilisation s'accorde difficilement avec les principes du

⁶ Article L 311-1 CPI.

⁷ Rapport JOLIBOIS, n.212, tome 3, p. 10

⁸ Contrairement à la taxe de 3% instaurée sur les appareils de reprographie par l'article 22 de la loi de finances du 30 décembre 1975.

⁹ Y. GAUBIAC, *La rémunération pour copie privée des phonogrammes et des vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 : RTD com.* 1986, p. 495.

¹⁰ Nous pensons tout particulièrement aux œuvres de faible popularité qui ne peuvent être appréhendées par les sondages effectués par la SOFRES.

droit d'auteur puisqu'il donne forcément lieu à une détermination et une répartition approximative de la rémunération.

[9] La qualification de droit d'auteur n'emportant pas l'adhésion, il était possible de retenir une qualification de droit *sui generis*, à mi-chemin du droit d'auteur et du mécanisme indemnitaire. C'est pourtant la qualification de droit d'auteur qui a été retenue lors de la codification de 1992 supposée faite à droit constant. En effet, l'article L 111-1, alinéa 2 CPI prévoit désormais que le droit d'auteur comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et III du Code de la propriété intellectuelle. Ces dispositions visent notamment la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Toutefois, malgré ces précisions, force est de constater que cette rémunération ne possède pas les caractéristiques d'une redevance ordinaire.

[10] La détermination de la nature juridique de la rémunération pour copie privée audiovisuelle présentait des enjeux importants en particulier au regard du principe de traitement national. L'article 5, paragraphe 1^{er} de la Convention de Berne¹¹ énonce ce principe dit " de traitement national ", ou bien encore d'assimilation, qui oblige les Etats signataires à faire bénéficier les auteurs étrangers des mêmes droits que ceux reconnus aux auteurs nationaux. Il peut s'agir des droits issus d'une loi à caractère général ou spécial, ou bien des droits reconnus par la jurisprudence. Dès lors, si la rémunération pour copie privée audiovisuelle est qualifiée de droit d'auteur par le droit français, elle doit naturellement bénéficier aux auteurs ressortissants des pays signataires de la Convention de Berne.

[11] En outre, l'article 9.2 de la Convention de Berne oblige les Etats signataires à mettre en place un mécanisme de compensation en matière de copie privée. Malgré tout, il convient de préciser que la Grande-Bretagne, pourtant partie à la Convention de Berne, ne connaît aucun mécanisme indemnitaire en matière de copie privée. Pour le reste, la rémunération pour copie privée présente des formes variées suivant les différents pays. Ainsi, la Norvège a choisi de mettre en place une taxe dont le montant est fixé chaque année par le parlement à l'occasion de l'adoption du budget. Cette taxe est perçue sur les supports vierges et les appareils d'enregistrement. Chaque année, le Ministère de la Culture fixe le montant de la somme à remettre au NKAF, la société norvégienne de répartition des droits d'auteur¹². Mais de manière générale, la plupart des Etats ont mis en place un système de redevance de droit d'auteur. C'est le cas de l'Allemagne¹³, de l'Autriche et de l'Espagne ainsi que de la Hongrie. Naturellement, les modalités de perception et de répartition varient selon chaque Etat. En Allemagne, la redevance est perçue sur les supports vierges et les appareils d'enregistrement tandis que les autres pays ont préféré asseoir la redevance uniquement sur les supports. De même, certaines législations nationales affectent une part des sommes perçues à des fins sociales et culturelles (France, Autriche, Suède) tandis que d'autres réservent le bénéfice de ces sommes aux seuls titulaires de droits (Allemagne, Hongrie).

[12] En droit français, la rémunération pour copie privée audiovisuelle est régie par les dispositions des articles L 311-1 à L 311-8 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L 311-5 CPI précise notamment que les types de support, ainsi que les taux de rémunération et les modalités de versement, sont déterminés par une commission présidée par un représentant de l'Etat. La composition de cette commission est mixte, c'est à dire qu'elle regroupe l'ensemble des personnes concernées par la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Ainsi, la commission est composée, pour moitié, de personnes désignées par les

¹¹ Article 5, § 1^{er}: " les auteurs jouissent en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention ".

¹² Loi du 2 juin 1981 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1982.

¹³ La loi allemande du 9 septembre 1965 a été la première à instaurer une compensation financière au titre de la copie privée.

organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, à savoir les auteurs, les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes. Le reste de la commission se compose, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs de supports vierges et, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs.

[13] Contrairement au système allemand, la rémunération pour copie privée audiovisuelle française n'est pas perçue sur les appareils d'enregistrement. De même, l'idée d'une redevance sur la vente des phonogrammes et vidéogrammes enregistrés fut logiquement abandonnée dans la mesure où c'est justement à l'encontre de cette industrie que l'exception de copie privée produit ses effets économiques les plus néfastes¹⁴. La solution la plus équitable a donc été pour le législateur français d'asseoir la redevance sur les supports d'enregistrement¹⁵. Il restait alors à déterminer les supports vierges auxquels s'appliquerait la rémunération. L'article L 311-4 CPI vise les " supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes ". Le montant de la redevance est quant à lui fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet. Il ressort également de cet article que le versement de la redevance n'intervient que si le support est commercialisé en France (fabrication ou importation)

[14] Ainsi, la loi Lang n'énumère pas les différents supports faisant l'objet de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Le raisonnement du législateur s'est voulu beaucoup plus souple en laissant à la commission le soin de fixer dans un premier temps les supports initialement objet de la redevance, tout en lui donnant la possibilité de modifier par la suite l'assiette de la redevance afin d'intégrer de la manière la plus simple les nouvelles évolutions technologiques. Cette solution a pour principaux avantages d'éviter le passage, trop complexe et trop lourd, par une réforme législative et de permettre une sorte de médiation tripartite entre les différents intervenants économiques (titulaires de droits, fabricants et importateurs de supports vierges et les consommateurs).

[15] Naturellement, la rémunération pour copie privée audiovisuelle étant appliquée aux supports pouvant être utilisés à des fins de reproduction à usage privé, l'assiette de cette redevance est fonction de l'état de la technique, c'est à dire des évolutions technologiques permettant la réalisation de copies privées. Ainsi, la rémunération pour copie privée audiovisuelle est, par essence, une notion en perpétuelle évolution et son visage actuel est bien différent de celui qu'elle possédait à l'origine.

[16] La loi du 3 juillet 1985, instaurant cette redevance particulière, a été adoptée dans un contexte de reproduction analogique où seuls les supports magnétiques permettaient l'exercice de l'exception de copie privée. Les raisons qui ont rendu nécessaire la mise en place de cette rémunération sont bien connues. L'évolution des techniques de reproduction depuis les années 1960¹⁶ est à l'origine du développement de la copie privée et par la même de la mise en place d'une redevance destinée à compenser le préjudice économique qui en résulte pour les titulaires de droit. En effet, dès 1963, les premiers magnétophones à cassettes ont été mis sur le marché. En dix ans, l'équipement des ménages en magnétophones a triplé, notamment en raison de l'extension des radios à modulation de fréquence. Par la suite, le

¹⁴ H. ASTIER, *La copie privée, deux ou trois choses que l'on sait d'elle*, RIDA, avril 1986, n°128, p. 113.

¹⁵ Rapport JOLIBOIS, n.212, tome 3, p. 10 : " il s'agit d'une rémunération privée trouvant son fondement dans les droits exclusifs accordés aux différents partenaires de la production intellectuelle et artistique ".

¹⁶ W. DILLENZ, *La rémunération pour copie privée et le principe du traitement national*, RIDA 1990, juin, p 196 : " à l'origine de ces nouvelles dispositions est le phénomène que l'on peut qualifier de déplacement (de l'utilisation) du domaine commercial au domaine privé. Grâce à la miniaturisation des procédés de reproduction, le particulier peut faire ce qui nécessitait auparavant un gros investissement de capital et de technologie, c'est à dire produire un support sonore ou audiovisuel"

magnétoscope est apparu, permettant non plus des copies d'œuvres sonores, mais des copies d'œuvres audiovisuelles.

[17] Les systèmes mécaniques et électroniques d'enregistrement évoqués ci-dessus sont dits "analogiques", car ils conservent le son sous sa forme originale, c'est-à-dire celle d'un message modulé (par opposition aux supports numériques qui nécessitent une numérisation des œuvres). L'analogie suppose un rapport de ressemblance établi entre deux ou plusieurs choses. Techniquement, la reproduction analogique consiste en une représentation, un traitement ou une transmission de données sous la forme de variations continues d'une grandeur physique. Plus simplement, on retiendra que la copie analogique ou bien encore analogue permet d'obtenir un exemplaire d'une œuvre sur un support identique à l'original puisque remplissant les mêmes caractéristiques techniques. Par conséquent, le support analogique est prédisposé à recevoir certaines catégories d'œuvres (les cassettes audio pour les œuvres sonores, les cassettes vidéos pour les œuvres audiovisuelles) et possède également certaines limites quant à sa durée et ses capacités de stockage¹⁷. Cependant, ces systèmes de reproduction ont l'inconvénient de déformer les ondes sonores et de capter certains bruits de fond, notamment le souffle produit par le passage de la bande magnétique devant la tête enregistreuse¹⁸.

[18] A la lecture de l'article L 311-4, alinéa 2 du CPI, on comprend (et c'est logique à l'époque) que la rémunération pour copie privée audiovisuelle n'a été initialement envisagée que dans un cadre analogique puisque "le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet". Il restait alors à déterminer à quels supports analogiques appliquer la redevance pour copie privée. Conformément à l'article 34 de la loi du 3 juillet 1985 (devenu l'article L 311-5 CPI), les types de supports, les taux de rémunération et les modalités de versement ont été fixés par décision de la commission. La commission a retenu les taux suivants : 1,50 F par heure pour les phonogrammes, et 2,25 F par heure pour les vidéogrammes. Finalement, les seuls supports visés par la décision de la commission du 30 juin 1986 sont les cassettes audio et les cassettes vidéo. La redevance est alors fixée selon un mode horaire, les supports analogiques ne posant pas de difficultés particulières puisque leur capacité de stockage réside exclusivement dans leur durée qui est quant à elle prédéterminée lors de la fabrication du support. Cette conception d'une rémunération déterminée selon la durée d'enregistrement du support va longtemps perdurer et sera notamment l'un des freins à l'extension de la redevance aux supports numériques.

[19] Durant plus de quinze ans, aucune modification n'a été apportée au système de rémunération pour copie privée audiovisuelle prévu par la loi du 3 juillet 1985. Ainsi, jusqu'en janvier 2001, la redevance apparaissait comme quelque peu désuète car incapable d'appréhender les récentes évolutions en matière de copie privée. L'apparition des nouveaux procédés de reproduction numérique et le développement des réseaux de communication ont suscité un véritable enthousiasme à l'égard de la copie privée. Mais, en l'absence d'extension de la rémunération aux supports numériques, le préjudice causé aux auteurs du fait de la généralisation de la copie privée ne pouvait être compensé.

¹⁷ Il est également possible de discuter sur la différence de qualité entre la copie et l'original que semble suggérer l'adjectif analogique. En effet, le terme analogique ne renvoie pas forcément à l'idée d'identique, mais plutôt à celle d'assimilable ou bien encore d'approchante. Il ne s'agit donc pas d'une copie parfaite comme le démontre la présence de bruits de fond. Cette dissemblance entre l'œuvre originale et la copie analogique ne se retrouve pas en matière de copie numérique.

¹⁸ Lors d'un enregistrement audio sur bande magnétique, les ondes sonores sont converties en impulsions électriques par un microphone, amplifiées puis enregistrées sur une bande de matière plastique enduite de particules métalliques. L'enregistrement est effectué par un petit électroaimant (tête enregistreuse) devant lequel défile la bande à vitesse constante. Différentes méthodes sont utilisées pour réduire les bruits de fond. La plus connue est le système Dolby (installé sur la plupart des magnétophones) : les sons aigus sont suramplifiés à l'enregistrement, puis réduits en proportion inverse à la lecture. Les bruits de fond étant principalement constitués de hautes fréquences, ils sont ainsi pratiquement éliminés.

En outre, jusqu'en juillet 2001, le champ d'application de la redevance pouvait sembler trop restrictif puisque la rémunération pour copie privée demeurait circonscrite aux œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. On pouvait donc légitimement se demander s'il n'était pas possible, à l'ère du multimédia, d'étendre la compensation financière à l'ensemble des œuvres de l'esprit susceptibles d'être reproduites pour un usage privé. La loi du 17 juillet 2001 est ainsi venue modifier les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives à la rémunération pour copie privée. Ce texte, qui est d'ailleurs fortement critiqué, étend considérablement le champ d'application de la rémunération.

[20] Par ailleurs, les limites actuelles de la rémunération pour copie privée audiovisuelle se font d'autant plus ressentir que les titulaires de droits revendiquent désormais la possibilité de revenir au principe de liberté contractuelle. En effet, les évolutions technologiques, après avoir menacé le droit exclusif, peuvent à présent le renforcer. Ainsi, les protections techniques permettent aux titulaires de droits de restreindre l'exercice de l'exception de copie privée. De plus, le développement des réseaux numériques rend aujourd'hui possible le rapprochement entre le consommateur et l'auteur. Or, la possibilité pour les titulaires de droits de fixer le montant de la rémunération équitable suppose inmanquablement la remise en cause du système de licence légale dont la rémunération pour copie privée audiovisuelle est une composante essentielle. Cette question est d'autant plus importante que la distribution de la musique sur internet est d'ores et déjà présentée comme la prochaine grande étape de l'industrie du disque. Il est vrai que cette nouvelle exploitation est susceptible de générer des profits considérables pour les titulaires de droits.

[21] Dès lors, si la rémunération pour copie privée audiovisuelle doit impérativement s'adapter aux récentes évolutions des pratiques de copie privée, on peut toutefois se demander si ce mécanisme indemnitaire n'est pas finalement voué à disparaître en raison du possible retour à la liberté contractuelle.

[22] Il nous semble donc pertinent d'envisager l'avenir de la rémunération pour copie privée audiovisuelle sous l'angle de ces deux possibilités. Nous mènerons donc notre réflexion en deux temps, en étudiant tout d'abord **l'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle** (Partie I), puis **l'éventuelle remise en cause de la redevance** (Partie II).

Partie I - L'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

[23] Les récentes évolutions en matière de copie privée française sont venues remettre en cause le système de rémunération pour copie privée audiovisuelle et rendent aujourd'hui nécessaire son aménagement. Or, l'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle suppose inévitablement une modification de son champ d'application.

[24] Cette modification du champ d'application de la redevance peut être envisagée de trois manières différentes : elle peut concerner l'assiette de la redevance, le domaine de la redevance, ou bien encore les bénéficiaires de la redevance. Tout d'abord, l'aménagement peut porter uniquement sur les types de supports soumis à la redevance, il s'agit alors de modifier le contenu de l'assiette et le montant de la rémunération. Ensuite, il peut s'agir d'une réforme plus ambitieuse visant à étendre le domaine de la redevance au-delà des œuvres audiovisuelles et sonores.

[25] Enfin, la modification peut concerner les bénéficiaires de la redevance (auteurs, producteurs, artistes interprètes). En effet, le principe de traitement national oblige les Etats signataires de la Convention de Berne, dont la France fait partie, à reconnaître aux auteurs étrangers les mêmes droits que ceux reconnus aux auteurs nationaux. Or, le système de rémunération pour copie privée audiovisuelle français est farouchement critiqué, notamment par les Etats-Unis qui sont exclus de la répartition des sommes perçues au titre de la redevance en raison de l'incompatibilité du système de copyright avec le système français de droit d'auteur. Pour notre part, nous avons choisi de ne pas traiter cette éventuelle extension du champ d'application, dans la mesure où cette question relève davantage d'enjeux politiques que juridiques.

[26] Nous mènerons donc notre réflexion autour de l'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle, en étudiant tout d'abord **l'adaptation de la rémunération pour copie privée dans l'environnement numérique et les résultats des travaux de la commission Brun-Buisson** (Titre I), avant d'envisager **l'extension du domaine de la redevance et les difficultés qu'elle suscite** (Titre II).

Titre I - L'adaptation de la rémunération pour copie privée audiovisuelle dans l'environnement numérique

[27] La première commission réunie en 1986 afin de déterminer, en application de l'article L 311-5 CPI, " les types de supports, les taux de rémunération et les modalités de versement " de la rémunération pour copie privée audiovisuelle, avait prévu de se réunir fréquemment afin de modifier selon les éventuelles évolutions technologiques, l'assiette et le montant de la rémunération. Néanmoins, pendant plus de quinze ans, aucune modification n'a été apportée au système de rémunération et ce malgré l'apparition des nouveaux procédés de reproduction numérique. Or, depuis l'arrivée des supports numériques, la copie privée connaît un engouement considérable qui résulte essentiellement de la facilité des moyens de reproduction ainsi que de l'indéniable qualité des copies obtenues pour un coût, à savoir le prix du support vierge, qui n'a de cesse de diminuer. Il résulte donc de ce constat une incompatibilité évidente entre la loi du 3 juillet 1985 et ce qui est devenu le procédé essentiel de reproduction, à savoir la copie privée numérique.

[28] Cependant, la rémunération pour copie privée a été élaborée dans un contexte de reproduction analogique et son adaptation au nouvel environnement numérique pose un certain nombre de difficultés (la détermination de l'assiette, la détermination du montant de la redevance ou bien encore la répartition des sommes perçues). Nous étudierons donc successivement les difficultés relatives à l'adaptation de la rémunération aux supports numériques (chapitre 1) et les solutions proposées par la décision de la commission Brun-Buisson du 4 janvier 2001 (chapitre 2).

Chapitre I - Les nouvelles difficultés soulevées par le numérique

[29] Le système de rémunération pour copie privée audiovisuelle peut-il être étendu aux supports numériques ? La redevance ayant pour but de compenser le *lucrum cessans* résultant de l'exception de copie privée, il semble naturel que les supports numériques soient inclus dans l'assiette de la rémunération dès lors qu'ils permettent la reproduction d'œuvres audiovisuelles et sonores. Malheureusement, un tel élargissement met à l'épreuve la sagacité des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle. En effet, l'adaptation de la redevance dans l'environnement numérique pose certaines difficultés. Ces difficultés concernent le montant de la rémunération (Section 1), la détermination de l'assiette (Section 2) et enfin la répartition des sommes perçues (Section 3).

Section I - La détermination du montant de la redevance

[30] L'article L 311-4, alinéa 2 CPI précise que le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet. Selon M. Pierre-Yves Gautier, la précision du texte constitue une entrave évidente à l'extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux supports numériques¹⁹. En effet, la loi Lang et la Commission appréhendent les supports soumis à la redevance en fonction de leur durée d'enregistrement²⁰. Cette distinction pourrait sembler *a priori* artificielle car la consommation des œuvres de l'esprit ne s'effectue bien évidemment que selon un indice de durée²¹, mais elle pose néanmoins des difficultés quant à la détermination du montant de la redevance applicable aux supports numériques. Les supports numériques, contrairement aux supports analogiques, ne s'apprécient pas selon la durée d'enregistrement qu'ils permettent, mais selon leur capacité de stockage. Cette capacité de stockage dépend quant à elle du format²² sous lequel les œuvres sont reproduites.

[31] Ainsi, la numérisation, ou le stockage numérique, permet de convertir une œuvre de l'esprit en signaux électriques traduisant aussi bien des images que des sons²³. Le stockage numérique d'œuvres protégées constitue indéniablement une reproduction au sens de l'article L 122-3 CPI²⁴ et ce quelles qu'en soient les finalités ultérieures (archivage aux fins de copie, de transmission à distance des documents ou bien encore d'élaboration d'œuvres dérivées...). Pour certains auteurs, cette numérisation emporte modification de l'œuvre audiovisuelle ou sonore en création logicielle. Or, l'état numérique ne constitue qu'une modalité de reproduction de l'œuvre²⁵. Dès lors, peu importe que cette modalité emprunte au format analogique ou numérique, la nature du format ne peut influencer la nature de l'œuvre véhiculée²⁶. *A priori*, cette numérisation ne poserait aucune difficulté si il était possible de

¹⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 1999, p.252, n. 164.

²⁰ D'ailleurs, le texte de l'article L 311-4 ne fait pas référence à la " capacité " de stockage, mais bien à la durée d'enregistrement permise.

²¹ Lorsqu'un consommateur écoute une œuvre musicale, son écoute s'apprécie évidemment en minutes et non en octets (ou toute autre unité de stockage).

²² Dans le langage informatique, le format est un mode de stockage ou d'affichage d'une donnée, qu'il s'agisse d'un fichier, d'un champ de base de données ou bien encore de texte dans un document.

²³ Cette numérisation se traduit par une représentation binaire des nombres utilisant uniquement les chiffres 0 et 1.

²⁴ TGI Paris, 5 mai 1997 : RTD com. 1997, p. 457, note Françon ; Expertises, juin-juill. 1997, p.219, note Lucas : la numérisation d'une œuvre en constitue une reproduction.

²⁵ F. SARDAIN, " *La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia* ", JCP A 2001, n° 7-8, p. 312.

