

DOCTRINE ET OPINIONS

QUELQUES PROBLÈMES JURIDIQUES CONCERNANT LA MISE À DISPOSITION D'ŒUVRES LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES ET AUTRES OBJETS PROTÉGÉS SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES¹

Silke von Lewinski

1. Introduction

1.1 Échange de fichiers « peer-to-peer » : informations techniques générales

L'échange de fichiers « peer-to-peer » (P2P) est un mode de communication de contenus entre individus sur les réseaux numériques qui fonctionne au moyen d'un logiciel spécial. Une des conditions préalables au fonctionnement du P2P est de pouvoir numériser et compresser les contenus. La compression facilite une transmission rapide, ce qui est un avantage pour l'échange de fichiers. Le format dit MP3², qui permet différents degrés de compression, est désormais le format le plus courant pour la musique et autres fichiers audio. Parmi les autres procédures de compression moins utilisées, on citera OGG Vorbis (utilisé en particulier avec les logiciels libres « open source »), WMA de Microsoft ainsi que MPEG-4 de Fraunhofer³. Pour la vidéo, on a recours aux techniques de compression telles que DivX et XviD ; le volume des données des fichiers vidéo est plus important que celui des fichiers audio et il a fallu plus de temps pour développer les techniques de compression appropriées, d'où un grand retard de l'échange de fichiers vidéo sur l'échange de fichiers audio. Autres préalables pour l'échange de fichiers : l'existence de connexions rapides au réseau et leur accessibilité à une grande partie de la population. Des techniques nouvelles sont constamment mises au point pour accélérer la communication. Alors, par exemple, que les connexions par modem ou ISDN permettent respectivement des transmissions à 56 Ko et 64 Ko par seconde, la vitesse de transmission en DSL (Digital Subscriber line) plus récente, monte à 8 Mo par seconde⁴.

En outre, les réseaux d'échange de fichiers supposent un protocole qui permet une interaction directe entre un nombre important d'internautes individuels et conduit à constituer un réseau délimité. Un logiciel spécial permet d'accéder à ces réseaux. En règle générale, le P2P permet à

¹ La présente étude a été élaborée par Mme Silke von Lewinski à la demande du Secrétariat de l'UNESCO pour la 13e session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur. Mme von Lewinski est chef de division à l'Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence de Munich et professeur associé au Franklin Pierce Law Center, Concord, N.H. (États-Unis). Les opinions exprimées dans la présente étude ne sont pas nécessairement celles du Secrétariat de l'UNESCO.

² La procédure de compression a été développée en 1992 par un institut allemand, le Fraunhofer Institut für Integrierte Schaltungen ; son nom complet est MPEG Audio Layer-3 Procedure, voir <http://www.iis.fraunhofer.de/zukunftspreis/mp3> (consulté le 12 janvier 2005).

³ Voir http://www.iis.fraunhofer.de/amm/techinf/mpeg4_soft/video.html (consulté le 12 janvier 2005).

⁴ Voir www.teltarif.de/i/dsl.html (consulté le 12 janvier 2005).

l'internaute de rechercher des contenus particuliers dans n'importe quel format⁵ dans l'espace de stockage de l'ordinateur de tout utilisateur connecté au réseau au moment où la recherche s'effectue qui a accepté de mettre ses propres fichiers à la disposition des participants au réseau. Plus le nombre d'internautes offrant leurs fichiers musicaux ou autres sur le réseau est élevé, plus grande est la probabilité de trouver les œuvres recherchées. Si certains réseaux comme eDonkey, WinMX et iMesh obligent les participants à mettre leurs propres fichiers à la disposition de tous les utilisateurs du réseau, d'autres comme KaZaA et Bearshare n'imposent aucune obligation de la sorte. La caractéristique particulière de tous les réseaux d'échange de fichiers est le fait que le contenu communiqué entre les internautes n'est pas stocké sur un serveur central (ce qui est le cas des services traditionnels à la demande) mais sur les différents ordinateurs des participants et n'est disponible que tant que ceux-ci sont connectés au réseau.

On distingue en principe, trois grandes formes de systèmes d'échange de fichiers en P2P : un système centralisé, un système décentralisé et un système P2P dit de troisième génération qui reprend des éléments des deux précédents⁶. Napster, de même que d'autres systèmes P2P de la première génération comme Audiogalaxy et Aimster⁷, étaient des systèmes centralisés fonctionnant avec un serveur central qui administrait toutes les données pertinentes disponibles sur les ordinateurs reliés entre eux. Chaque fois qu'un utilisateur se connectait au réseau, le serveur enregistrait en permanence des données telles que son adresse IP et les fichiers mis à disposition pour échange. Ainsi, pendant que l'utilisateur était connecté au réseau, le serveur fournissait à tout moment des informations à jour sur l'identité et la provenance des fichiers ; ainsi, il était facile de localiser les fichiers avec les adresses IP. Néanmoins, la transmission des données s'effectuait par connexion directe entre les participants, sans intervention du serveur central. Cependant si le serveur central était inactif, il était alors impossible d'échanger des fichiers par ce moyen.