²⁶ En ce sens, V. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, p. 25, n. 44 : " l'obsession du format empêche de voir le contenu ".

déterminer précisément la quantité d'œuvres susceptibles d'être reproduites sur chaque support numérique. La capacité de stockage de ces supports pourrait alors s'apprécier selon la durée d'enregistrement qu'ils permettent. Malheureusement, certaines difficultés techniques viennent empêcher ce raisonnement.

[32] Tout d'abord, la première difficulté réside dans le fait que la distinction classique entre vidéogrammes et phonogrammes, qui sert de base au calcul de la rémunération, devient elle-même obsolète en raison des caractéristiques techniques des supports numériques. En effet, si les supports analogiques se caractérisent par une prédisposition technique à recevoir certaines œuvres et uniquement celles-ci (les cassettes audio pour les œuvres sonores et les cassettes vidéos pour les œuvres audiovisuelles), les supports numériques peuvent techniquement accueillir tout type d'œuvres de l'esprit (musique, vidéo, texte,...), dès lors que celles-ci ont fait l'objet d'une numérisation.

[33] Le second problème technique lié aux supports numériques repose sur la diversité des formats disponibles pour reproduire les œuvres protégées. En effet, si les formats permettent de numériser les œuvres, ils offrent surtout la possibilité de les "compresser", c'est-à-dire de limiter au maximum le volume de stockage en fonction de la qualité de reproduction désirée. Chaque format présente des particularités en matière de volume de stockage et de qualité de reproduction. Si certaines avancées technologiques ponctuelles offrent d'excellents rapports de satisfaction entre le volume de stockage et la qualité de reproduction obtenue²⁷, une trop forte compression des fichiers s'accompagne généralement d'une altération de la qualité de reproduction. Par conséquent, selon le type de format choisi, il est possible d'augmenter ou de diminuer le nombre d'œuvres présentes sur le support numérique. Or, cette incertitude quant au nombre d'œuvres présentes sur chaque support pose problème pour fixer efficacement le montant de la redevance sur les supports numériques.

[34] Enfin, l'augmentation des capacités de stockage des supports numériques entraîne une diminution de leur coût de fabrication. Cette évolution technologique risque de produire des effets économiques pour le moins surprenants, à savoir qu'il n'est pas impossible que le montant de la redevance sur les supports vierges devienne finalement plus élevé que le prix des supports vierges. Ainsi, le consommateur paierait avant tout la redevance, l'achat du support, objet matériel, n'ayant plus qu'un caractère accessoire puisque secondaire.

Section II – La détermination de l'assiette de la redevance

[35] Comme le souligne M. André Lucas, les supports numériques sont des supports particuliers car ils permettent "de stocker, de traiter et de transmettre exactement dans les mêmes conditions des données indifférenciées correspondant aussi bien à du texte qu'à des sons ou des images"²⁸. Or, déterminer l'assiette de la rémunération pour copie privée audiovisuelle revient à sélectionner parmi les différents supports ceux qui peuvent faire l'objet de la redevance au titre de la copie privée audiovisuelle. Dès lors, la détermination de l'assiette de la redevance doit s'articuler autour d'une double interrogation : la rémunération pour copie privée audiovisuelle a-t-elle vocation à s'appliquer à l'ensemble des supports vierges susceptibles d'accueillir des œuvres sonores et audiovisuelles ? Et dans le cas contraire, à quels supports numériques doit-on appliquer cette redevance ?

[36] Dans un avis rendu le 10 octobre 2000, le Conseil d'Etat a considéré que l'ensemble des supports numériques pouvaient être soumis à la rémunération pour copie privée telle que

²⁷ A titre d'exemple, le format MP3 permet de diviser par dix le volume de stockage pour un fichier sonore tout en offrant une très bonne qualité sonore. Il en va différemment de certains formats tels que le "real audio" dont la qualité de reproduction est très imparfaite.

²⁸ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1990, p. 201, n. 402.

prévue à l'article L 311-5 CPI. De même, Mme Catherine Tasca, Ministre de la Culture et de la Communication, s'est montrée favorable à l'extension de la redevance à " tout type d'appareil familial ou professionnel à mémoire " permettant l'enregistrement d'œuvres protégées²⁹. Pour autant, faut-il se réjouir de cette volonté d'englober tous les supports numériques ?

[37] Les supports numériques constituent une catégorie extrêmement diverse³⁰, surtout en comparaison des supports analogiques dont le nombre et les formes étaient très limités. Par conséquent, appréhender tous les supports et toutes les évolutions du monde numérique reviendrait à appliquer la redevance à des supports qui n'ont pas nécessairement vocation à reproduire des œuvres audiovisuelles et sonores. En effet, si les magnétoscopes servent avant tout à lire et à enregistrer des œuvres qui sont le plus souvent protégées par le droit d'auteur³¹, il est beaucoup moins évident d'affirmer que les ordinateurs ne sont utilisés qu'à des fins de copie privée audiovisuelle. En effet, les CD-ROM et les disques durs des ordinateurs peuvent contenir des données de travail personnel et un grand nombre de documents non protégés. La rémunération pour copie privée audiovisuelle ne vise par essence que les œuvres audiovisuelles et sonores. Or, les supports numériques permettent de reproduire par le biais de la numérisation des œuvres qui n'entrent pas dans le champ d'application de la rémunération alors même qu'elles peuvent être protégées par le droit d'auteur.

[38] En outre, l'application de la redevance peut poser des difficultés pour certains supports qui sont avant tout destinés à recevoir des fixations provisoires. La fixation temporaire, fugitive ou bien encore volatile est essentielle dans l'univers numérique, notamment pour la fluidité des réseaux de communication (on pense naturellement au browsing³²). Cette fixation provisoire trouve aujourd'hui un nouveau terrain de développement grâce aux décodeurs numériques³³. Si la tendance actuelle est en faveur d'une définition extensive du droit de reproduction incluant les reproductions provisoires³⁴, cette position ne fait pourtant pas l'unanimité au sein de la doctrine. Il peut apparaître encore plus critiquable que des reproductions temporaires fassent l'objet d'une redevance au titre de la copie privée. En effet, lorsque la reproduction n'a pour objectif que de garantir la fluidité des réseaux et donc la simple représentation de l'œuvre, on comprend difficilement que cette communication puisse ouvrir droit à une rémunération pour copie privée.

²⁹ Le Figaro économie, *Les ordinateurs vont être taxés*, 15 janv. 2001.

³⁰ Les supports numériques regroupent les CD et DVD vierges, mais également les disques durs d'ordinateurs ou de consoles de jeux, les mémoires des décodeurs de télévisions numériques ou des magnétoscopes, ou bien encore les téléphones mobiles et les assistants numériques (comme les Palm et les Visors).

³¹ Si cette affirmation semble évidente aujourd'hui, il convient de rappeler qu'en 1985 les importateurs et fabricants de supports vierges critiquaient la mise en place de la redevance sur les cassettes vidéo au motif qu'une partie de ces supports servait à enregistrer des documents personnels tels que des souvenirs de vacances. Aujourd'hui, le débat de l'usage personnel est relancé de manière plus pertinente concernant les supports numériques intégrés (disques durs essentiellement) qui servent avant tout à stocker des données personnelles ou professionnelles.

³² Le browsing, en français " butinage ", consiste pour l'internaute à se déplacer sur internet en passant de site en site. Pour des raisons de fluidité des réseaux, ce mode de navigation nécessite une fixation dans la mémoire cache de l'ordinateur de l'internaute.

³³ Le Monde interactif, *l'interactivité se programme à la chaîne*, 10 janv. 2001 : prochainement va être mis sur le marché un décodeur de réception télévisée numérique équipé d'un disque dur de 20 gigaoctets. Cet appareil permettra de stocker jusqu'à onze heures de programme et de s'affranchir des grilles de programme. L'utilisateur pourra notamment programmer l'enregistrement d'un film qu'il choisira de regarder dans son intégralité quelques minutes plus tard (en différé) sans que cela n'occasionne de rupture dans la lecture de l'œuvre. Il s'agira donc d'un support unique dont la capacité d'enregistrement se limitera à quelques heures et dont l'utilité ne pourra nullement être d'assurer une reproduction permanente.

³⁴ L'article 2 de la directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information oblige les Etats membres à reconnaître aux auteurs le droit d'interdire la reproduction " provisoire ou permanente ".

[39] Ainsi, n'y aurait-il pas un abus de protection, envers les titulaires de droits sur les œuvres audiovisuelles et sonores, dans l'octroi d'une redevance sur des supports hybrides avant tout destinés à recevoir des données personnelles ou professionnelles ? L'extension de la redevance pour copie privée aux supports numériques doit, selon nous, s'effectuer de manière équitable, c'est-à-dire en prenant en considération les utilisations réelles des différents supports en matière de copie privée audiovisuelle. Une conception extensive de l'assiette de la rémunération conduirait inévitablement à un élargissement injustifié de la redevance.

Section III - La répartition des sommes perçues au titre de la redevance

[40] Selon l'article L 311-6 CPI, la rémunération pour copie privée audiovisuelle est perçue et répartie pour le compte des ayants droits par une ou plusieurs sociétés de gestion collective. Comme nous l'avons vu précédemment, la distinction entre phonogrammes et vidéogrammes sert de base au calcul de la rémunération. On retrouve également cette distinction en matière de perception et de répartition des sommes perçues au titre de la copie privée audiovisuelle. En effet, deux sociétés de perception et de répartition des droits ont été spécialement créées pour la rémunération pour copie privée audiovisuelle. La première s'occupe de la perception des sommes dues au titre de la copie privée audiovisuelle, il s'agit de Copie France. La seconde ne s'intéresse qu'à la copie privée sonore, il s'agit de SORECOP³⁵. La redevance est ensuite reversée par les organismes de gestion de droits (Adami, Spedidam, SCPP, SPPF, Sacem) aux différents bénéficiaires. Ainsi, en matière de copie privée sonore, la rémunération bénéficie pour moitié aux auteurs (au sens du Code de la propriété intellectuelle³⁶), pour un quart aux artistes-interprètes et pour un quart aux producteurs. En matière de copie privée audiovisuelle, la rémunération bénéficie, à parts égales aux auteurs (toujours au sens du Code de la propriété intellectuelle), aux artistes-interprètes et aux producteurs³⁷. Or, les supports numériques viennent compliquer la perception de la rémunération car leurs propriétés remettent complètement en cause la distinction entre phonogrammes et vidéogrammes.

[41] Mais, c'est surtout pour la répartition de la rémunération que les supports numériques risquent de présenter des difficultés. L'article L 311-6, alinéa 2 CPI précise que la répartition s'effectue "à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet". En pratique, il est impossible de connaître avec précision la consommation de chacun. La solution a donc été de recourir à des sondages effectués chaque semestre par la SOFRES. Ces sondages permettent de connaître la nature et le genre des œuvres reproduites, leurs sources et leurs origines, mais également la quantité d'enregistrements effectués. Si les sociétés de répartition jugent ces sondages très fiables et leur marge d'erreur minime, il semble pourtant difficile de considérer que ce système permette d'appréhender précisément l'ensemble des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet³⁸. Malheureusement, l'imprécision des répartitions risque d'être accentuée dans l'environnement numérique. En effet, les réseaux numériques augmentent et facilitent tellement la consommation des œuvres de l'esprit que la répartition

³⁵ Copie France et SORECOP sont des sociétés civiles, des sociétés de sociétés représentant chacune des catégories d'ayants droits. Elles comportent donc trois collèges représentant respectivement les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs.

³⁶ Cette précision a été ajoutée par l'article 2 de la loi du 3 janvier 1995 et a notamment pour effet de priver les producteurs américains du bénéfice de la rémunération pour copie privée audiovisuelle et ce alors même qu'ils sont considérés comme titulaires du droit d'auteur dans le système de copyright.

³⁷ Article L 311-7 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁸ Ces sondages ont d'ailleurs tendance à privilégier les œuvres les plus populaires au détriment d'œuvres moins connues qui peuvent pourtant faire l'objet d'une reproduction privée (mais en trop faible quantité pour être prises en compte par les sondages).

de la redevance “ à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l’objet ” devient purement aléatoire³⁹.

[42] Ainsi, l’adaptation de la rémunération pour copie privée dans l’environnement numérique présente des difficultés incontournables. Pour autant, ces difficultés ne sont pas insurmontables et ne doivent pas empêcher la mise en place d’une réforme devenue nécessaire. Le compromis va inévitablement résider dans un choix de redevance imparfaite qui touchera des supports qui ne sont pas exclusivement réservés à la copie d’œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes. De même, la détermination du montant de la rémunération risque d’être floue, pour ne pas dire approximative tant les difficultés posées semblent insolubles. Il convient dès à présent d’étudier attentivement les aménagements auxquels la commission Brun-Buisson a procédé.

³⁹ A. LUCAS, *Droit d’auteur et numérique*, Litec 1990, p. 202, n. 404.

Chapitre II - L'aménagement effectué par la commission Brun-Buisson

[43] Si l'extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux supports numériques apparaît nécessaire, sa mise en œuvre pose certaines difficultés comme nous l'avons précédemment démontré. Dès 1999, Mme Catherine Trautmann, alors ministre de la Culture et de la Communication, avait pris position en faveur d'une réforme de la rémunération pour copie privée, tout du moins en matière musicale⁴⁰. D'ailleurs, l'idée n'était pas uniquement d'étendre la redevance aux supports numériques audio, mais également d'instaurer une taxe parafiscale sur les graveurs et les enregistreurs comme c'est le cas pour les photocopieurs et les scanners. Cette solution aurait alors nécessité une mesure législative, la loi du 3 juillet 1985 ayant choisi d'asseoir la rémunération sur les supports vierges et non sur les appareils d'enregistrement. Ce projet de réforme a finalement été abandonné et c'est en mars 2000 (date de création de la Commission Brun-Buisson) que le nouveau ministre de la Culture et de la Communication, Mme Catherine Tasca, a relancé le débat concernant l'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. La décision de la Commission dirigée par Francis Brun-Buisson a été définitivement arrêtée le 4 janvier 2001. Elle a pour principales conséquences, une modification du montant de la redevance pour les supports analogiques et surtout une extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle au profit des supports numériques vierges amovibles.

[44] Les travaux de la commission se déroulant en deux phases, il conviendra de respecter ce découpage. Ainsi, nous examinerons dans un premier temps l'extension récente de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux supports numériques amovibles (Section 1), avant d'étudier les difficultés liées à l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés (Section 2).

Section I - L'extension de la redevance aux supports numériques vierges amovibles

[45] La composition de la commission, prévue à l'article L 311-5 CPI, a été fixée le 13 mars 2000 par un arrêté du ministre de la Culture et de la Communication, Mme Catherine Tasca. La commission Brun-Buisson⁴¹ était chargée d'une part, d'adapter la rémunération pour copie privée audiovisuelle au récent environnement numérique et d'autre part, de modifier les taux de versement pour la copie privée analogique. Elle devait donc déterminer pour tous les types de supports utilisables, les taux et les modalités de versement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. Consciente des difficultés posées par les supports numériques, la commission a sollicité le Conseil d'Etat qui dans un avis, rendu le 10 octobre 2000, a considéré que l'ensemble des supports pouvaient être soumis à la redevance. Les délibérations de la commission ont eu lieu le 21 décembre 2000 et le 4 janvier 2001. La décision a été publiée au Journal officiel le 7 janvier 2001⁴² et est entrée en vigueur le 22 janvier 2001.

[46] Comme nous l'avons vu précédemment, la mise en œuvre de la copie privée dans l'environnement numérique pose trois grandes difficultés. Il convient donc d'examiner le

⁴⁰ Expertises, *Catherine Trautmann pour la rémunération de la copie privée numérique audio*, août-sept. 1999, p. 244.

⁴¹ La commission est appelée ainsi en raison de son président, Francis Brun-Buisson. Conseiller maître à la Cour des comptes et professeur de droit à l'Université de Versailles, M. Brun-Buisson a exercé, entre autres, les fonctions de producteur, de directeur de la chaîne de télévision *Paris Première*, de directeur de *La Lyonnaise Communication* et de directeur général d'*Antenne 2*.

⁴² *Journal officiel de la République française*, 7 janvier 2001, p. 336.

contenu de la décision de la commission Brun-Buisson au regard de cette triple difficulté, à savoir la détermination de l'assiette (I), la détermination du montant de la rémunération (II) et la répartition des sommes perçues (III).

I – La redéfinition de l'assiette de la rémunération

[47] La détermination de l'assiette consiste à sélectionner parmi les différents supports ceux qui peuvent faire l'objet de la redevance pour copie privée audiovisuelle, c'est-à-dire ceux qui permettent de réaliser des copies réservées à un usage privé d'œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes. Le Conseil d'Etat et le ministre de la Culture se sont montrés favorables à l'extension de la redevance à l'ensemble des supports numériques. Cette approche globale des supports numériques se retrouve également dans la décision de la commission Brun-Buisson. L'article 1^{er} précise en effet que sont éligibles à la rémunération pour copie privée audiovisuelle, tous les supports d'enregistrement numériques et ce quels que soient leur format et leur présentation, leur caractère amovible ou intégré. De même, la redevance est applicable que le support soit inscriptible une seule fois ou réinscriptible plusieurs fois, et surtout qu'il soit dédié à la copie d'œuvres ou bien à un usage que la commission qualifie d'"hybride", c'est-à-dire à des copies de sons, d'images et de toutes autres données. Par conséquent, la rémunération est applicable à tous les supports numériques dès lors qu'ils permettent la fixation, même provisoire, d'œuvres audiovisuelles ou sonores. Peu importe que ces supports permettent également la fixation de données qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur ou bien encore d'œuvres qui ne bénéficient pas de la redevance (images, textes,...). Néanmoins, il convient de préciser que cette appréhension générale des supports numériques n'est que théorique et qu'en pratique, la commission est venue tempérer cette approche. Ainsi, la commission effectue une double distinction. Elle distingue en premier lieu les supports amovibles et les supports intégrés. En second lieu, elle distingue les supports selon les perspectives de copie privée qu'ils offrent.

[48] Tout d'abord, la décision du 4 janvier 2001 n'est applicable qu'aux supports numériques amovibles (c'est-à-dire les supports déplaçables, mobiles) car la commission a considéré qu'elle ne disposait pas d'éléments d'information suffisants pour les supports d'enregistrement intégrés dans des matériels électroniques grand public⁴³.

[49] Le second tempérament apportée par la commission Brun-Buisson au principe d'appréhension globale des supports numériques repose sur les perspectives de copie privée offertes par chaque support. En effet, dans son troisième considérant, la commission précise qu'elle ne peut qu'écarter de sa décision, sous réserve de leur réexamen ultérieur, les types de supports pour lesquels elle a relevé l'absence de pratique ou l'insignifiance des perspectives de copie privée. Ainsi, l'approche de la commission n'est pas si globalisante. En effet, la loi impose que la commission étudie tous les supports, mais rien ne l'oblige à tout retenir. Les supports qui ne sont pas utilisés de façon significative pour la copie privée audiovisuelle sont alors écartés. Or, les perspectives de copie privée varient selon l'innovation technologique. C'est pourquoi, la commission a prévu d'effectuer un nouvel examen pour chaque support, et ce quand bien même il aurait été antérieurement exclu du champ d'application de la rémunération.

[50] Cette volonté d'effectuer des révisions ponctuelles apparaît comme une idée transversale de la décision. Ainsi, on remarquera que la décision du 4 janvier 2001 est intitulée "décision n°1" et que le quatrième considérant précise que la commission "prévoit

⁴³ Les supports numériques amovibles expressément visés par la décision sont les minidisks, les CDR et RW audio, les DVDR et RW vidéo, les CDR et RW data, DVD-ram et DVDR et RW data, les DVHS et les mémoires amovibles dédiées à l'audio.

la nécessité de procéder au réexamen périodique et, le cas échéant à la révision de ses décisions”. Ce souci de réforme ponctuelle s’explique par l’incidence des développements technologiques et industriels, ainsi que par l’évolution des modes de consommation et des pratiques de copie privée. L’exercice de l’exception de copie privée étant lié aux évolutions technologiques dont bénéficie le consommateur, il est nécessaire que les travaux de la commission suivent ces évolutions. D’ailleurs, depuis la décision du 4 janvier 2001, la commission travaille sur de nouveaux supports amovibles tels que le Zip⁴⁴.

[51] Enfin, on peut constater dans la décision de la commission un véritable effort d’anticipation concernant un support très particulier et sûrement voué à évoluer dans les prochaines années, il s’agit du DVD vierge. Cet intérêt est curieux car les DVD vierges ne sont pas encore commercialisés⁴⁵. Par conséquent, on peut s’interroger sur la pertinence d’une telle anticipation dans la mesure où les perspectives de copie privée offertes par ce support semblent aujourd’hui plutôt minces et que l’application de la redevance à ce support risque d’entraver son développement lors de sa mise sur le marché⁴⁶.

II – La détermination du montant de la rémunération

[52] Pour les supports analogiques, la rémunération reste naturellement fixée selon un indice horaire, mais les taux retenus par la décision du 30 juin 1986⁴⁷ ont été réévalués. Ainsi, pour les cassettes audio, la rémunération passe de 1,50 F à 1,87 F par heure, soit 0,03117 F par minute. Pour les cassettes vidéo, l’augmentation est moins importante puisque l’on passe de 2,25 F à 2,81 F par heure, soit 0,0468 F par minute. Ces rémunérations sont réévaluées au 1^{er} juillet de chaque année sur décision de la commission pour tenir compte de l’évolution économique au cours de l’année précédente. Cette actualisation des taux de rémunération ne posant pas de difficultés particulières, nous nous intéresserons davantage aux montants appliqués aux différents supports numériques.

[53] Afin de déterminer le montant de la redevance applicable aux différents supports numériques, la commission Brun-Buisson a pris le soin d’étudier le secteur, l’économie, le système de production et de commercialisation, les prix pratiqués, ainsi que l’évolution de la consommation et des pratiques de copiage. Face aux difficultés posées par les supports numériques, la commission a d’abord dû déterminer un mode de calcul adapté à l’environnement numérique (A). Cependant, le mode de calcul retenu s’avère en pratique extrêmement compliqué (B).

A – La recherche d’un mode de calcul adapté

[54] La détermination du montant de la rémunération pose deux grandes difficultés dans l’environnement numérique. La première réside dans la nature même des supports numériques, la seconde dans la multiplicité des formats de stockage. La décision de la commission vient remédier à ces deux difficultés par le biais d’un calcul, *a priori* astucieux,

⁴⁴ Le Zip est un support numérique amovible, à mi-chemin entre le disque dur (grande capacité de stockage) et la disquette (faible taille du support).

⁴⁵ Il n’existe pas encore sur “ le marché grand public ” d’appareils d’enregistrement susceptibles de reproduire des œuvres sur des DVD vierges

⁴⁶ En effet, avant même d’être commercialisés, les supports DVD enregistrables se voient appliquer une redevance de 24,75 F par support. Ce montant élevé risque de limiter l’intérêt du consommateur pour ces nouveaux supports, surtout en comparaison du montant de la redevance appliquée aux supports vidéo analogiques.

⁴⁷ *Journal officiel de la République française*, 23 août 1986.

qui consiste à appliquer aux supports numériques une double pondération selon les pratiques de compression reconnues, d'une part, et selon les pratiques de copie privée d'autre part.

[55] La détermination de la redevance doit en effet se faire en deux étapes dont la chronologie ne semble pas être, en pratique, celle avancée par la commission (à savoir l'ordre des articles de la décision). La commission doit dans un premier temps déterminer le montant de la rémunération pour chaque support numérique (1°). Soucieuse de prendre en compte les différents formats de stockage, la commission a choisi d'instaurer une seconde étape afin de fixer encore plus précisément la rémunération applicable à chaque support⁴⁸. Cette phase de calcul ne porte pas sur le montant de la rémunération en lui-même, mais sur la durée d'enregistrement que permet le support (2°).

1°) La détermination du montant de la redevance dans l'environnement numérique

[56] Après six mois de délibérations âpres, la commission Brun-Buisson est finalement parvenue à fixer les montants des redevances pour les différents supports numériques. Elle a tout d'abord défini des indices de rémunération horaire valables pour l'ensemble des supports destinés à reproduire des œuvres sonores et audiovisuelles⁴⁹. Ainsi, concernant les supports d'enregistrement numériques utilisables pour la copie privée des phonogrammes, la rémunération versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intra-communautaires de ces supports, est fixée à 3 F par heure, soit 0,05 F par minute. Pour les supports d'enregistrement numériques utilisables à des fins de copie privée de vidéogrammes, la rémunération versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intra-communautaires de ces supports, est fixée à 8,25 F par heure, soit 0,1375 F par minute. Ces rémunérations horaires sont ensuite pondérées de 0 à 100% selon le taux de copiage retenu par la commission à partir des informations portées à sa connaissance sur les pratiques de copie privée⁵⁰.

[57] Les représentants des droits d'auteurs ont voté à l'unanimité en faveur de ces montants. Les fabricants ont, pour leur part, voté à l'unanimité contre⁵¹. Les associations de consommateurs étaient quant à elles en désaccord et se sont abstenues de voter car elles désapprouvaient le mode de calcul retenu. Paradoxalement, malgré l'abstention des consommateurs, la décision finale favorise les partisans d'une taxe modérée⁵². Cependant, dans l'environnement numérique comme dans l'environnement analogique, le montant de la rémunération est inutile si la durée d'enregistrement du support est inconnue.

⁴⁸ On peut se demander si cette étape intervient véritablement après celle visant à déterminer le montant de la rémunération. Il semble plus logique que la commission détermine préalablement la durée ou la capacité effective d'enregistrement propre à chaque support avant de fixer le montant de la rémunération.

⁴⁹ Article 2 de la décision du 4 janvier 2001.

⁵⁰ Article 3 de la décision du 4 janvier 2001.

⁵¹ Pour signifier leur mécontentement à l'encontre la décision de la commission, les industriels ont décidé de saisir le Conseil d'Etat afin d'obtenir son annulation. Il convient de rappeler qu'en 1986, la décision de la commission avait déjà été portée devant le Conseil d'Etat qui avait répondu 10 ans après pour finalement rejeter ce recours, aussi bien sur le fond que sur la forme. Il y a donc peu de chance de voir ce recours aboutir, d'autant que le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé, dans son avis du 10 octobre 2000, en faveur d'une redevance applicable à l'ensemble des supports numériques.

⁵² les propositions initiales des ayants droits étaient proches des 14 francs pour les CD vierges audio. Le montant finalement adopté est de 2,75 francs de l'heure, ce qui semble relativement favorable aux consommateurs ainsi qu'aux fabricants et importateurs de supports vierges.

2°) La détermination de la durée ou de la capacité nominale d'enregistrement du support

[58] La rémunération instaurée par la loi du 3 juillet 1985 a été envisagée dans un environnement analogique où les supports vierges pouvaient être appréhendés selon un indice de durée. Par conséquent, conformément à l'article L 311-4 CPI, pour fixer le montant de la rémunération, la commission devait appréhender les supports numériques en fonction de la durée d'enregistrement qu'ils permettent. De manière générale, tout support, analogique ou numérique, peut être appréhendé en fonction de la durée d'enregistrement qu'il permet. Il suffit simplement de connaître le nombre d'œuvres, audiovisuelles ou sonores, que le support est susceptible de recevoir. En effet, il est évident que toute oeuvre audiovisuelle ou sonore possède une durée. La difficulté provient du fait que le nombre d'œuvres (et donc la durée) varie selon le format de stockage choisi par le copiste. La commission Brun-Buisson a tenté de remédier à cette difficulté en prenant en compte les pratiques de compression.

[59] La commission applique à la durée nominale d'enregistrement initialement fixée un coefficient de majoration correspondant aux pratiques de compression reconnues⁵³. Si ce coefficient n'est pas appliqué au montant de la redevance, mais à la durée d'enregistrement, il n'en demeure pas moins que cette modification de la durée d'enregistrement nominale entraîne *ipso facto* une modification du montant de la rémunération⁵⁴. Naturellement, les difficultés posées par les supports numériques ne pouvaient donner naissance à un mode de calcul simple. Néanmoins, si ce calcul semble, *a priori*, logique et astucieux, il s'avère en pratique très compliqué.

B – Un mode de calcul compliqué

[60] Par application de ces règles, la commission a pu déterminer pour chaque support numérique le montant de la rémunération unitaire. En effet, contrairement aux supports d'enregistrement analogiques, la redevance portant sur les supports numériques ne peut se contenter d'être horaire, essentiellement en raison de l'existence d'outils de compression variables selon les supports. La commission a donc opté pour une rémunération unitaire, spécifique à chaque support selon la capacité nominale ou la durée d'enregistrement qu'il possède. Ainsi, la décision de la commission Brun-Buisson distingue deux catégories de supports numériques : les supports exclusivement audio ou vidéo qui peuvent s'apprécier uniquement selon leur durée d'enregistrement (1°) et ceux qui doivent s'apprécier selon leur capacité nominale d'enregistrement majorée selon les pratiques de compression (2°).

1°) Les supports numériques exclusivement audio ou vidéo qui s'apprécient selon leur simple durée d'enregistrement

[61] A la lecture de la décision du 4 janvier 2001, ces supports numériques (Minidisc, CDR et RW audio, DVDR et RW vidéo) ne semblent pas différents des supports analogiques. En effet, la commission considère qu'il s'agit de supports vierges destinés uniquement à la copie d'œuvres sonores ou audiovisuelles puisque le fabricant les a expressément qualifié de

⁵³ L'article 4 de la décision de la commission précise que "la durée d'enregistrement [...] permettant de déterminer le montant de la rémunération par type de supports est fixée, pour chaque support numérique, par application à la durée nominale fixée d'un coefficient de majoration correspondant aux pratiques de compression reconnues, apprécié par la commission à partir des informations portées à sa connaissance".

⁵⁴ Article L 311-4 CPI, alinéa 2 : "le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet".

supports audio ou vidéo. Leur capacité d'enregistrement s'apprécie selon un indice de durée car ces supports n'ont pas vocation à recevoir des fichiers compressés. Or, cette distinction semble totalement artificielle dans la mesure où ces supports ne sont pas techniquement différents des autres supports numériques. Par conséquent, peu importe l'intention du fabricant et la dénomination choisie (CDR audio ou CDR data), ces supports présentent, en pratique, les mêmes propriétés multimédias que les autres supports numériques⁵⁵. Cette volonté de circonscrire l'utilisation de certains supports numériques témoigne d'un refus de la commission d'appréhender la copie privée dans ce qu'elle a de plus essentiel, à savoir le rapport au copiste⁵⁶.

[62] La commission a donc considéré que les minidisks, les CDR et RW audio possédaient tous les trois une durée d'enregistrement de 74 minutes et que la rémunération unitaire devait être de 3,70 F⁵⁷. Les DVDR et RW vidéo présentant selon la commission une durée de 180 minutes, le montant de la redevance pour ces supports est de 24,75 F à l'unité. Les supports DVHS sont aussi considérés en fonction de la durée d'enregistrement qu'ils permettent, à savoir 420 minutes. La redevance a été fixée, au prorata, à 57,75 F par unité.

[63] Si cette première catégorie de supports peut véritablement s'apprécier selon un indice de durée d'enregistrement, on peut alors se demander pourquoi la commission envisage ces supports selon un mode unitaire et non selon un mode horaire comme c'est le cas pour les supports analogiques. Il suffisait simplement de préciser que le montant de la rémunération était fixé à 3 F par heure pour les supports numériques utilisables pour la copie privée des phonogrammes, et à 8,25 F pour les supports numériques utilisables pour la copie privée des vidéogrammes⁵⁸.

2°) Les supports numériques qui s'apprécient selon leur capacité nominale d'enregistrement majorée selon les pratiques de compression

[64] Les autres supports numériques sont quant à eux appréhendés selon leur capacité nominale d'enregistrement, celle-ci étant majorée selon les indices de compression. Pour tous ces supports (CDR et RW data, DVD-ram et DVDR et RW data, DVHS et les mémoires amovibles dédiées à l'audio), le montant de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

⁵⁵ Les CDR et RW audio ne sont pas techniquement restreints à la reproduction d'œuvres sonores, ils peuvent aussi servir de supports pour des fichiers d'images, de textes, de sons ou de vidéos. Ces supports sont donc analogues aux CDR data, même si leur prix de vente est plus élevé. Cette similarité résulte d'un mode de fabrication identique (les fabricants de CD audio produisent également des CD data). C'est donc au moment de la commercialisation que le fabricant va choisir de les appeler CDR data ou CDR audio. Preuve de cette similitude, les emballages de CDR data précisent la capacité d'enregistrement du support de deux manières : " 80 min./700 Mo ".

⁵⁶ En pratique, il semble évident que les ventes des supports CD audio demeureront plus faibles que celles des CDR data, les consommateurs préférant acheter les supports pour lesquels la redevance est de plus faible importance.

⁵⁷ Pour ces supports exclusivement réservés à l'audio ou la vidéo, le calcul de la redevance semble évident. Il suffit de prendre l'exemple des CD audio. Selon la commission, ces supports ne sont destinés qu'à reproduire des œuvres fixées sur phonogrammes. Par conséquent, la pondération selon le taux de copiage à appliquer au montant de la rémunération horaire (3 F) est nulle. Ces fichiers audio ne peuvent être compressés (exclusion des fichiers musicaux sous format MP3). Dès lors, seul un coefficient de majoration de 1 est applicable à ces supports et la durée initiale d'enregistrement ne sera pas modifiée. Le montant de la rémunération étant fonction de la durée d'enregistrement que permet le support, il sera déterminé au prorata selon l'indice horaire fixé par la commission.

⁵⁸ Il est d'ailleurs curieux de constater que le tableau ne mentionne pas le montant de la rémunération pour les CD audio d'une durée de 80 minutes qui sont également disponibles dans le commerce. Bien entendu, le montant de la rémunération peut être déterminé facilement pour ces supports (au prorata, il semble que la rémunération soit de 4 F pour un CD audio de 80 minutes). Pour autant, l'absence de précision de la part de la commission oblige le lecteur à effectuer lui-même le calcul.

est légèrement inférieur à celui des supports numériques précédemment évoqués. Comme le souligne M. Charles-Henri Lonjon, secrétaire général de Copie France et de la Sorecop, les taux qui ont été choisis pour ces supports prennent en compte le fait qu'il existe des usages professionnels. La redevance sur les CDR data aurait sûrement été plus élevée si ce paramètre n'avait pas été intégré⁵⁹.

[65] Quels sont ces supports et quel est le montant de la redevance qui leur est appliquée ? Les CDR et RW data (dont les propriétés sont les mêmes que pour les CDR et RW audio) possèdent une capacité nominale d'enregistrement de 650 Mo. Après pondération en fonction des pratiques de compression reconnues, le montant de la rémunération a été fixé à 2,15 F pour une unité. Les DVD-ram, les DVDR et RW data possèdent une capacité nominale d'enregistrement de 4,7 Go. Après pondération, la redevance a été fixée à 10,42 F par unité. Finalement, les supports qui subissent la redevance de la façon la plus forte sont les mémoires amovibles dédiées à l'audio puisque pour une capacité d'enregistrement de 32 Mo (20 fois moins que le CDR audio), le montant de la rémunération unitaire est de 2,20 F⁶⁰.

[66] Pour ces supports numériques, force est de constater que le calcul de la redevance reste flou puisque l'on ignore le pourcentage de pondération retenu pour les pratiques de copies privées ainsi que le coefficient de majoration retenu pour les pratiques de compression. En outre, le caractère hybride de ces supports leur permet de reproduire des séquences vidéo et sonores. Par conséquent, le montant de la rémunération unitaire doit être déterminé au regard des deux rémunérations horaires prévues par la commission, à savoir la rémunération pour la copie privée des phonogrammes et la rémunération pour la copie privée des vidéogrammes. La distinction classique entre vidéogrammes et phonogrammes, qui servait de base au calcul de la rémunération, devient alors obsolète. Mais surtout, on peut se demander selon quels critères de calcul s'effectue ce curieux mélange entre le montant horaire de la rémunération pour les œuvres sonores et celui de la rémunération pour les œuvres audiovisuelles. Toutes ces incertitudes donnent indéniablement à la redevance un caractère arbitraire et on comprend que certaines associations de consommateurs aient refusé de cautionner un mode de calcul aussi compliqué.

[67] Enfin, quitte à effectuer une distinction entre les supports numériques, on peut s'étonner que la commission n'est pas appliqué une redevance différente pour les supports inscriptibles une seule fois (CDR audio ou vidéo) et les supports réinscriptibles (CDRW audio ou vidéo). Le rapport à ces supports n'est évidemment pas le même car si les supports inscriptibles une seule fois offrent une certaine permanence, ils obligent surtout le copiste à conserver la copie sans pouvoir la modifier ou l'effacer. Par conséquent, la volonté de reproduire l'œuvre s'accompagne nécessairement de la volonté de conserver l'œuvre. Il en va différemment des supports réinscriptibles qui offrent à l'utilisateur une plus grande liberté car celui-ci pourrait dans l'absolu se contenter d'un seul support réutilisable indéfiniment. Toute la question est alors de savoir à quel support appliquer la redevance la plus élevée. Deux conceptions viennent alors s'opposer, une conception qualitative et une conception quantitative. Sur le plan qualitatif, la redevance pourrait être plus élevée pour les supports inscriptibles une seule fois car la copie privée constitue alors un véritable *lucrum cessans*⁶¹. Sur le plan quantitatif, on pourrait également considérer que la redevance devrait être plus élevée pour les supports réinscriptibles. En effet, le copiste ne paiera qu'une seule fois la redevance alors que le support servira à reproduire plusieurs œuvres. La commission a choisi de ne pas soumettre ces supports à des redevances différentes. Cette position peut se défendre

⁵⁹ Propos recueillis le 12/01/2001 par Isabelle DUMONTEIL sur le site internet <<http://www.01net.com>>.

⁶⁰ Cette différence s'explique par le fait que ces supports sont spécifiquement et exclusivement conçus pour reproduire des œuvres sonores.

⁶¹ Il s'agit d'un véritable manque à gagner puisque la copie entraîne véritablement la perte de vente d'un exemplaire de l'œuvre.

si l'on considère avec pertinence les deux conceptions. Pourtant, une distinction aurait pu être faite tant il semble évident que ces supports ne présentent pas les mêmes caractéristiques.

III – Incidence de la décision sur la perception et la répartition des sommes perçues de la redevance

[68] Selon l'article L 311-5 CPI, la commission détermine uniquement les types de support, les taux de rémunération et ses modalités de versement. Tous les principes de redistribution des sommes perçues au titre de la redevance sont fixés par la loi. Cependant, si la décision rendue par la commission ne vient modifier que le contenu de l'assiette et le montant de la rémunération pour copie privée audiovisuelle, il convient d'examiner les répercussions de cette décision sur les modes de perception et de répartition des droits.

[69] Tout d'abord, le mode de calcul retenu pour le montant de la rémunération étant d'une très grande complexité, on peut supposer que cette complexité resurgira au moment de la perception et de la répartition des redevances. En effet, pour les supports tels que les CDR data, le montant de la rémunération a été déterminé en prenant en compte le fait que ces supports sont susceptibles de recevoir à la fois du son et de la vidéo. La répartition des sommes perçues va donc mettre à l'épreuve la sagacité des sociétés de gestion collective chargées de percevoir et de répartir la rémunération. En effet, auparavant, c'est-à-dire dans l'environnement analogique, la seule difficulté résidait dans l'exigence d'une répartition selon " les reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet " ⁶². Or, dans l'univers numérique, apparaît une seconde difficulté, liée au caractère " hybride " de certains supports numériques. Les sociétés de perception et de répartition (Copie France et Sorecop) devront désormais déterminer quel montant de la rémunération, perçue dans sa globalité, devra être réparti pour les œuvres sonores, d'une part, et pour les œuvres audiovisuelles d'autre part. Ainsi, on peut se demander si la distinction entre vidéogrammes et phonogrammes n'est pas également devenue désuète au niveau de la perception et de la répartition de la rémunération. De même, on peut se demander si les deux sociétés de gestion collective, Sorecop et Copie France, seront en mesure de percevoir et répartir au mieux les fruits de ces redevances. En effet, comme le souligne M. Lionel Costes, " derrière la question de la rémunération des auteurs, c'est plutôt celle soulevée par les modalités de la gestion par les sociétés d'auteur des fonds qu'elle perçoivent à ce titre et distribuent qui doit être posée ; gestion considérée comme trop souvent opaque et manquant de transparence " ⁶³. La complexité du mode de calcul de la redevance ne va pas rendre plus transparente la gestion de ces fonds, bien au contraire. La solution ne serait-elle pas alors de créer un nouvel organisme chargé d'appréhender spécifiquement les rémunérations liées à l'environnement numérique ?

[70] Par ailleurs, concernant la perception de la redevance, le prélèvement à la source oblige à ne pas distinguer selon l'utilisation ultérieure du support. Dès lors, l'application de la redevance aux supports " hybrides " tels que les CDR data peut s'avérer pénalisante pour les entreprises. La commission a pris en compte l'usage professionnel de ces supports et a donc choisi de leur appliquer une redevance beaucoup moins élevée. A l'époque, cette solution était la seule envisageable car la commission ne pouvait exonérer d'autres bénéficiaires ou assujettis que ceux prévus par la loi, c'est-à-dire les entreprises de production et de communication audiovisuelles, ainsi que les organismes qui utilisent les supports à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs ⁶⁴. Depuis, l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 est venu étendre le champ d'application de l'article L 311-8 CPI. Ainsi, la rémunération pour

⁶² Article L 311-6, alinéa 2 CPI.

⁶³ L. COSTES, " A quels supports numériques appliquer une redevance pour copie privée ? ", Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n°133, fév. 2001.

⁶⁴ Article L 311-8 CPI.

copie privée donne désormais lieu à remboursement lorsque le support d'enregistrement est acquis pour leur propre usage ou production par les éditeurs d'œuvres publiées sur supports numériques.

Si la commission Brun-Buisson a considéré qu'elle disposait d'informations suffisantes concernant les supports numériques amovibles, il en va différemment des supports numériques intégrés. Il convient donc à présent d'examiner les difficultés relatives à l'extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux supports numériques inamovibles.

Section II - L'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

[71] Si l'extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle a posé des difficultés pour les supports numériques amovibles, ces difficultés se trouvent renforcées concernant les supports numériques intégrés⁶⁵. Si l'ensemble des supports numériques peuvent être soumis à la rémunération pour copie privée audiovisuelle⁶⁶, les supports numériques intégrés sont pour l'instant exclus du champ d'application de la redevance. Après délibération prise à l'unanimité, la commission a décidé de renvoyer sur ce point sa décision avant la fin du mois de mars 2001 en raison de l'insuffisance des éléments d'information réunis en matière de supports d'enregistrement intégrés. Ce renvoi témoigne des hésitations de la commission face à une question qui est aujourd'hui sujette à polémique (I). Cependant, cette polémique ne doit pas remettre en cause l'opportunité d'une extension de la redevance aux supports numériques intégrés (II).

I – La polémique relative à l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

[72] Le débat sur l'extension de la rémunération aux supports numériques amovibles avait déjà donné lieu à quelques heurts entre ayants droits d'un côté et fabricants de supports et consommateurs de l'autre. Cette polémique est aujourd'hui relancée de manière encore plus forte pour les supports numériques intégrés. Pourtant, cette controverse repose davantage sur des enjeux économiques et politiques que juridiques.

[73] Tout d'abord, l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés se heurte violemment au lobby des fabricants de ces supports. Le poids économique et médiatique de ces industriels est pour beaucoup dans la lenteur de l'élargissement de la redevance aux supports numériques intégrés⁶⁷. Au début des travaux, les trois syndicats membres de la commission⁶⁸ avaient demandé au Conseil d'Etat d'exclure du champ d'application de la redevance les supports numériques inamovibles. Ils avaient été déboutés de leur demande.

⁶⁵ La catégorie des supports numériques intégrés ou inamovibles englobe tous les supports d'enregistrement intégrés dans des matériels électroniques, à savoir les disques durs d'ordinateurs ou de consoles de jeux, les mémoires des décodeurs de télévisions numériques ou des magnétoscopes, ou bien encore les téléphones mobiles et les mémoires des baladeurs enregistreurs MP3.

⁶⁶ Avis du Conseil d'Etat rendu le 10 oct. 2000.

⁶⁷ C'est également le cas en Allemagne où le Gouvernement, soucieux de suivre l'évolution de la technique, a choisi d'instaurer, depuis le 1^{er} janvier 2001, une nouvelle taxe sur les ordinateurs en complément des droits déjà prélevés sur les photocopieurs, les fax et les scanners. Afin de protester contre cette mesure, les industriels allemands ont dans un premier temps refusé de payer les droits d'auteurs exigés par les organismes chargés de collecter les droits pour les textes et les images (les œuvres sonores et audiovisuelles ne sont pas visées par cette taxe).

⁶⁸ Les trois syndicats membres de la commission Brun-Buisson regroupent les fabricants de supports vierges. Il s'agit du Syndicat national des supports d'enregistrement (SNSE), du Syndicat des industries de matériels

[74] En outre, le débat sur l'extension de la rémunération aux supports numériques intégrés a pris des proportions injustifiées en raison de la maladresse de l'actuelle Ministre de la Culture et de la Communication (maladresse fortement relayée par la presse et les fabricants de supports qui ont su exploiter toute la portée de ses propos). En effet, Mme Catherine Tasca s'est prononcée en faveur d'une extension de " la taxe " aux supports numériques intégrés⁶⁹. Ce lapsus révèle parfaitement la confusion qui règne, encore aujourd'hui, sur la nature juridique de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Les propos confus du Ministre de la Culture n'ont fait qu'ajouter à la méfiance des consommateurs à l'égard de l'extension de la redevance aux disques durs d'ordinateurs. Le Gouvernement ne souhaitant pas promouvoir l'instauration d'une nouvelle taxe (qui n'en était pas une), Mme Catherine Tasca a dû revenir sur ces propos, laissant aux soins de la commission l'étude relative aux supports d'enregistrement intégrés. Cependant, l'ampleur des réactions donne la mesure des passions que suscitent les nouvelles technologies, et par là même des intérêts économiques qui s'y rattachent⁷⁰.

[75] Tous ces éléments donnent l'impression d'une " surprotection " juridique des droits d'auteurs et des droits voisins. Or, ceci contraste fortement avec le laxisme antérieur des pouvoirs publics à instaurer un mécanisme indemnitaire pour compenser les pertes occasionnées par le développement fulgurant de la copie privée dans l'environnement numérique. Comme le souligne André Lucas, " s'est répandue dans le public l'illusion que la copie privée, à condition d'être non lucrative, est permise " ⁷¹. Ce sentiment d'impunité du consommateur-copiste explique l'incompréhension générale vis-à-vis de la redevance pour copie privée audiovisuelle. Sur ce point, les préoccupations des utilisateurs rejoignent donc celles des fabricants de supports vierges. D'ailleurs, après l'annonce de ces augmentations, les consommateurs, les fabricants et les importateurs de supports ont fait circuler des pétitions, essentiellement sur internet. Certains, ignorant l'objet de la redevance, militent pour un droit à la copie privée gratuite tandis que d'autres protestent contre ce " nouvel impôt " qui légaliserait le piratage. Les arguments invoqués ont de quoi faire sourire tant ils témoignent d'une réelle méconnaissance de la notion de rémunération pour copie privée.

[76] Tout d'abord, il convient de rappeler que l'exception de copie privée n'a jamais fait naître un quelconque droit, au profit de l'utilisateur, de réaliser des copies gratuites des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. Il ne s'agit en aucun cas d'un droit à la culture susceptible de concurrencer le droit exclusif de l'auteur. L'exception de copie privée trouve plutôt son fondement dans l'impossibilité matérielle de contrôler et d'empêcher la copie privée. Par ailleurs, la rémunération pour copie privée n'a pas vocation à légitimer le piratage, c'est-à-dire la contrefaçon des œuvres de l'esprit. Elle répond plutôt, et ce malgré sa qualification de droit d'auteur, à une logique indemnitaire et a donc pour but de compenser les pertes occasionnées par l'exercice de l'exception de copie privée. L'exception de copie privée ne vise que les copies réalisées par le copiste et réservées à son usage privé. Naturellement, la contrefaçon n'est pas visée par cette exception. Concernant la rémunération pour copie privée audiovisuelle, la confusion provient du fait que le prélèvement des sommes est effectué à la source. La redevance est donc versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intra-communautaires⁷², et non par l'utilisateur. Si ce procédé semblait plus simple en pratique, il a toutefois l'inconvénient de ne pas distinguer selon l'utilisation qui est faite du support. En d'autres termes, la redevance dépasse le champ de la simple exception de

audiovisuels électroniques (Simavelec) et du Syndicat des entreprises de commerce international de matériel audio, vidéo et informatique grand public (Secimavi).

⁶⁹ Le Figaro économie, le 15 janvier 2001.

⁷⁰ L. COSTES, " A quels supports numériques appliquer une redevance pour copie privée ? ", Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n°133, fév. 2001.

⁷¹ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001, p. 268, n. 315.

⁷² Article L 311-4 CPI.

copie privée puisque les supports utilisés à des fins de contrefaçon sont tout de même soumis à la redevance. Mais cette imperfection du système résulte simplement de l'impossibilité matérielle de contrôler l'utilisation qui est faite du support une fois celui-ci commercialisé.

[77] C'est donc dans ce climat de contestation générale à l'égard du droit d'auteur, et en particulier de la rémunération pour copie privée audiovisuelle, qu'ont débuté les travaux sur l'extension de la rémunération aux supports numériques intégrés. Pour autant, toutes ces polémiques ne doivent pas remettre en cause l'opportunité de la réforme.

II – L'opportunité de l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés

[78] La polémique précédemment évoquée est venue perturber le calendrier initialement fixé par la commission. Si le Gouvernement a tenté de calmer la controverse, dès la première réunion suivant l'application de la redevance aux supports amovibles, le président, M. Francis Brun-Buisson, a demandé aux membres de la commission d'étudier l'ensemble des supports intégrés. Pour ce faire, la commission devra connaître l'usage réel ou probable de ces supports. Pour notre part, il convient d'encourager cette mesure car comme le fait remarquer Mme Catherine Tasca, "dans le nouvel environnement numérique, opposer culture et industrie en négligeant la rémunération des contenus est une aberration"⁷³. En outre, Comme le souligne M^e J. Martin, on ne voit pas très bien ce qui justifie une différence de traitement entre les supports numériques amovibles, tels que les CD et DVD, qui sont désormais assujettis à la redevance et les supports numériques inamovibles, tels que les disques durs des ordinateurs. Il y aurait une rupture d'égalité à ce que ces derniers en soient exonérés alors qu'ils peuvent servir, que ce soit dans un lecteur fixe ou mobile, à reproduire de la musique, de la presse, de l'audiovisuel ou des livres⁷⁴.

[79] Par ailleurs, il convient de rappeler que l'extension de la redevance aux supports numériques intégrés a d'ores et déjà été amorcée puisque les baladeurs enregistreurs en format MP3 sont soumis, depuis le 4 janvier 2001, à la redevance alors même qu'il s'agit de supports d'enregistrement intégrés dans des appareils dédiés à l'enregistrement sonore. Toutefois, l'appréhension de ces supports numériques intégrés semblait moins difficile dans la mesure où ils n'ont vocation qu'à reproduire des œuvres sonores et ce sous un format unique, à savoir le format MP3. La fixation de la redevance ne posait donc pas de problèmes particuliers, contrairement aux autres supports numériques "hybrides". Quoiqu'il en soit, la décision de la commission Brun-Buisson concernant les autres supports numériques intégrés risque d'aboutir tardivement. Les travaux de la commission se poursuivent toujours⁷⁵.

[80] On comprend la prudence de M. Francis Brun-Buisson⁷⁶, au regard des enjeux économiques importants qui sont liés à l'extension de la redevance aux supports numériques. En effet, si nul ne sait quel sera le montant de la redevance appliquée aux disques durs des ordinateurs, plusieurs éléments permettent d'évaluer cette redevance. Tout d'abord, les barèmes retenus par la commission pour les supports numériques amovibles laissent supposer que le montant de la redevance pour les supports numériques intégrés devrait être conséquent. En outre, les montants appliqués en Allemagne depuis le 1^{er} janvier 2001 permettent

⁷³ Propos tenus à l'Assemblée nationale le 16 janvier 2001, à l'occasion des questions posées au gouvernement.

⁷⁴ Le Monde, *L'idée de Mme Tasca était bonne* par Me J. Martin, 24 janv. 2001, p. 16.

⁷⁵ A la fin du mois de mars, elle a ainsi auditionné les directeurs de chaînes de télévision par satellite afin d'obtenir des renseignements sur les disques durs intégrés dans la prochaine génération de décodeurs.

⁷⁶ Le Figaro économie, " *prévoir une juste rémunération* ", 17 janv. 2001, p. 13 : " les travaux de la commission doivent s'effectuer dans le respect de la loi sur la copie privée. Ils doivent viser une égalité de traitement – éviter toute disproportion de concurrence – et appliquer un principe de proportionnalité, à la fois dans l'intérêt des consommateurs et dans des conditions économiques supportables pour les industriels ".

également d'évaluer le montant de la rémunération⁷⁷. En partant de cette hypothèse et des cinq millions d'ordinateurs vendus en France chaque année, les experts prévoient un montant total des redevances d'environ un milliard de francs. Cette somme viendrait s'ajouter aux 900 millions de francs correspondant aux supports numériques amovibles. Si l'on ajoute à cela les quelques 600 millions perçus au titre de la copie privée analogique, ce sont les deux milliards de francs qui seront dépassés⁷⁸. Toutefois, ces chiffres doivent être envisagés avec la plus grande précaution dans la mesure où il ne s'agit que de prévisions plus ou moins hasardeuses.

[81] En dehors de tout aspect économique, nous avons démontré qu'une approche globalisante a conduit la commission à retenir tous les supports numériques susceptibles de reproduire des œuvres musicales ou audiovisuelles. Or, si le choix de la commission consiste à étendre la rémunération d'une manière imprécise à des supports hybrides permettant de reproduire toutes sortes d'œuvres de l'esprit, on ne voit pas pourquoi la redevance devrait être restreinte au domaine audiovisuel. Par conséquent, il convient à présent d'envisager la possible extension de la redevance à l'ensemble des œuvres de l'esprit.

⁷⁷ La taxe retenue en Allemagne est de 30 euros, soit environ 196 francs.

⁷⁸ Ces chiffres ont été cités dans le quotidien *Le Figaro économie* du 15 janv. 2001, p.8.

Titre II – L’extension du domaine de la rémunération pour copie privée

[82] A l’origine, la rémunération prévue aux articles L 311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ne concernait pas l’ensemble de la copie privée, mais se limitait au domaine audiovisuel, c’est-à-dire à la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. Si la circonscription de la rémunération au domaine audiovisuel pouvait se concevoir en 1985, force est de constater qu’elle apparaissait aujourd’hui comme quelque peu surannée. En effet, le caractère hybride des supports numériques remet en cause tout cloisonnement des œuvres puisque leurs spécificités techniques leur permettent de reproduire aussi bien du son, que du texte, ou des images. Dès lors, il n’était pas excessif de considérer que ce mécanisme indemnitaire pouvait être étendu à l’ensemble des œuvres de l’esprit faisant l’objet de copies privées.

[83] Si la loi du 3 juillet 1985 restreignait le bénéfice de la rémunération pour copie privée au domaine audiovisuel (Chapitre 1), la loi du 17 juillet 2001 vient modifier les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et étend le domaine de la redevance à toute œuvre susceptible d’être fixée sur un support numérique. Par conséquent, la rémunération pour copie privée audiovisuelle va désormais laisser place à une sorte de rémunération pour copie privée “ multimédia ” (Chapitre 2).

Chapitre I - Le domaine de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

[84] Après avoir constaté la nécessité, unanimement reconnue par la doctrine, d'une extension de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux supports numériques, il convient à présent d'étudier la question, plus discutée, de l'extension de la redevance à l'ensemble des œuvres de l'esprit. En effet, la loi du 3 juillet 1985 circonscrit le bénéfice de la rémunération pour copie privée aux œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes (section 1). Pourtant, cette circonscription semble aujourd'hui devenue obsolète (section 2).

Section I – La circonscription de la redevance au domaine audiovisuel

[85] Le titre premier du Livre troisième du Code de la propriété intellectuelle se contente d'annoncer " la rémunération pour copie privée " sans en préciser son domaine. Or, force est de constater que la redevance ne couvre pas l'intégralité de la copie privée. Par conséquent, établir le domaine de la redevance revient à déterminer les œuvres qui entrent dans son champ d'application. Le domaine de la rémunération pour copie privée audiovisuelle répond à une double circonscription. La première circonscription est liée à la nature de l'œuvre, à savoir que la redevance n'est applicable qu'aux œuvres sonores et audiovisuelles (I). La seconde circonscription repose sur le mode d'exploitation puisque la redevance n'est applicable qu'aux œuvres ayant fait l'objet d'une fixation matérielle sur phonogrammes ou vidéogrammes (II).

I – Une rémunération circonscrite aux œuvres sonores et audiovisuelles

[86] Aux termes de l'article L 122-1 CPI, l'auteur jouit d'un droit exclusif de reproduction et d'un droit exclusif de représentation de son œuvre. Néanmoins, l'article L 122-5 CPI prévoit que " lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective ". C'est l'exception de copie privée. Immédiatement, on remarque que le bénéfice de l'exception de copie privée n'est pas limité à certaines catégories d'œuvres. Elle semble donc avoir vocation à s'appliquer pour l'ensemble des œuvres de l'esprit. Toutefois, le législateur est venu apporter quelques tempéraments à l'exception de copie privée en interdisant " les copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ", ainsi que " les copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde "⁷⁹. Malgré ces précisions, il n'en demeure pas moins que l'exception de copie privée n'est en rien circonscrite aux œuvres sonores et audiovisuelles. Il en va différemment du mécanisme indemnitaire instauré par la loi du 3 juillet 1985 relative " aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle ".

[87] En effet, la rémunération pour copie privée, prévue aux articles 31 et suivants de la loi du 3 juillet 1985⁸⁰, se limite au domaine audiovisuel puisqu'elle vise uniquement les œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. Il convient de rappeler que le mot " audiovisuel " ne doit pas être entendu dans un sens restrictif car il désigne aussi bien les œuvres audiovisuelles que les œuvres sonores. L'article L 112-2, 6° CPI définit l'œuvre audiovisuelle comme une création " consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non "

⁷⁹ Article L 122-5, 2° CPI.

⁸⁰ Codifiés aux articles L 311-1 et suivants CPI.

telles que les œuvres cinématographiques. Quant à l'œuvre sonore, elle renvoie essentiellement aux œuvres musicales et à toute œuvre de l'esprit susceptible d'être fixée sur un phonogramme. Il convient d'ajouter que l'œuvre audiovisuelle et l'œuvre sonore ne seront protégées par le droit d'auteur que si elles remplissent la condition d'originalité inhérente à toute œuvre de l'esprit.

[88] On peut donc se demander pour quelles raisons, le législateur de 1985 a choisi de soumettre uniquement les œuvres audiovisuelles et sonores à la rémunération pour copie privée alors que l'exception de copie privée s'applique à l'ensemble des œuvres de l'esprit (sauf exception prévue par la loi⁸¹). L'hypothèse la plus probable repose sur le caractère particulier de la licence légale. En effet, dès lors que la copie privée connaît un développement limité qui n'est pas préjudiciable à l'auteur, il n'est pas nécessaire de mettre en place un mécanisme indemnitaire qui viendrait déroger au droit exclusif de l'auteur sur son œuvre. Si la rémunération pour copie privée audiovisuelle est expressément qualifiée de droit d'auteur par le Code de la propriété intellectuelle⁸², elle revêt indéniablement un caractère indemnitaire. Son but est effectivement de compenser les pertes financières, subies par l'auteur et les titulaires de droits voisins, du fait de la copie privée. On peut donc supposer qu'en 1985, le législateur français n'a pas jugé nécessaire d'étendre ce mécanisme indemnitaire aux autres œuvres de l'esprit car à l'époque, les pertes financières les plus importantes étaient subies par les titulaires de droits sur les œuvres audiovisuelles et musicales⁸³. L'essentiel était donc alors d'endiguer la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes.

[89] Par ailleurs, on peut se demander si ce mécanisme indemnitaire pouvait être étendu aux autres œuvres de l'esprit. Comme le relève M. André Lucas, l'essor des techniques de reprographie a fait prendre conscience des dangers de la copie privée, notamment dans le domaine de l'édition scientifique et technique⁸⁴. Par conséquent, il n'est pas déraisonnable de considérer que le système de rémunération pour copie privée (dont le but indemnitaire est évident) aurait pu être étendu en matière de reprographie. Certes, l'article 22 de la loi de finances du 30 décembre 1975 a instauré une taxe de 3% sur les appareils de reprographie (photocopieurs fabriqués ou importés en France), mais cette taxe n'a pas la fonction compensatoire de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. D'ailleurs, son affectation à des fins culturelles au Centre national des Lettres⁸⁵ exclut toute qualification de mécanisme indemnitaire destiné à compenser pour les auteurs les pertes financières occasionnées par la copie privée. Par conséquent, contrairement à la rémunération pour copie privée audiovisuelle, il ne s'agit pas d'une redevance d'auteur, mais bien d'une véritable taxe. Quoiqu'il en soit, l'existence de cette taxe a sans doute rendu inutile, pour le législateur, l'extension de la redevance à la reprographie. Il est vrai qu'une telle extension aurait sûrement donné lieu à un sentiment de double paiement dans l'esprit des consommateurs et des gérants d'officines de photocopies. Toutefois, la directive sur la société de l'information oblige les Etats membres à mettre en place une compensation financière en matière de reprographie⁸⁶.

[90] Nous avons donc démontré que la rémunération pour copie privée ne s'applique pas à l'ensemble des œuvres de l'esprit mais seulement aux œuvres audiovisuelles et sonores.

⁸¹ Article L 122-5, 2° CPI : restriction de la copie privée pour les œuvres d'art et les logiciels.

⁸² Article L 111-1 CPI.

⁸³ En 1985, les seuls appareils de reproduction accessibles au grand public étaient les magnétoscopes, les magnétophones et les photocopieurs

⁸⁴ A. LUCAS, *Le Droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie* : JCP G 1990, I, 3438, n. 41.

⁸⁵ Le Centre National des Lettres a pour mission de soutenir la création (auteurs, traducteurs), l'édition (livres, revues), la promotion et la diffusion du livre.

⁸⁶ Article 5, paragraphe 2, a) : les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions au droit de reproduction " lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ".

Cependant, à cette première circonscription, liée à la nature de l'œuvre, vient s'ajouter une seconde, liée au mode d'exploitation de l'œuvre.

II – Une rémunération circonscrite aux œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes

[91] Tout d'abord, il faut constater que la rémunération pour copie privée audiovisuelle ne s'applique pas à l'ensemble des œuvres sonores et audiovisuelles. En effet, l'article L 311-1 CPI précise que la redevance ne concerne que les œuvres fixées sur phonogrammes⁸⁷ et vidéogrammes⁸⁸. Par conséquent, sont exclus du champ d'application de la rémunération pour copie privée audiovisuelle, les programmes des entreprises de communication audiovisuelle ou radiophoniques qui ne sont pas fixés sur vidéogrammes ou phonogrammes. Cela signifie que les programmes de télévision (qui sont pourtant fréquemment reproduits lors de leur diffusion) ne bénéficient de la rémunération que s'ils sont communiqués au public sous forme de vidéogrammes. Ainsi, nous avons vu précédemment que le champ de la rémunération pour copie privée était plus réduit que le champ de l'exception de copie privée⁸⁹. De même, la précision de l'article L 311-1 CPI démontre que le domaine de la redevance n'est pas uniquement lié à la nature de l'œuvre reproduite (audiovisuelle ou sonore), mais dépend également du mode d'exploitation de celle-ci. Cette restriction semble logique puisque la redevance a pour but de compenser les pertes subies par l'auteur et les titulaires de droits voisins (producteur et artiste-interprète) du fait de l'exception de copie privée. Or, la copie privée d'une œuvre sonore ou audiovisuelle ne porte atteinte au droit exclusif de reproduction de l'auteur que si l'œuvre ainsi reproduite avait préalablement fait l'objet d'une fixation matérielle⁹⁰ et d'une commercialisation. Sans cette fixation matérielle, il ne peut y avoir de *lucrum cessans*⁹¹. Dès lors le domaine de la rémunération pour copie privée audiovisuelle apparaît comme relativement restreint et il convient de s'interroger sur la pertinence de cette circonscription.

Section II – Une circonscription devenue désuète

[92] Si le choix du législateur de restreindre le champ d'application de la rémunération pour copie privée au domaine audiovisuel pouvait déjà paraître critiquable en 1985, cette circonscription semble aujourd'hui obsolète et ce pour deux raisons. Tout d'abord, dans l'environnement numérique, le caractère hybride des supports remet en cause tout cloisonnement des œuvres (I). Ensuite, le caractère indemnitaire de la redevance rend possible l'extension de la rémunération à l'ensemble des œuvres de l'esprit " victimes " de l'exception de copie privée. La nécessité d'une extension du champ d'application de la

⁸⁷ Un phonogramme se définit comme tout support permettant l'enregistrement, la conservation et la reproduction d'un programme sonore.

⁸⁸ Un vidéogramme se définit comme tout support permettant l'enregistrement, la conservation et la reproduction d'un programme audiovisuel.

⁸⁹ Article L 122-5, 2° CPI.

⁹⁰ Article L 122-3, alinéa 1^{er} CPI : " la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ".

⁹¹ Il est possible de relativiser cette affirmation dans la mesure où la généralisation de la copie privée d'une œuvre diffusée à la radio ou à la télévision peut s'avérer préjudiciable et peut même empêcher une commercialisation ultérieure de cette œuvre. A titre d'exemple, on peut évoquer le cas des chanteurs Elton John et Eminem qui lors d'une récente émission télévisée ont effectué un duo très apprécié des téléspectateurs américains. Les maisons de disques des deux artistes souhaitaient commercialiser ce duo, mais ils ont finalement dû renoncer à ce projet, la chanson étant déjà disponible depuis plusieurs jours sur le site internet de Napster.

redevance se trouve d'ailleurs renforcée pour les logiciels de loisir qui sont fortement touchés par les pertes financières liées à la multiplication des copies (II).

I – Une extension du champ d'application favorisée par les supports numériques

[93] Contrairement aux supports analogiques qui étaient destinés à reproduire certains types d'œuvres et uniquement ceux-ci, les supports numériques offrent à l'utilisateur une totale liberté. Ainsi, il lui est possible de reproduire aussi bien du son que de la vidéo, mais également du texte ou bien encore des images. Or, si le mécanisme indemnitaire instauré par la loi du 3 juillet 1985 bénéficie aux titulaires de droits lorsque l'œuvre reproduite est une œuvre fixée sur phonogrammes ou vidéogrammes, il en va différemment lorsqu'il s'agit d'une autre œuvre de l'esprit.

[94] Or, une telle circonscription entraîne incontestablement une inégalité entre les auteurs. Cette discrimination se trouve aujourd'hui renforcée dans l'environnement numérique car si internet offre aux consommateurs la possibilité de reproduire facilement des œuvres audiovisuelles ou sonores (le site internet Napster en est le plus bel exemple), internet est également un outil de recherche et d'information. Par conséquent, de nombreux utilisateurs reproduisent non pas des œuvres audiovisuelles ou sonores, mais des écrits littéraires, artistiques ou scientifiques. De même, de nombreux auteurs ne diffusent leurs œuvres graphiques que sur internet et voit leurs œuvres reproduites sur un disque dur ou bien encore un CDR data sans que la moindre rémunération ne leur soit reversée au titre de ces copies.

[95] Dès lors, si la distinction entre les œuvres, selon le support de destination, était possible dans l'environnement analogique, le numérique remet en cause toute idée de cloisonnement des œuvres de l'esprit. En effet, la numérisation permet de diffuser de manière identique toutes les œuvres de l'esprit (soit par réseaux, soit sur un support).

[96] En outre, les supports numériques présentent des difficultés indéniables pour ce qui est de la détermination du montant de la rémunération. Ainsi, les spécialistes de la propriété intellectuelle savent pertinemment que le résultat des travaux de la commission sera imparfait, et ce essentiellement en raison des caractéristiques techniques des supports numériques. Par conséquent, si l'on décide d'asseoir la redevance sur des supports qui ne sont pas exclusivement destinés à recevoir des œuvres audiovisuelles ou sonores, mais également d'autres œuvres de l'esprit (textes, images, ...) et des données personnelles ou professionnelles, on ne voit pas pourquoi la rémunération pour copie privée ne pourrait pas bénéficier à l'ensemble des œuvres de l'esprit susceptibles d'être reproduites.

[97] Cet aménagement de la redevance pour copie privée suppose nécessairement une réforme législative puisque la commission ne peut que déterminer les types de supports ainsi que les taux de rémunération et les modalités de versement de celle-ci. Il convient à présent d'évoquer une extension particulière du champ d'application de la redevance puisqu'il s'agit du cas très spécifique des logiciels de loisir.

II – La possible extension de la redevance aux logiciels de loisir

[98] Lorsque la rémunération pour copie privée a été instaurée en 1985, l'essentiel des pertes financières était subies par les industries cinématographique et musicale. Depuis, les modes de consommation ont évolué et de nouvelles œuvres de l'esprit sont aujourd'hui touchées par la copie privée. Ainsi, cela fait maintenant plus de trois ans que le Syndicat des éditeurs de logiciels de loisir (Sell) effectue des demandes régulières auprès du ministère de la

Culture afin d'obtenir une part des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée audiovisuelle.

[99] D'après une étude récente, les logiciels de loisir seraient parmi les œuvres les plus touchées par le phénomène de la copie privée (40% des contenus copiés sur des supports numériques concernerait des contenus interactif et 45% de la musique, le reste étant des contenus non protégés par la propriété intellectuelle). Ces chiffres sont d'autant plus alarmants que la copie d'un logiciel revient à le priver de sa seule ressource financière. En effet, si les moyens de rentabiliser une œuvre cinématographique sont multiples (exploitation en salles, diffusion à télévision, produits dérivés, cassettes vidéos, ...), il en va différemment pour les logiciels de loisir dont le seul mode d'exploitation réside dans la commercialisation de l'œuvre.

[100] Selon M. Hervé Pasgrimaud, délégué général du Sell, la qualification juridique de la loi Lang qui parle de vidéogramme pourrait parfaitement s'appliquer aux logiciels de loisir dans la mesure où l'activité d'un éditeur de logiciels consiste à fixer des images et du son sur des supports⁹². Pourtant, les logiciels de loisir demeurent exclus du champ d'application de la redevance et ce pour deux raisons.

[101] Tout d'abord, la rémunération prévue aux articles L 311-1 et suivants CPI n'est applicable qu'en matière de copie privée. Or, la copie de logiciels (même réservée à un usage privé) n'est pas autorisée par la loi⁹³. Par conséquent, la redevance ne peut être appliquée au profit d'œuvres de l'esprit dont la reproduction constitue un acte de contrefaçon.

[102] Ensuite, l'incertitude quant à la qualification juridique des logiciels de loisir vient également compliquer l'éventuelle application de la redevance. En effet le logiciel de loisir est-il une imbrication de créations devant bénéficier d'un régime juridique unique, ou une juxtaposition de créations devant obéir à des régimes distincts ? Si l'œuvre que constitue le logiciel peut supporter différentes qualifications, la Haute juridiction s'est déjà prononcée sur le caractère audiovisuel d'une œuvre produite par logiciel⁹⁴. Il n'en demeure pas moins une certaine ambiguïté et les juges du fond hésitent fréquemment entre une qualification logicielle unitaire⁹⁵ et des tentatives de qualification distributive⁹⁶. La doctrine est quant à elle beaucoup moins indécise. Pour M. Bertrand, " dès que l'expression du vidéo-jeu se caractérise par des séquences animées d'images, il constitue également une œuvre audiovisuelle "⁹⁷.

[103] Enfin, il est intéressant de constater qu'en 1985, certains parlementaires tels que M. Fuchs avaient présenté un amendement afin que le champ d'application de la redevance soit étendu aux " logiciels et produits-programmes informatiques "⁹⁸. Cet amendement a été naturellement retiré. En conséquence, il n'est pas excessif de considérer que les titulaires de droits sur des logiciels de loisir puissent bénéficier d'une part des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Cependant, cet élargissement du champ d'application de la redevance nécessiterait la suppression de l'interdiction légale d'effectuer des copies privées de logiciels.

[104] Jusqu'en juillet 2001, le projet d'aménagement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle n'était pas aussi ambitieux. En effet, la réforme amorcée par la commission Brun-Buisson ne prétendait pas redéfinir la notion de rémunération pour copie privée dans

⁹² Propos recueillis le 02/01/2001 par Coralie CATHELINAIS sur le site internet <<http://www.01net.com>>.

⁹³ Article L 122-5, 2°) CPI.

⁹⁴ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, D. 1986.405, concl. Cabanes, note B. EDELMAN.

⁹⁵ T. com. Meaux, 17 déc. 1996, Marben GL c/ Cao Diffusion : Expertises 1997, n° 203, p. 122, note J. BERTRAND.

⁹⁶ TGI Créteil, 1^{ère} ch. civ., 13 janv. 1998 : Expertises 1999, n° 225, p. 113, obs. J. BERTRAND.

⁹⁷ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson 1991, p. 509.

⁹⁸ *Journal officiel de la République française*, compte rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 29 juin 1984, p. 3905.

son ensemble, mais visait uniquement à adapter la redevance dans l'environnement numérique. Cependant, la loi du 17 juillet 2001 est venue précipiter la réforme de la rémunération pour copie privée en dirigeant le débat sur un terrain tout aussi passionnant. Il convient donc d'étudier attentivement le contenu de la loi du 17 juillet 2001 ainsi que son impact sur la rémunération pour copie privée audiovisuelle telle que nous la connaissons classiquement.

Chapitre II – Vers une rémunération pour copie privée « multimedia »

[105] L'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 s'inscrit dans la suite logique des travaux de la commission Brun-Buisson. En effet, cet article introduit par le Sénat⁹⁹ a pour objectifs de tirer les conséquences de la modification de l'assiette opérée par la décision du 7 janvier 2001¹⁰⁰ et d'étendre le champ d'application de la rémunération pour copie privée. Nous avons choisi de qualifier cette nouvelle redevance de rémunération pour copie privée "multimédia" car elle touche non seulement tous les supports, mais également toutes les œuvres de l'esprit, toutes les formes d'expression qu'elles peuvent revêtir (texte, photo, film, musique...). Il serait sans doute plus évident de débarrasser la rémunération pour copie privée de tout adjectif superflu, mais cette simplification ne rendrait pas compte des profonds changements que la notion subit actuellement.

[106] Selon Mme Danièle Pourtaud, auteur de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 17 mai 2001, "rien ne justifie plus que le bénéfice de la rémunération pour copie privée reste réservé aux seuls titulaires de droits sur des enregistrements sonores et audiovisuels"¹⁰¹.

[107] Pour notre part, nous ne pouvons qu'adhérer à cette volonté de réforme car, comme nous l'avons vu précédemment, la circonscription de la redevance au domaine audiovisuel devenait obsolète. Mais, nous devons également émettre d'importantes réserves quant à la méthode adoptée. En effet, si le texte en question empiète fortement sur les travaux menés par le Ministère de la culture, force est de constater qu'il n'apporte malheureusement pas de solutions satisfaisantes. Il doit donc de ce fait subir de nombreuses critiques. Le ministre de la Culture et de la Communication, Mme Catherine Tasca, a d'ailleurs clairement qualifié cette loi de "prématurée".

[108] Dès lors, il conviendra d'étudier le contenu de l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 (Section 1). Puis, nous envisagerons objectivement les difficultés et les interrogations qu'il soulève (Section 2).

⁹⁹ A l'initiative de M. Michel Charasse (groupe socialiste) avec le soutien de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales.

¹⁰⁰ Rapport de M. Alfred RECOURS, n° 3114, 6 juin 2001.

¹⁰¹ Rapport de la Commission des affaires culturelles du Sénat, 3 avril 2001.

Section I – Les modifications apportées par la loi du 17 juillet 2001

[109] L'article 15 de la loi du 17 juillet 2001¹⁰² est venu modifier les dispositions du titre I du livre III du Code de la propriété intellectuelle relatives à la rémunération pour copie privée audiovisuelle. A l'origine, cette modification avait pour but de prévoir une rémunération pour copie privée numérique, c'est-à-dire d'étendre le champ d'application de la rémunération pour copie privée afin que celle-ci puisse profiter aux auteurs " d'œuvres de l'écrit "¹⁰³. Ce souci de réforme n'est pas nouveau. Le développement des techniques numériques permet aujourd'hui de réaliser des copies privées d'œuvres écrites. Or, les auteurs de ce type d'œuvres se trouvent face à un vide juridique pour se prévaloir de leur droit à rémunération.

[110] Loin de se limiter aux " œuvres de l'écrit ", la rémunération pour copie privée numérique semble concerner toute œuvre susceptible d'être reproduite sur un support numérique. Le second alinéa de l'article L 311-1 CPI prévoit en effet que " cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée, dans les conditions prévues au 2° de l'article L 122-5, sur un support d'enregistrement numérique ". Ainsi, l'écrit, les images, voire les œuvres multimédia, sont dorénavant concernés par la rémunération pour copie privée.

[111] Les clés de répartition des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée sont également prévues en cas de copie numérique. Le nouvel article L 311-7 CPI précise désormais que " la rémunération pour copie privée des œuvres visées au second alinéa de l'article L 311-1 bénéficie à parts égales aux auteurs et aux éditeurs ".

[112] Enfin, la loi du 17 juillet 2001 étend le champ d'application de l'article L 311-8 CPI. Ainsi, la rémunération pour copie privée donne lieu à remboursement lorsque le support d'enregistrement est acquis pour leur propre usage ou production par les éditeurs d'œuvres publiées sur supports numériques. Cette mesure exonératoire vient satisfaire les revendications des éditeurs d'œuvres publiées sur supports numériques. En effet, on se souvient que la commission Brun-Buisson n'avait pu, lors de ses précédents travaux, exonérer d'autres bénéficiaires ou n'assujettir que ceux prévus par la loi¹⁰⁴.

[113] Cette entrave semble avoir disparu aujourd'hui puisque le Sénat a donné mandat à la commission Brun-Buisson de prévoir également le remboursement de la rémunération pour copie privée lorsque le support d'enregistrement est acquis pour un usage professionnel. Ce point concerne les entreprises qui acquièrent des supports numériques afin de dupliquer et archiver des données professionnelles en dehors de toute copie privée. Cette disposition étend considérablement les prérogatives de la commission mais vient surtout remettre en cause ses précédents travaux. Pour les supports numériques " hybrides ", la commission avait effectivement retenu des taux beaucoup moins élevés que pour les supports exclusivement réservés à l'audio ou la vidéo. Ce choix s'expliquait essentiellement par la prise en compte des usages professionnels dont ces supports " hybrides " font l'objet.

[114] Si l'extension du domaine de la rémunération pour copie privée semble naturelle compte tenu des pratiques de copie privée, il n'en demeure pas moins que la loi du 17 juillet 2001 pose un certain nombre de difficultés.

¹⁰² Loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, *Journal officiel de la République française*, n° 164, 18 juillet 2001, p. 11496.

¹⁰³ Cf proposition de loi relative à la rémunération pour copie privée sur supports numériques, adoptée par le Sénat le 17 mai 2001. Ce texte est disponible sur le site <<http://www.senat.fr>>.

¹⁰⁴ Cf. [66].

Section 2 – les difficultés soulevées par la loi du 17 juillet 2001

[115] *A priori*, il semble surprenant qu'une notion aussi technique que la rémunération pour copie privée audiovisuelle n'ait pas fait l'objet d'un texte spécial, uniquement consacré au droit d'auteur. En effet, loin de contenir une véritable réflexion sur l'évolution de la notion dans l'environnement numérique, cette réforme ambitieuse figure étrangement parmi des dispositions d'ordre social, éducatif et culturel. De ce fait, le texte supporte les imperfections de son inadaptation. Ces imperfections résident essentiellement dans les zones d'ombres et les questions que l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 laisse en suspend. Ainsi, on ignore qu'elles œuvres bénéficieront de cette réforme (I), mais aussi de quelle manière le montant de la redevance sera déterminé (II). Enfin, cette nouvelle extension du champ d'application de la rémunération pour copie privée risque de compliquer davantage la perception et la répartition de la redevance (III).

I – L'incertitude quant aux œuvres concernées

[116] Tout d'abord, le texte n'apporte aucune précision quant aux œuvres pouvant bénéficier de la rémunération pour copie privée numérique. Le texte vise d'une manière très large " les œuvres fixées sur tout autre support " que les phonogrammes ou les vidéogrammes. Or, si le texte et les images sont incontestablement visés, le doute demeure néanmoins pour les logiciels.

[117] Cette incertitude est d'autant plus importante que toute œuvre multimédia (encyclopédies sur CD-Rom, jeux vidéo,...) comporte nécessairement un logiciel. Dans son rapport, M. Alfred Recours précise que dans un souci d'équité, la rémunération pour copie privée doit bénéficier aux auteurs et éditeurs de textes, images, données figurant dans une base de données ou un service internet et susceptibles d'être enregistrés sur un support numérique¹⁰⁵. Quoiqu'il en soit, les nouveaux bénéficiaires de la redevance devront être plus clairement identifiés.

II – l'incertitude quant à la détermination du montant de la redevance

[118] Suite à la modification de l'article L 311-1 CPI, la détermination du montant de la rémunération pose problème. Comme nous l'avons vu précédemment, la rémunération pour copie privée a été initialement envisagée selon un indice de durée¹⁰⁶. Si la commission Brun-Buisson avait tenté de remédier à cette difficulté en retenant un nouvel indice, à savoir la capacité nominale d'enregistrement du support, nous avons précédemment démontré le caractère artificiel (pour ne pas dire hasardeux) de ce nouveau mode de calcul¹⁰⁷.

En outre, la capacité nominale d'enregistrement ne semble pas être un indice de calcul très équitable en l'espèce. En effet, les œuvres littéraires, graphiques ou bien encore photographiques nécessitent un très faible volume de stockage en comparaison des œuvres audiovisuelles ou musicales. Retenir un mode de calcul selon le volume de stockage rendrait alors dérisoire le montant de la rémunération reversée aux auteurs et aux éditeurs mentionnés à l'alinéa 2 de l'article L 311-1 CPI. Par conséquent, il n'est pas excessif de considérer que les dispositions de la loi du 17 juillet 2001 risquent de compliquer davantage le calcul de la redevance.

¹⁰⁵ Rapport de M. Alfred RECOURS, n° 3114, 6 juin 2001.

¹⁰⁶ Article L 311-4, alinéa 2 CPI : " le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet ".

¹⁰⁷ Cf [56].

[119] Par ailleurs, la commission Brun-Buisson va inévitablement devoir reprendre ses travaux concernant les supports numériques amovibles. A titre d'illustration, le montant de la redevance applicable aux CDR data n'a été fixé qu'en fonction des œuvres audiovisuelles et sonores. Or, les CDR data sont des supports numériques "hybrides" permettant de reproduire du texte, des images, de la vidéo ou du son. Par conséquent, un nouveau calcul devra être effectué afin de tenir compte des œuvres visées au second alinéa de l'article L 311-1 CPI.

[120] Enfin, au-delà du mode de calcul retenu, la réforme du 17 juillet 2001 pose la délicate question des connaissances en matière de copie privée. Comme nous l'avons vu précédemment, il est impossible de connaître avec précision les comportements des utilisateurs en matière de copie privée. Si certains éléments permettent d'évaluer (avec plus ou moins de précision) les modes de consommation en matière d'œuvres musicales et audiovisuelles¹⁰⁸, ces techniques d'évaluation ne pourront sans doute pas être étendues aux autres œuvres de l'esprit. Or, on ignore encore l'importance de la copie privée en matière d'écrit numérique. Une commission au sein du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique est d'ailleurs chargée d'en connaître la consistance exacte. Quoi qu'il en soit, la détermination de la rémunération ne pourra s'effectuer sans la connaissance de l'usage réel ou probable dont chaque catégorie d'œuvre fait l'objet.

[121] Aussi, on peut s'étonner de la façon quelque peu précipitée avec laquelle l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 a été adopté. Selon M. Alfred Recours, cette décision était pourtant nécessaire puisque la décision du 7 janvier 2001 conduisait à faire bénéficier les auteurs d'œuvres musicales et audiovisuelles de sommes qui, même pour une faible part, ne leur étaient pas dues et revenaient de droit aux auteurs de textes, images ou données¹⁰⁹.

III – L'incertitude quant à la perception et la répartition de la redevance

[122] Comme nous l'avons vu précédemment, la perception et la répartition de la rémunération pour copie privée sont des étapes extrêmement complexes¹¹⁰. En étendant le champ d'application de la redevance, la loi du 17 juillet 2001 complique incontestablement la gestion des sommes perçues. Dans son rapport, le Député M. Alfred Recours précise d'ailleurs que la nouvelle loi ne prétend pas régler la question de la répartition du produit global de la rémunération entre les œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes et celles fixées sur les autres supports. Il laisse le soin à la commission Brun-Buisson d'en étudier les modalités et reconnaît que les questions relatives à la perception et la répartition des redevances nécessitent un "travail approfondi" des sociétés d'auteurs concernées¹¹¹.

[123] En outre, la mise en place de cette rémunération pour copie privée "numérique" va forcément nécessiter l'intervention d'une nouvelle société de gestion collective dont la mission sera de collecter et de redistribuer les sommes prélevées au titre de la redevance. Il reste à savoir s'il sera nécessaire de créer une nouvelle société de gestion collective ou bien si une société existante, telle que la SESAM¹¹², pourra prendre en charge une telle mission.

[124] Il ne fait aucun doute que le Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) installé le 11 mai 2001 par le ministre de la Culture et de la Communication, Mme Catherine Tasca, aura pour mission de répondre à toutes ces interrogations. Composé de

¹⁰⁸ Cf. [42].

¹⁰⁹ Rapport de M. Alfred RECOURS, n° 3114, 6 juin 2001.

¹¹⁰ Cf. [69] et suivants.

¹¹¹ Rapport de M. Alfred RECOURS, n° 3114, 6 juin 2001.

¹¹² La société du droit d'auteur dans l'univers multimédia (SESAM) fédère les diverses sociétés de droit d'auteur (ADAGP, SACD, SACEM, SCAM, SDRM). Elle permet aux auteurs de bénéficier de l'exploitation de leurs œuvres et aux producteurs de les utiliser à leur juste valeur, dans tous les domaines du multimédia.

représentants de tous les secteurs professionnels concernés et de personnalités qualifiées, cette organe a notamment pour fonction de réfléchir aux adaptations du Code de la propriété intellectuelle au numérique.

[125] Par ailleurs, la commission Brun-Buisson a repris ses travaux visant à étendre la redevance aux supports numériques intégrés. Mais, les difficultés posées par la loi du 17 juillet 2001 pourraient ensuite être examinées au sein de la commission qui serait alors modifiée afin d'intégrer de nouveaux acteurs (les auteurs et éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support que les phonogrammes et les vidéogrammes).

Tous ces éléments démontrent bien que loin de clarifier la situation, la loi du 17 juillet de 2001 vient empiéter sur les travaux engagés par le ministère de la culture et de la communication. Sur un sujet aussi technique et complexe que passionnel, les différents organes s'étaient donné le temps de la réflexion. La récente réforme législative vient malheureusement précipiter toutes ces résolutions.

[126] Malgré les aménagements dont la rémunération pour copie privée fait actuellement l'objet, on peut se demander si le système de licence légale n'est pas voué à disparaître. En effet, les mesures techniques de protection et les nouvelles perspectives de distribution offertes par les réseaux numériques viennent remettre en cause une rémunération de plus en plus critiquée par les titulaires de droits qui désirent revenir à la liberté contractuelle.

Partie II – La remise en cause de la rémunération pour copie privée audiovisuelle

[127] L'exception de copie privée assortie d'une rémunération en matière audiovisuelle remplit toutes les conditions de la licence légale. Pourtant, la loi Lang ne qualifie pas expressément ce mécanisme de "licence légale" et pour cause, cette terminologie n'apparaît dans aucune source normative de la propriété littéraire et artistique. C'est néanmoins la qualification majoritairement retenue par la doctrine française. La licence légale relative à la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes a été mise en place en raison de l'impossibilité matérielle pour les titulaires de droits de faire respecter leur droit exclusif. Or, les mesures techniques de protection permettent désormais aux titulaires de droits de revendiquer l'abandon de ce système de licence légale.

[128] En outre, le développement de la copie privée dans l'environnement numérique permet aujourd'hui de douter de la conformité du dispositif aux exigences du triple test prévu par l'article 9.2 de la Convention de Berne¹¹³. En effet, la compensation financière semble devenue dérisoire par rapport à l'engouement que suscite la copie privée. L'évolution actuelle de la copie privée tend à faire de celle-ci un véritable mode d'exploitation parallèle et concurrent de celui normalement maîtrisé par les titulaires de droits. Par ailleurs, les conventions internationales semblent favorables à un retour à la liberté contractuelle notamment en matière de copie privée. La directive communautaire du 9 avril 2001 sur la société de l'information va ainsi dans le sens d'une possible liberté pour l'auteur de fixer lui-même le montant de la rémunération en s'appuyant sur des protections techniques.

[129] Dès lors, malgré les aménagements effectués par la commission Brun-Buisson, **l'avenir de la licence légale relative à la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes** semble compromis (Titre 1) par **le possible retour à la liberté contractuelle** (Titre 2).

¹¹³ L'article 9.2 de la Convention de Berne précise que les Etats signataires ont la faculté de permettre la reproduction des œuvres audiovisuelles et sonores dans certains cas spéciaux, "pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

Titre I – L’avenir de la licence relative à la copie privée audiovisuelle

[130] Si le droit positif français connaît en pratique le mécanisme de licence légale, il ne fait pourtant pas expressément mention de la notion. C’est donc parmi la doctrine qu’il faut rechercher une définition de la licence légale. Selon M. Strowel, la licence légale consiste dans “ le retrait du pouvoir de l’auteur de s’opposer à l’utilisation de son œuvre contre le paiement d’une rémunération ”¹¹⁴. Ainsi, la licence légale serait une licence non volontaire puisqu’elle n’est pas soumise à l’autorisation de l’auteur. L’autorisation est obtenue directement en vertu de la loi. La licence légale se caractérise donc par la liberté d’utiliser l’œuvre moyennant le paiement d’une rémunération.

[131] La loi du 3 juillet 1985 avait pour objectif de moderniser la loi du 11 mars 1957 en vue de l’adapter au progrès des techniques de reproduction et de télécommunication. Ainsi, le législateur français a choisi d’instaurer une double licence légale. La plus connue est sans conteste celle prévue par l’article L 214-1 CPI et relative aux phonogrammes publiés à des fins de commerce. La seconde licence légale est celle prévue à l’article L 311-1 CPI. Elle concerne la rémunération pour copie privée audiovisuelle dont bénéficient les titulaires de droits sur les œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes.

[132] De cette disposition ressort donc la possibilité d’instaurer une licence légale en matière de copie privée audiovisuelle, à savoir la liberté d’utiliser l’œuvre (reproduire l’œuvre pour un usage privé) moyennant une compensation financière (la rémunération pour copie privée audiovisuelle).

[133] La définition classique de la licence légale, combinée avec les dispositions de l’article 9.2 de la Convention de Berne, permet d’identifier deux caractéristiques de la licence légale relative à la copie privée audiovisuelle. Si la licence légale permet une libre utilisation de l’œuvre dans certaines limites, elle revêt surtout un caractère exceptionnel puisqu’elle constitue une exception au droit exclusif du titulaire (chapitre 1). Cette liberté d’utilisation est consentie à la condition qu’elle ne porte pas atteinte, de manière injustifiée, au monopole de l’auteur (chapitre 2).

¹¹⁴ A. STROWEL, *Droit d’auteur et copyright, divergences et convergences, étude de droit comparé*, bibliothèque de la faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain, tome XXIV, Paris, LGDJ, 1993, p. 644.

Chapitre I – Le caractère exceptionnel de la licence légale

[134] L'article L 111-1 CPI accorde à l'auteur un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Aussi peut-on s'étonner que le législateur intervienne à l'encontre de ce principe pour établir une licence légale venant déroger au monopole de l'auteur. Cependant, cet interventionnisme du législateur demeure exceptionnel. En effet, l'instauration d'une licence légale ne peut être arbitraire et doit au contraire être justifiée par le souci de défendre au mieux les intérêts de l'auteur (section 1). C'est en raison de ces justifications que le législateur va consentir au bénéficiaire la liberté d'utiliser l'œuvre dans les limites qu'il aura préalablement défini (section 2).

Section I – Les motifs d'adoption de la licence légale

[135] On aurait tort de considérer que la licence légale porte atteinte au monopole de l'auteur sous prétexte que l'intervention du législateur vient priver le titulaire d'une partie de ses prérogatives sur l'œuvre de l'esprit. En réalité, il n'en est rien et on peut même affirmer que la licence légale est un excellent palliatif permettant de défendre au mieux les intérêts de l'auteur et des autres titulaires de droits. En effet, la licence légale intervient uniquement dans l'hypothèse où le titulaire de droit n'est pas ou plus en mesure d'exercer son droit sur la création. Cette impossibilité de contrôler l'utilisation de l'œuvre repose essentiellement sur des considérations matérielles ou pratiques, à savoir l'impossibilité de mettre en présence des interlocuteurs identifiables ou de faire respecter le droit exclusif dans la sphère privée. Cette perte de contrôle du titulaire de droit a bien évidemment une incidence économique sur son patrimoine et c'est pour cela que le législateur décide de mettre en place une licence légale.

[136] La licence légale prévue à l'article L 214-1 CPI et relative aux phonogrammes publiés à des fins de commerce a notamment été mise en œuvre pour des raisons d'ordre pratique. Cette disposition établit un compromis entre les droits voisins et les impératifs des organismes de radiodiffusion notamment. Il était effectivement difficile pour ces derniers de demander, aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes, l'autorisation d'utiliser l'œuvre pour chaque passage à la radio.

[137] Il en va de même en matière de copie privée, où l'impossibilité pratique de connaître l'utilisation qui est faite de chaque œuvre de l'esprit dans la sphère privée, a contraint le législateur français à retenir une exception au droit exclusif de l'auteur. Le droit au respect de la vie privée empêche donc de faire respecter le droit exclusif de l'auteur dans la sphère privée et est ainsi invoqué à l'appui de l'exception. Le terme "exception" retenu par la doctrine française témoigne parfaitement du caractère dérogatoire de l'institution. Par conséquent, cette entorse au droit exclusif de l'auteur étant exceptionnelle, la libre utilisation de l'œuvre suppose la délimitation préalable d'un domaine d'application.

[138] Toutefois, les raisons qui ont motivé l'adoption de la licence légale ont perdu de leur force dans le nouvel environnement numérique. Or, juridiquement, la disparition des fondements de l'exception au droit exclusif légitime le retour au droit commun et donc à la suppression de la licence légale. Les directives communautaires du 14 mai 1991 et du 11 mars 1996 démontrent d'ailleurs un renforcement des droits exclusifs des titulaires sur certaines créations. Ainsi, l'exception de copie privée n'est pas admise pour les bases de données électroniques, tandis que pour les logiciels seule la copie de sauvegarde est autorisée. On peut s'interroger sur la décision du législateur de revenir au droit exclusif pour les logiciels et les bases de données alors que les œuvres musicales et audiovisuelles sont traitées avec beaucoup moins d'égards. Par conséquent, si l'on considère que l'environnement numérique favorise le

retour au droit exclusif, il est alors préférable de réaliser une suppression globale de la licence légale plutôt que de circonscrire la suppression à certains types d'œuvres.

[139] Il convient à présent de s'intéresser à l'étendue de liberté d'utilisation consentie par la licence légale.

Section II – La libre utilisation de l'œuvre

[140] Si la licence légale se caractérise par la liberté d'utiliser l'œuvre, toute utilisation d'une œuvre n'est pas nécessairement une licence légale (c'est le cas pour les œuvres tombées dans la domaine public). En outre, il ne s'agit pas d'une totale liberté d'utiliser l'œuvre puisque la licence légale possède un domaine d'application délimité par la loi. C'est en effet en raison de dispositions légales que l'utilisation de l'œuvre est libre. Ainsi, la licence légale impose au titulaire de droit une double restriction à son monopole d'exploitation : il perd d'une part sa faculté d'autoriser et d'autre part sa faculté de s'opposer à l'exploitation de son œuvre dans les limites posées par la loi. Le législateur permet donc une atteinte à des droits exclusifs qu'il a préalablement reconnus à l'auteur ou aux titulaires de droits voisins. Par conséquent, dans la licence légale, la volonté contractuelle du concédant est mise de côté au profit d'une expropriation. Cette absence de rapport contractuel repose sur l'impossibilité matérielle de mettre en présence des interlocuteurs identifiables et de contrôler l'utilisation de l'œuvre du fait des nouveaux mode de consommation.

[141] La liberté de reproduire l'œuvre à titre privé s'analyse indubitablement en une liberté d'utiliser l'œuvre. Néanmoins, il convient de préciser le contenu exact de l'utilisation consentie par l'article 41 de la loi du 11 mars 1957¹¹⁵. Par cette disposition, le législateur a autorisé la copie des œuvres réservées exclusivement à l'usage privé du copiste. Sont exclues du domaine d'application de cette exception les copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celle pour lesquelles l'œuvre originale a été créée, ainsi que les copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde. L'utilisation de l'œuvre est donc libre dès lors que la reproduction est effectuée par le copiste et réservée à son usage privé. Le domaine d'application de cette exception apparaît donc comme restreint puisqu'il n'autorise pas la contrefaçon généralisée des œuvres de l'esprit, mais uniquement les reproductions effectuées dans la sphère privée. L'auteur se voit ainsi privé de sa faculté d'autoriser ou d'interdire la copie privée de ses œuvres. L'utilisateur se voit quant à lui accorder la liberté de reproduire certaines œuvres de l'esprit dans les limites imposées par la loi.

[142] Cependant, l'exception de copie privée instaurée par l'article L 122-5 CPI ne suffit pas à reconnaître l'existence d'une licence légale en matière de copie privée. En effet, la licence légale se définit comme la liberté d'utiliser l'œuvre moyennant rémunération. Or, jusqu'en 1985 la copie privée ne donnait lieu à aucune compensation financière. C'est seulement à cette date que le législateur français a décidé de mettre en place une rémunération afin de compenser les pertes occasionnées par l'exercice de cette exception. Par conséquent, contrairement à la licence légale prévue à l'article L 214-1 CPI, la licence légale relative à la copie privée des phonogrammes et vidéogrammes n'est pas contenue dans un article unique. Elle oblige donc les juristes à effectuer un rapprochement entre l'exception de copie privée, prévue à l'article L 122-5 CPI, et la rémunération pour copie privée audiovisuelle, prévue à l'article L 311-1 CPI. Ainsi, les spécialistes de la propriété intellectuelle oublient fréquemment de rappeler l'aspect de licence légale que revêt la redevance pour copie privée audiovisuelle. Pourtant, il s'agit bien d'une expropriation légale permettant d'écarter certaines prérogatives du monopole exclusif de l'auteur moyennant une rémunération équitable.

¹¹⁵ Codifié à l'article L 122-5 CPI.

[143] Il convient donc à présent d'étudier cette seconde caractéristique de la licence légale, à savoir que l'utilisation de l'œuvre est libre uniquement si elle ne cause pas de préjudice au monopole de l'auteur.

Chapitre II – L’absence de préjudice occasionné par le licence légale

[144] La mise en place d’une licence légale suppose l’existence d’une rémunération équitable afin de compenser les pertes d’exploitation liées à la libre utilisation de l’œuvre. Sans cette compensation financière, il ne peut y avoir de licence légale. L’article L 311-1 CPI prévoit une rémunération destinée à compenser les pertes occasionnées par la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes (A). Si l’article 9.2 de la Convention de Berne oblige les Etats signataires à mettre en place d’un tel mécanisme indemnitaire, on peut aujourd’hui douter de la conformité de la licence légale aux exigences du triple test posé par cette même convention internationale (B).

Section I – L’instauration d’une compensation financière

[145] Le caractère non volontaire de la licence ne signifie pas que l’auteur doit souffrir une atteinte totale à son monopole d’exploitation. En effet, la liberté de l’utilisation ne suppose pas sa gratuité. Par conséquent, à cette expropriation légale doit correspondre une indemnisation équitable.

I - La nature de la compensation financière

[146] Il serait tentant de qualifier cette compensation financière de droit *sui generis* en raison de son caractère hybride qui emprunte à la fois au droit d’auteur et au mécanisme indemnitaire. Cependant, le fondement du droit à rémunération réside incontestablement dans le monopole d’exploitation de l’auteur. Si la compensation financière revêt un caractère indemnitaire, elle est surtout la contrepartie de la licence consentie par la loi à l’utilisateur. Sa nature n’est donc pas si différente de celle de la contrepartie obtenue dans le cadre d’une licence volontaire. Pour notre part, il convient donc de retenir la qualification de droit d’auteur. C’est d’ailleurs la qualification qui a été retenue pour la rémunération pour copie privée audiovisuelle lors de la codification de 1992.

II - La recherche d’une rémunération équitable

[147] L’impossibilité matérielle de connaître avec précision les modes de consommation des utilisateurs a conduit le législateur à introduire un mode de rémunération forfaitaire¹¹⁶ en vue de compenser les pertes financières occasionnées par l’exception de copie privée en matière audiovisuelle. La détermination du montant de la redevance donne lieu à une négociation intéressante entre les différents interlocuteurs.

[148] Si nous avons précédemment insisté sur le fait que la licence légale se caractérisait par son absence de caractère contractuel, il convient néanmoins de tempérer cette affirmation. En effet, dans le cadre d’une licence légale les titulaires de droits perdent leur faculté d’autoriser ou d’interdire l’utilisation de leurs œuvres. Cependant, la détermination du montant de la redevance donne lieu à une sorte de négociation entre les différents interlocuteurs. Ainsi, concernant la licence légale prévue à l’article L 214-1 CPI, la rémunération est fixée par voie d’accords, d’une durée de un à cinq ans, entre les organisations représentatives des artistes-

¹¹⁶ Article L 311-3 CPI.

interprètes, des producteurs de phonogrammes et des utilisateurs bénéficiaires de la licence légale¹¹⁷. Il en va de même en matière de rémunération pour copie privée audiovisuelle. La détermination du montant de la redevance donne lieu à une négociation, cette fois-ci, tripartite entre les organisations représentatives des bénéficiaires de la redevance (auteurs, producteurs, artistes-interprètes) et des débiteurs de la redevance (fabricants et importateurs de supports vierges) ainsi que des consommateurs. Cette négociation permet d'obtenir une rémunération équitable et il est intéressant de constater que les bénéficiaires de la redevance occupent une place prépondérante lors de ces négociations tripartites¹¹⁸.

III - Particularisme de la négociation

[149] En principe, le débiteur de la redevance devrait être le bénéficiaire de la licence légale car c'est lui qui jouit de la libre utilisation de l'œuvre. Il en va ainsi dans le cadre de l'article L 214-1 CPI où la détermination de la rémunération donne naturellement lieu à une négociation bipartite entre les utilisateurs bénéficiaires de la licence légale et les titulaires de droits. En revanche, il en va différemment en matière de rémunération pour copie privée audiovisuelle où l'utilisateur bénéficiaire est l'éventuel copiste, tandis que le débiteur de la redevance est le fabricant ou l'importateur de supports vierges. Inévitablement, l'absence de fusion entre le débiteur et l'utilisateur donne lieu à une négociation tripartite. Cette situation peut paraître curieuse et l'on peut même se demander si, en l'espèce, il s'agit toujours d'une licence légale.

[150] En réalité, cette distinction entre le bénéficiaire de la licence et le débiteur de la redevance n'est pas si évidente. Elle s'est uniquement imposée pour des raisons pratiques. En effet, il aurait semblé plus logique de faire peser la redevance sur les utilisateurs de supports, qui sont les véritables bénéficiaires de la copie privée, mais une telle perception aurait été difficile à mettre en œuvre¹¹⁹. La solution a donc été d'effectuer une perception forfaitaire et régulière à la source auprès du fabricant ou importateur de supports vierges. En pratique, les fabricants et importateurs de supports ont naturellement anticipé le paiement de la redevance et ont préféré en répercuter son montant sur le prix de vente du support ; si bien que le consommateur est en quelque sorte débiteur de la redevance. Il ne fait aucun doute que le législateur de 1985 avait conscience de cette situation particulière. D'ailleurs, l'article L 311-8 CPI précise que la rémunération pour copie privée audiovisuelle donne lieu à remboursement lorsque le support a été acquis pour leur propre usage ou production par des entreprises de communication audiovisuelle, ou des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ou bien encore des organismes qui utilisent les supports à des fins d'aide aux handicapés visuels et auditifs. Cette disposition " exonératoire " démontre que le législateur savait pertinemment que le coût de la redevance serait finalement supporté par l'utilisateur. Par conséquent, cet aménagement purement pratique ne doit pas remettre en cause la qualification de licence légale.

¹¹⁷ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2001, p.669, n. 849.

¹¹⁸ Cf. [16].

¹¹⁹ En droit allemand, une décision du 18 mai 1955 prévoyait que les utilisateurs devaient demander à la GEMA (société pour les droits d'interprétation musicale et de reproduction mécanique) l'autorisation pour réaliser des enregistrements privés d'œuvres protégées. Cette solution a été un véritable échec. Dans les années 60, environ 3000 personnes ayant acheté des appareils d'enregistrement avaient demandé l'autorisation à la GEMA, alors qu'environ un million de ventes d'appareils avaient été réalisées. Une solution imposant le paiement de la rémunération par les utilisateurs aurait sans aucun doute connue le même échec. C'est pourquoi, le législateur français a préféré soumettre les fabricants et importateurs au paiement de la redevance.

[151] L'évolution récente des moyens de reproduction a déclenché un véritable engouement pour la copie privée, à tel point qu'il est devenu nécessaire de s'interroger sur l'efficacité du mécanisme compensatoire instauré par la loi du 3 juillet 1985.

Section II – Une compensation financière jugée insuffisante

[152] L'article 9.2 de la Convention de Berne pose ce que l'on appelle classiquement le "triple test"¹²⁰ qui offre aux Etats signataires la possibilité de mettre en place, sous certaines conditions, des exceptions au droit exclusif de reproduction en matière audiovisuelle. Or, l'évolution récente des pratiques de copie privée semble remettre en cause la conformité de la licence légale aux exigences du triple test. C'est en tout cas, l'argument des auteurs qui réclament la suppression de la copie privée. Cependant, il demeure difficile de connaître la véritable ampleur du préjudice causé par l'exception au monopole de l'auteur.

I - Le triple test posé par la Convention de Berne

[153] L'article 9.2 de la Convention de Berne réserve aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des œuvres audiovisuelles et sonores "dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur". Cette disposition pose donc trois limites aux éventuelles exceptions reconnues par les Etats signataires en matière de droit de reproduction des œuvres audiovisuelles et sonores.

[154] Tout d'abord, les exceptions au droit exclusif doivent être circonscrites à "certains cas spéciaux". Cette première limite ne pose pas de difficulté particulière puisqu'elle renvoie au caractère exceptionnel de la licence légale que nous avons vu précédemment : le droit exclusif de reproduction doit demeurer le principe, les actes autorisés n'étant que des limites apportées à ce principe.

[155] En outre, les actes autorisés ne doivent pas porter atteinte à "l'exploitation normale de l'œuvre". Si à l'échelle individuelle, la copie privée ne pouvait auparavant s'apprécier comme une exploitation concurrente de l'œuvre protégée, l'évolution des procédés de reproduction a fait de la copie privée un véritable mode d'exploitation parallèle du fait de sa généralisation¹²¹. Cette seconde limite est donc fortement invoquée par les auteurs désireux de voir l'exception de copie privée supprimée.

[156] Enfin, la troisième limite concerne le "préjudice injustifié aux intérêts légitimes" de l'auteur. La licence légale assortie d'une rémunération équitable offre ainsi une alternative intéressante permettant de compenser le "préjudice injustifié" causé aux intérêts de l'auteur. Cependant, la rémunération pour copie privée audiovisuelle est-elle réellement équitable ? La rémunération ne peut être équitable que si elle offre une compensation proportionnelle au préjudice subi par l'auteur. Malheureusement, la généralisation de la copie privée risque de

¹²⁰ L'article 13 de l'accord ADPIC et l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ont étendu ce "triple test" à l'ensemble des prérogatives patrimoniales.

¹²¹ Selon les résultats comparatifs entre les chiffres de ventes des supports vierges et ceux des exemplaires originaux, il se serait vendu l'année dernière, en France, plus de 200 millions de Compact Discs vierges contre un peu moins de 155 millions de CD enregistrés. Ces chiffres sont intéressants car ils ne rendent pas simplement compte d'un recul des ventes d'albums, mais démontrent véritablement l'importance de la copie privée dans la nouvelle société de l'information. En effet, selon ces chiffres, les supports vierges se sont davantage vendus que les exemplaires originaux. La copie privée n'est donc plus un mode de consommation marginal, exceptionnel, des œuvres de l'esprit, mais bel et bien un mode d'exploitation concurrent.

rendre cette compensation dérisoire. Toutefois, il est impossible de porter un jugement hâtif sur la question et il convient de déterminer préalablement l'étendue du préjudice subi.

II - L'évaluation du préjudice

[157] En théorie, les règles de responsabilité civile exigent la démonstration d'un lien de causalité entre le dommage et le fait dommageable¹²². En pratique, le préjudice occasionné par l'exception de copie privée est difficile à évaluer car il est impossible de connaître avec précision les modes de consommation des œuvres dans la sphère privée. Selon une étude menée par le Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP), le marché du disque aurait reculé de 1% à 7,38 milliards de francs en 2000 après avoir déjà cédé 2% en 1999. Aux Etats-Unis, le phénomène de la copie privée prend une ampleur inquiétante grâce à internet : les ventes de *singles* (ou "CD-2 titres") ont chuté de 40% l'an dernier tandis que le chiffre d'affaires de l'industrie musicale a baissé de 2% à 14,2 milliards de dollars. Cependant, si ces chiffres démontrent une baisse des ventes qui peut s'analyser comme un dommage, il est difficile de mettre en évidence un lien de causalité irréfutable avec le développement de la copie privée. En effet, ce recul des ventes pourrait également s'expliquer par une défection du public à l'égard d'une forme de musique trop commerciale et conventionnelle. Finalement, la copie privée n'est peut-être pas la source de tous les maux d'une industrie du disque qui ne sait plus innover.

[158] En outre, les pertes financières subies par les titulaires de droits doivent être contrebalancées par le montant des sommes perçues au titre de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Toute la question est alors de savoir si la redevance instaurée par la loi du 3 juillet 1985 permet toujours de compenser efficacement les pertes liées à la copie privée. A titre d'exemple, en matière de copie privée sonore, le montant total des perceptions effectuées par la SORECOP pour l'année 1999 est de 93.562.106 F contre 91.748.830 F en 1998, soit une augmentation de 1,98%. Ces sommes restent importantes, surtout si l'on considère qu'elles n'étaient perçues que sur les supports analogiques. Les récents travaux de la commission Brun-Buisson devraient encore augmenter le montant des sommes perçues au titre de la copie privée et rééquilibrer la balance des intérêts entre l'utilisateur bénéficiaire de la licence légale et le titulaire de droit. Par conséquent, si la copie privée connaît aujourd'hui un développement considérable, il est cependant difficile de démontrer l'existence d'un préjudice injustifié pour les intérêts des titulaires de droits. Il n'en demeure pas moins que l'exception de copie privée et la rémunération qui lui est associée font l'objet de nombreuses attaques de la part des auteurs et des titulaires de droits voisins qui prônent le retour à l'exclusivité et à la liberté contractuelle en matière de copie privée.

¹²² Article 1382 Code civil.

Titre II – Le possible retour à la liberté contractuelle

[159] Le mécanisme de licence légale fait actuellement l'objet de nombreuses attaques de la part des titulaires de droits qui estiment être en mesure de faire respecter leur droit exclusif de reproduction. Cependant, la suppression de l'exception de copie privée ne semble pas envisageable. La généralisation du phénomène de copie privée a fait naître dans l'esprit des utilisateurs le sentiment d'un "droit" à la copie privée. Par conséquent, si les récentes évolutions technologiques offrent de nouvelles perspectives et permettent la remise en cause du système de licence légale, il semble plus réaliste d'envisager le retour à la liberté contractuelle uniquement sous l'angle de la rémunération.

[160] Ainsi, le retour à la liberté contractuelle est impossible sans un contexte technologique favorable (chapitre 1). C'est en effet grâce aux évolutions technologiques que les titulaires seront en mesure de retrouver leur droit exclusif et de fixer eux-mêmes le montant de la rémunération (chapitre 2).

Chapitre I – Un contexte technologique favorable

[161] En l'absence de toute alternative permettant de garantir l'exercice du droit exclusif, la licence légale apparaît comme la solution idéale pour défendre au mieux les intérêts des titulaires de droits. La mise en place de la licence légale suppose donc une impossibilité matérielle pour les titulaires de faire respecter leurs droits sur la création. Cependant, en matière de copie privée audiovisuelle, force est de constater que ces difficultés matérielles peuvent être résolues par les récentes évolutions technologiques. Tout d'abord, les mesures techniques de protection permettent de protéger et de contrôler l'utilisation des œuvres dans la sphère privée (Section I). Ensuite, les réseaux numériques rendent aujourd'hui possible le rapprochement entre l'auteur et les utilisateurs (section II).

Section I – Une situation modifiée par l'apparition des systèmes de protection

[162] L'apparition de nouveaux systèmes de protection va sans doute modifier l'attitude des titulaires de droits à l'égard de la copie privée car ils offrent la possibilité de contrôler l'usage des œuvres protégées (I). Dès lors, on peut se demander si ces systèmes de protection ne risquent pas de se substituer à la protection légale des œuvres de l'esprit (II).

I – Les techniques de protection au service des droits d'auteur

[163] Les systèmes de protection sont au cœur du débat relatif à la suppression de l'exception de copie privée et du mécanisme indemnitaire qui lui est attaché. En effet, les récentes évolutions numériques offrent aux titulaires de droits la possibilité de contrôler les reproductions effectuées dans la sphère privée et de négocier la rémunération. Ainsi, le Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information rappelle l'importance des moyens de protection : “ si des moyens techniques limitant ou empêchant la copie privée sont instaurés, la justification de la licence légale que constitue un système de rémunération s'estompe ”¹²³.

[164] De même, la directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information fait preuve d'un grand intérêt pour les systèmes de protection numérique. Selon la directive, les titulaires de droits peuvent recourir à des mesures techniques compatibles avec les exceptions et limitations relatives à la copie à usage privé (par exemple le contrôle du nombre de reproductions¹²⁴). Dans un souci de compatibilité, il serait d'ailleurs préférable de mettre en place des systèmes de protection universels¹²⁵. Ces mesures techniques peuvent permettre d'identifier l'œuvre, l'auteur ou les titulaires de droits, mais également de fournir des informations sur les conditions et les modalités d'utilisation de l'œuvre et de faciliter la gestion des droits y afférents¹²⁶. En outre, sous réserve des principes de protection de la vie privée posés par la directive du 24 octobre 1995, les systèmes relatifs à l'information peuvent traiter des données à caractère personnel relatives aux habitudes de consommation des particuliers ou aux comportements en ligne¹²⁷.

¹²³ Livre Vert de la Commission des Communautés européennes, COM (95) 382 final, p.50.

¹²⁴ Considérant 52.

¹²⁵ Considérant 54.

¹²⁶ Considérant 55.

¹²⁷ Considérant 57.

[165] Classiquement, on peut distinguer deux sortes de systèmes de protection : les systèmes permettant d'empêcher la reproduction non autorisée des œuvres protégées et les systèmes de protection permettant le marquage des œuvres numériques.

[166] Les premiers systèmes offrent la possibilité d'interdire ou de limiter les copies réalisées à partir de supports. Le système " Watermark ", mis au point par la Secure Digital Music Initiative (SDMI)¹²⁸, est ainsi destiné à empêcher la piraterie musicale. Dans ce cas, la protection des fichiers repose sur l'altération du signal audio. La copie de l'œuvre devient alors inutilisable.

[167] Les seconds systèmes ne préviennent pas *a priori* les actes de contrefaçon. Le marquage des œuvres numériques a pour fonction de prouver la violation des droits des titulaires et d'inciter les utilisateurs à respecter les droits exclusifs. Ce procédé inscrit sur l'œuvre une sorte de tatouage numérique sur lequel figure des informations sur l'origine de la création, les noms des titulaires des droits sur celle-ci, ou bien encore les utilisations autorisées. Ainsi, l'AudioSoft Tracking Master (ATM) est un logiciel qui piste la musique sur les réseaux numériques. Implanté aux deux extrémités de la chaîne (sur les serveurs et les lecteurs), il détermine l'audience des œuvres protégées, mais surtout la destination de toutes les transactions musicales.

[168] Parce que ces systèmes de protection consistent essentiellement dans des logiciels, leur application ne concerne que la copie privée numérique. Cependant, il existe également des systèmes de protection permettant d'empêcher la reproduction analogique. A titre d'illustration, le système " macrovision ", qui protège les cassettes vidéo destinées à la location et à la vente, est un procédé qui brouille la commande automatique " gain control " du magnétoscope lorsque celui-ci est en train de reproduire une cassette à partir d'un enregistrement VHS ou S-VHS. La copie obtenue ne peut être visionnée tant sa qualité est médiocre. Si ce système s'avère très efficace, il demeure une exception. De manière générale, les systèmes de protection empêchant la reproduction analogique demeurent peu performants en comparaison des systèmes de protection numériques. Surtout, ils n'offrent pas les propriétés de contrôle, de marquage et d'identification que garantissent les systèmes de protection numériques. Or, ce sont ces propriétés qui remettent en cause le système de licence légale car les titulaires de droits sont désormais en mesure d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres dans la sphère privée et de fixer éventuellement le montant de la contrepartie financière.

[169] Néanmoins, l'abandon du système de licence légale prévu par la loi du 3 juillet 1985 est subordonné à l'efficacité des systèmes de protection numérique. De cette efficacité dépendra l'éventuelle substitution d'une protection technique à une protection juridique.

II – La substitution de la protection technologique à la protection juridique

[170] L'article 6 de la directive communautaire sur la société de l'information est exclusivement consacré à la protection juridique des mesures techniques précédemment évoquées. Ainsi, les Etats membres doivent 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 objectif¹²⁹. Les mesures techniques, ou systèmes de protection, se définissent comme " toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire

¹²⁸ Ce consortium réunit des maisons de disques, des fabricants d'électronique et des éditeurs de logiciels.

¹²⁹ Article 6, paragraphe 1^{er}.

d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi". La mesure technique est considérée comme efficace lorsque l'utilisation de l'œuvre protégée est contrôlée par les titulaires du droit par application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute transformation de l'œuvre ou d'un mécanisme de copie qui atteint cet objectif de protection¹³⁰.

[171] Selon certains auteurs, l'intérêt porté aux systèmes de protection numérique risque d'entraîner une substitution de ces mesures techniques à la protection légale. Pour notre part, ces craintes doivent être écartées. Ces mesures techniques ne sont que de nouvelles armes destinées à protéger le droit exclusif des auteurs. Elles n'ont donc pas vocation à se substituer à la protection juridique accordée par le droit de la propriété intellectuelle et ce pour deux raisons essentielles.

[172] Tout d'abord, la protection des mesures techniques demeure indissociable de la protection des œuvres de l'esprit. En effet, en cas de neutralisation de dispositifs techniques, les sanctions ne semblent encourues que si la neutralisation vise l'accomplissement d'un acte non autorisé par les titulaires de droit ou permis par la loi. Le 47^{ème} considérant de la directive sur la société de l'information fait référence aux "mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés" par les titulaires de droits. Pour notre part, les exceptions au droit exclusif ne peuvent être considérés comme des actes non autorisés¹³¹. Ainsi, contrairement aux dispositions relatives aux intrusions dans les systèmes informatiques¹³², la neutralisation d'un système de protection numérique ne semble pas pouvoir être sanctionnée en tant que telle.

[173] Ensuite, l'incertitude quant à l'efficacité réelle des systèmes de protection rend nécessaire le maintien des règles de protection du droit d'auteur et des droits voisins. En théorie, les dispositifs de protection semblent efficaces puisqu'ils reposent sur des algorithmes très difficiles à contourner par un utilisateur moyen. Malheureusement, les réseaux de communications numériques facilitant la propagation des informations, la neutralisation individuelle d'un système de protection entraîne inévitablement sa neutralisation collective. A titre d'illustration, on considère qu'un algorithme est sûr lorsqu'il a tenu cinq ans. Les expériences réalisées à l'initiative des titulaires de droits sont nombreuses. Encore récemment le système de protection des fichiers musicaux conçu par le SDMI a partiellement été mis en défaut alors qu'il avait été présenté comme infaillible¹³³.

[174] Dès lors, tant que les moyens techniques ne permettront pas de contrôler le phénomène de la copie privée, le système de licence légale constituera la solution la plus intéressante pour les titulaires de droits. Il n'en demeure pas moins que les systèmes de protection numériques offrent des perspectives alléchantes. Les atouts de ces mesures techniques sont renforcés par l'évolution des réseaux de communication qui permettent de rapprocher les utilisateurs et les titulaires de droits, mettant ainsi en relation des interlocuteurs identifiables.

¹³⁰ Article 6 paragraphe 3.

¹³¹ La formule de l'article L 122-5 CPI exclut d'ailleurs toute équivoque. L'auteur ne peut faire des exceptions reconnues par la loi des actes non autorisés puisqu'une fois l'œuvre divulguée, il ne peut justement plus **interdire** le bénéfice de ces exceptions.

¹³² Articles 323-1 et suivants du Code Pénal.

¹³³ *Protection des droits d'auteur : le SDMI craque mais ne rompt pas*, par G. BOUCHEZ, le 09/01/2000, sur le site internet <<http://www.01net.com>>.

Section II – Le possible rapprochement entre l’auteur et le consommateur

[175] La pensée libertaire qui a accompagné le développement d’internet a accrédité l’idée d’un espace virtuel échappant aux concepts juridiques¹³⁴. Ainsi, les oeuvres de l’esprit ont été les premières victimes de cette conception pernicieuse des nouveaux réseaux de communication. Cependant, si dans un premier temps, internet s’est révélé être un instrument favorisant la contrefaçon généralisée des œuvres de l’esprit (I), depuis quelques temps, “ la toile ” semble amorcer une nouvelle phase d’évolution pour devenir un outil de distribution au service des titulaires de droits (II).

I – D’un intérêt contrefacteur...

[176] La dématérialisation des œuvres associée à la rapidité et à la foisonnance des réseaux numériques rend difficile l’exercice des droits exclusifs sur internet. Ainsi, la Sacem, qui a décidé de faire de la collecte des droits sur internet son nouveau cheval de bataille, précise que le système de collecte se révèle si complexe à mettre en place qu’il ne devrait pas voir le jour avant deux ans¹³⁵. Cette impossibilité matérielle de contrôler l’utilisation des œuvres sur les réseaux numériques a entraîné une prolifération de sites “ pirates ”.

[177] En 1997, le lancement du site MP3.com permettait à tout utilisateur connecté de télécharger gratuitement des milliers de chansons comprimées au format numérique MP3. Le site internet a naturellement connu un succès foudroyant. Malheureusement pour son fondateur, celui-ci n’avait pas prévu de demander l’autorisation et de reverser la moindre partie de ses bénéfices aux titulaires de droits.

Plus intéressant est le cas de Napster.com qui est souvent confondu avec le cas de MP3.com. Napster.com est un site internet qui permet à ses usagers de télécharger non pas des fichiers musicaux, mais un logiciel permettant de s’échanger librement, d’ordinateur à ordinateur des fichiers MP3. Ainsi, Napster.com ne possède pas de fichiers MP3 sur son site, il ne fait qu’en faciliter l’échange entre ses utilisateurs. La situation de Napster est originale puisqu’elle oblige à s’interroger sur les limites de la notion d’usage privé. La question est alors de savoir si la reproduction effectuée par un utilisateur du logiciel Napster peut bénéficier de l’exception de copie privée.

[178] Fin 2000, la Fédération internationale de l’industrie phonographique (Ifpi) estimait le préjudice annuel des téléchargements non autorisés à environ cinq milliards de dollars. Face à ce développement de la copie privée numérique, l’industrie du disque n’a pas tardé à réagir. Dans un premier temps, la réaction des titulaires de droits a été d’obtenir la condamnation des sites diffusant des œuvres musicales sans autorisation. Attaqué par la Record Industry Association of America (RIAA), le site MP3.com a finalement cédé à l’automne dernier en négociant un accord de licence avec l’édition musicale moyennant une conséquente somme de dommages et intérêts et une option sur 5% du capital pour les principales maisons de disques. De même, dans sa décision du 12 février 2001, la 9^{ème} cour d’appel de San Francisco a reconnu que le site Napster.com ne respectait pas les lois relatives au droit d’auteur. Le site

¹³⁴ “ Gouvernements du monde industrialisé, géants fatigués faits de chair et d’acier, j’arrive du cyberspace, la nouvelle habitation de l’esprit. Vous n’êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n’êtes pas souverains là où nous nous rassemblons. Vos concepts juridiques de propriété, d’expression, d’identité, de mouvement et de contexte ne s’appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière. Ici, il n’y a pas de matière ”: J. P. BARLOW, *Déclaration d’indépendance du cyberspace*.

¹³⁵ *Le Net bientôt sous contrôle*, par Isabelle Dumonteil, le 08/12/2000, sur le site Internet www.01net.com .

devra donc disparaître ou devenir payant afin d'assurer aux titulaires de droits une rémunération¹³⁶.

[179] Actuellement, la réaction des titulaires de droits consiste à adapter le modèle des sites " pirates " à une industrie du disque désireuse d'évoluer. En effet, il est indéniable que des sites en marge de la légalité comme MP3.com et Napster ont modifié le modèle économique de l'industrie du disque et bouleversé la manière de consommer de la musique. Les titulaires de droits ont pris conscience de l'intérêt d'une diffusion de la musique par réseaux numériques. Selon les études, les sites " pirates " compteraient 60 millions d'utilisateurs et plus de 3 milliards de fichiers musicaux disponibles. Sur un marché mondial des CD estimé à près de 40 milliards de dollars, les ventes en ligne de musique devraient passer de 88 millions de dollars en 1998 à 1,4 milliards de dollars en 2002. L'industrie du disque n'a pas oublié la précédente révolution technologique du secteur, à savoir le lancement du Compact disc, qui avait fait triplé son chiffre d'affaire entre 1984 et 1994. Aussi, les titulaires de droits ont finalement décidé de se lancer dans l'aventure de la distribution musicale en ligne. Si cette position marque une évolution dans la diffusion des œuvres de l'esprit, sa mise en place pose cependant quelques difficultés.

II – ... à un intérêt distributeur

[180] Comme nous l'avons vu précédemment, la licence légale intervient uniquement dans l'hypothèse où le titulaire de droit n'est pas ou plus en mesure de faire respecter son droit exclusif sur la création. Cette impossibilité de contrôler l'utilisation de l'œuvre repose essentiellement sur des considérations matérielles ou pratiques, à savoir l'impossibilité de mettre en présence des interlocuteurs identifiables ou de faire respecter le droit exclusif dans la sphère privée. Les dispositifs techniques empêchant la reproduction non autorisée et les mesures techniques relatives au marquage des œuvres numérisées rendent aujourd'hui possible le contrôle des utilisations. Mais, ces systèmes de protection demeurent inutiles s'ils ne s'accompagnent pas d'une identification et d'une mise en relation des individus concernés. Or, comme le développement du commerce électronique l'a déjà démontré, les réseaux numériques offrent désormais de telles possibilités car ils permettent de rapprocher les titulaires de droits et les utilisateurs. La philosophie libertaire qui caractérisait Internet laisse aujourd'hui place à une logique économique. Internet se présente désormais comme un nouvel outil de distribution des œuvres.

[181] Les maisons de disques ont commencé à céder une partie de leurs catalogues musicaux à des sites de musiques en lignes (Emusic.com, Listen.com, Musicmaker.com,...) en échange d'une partie du capital, mais aucun de ces sites n'a encore démontré sa viabilité. Selon l'institut d'étude américaine Jupiter Communications, les téléchargements payants effectués sur les sites des maisons de disques n'ont généré que 9 millions de dollars l'an dernier. Ce chiffre monterait à 34 millions de dollars cette année, pour atteindre péniblement 1,5 milliards de dollars en 2005. Ces chiffres sont à comparer aux 40 milliards de dollars de chiffre d'affaires réalisés par les maisons de disques essentiellement sur les ventes de compact Disc. La question est donc de savoir si les utilisateurs de sites " pirates " accepteront de payer pour télécharger de la musique jusque là en libre service¹³⁷. La question est d'autant plus pertinente

¹³⁶ Le groupe allemand Bertelsmann a récemment signé une alliance avec le dirigeant du site Napster.com.

¹³⁷ Emusic.com, un des plus importants sites de musique en ligne propose depuis septembre 2001 un accès à 150 000 fichiers MP3 contre un abonnement de 10 dollars par mois. Il n'est pourtant parvenu à séduire que 35 000 abonnés sur les 55 millions d'aficionados de musique en ligne.

qu'en l'absence d'association entre les différentes maisons de disques¹³⁸, l'utilisateur ne pourra avoir accès, par abonnement, qu'à un seul catalogue édité par chaque maison de disque¹³⁹. Pourtant, les consommateurs qui considèrent que le prix de la musique est trop élevé devraient se réjouir de l'initiative des titulaires de droits puisque le prix de la musique digitale devrait ainsi baisser de 50%. L'internet fera en effet l'économie des frais de fabrication, de distribution et de marketing (soit près de la moitié du prix d'un CD actuellement)¹⁴⁰. Les réseaux numériques devraient également permettre aux maisons de disques d'exploiter l'intégralité de leurs catalogues musicaux. Actuellement, seulement 12% de la musique disponible fait l'objet d'une commercialisation.

[182] En outre, la distribution en ligne des œuvres musicales risque de générer des conflits d'intérêts entre les différents acteurs de l'industrie du disque. Tout d'abord, les disquaires sont hostiles à la remise en cause de leur rôle d'intermédiaire dans le réseau de distribution des œuvres. Ensuite, les auteurs et les artistes rêvent d'émancipation et envisagent sérieusement de se passer des services des maisons de disques. Lors de la trente-cinquième édition du Midem, plusieurs artistes se sont exprimés en faveur d'une diffusion indépendante de leur musique sur internet. Certains artistes ont d'ores et déjà franchi le pas (David Bowie, Madonna, Prince,...). Cette nouvelle position des auteurs vient bouleverser le modèle économique d'une industrie du disque où les choses étaient relativement simples. L'inquiétude des producteurs de phonogrammes est d'autant plus forte que ces artistes désireux d'indépendance sont généralement les plus connus. Leur émancipation entraînerait inmanquablement des pertes financières énormes pour les maisons de disques. Cependant, si l'évolution technologique vient modifier les modes de consommation et de distribution des œuvres, il convient de rappeler que ce que certains qualifient de "révolution" n'est encore qu'au stade expérimental. La découverte, le financement, la production, l'enregistrement et la promotion de nouveaux talents restent essentiellement dans les attributions des maisons de disques. Il n'en demeure pas moins que ces évolutions technologiques permettent, d'une part aux titulaires de droits de contrôler l'utilisation de leurs œuvres dans la sphère privée, et d'autre part de rapprocher les utilisateurs et les titulaires de droits. Tout ceci offre donc un cadre favorable à la remise en cause de la licence légale et permet d'envisager un éventuel retour au droit exclusif en matière de rémunération pour copie privée audiovisuelle.

¹³⁸ Des travaux en ce sens ont été amorcés sous l'impulsion du SDMI, mais les principaux intervenants ne parviennent toujours pas à se mettre d'accord sur un format technologique standard pour diffuser et commercialiser la musique en ligne.

¹³⁹ On comprend alors la méfiance des consommateurs qui ne sont pas enthousiasmés à l'idée d'avoir accès au catalogue d'une maison de disques plutôt qu'aux artistes de leur choix.

¹⁴⁰ La distribution en ligne est beaucoup moins onéreuse. Alors que les maisons de disques doivent vendre environ entre 5 et 10 000 exemplaires d'une œuvre pour couvrir leurs frais, l'exploitation sur internet est rentabilisée à hauteur de la dixième vente.

Chapitre II – Le retour au droit exclusif

[183] Depuis quelques temps, les auteurs et les titulaires de droits voisins revendiquent le retour à l'exclusivité de leurs droits. Ces prétentions visent à remettre en cause la licence légale relative à la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes ainsi que celle prévue à l'article L 214-1 CPI. Loin d'être utopique ce possible retour à l'exclusivité est favorisé par les nouvelles technologies. En effet, celles-ci semblent remédier aux impossibilités matérielles qui ont rendu nécessaire la mise en place de licences légales. Les titulaires de droits seraient alors en mesure de contrôler, d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de leurs œuvres dans la sphère privée. De même, dans le cas où ils autoriseraient la copie privée de leurs œuvres, les titulaires de droits pourraient également fixer librement le montant de la redevance (Section 1). Cette solution remettrait alors définitivement en cause la rémunération pour copie privée audiovisuelle (Section 2).

Section I – La possibilité pour l'auteur de fixer la redevance

[184] Les récentes évolutions technologiques offrent d'ores et déjà des systèmes de protection fiables permettant à l'auteur d'interdire toute reproduction non autorisée de son œuvre. Les exceptions ne faisant naître aucun droit au profit des bénéficiaires¹⁴¹, on voit difficilement sur quel fondement la mise en œuvre de tels dispositifs de protection pourrait être contestée. Cependant, la suppression de la copie privée semble difficilement envisageable tant l'attachement du consommateur à cette exception est fort. Les débats autour des travaux de la commission Brun-Buisson ont ainsi démontré la passion que suscite cette question. Par conséquent, il semble plus réaliste de concevoir non pas une suppression, mais une limitation de l'exception de copie privée. Il serait alors possible pour l'auteur d'une part, de contrôler et d'autoriser l'exercice de l'exception et d'autre part, de fixer librement le montant de la compensation financière (I). En outre, la possibilité de fixer librement le montant de la rémunération laisse supposer la possibilité de fixer librement les règles de répartition (II). Cet éventuel retour à la liberté contractuelle présente un avantage certain pour les titulaires de droits étrangers qui ne bénéficient pas nécessairement de la rémunération pour copie privée audiovisuelle prévue aux articles L 311-1 et suivants CPI (III).

¹⁴¹ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001, p. 253, n.292.

I – La fixation du montant de la rémunération

[185] La directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information va d'ailleurs dans ce sens puisque le 45^{ème} considérant précisent que les exceptions et limitations prévues par les Etats membres " ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet ". Ces exceptions concernent notamment la copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes. Ainsi, la directive communautaire offre deux options en matière de rémunération pour copie privée audiovisuelle. D'une part, elle impose aux Etats membres la mise en place d'un système de rémunération équitable destiné à dédommager les titulaires de droits du préjudice subi¹⁴² et d'autre part, elle permet également aux titulaires de droits de fixer contractuellement (si cela est possible) le montant de la rémunération. La finalité de cette double option est naturellement de mettre en place la compensation financière la plus équitable possible.

[186] Bien évidemment, la possibilité pour les titulaires de droits de fixer contractuellement le montant de la redevance présente des avantages certains. Tout d'abord, il n'est plus nécessaire de discuter sur le caractère équitable de la redevance puisque celle-ci est fixée librement par les titulaires de droits : la copie privée n'échappant plus au monopole de l'auteur, il n'y a donc plus de préjudice. Ensuite, sur le plan technique, la redevance est naturellement plus facile à mettre en œuvre : les difficultés liées à la détermination du forfait et de l'assiette disparaissent puisque le titulaire n'a plus affaire qu'à des actes de reproduction individualisés. Finalement, cette solution serait le compromis idéal entre l'usage privé et le respect du droit exclusif des titulaires de droits. Néanmoins, cette rémunération deviendrait une véritable redevance d'auteur dépourvue de tout caractère indemnitaire. Par conséquent, il conviendra d'étudier les connexions entre cette rémunération équitable et la rémunération pour copie privée audiovisuelle.

II – La détermination des règles de répartition

[187] L'article L 311-7 CPI fournit une liste exhaustive des bénéficiaires de la redevance et fixe les règles de sa répartition. Ainsi, la rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie pour moitié aux auteurs, pour un quart, aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs de phonogrammes fixés pour la première fois en France. Quant à la rémunération pour copie privée des vidéogrammes, elle bénéficie à parts égales aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs de vidéogrammes fixés pour la première fois en France. La répartition des redevance étant prévue par la loi, il semble que cette disposition soit d'ordre public¹⁴³. Par conséquent, on ne peut modifier les clés de répartition entre ces trois catégories de bénéficiaires par des dispositions contractuelles.

[188] Cependant, si cette interdiction pouvait se comprendre dans le cadre d'une licence légale, il en va différemment dans l'hypothèse d'une détermination contractuelle de la redevance. Dans cette situation, les titulaires de droits retrouvent le plein exercice de leurs droits exclusifs et ce en dehors de tout interventionnisme du législateur. Il semble donc naturel que les différents bénéficiaires puissent prévoir contractuellement les clés de répartition de la redevance. Cette faculté participe incontestablement de la détermination d'une rémunération équitable.

¹⁴² Considérants 38 et article 5, paragraphe 2. b).

¹⁴³ H. ASTIER, *La copie privée, deux ou trois choses que l'on sait d'elle*, RIDA, avril 1986, n°128, p. 125.

III – Une solution favorable aux ayants droit étrangers

[189] La loi française ne refuse pas par principe le bénéfice de la rémunération pour copie privée audiovisuelle aux ayants droits étrangers. L'article L 311-2 CPI précise que les sommes perçues sont réparties au profit des ayants droits des vidéogrammes fixés pour la première fois en France, mais " sous réserve des conventions internationales ". Or l'article 5 de la Convention de Berne pose le principe dit de " traitement national ", c'est-à-dire le principe d'assimilation des étrangers aux nationaux. Par conséquent, l'exigence d'une première fixation en France ne peut empêcher les étrangers ayant ratifié cette convention de bénéficier d'une part de la rémunération pour copie privée.

[190] Afin d'éviter " une hémorragie des devises sans contrepartie économique au profit des Etats-Unis " ¹⁴⁴, le législateur français est venu compléter l'article L 311-7 CPI pour préciser que la rémunération pour copie privée audiovisuelle bénéficie aux auteurs " au sens du présent code ", c'est-à-dire selon la loi française ¹⁴⁵. Cette disposition a permis d'écarter du champ d'application de la redevance les producteurs américains pourtant considérés comme des auteurs par leur droit national. En outre, la Convention de Berne ne concerne que les droits d'auteur et ne régit pas les droits voisins qui sont expressément visés par la Convention de Rome de 1961. Les Etats-Unis ne peuvent donc prétendre à aucune somme au titre de la rémunération pour copie privée pour les artistes-interprètes et les producteurs ¹⁴⁶. Naturellement, l'attitude française est fortement critiquée par les Etats-Unis qui menacent de faire sanctionner la France par l'Organisation Mondiale du Commerce.

[191] L'abandon du système de licence légale au profit d'un retour à la liberté contractuelle viendrait alors résoudre ces difficultés puisque les titulaires de droits étrangers pourraient fixer librement le montant de la redevance applicable en cas de reproduction à usage privé de leurs œuvres.

Section II – La rémunération équitable et la rémunération pour copie privée

[192] Après observation, la compensation équitable prévue par le 45^{ème} considérant de la directive ne semble pas posséder de traits communs avec la rémunération pour copie privée audiovisuelle. La codification de 1992, supposée réalisée à droit constant, avait expressément qualifié la rémunération pour copie privée audiovisuelle de droit d'auteur, mais des doutes demeuraient pourtant sur sa véritable nature juridique. Il en va différemment de la " compensation équitable " (prévue par le 45^{ème} considérant de la directive sur la société de l'information) puisqu'il s'agit incontestablement d'une redevance d'auteur dépourvue de tout élément indemnitaire. Cette redevance est la contrepartie financière de la vente ou du contrat de reproduction conclu par le titulaire de droits avec chaque utilisateur désireux d'effectuer une copie privée de l'œuvre.

[193] Dès lors, si ces deux rémunérations sont distinctes, on peut se demander de quelles manières vont s'organiser leurs relations. En effet, la directive sur la société de l'information fait à la fois référence au mécanisme indemnitaire et à la compensation équitable. Naturellement, cette coexistence soulève un certain nombre de remarques.

[194] Tout d'abord, l'association de ces deux rémunérations va inévitablement produire un sentiment de double paiement. En effet, on imagine difficilement comment le consommateur

¹⁴⁴ H. ASTIER, *La copie privée, deux ou trois choses que l'on sait d'elle*, RIDA, avril 1986, n°128, p. 129.

¹⁴⁵ Article 2 de la loi du 3 janvier 1995.

¹⁴⁶ Les Etats-Unis ne peuvent non plus se prévaloir du Traité de Rome qui ne concerne que les ressortissants de la Communauté européenne.

va pouvoir accepter de payer dans un premier temps une redevance pour l'acquisition d'un support vierge et dans un second temps une redevance pour la neutralisation d'un système de protection. Le 35^{ème} considérant de la directive sur la société de l'information prévoit d'ailleurs cette situation puisqu'il précise que " dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû "

[195] En outre, tous les titulaires de droits ne choisiront pas nécessairement de protéger leurs œuvres par des dispositifs techniques dont la performance nécessitera sûrement un investissement financier important. Par conséquent certains auteurs demeureront soumis à la rémunération pour copie privée audiovisuelle tandis que d'autres useront de leur liberté contractuelle pour fixer le montant de la rémunération. Cette distinction viendra sans aucun doute compliquer davantage la répartition des sommes perçues au titre de la copie privée.

[196] Enfin, si le retour à la liberté contractuelle semble possible pour la reproduction numérique des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes, il en va différemment de la copie privée analogique. Il n'existe effectivement pas de procédé technique susceptible d'empêcher la copie privée des œuvres sur supports analogiques. Par conséquent, le recours à la licence légale demeure dans ce cas précis le seul moyen de compenser les pertes liées à l'exception de copie privée. Cette dernière remarque démontre parfaitement que le retour à la liberté contractuelle ne peut se faire sans l'existence d'un contexte technologique favorable. L'avenir de la rémunération pour copie audiovisuelle est donc lié au développement des nouvelles technologies permettant de contrôler les opérations de copie privée.

Conclusion

[197] La rémunération pour copie privée audiovisuelle est une composante essentielle de la licence légale mise en place par la loi du 3 juillet 1985. Il était donc nécessaire de s'interroger sur l'avenir de cette redevance et de la confronter aux récentes évolutions des pratiques de copie privée. Après réflexion, force est de constater que les arguments en faveur de la licence légale relative à la copie privée audiovisuelle ne sont plus aussi forts dans l'environnement numérique. Les mesures de protection offrent aux titulaires de droits la possibilité d'endiguer efficacement la généralisation de la copie privée. Mais, ceux-ci ont compris qu'il n'était pas réaliste d'exiger la suppression de l'exception de copie privée sous peine de déclencher les foudres des utilisateurs. Ils ont donc décidé de déplacer le débat sur le terrain de la rémunération pour copie privée audiovisuelle. En effet, la possibilité pour les auteurs de contrôler l'utilisation des œuvres dans la sphère privée permet d'envisager sérieusement le retour au droit exclusif. Les titulaires de droits pourraient alors négocier librement le montant de la contrepartie financière. Cette évolution remettrait définitivement en cause la redevance prévue aux articles L 311-1 et suivants du Code de la Propriété intellectuelle.

[198] Pourtant, on aurait tort d'enterrer si rapidement la rémunération pour copie privée audiovisuelle. Il convient tout d'abord de rappeler l'efficacité du système en matière de copie privée analogique. Par ailleurs, si les arguments à l'encontre de l'exception de copie privée sont pertinents en matière de reproduction numérique, il en va différemment en matière de reproduction analogique. En effet, la rémunération pour copie privée s'impose toujours en matière de reproduction analogique puisque les mesures de protection sont encore inefficaces et ne permettent pas d'envisager un éventuel retour au droit exclusif. Enfin, la distribution de la musique ou des films par le biais des réseaux numériques demeure encore aujourd'hui au stade de projet.

[199] Dès lors, ce serait tirer des conclusions trop hâtives que de considérer la rémunération pour copie privée audiovisuelle comme une notion vouée à disparaître. D'ailleurs, les efforts du Gouvernement français et de la Communauté européenne pour aménager et sauver la rémunération pour copie privée prouvent que les pouvoirs publics demeurent attachés au système de licence légale. La récente loi adoptée en la matière en est d'ailleurs la plus belle illustration.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001.
- P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 1999.
- A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, 1991.
- A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, étude de droit comparé*, bibliothèque de la faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, tome XXIV, Paris, LGDJ, 1993.
- C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis DALLOZ (1997).

Ouvrages spéciaux

- A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, p. 25, n. 44.
- N. MALLET-POUJOL, *La création multimédia et le droit*, Litec 2000, p. 3, n. 9.
- C. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, LITEC (1993).

Doctrines

- H. ASTIER, *La copie privée, deux ou trois choses que l'on sait d'elle*, RIDA, avril 1986, n°128, p. 125.
- Y. GAUBIAC, *La rémunération pour copie privée des phonogrammes et des vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 : RTD com.* 1986, p. 495.
- W. DILLENZ, *La rémunération pour copie privée et le principe du traitement national*, RIDA 1990, juin, p 196.
- P. SIRINELLI, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, rapport pour le ministère de la Culture, La documentation française 1994, p. 88.
- F. SARDIN, " *La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia* ", JCP A 2001, n° 7-8, p. 312.
- A. LUCAS, *Le Droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie* : JCP G 1990, I, 3438, n. 41.
- L. COSTES, *A quels supports numériques appliquer une redevance pour copie privée ?*, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n°133, fév. 2001.
- Rapport Jolibois, n. 212, tome 3.

Articles

- L'Expansion, *Les milliards de la cyber-musique*, n°640, du 1^{er} au 15 mars 2001, p. 52.
- Expertises, *Catherine Trautmann pour la rémunération de la copie privée numérique audio*, août-sept. 1999, p. 244.
- Le Figaro économie, *Les ordinateurs vont être taxés*, 15 janv. 2001.
- Le Figaro économie, “ *prévoir une juste rémunération* ”, 17 janv. 2001, p. 13.
- Le Monde, *L'idée de Mme Tasca était bonne* par Me J. Martin, 24 janv. 2001, p. 16.
- Le Monde interactif, *L'interactivité se programme à la chaîne*, 10 janv. 2001.