Plus tard, et ce n'est pas là ce qui importe le moins, devant le succès des poursuites engagées par les titulaires de droits d'auteur contre les systèmes centralisés non autorisés comme Napster, il a été mis au point des systèmes décentralisés dont le fonctionnement ne fait pas appel à un serveur central - en particulier le protocole Gnutella qui forme la base de systèmes tels que Bearshare, Limewire, eDonkey 2000 et Direct Connect qui sont utilisés de nos jours. Dans leur cas, l'information sur les fichiers disponibles n'est présente que sur les ordinateurs des participants. La recherche formulée par un participant est directement transmise depuis l'ordinateur du demandeur vers les ordinateurs auxquels il est connecté. À partir de ces derniers, la recherche peut être propagée. Si le fichier recherché est repéré, le résultat, y compris l'adresse IP concernée, est retransmis au demandeur de la même façon, lequel demandeur peut ensuite se connecter directement à l'adresse IP en question pour obtenir le fichier⁸.

Ce que l'on pourrait appeler la troisième génération de systèmes P2P, tels que KaZaA, Grokster et autres systèmes FastTrack bien connus, allie les avantages techniques des deux systèmes, les centralisés et les décentralisés. Le système consistant à utiliser un serveur centralisé qui sert à stocker et mettre à jour en permanence l'information sur les fichiers disponibles sur le moment est remplacé par le système dit de « superpeers » dans lequel ce sont plusieurs ordinateurs très performants connectés en permanence à l'Internet qui gèrent les données. Ce rôle de « superpeer » est attribué dynamiquement à ces ordinateurs par le logiciel en ligne, ce qui veut dire

⁵ Sur certains réseaux, le format est limité ; c'était le cas de Napster qui permettait uniquement l'accès aux fichiers audio en MP3.

⁶ Voir par exemple le graphique et la brève description les concernant dans la section du rapport de l'OCDE sur les réseaux peer-to-peer intitulée « Peer-to-Peer (P2P) Networks in OECD Countries » (prépublication d'une section du chapitre 5 du rapport de l'OCDE Perspectives des technologies de l'information 2004) (voir la version anglaise www.oecd.org/dataoecd/55/57/32927686.pdf que l'auteur a consultée le 12 janvier 2005).

⁷ Ces trois systèmes ont été fermés après des plaintes de la RIAA américaine.

⁸ Möller, Schoner tauschen III, www.heise.de/tp/deutsch/inhal/te/8504/1.html (consulté le 14 janvier 2005).

qu'ils ne jouent pas tous ce rôle en même temps. Cet aspect remédie à la fragilité des systèmes décentralisés et à la nécessité d'avoir des réseaux de capacité importante⁹. De nouvelles versions améliorées de ce système ne cessent de sortir, telles que le système eXeem, dont la sortie est annoncée, qui allie les caractéristiques de KaZaA et de BitTorrent¹⁰.

1.2 Aspects économiques

On dispose d'une grande quantité de statistiques économiques sur les activités liées au partage de fichiers, par pays, par secteur, ou selon d'autres critères. Il n'est pas possible de rendre compte de toutes dans la présente étude. Nous nous reporterons essentiellement à une étude récente de l'OCDE¹¹ sur l'utilisation non commerciale par les réseaux P2P des pays membres de l'OCDE¹² de fichiers de musique, de vidéo et de logiciels sur les réseaux les plus populaires, notamment FastTrack et Gnutella¹³. Voici quelques-uns des chiffres cités : pour la première fois en 2003, il a été téléchargé cumulativement plus de fichiers vidéo (27 %) et autres fichiers non-audio (de logiciels, de documents et d'images) (24,3 %) que de fichiers audio (48,6 %)¹⁴. Le fait que le volume des téléchargements de fichiers vidéo soit plus important en Europe qu'aux États-Unis est peut-être dû à la préférence européenne pour la technologie P2P qui convient particulièrement bien à l'échange de gros fichiers (eDonkey) alors qu'aux États-Unis, les internautes préfèrent FastTrack qui convient mieux lorsqu'il s'agit de fichiers de musique ou de logiciels moins volumineux¹⁵. En outre, on observe une corrélation entre l'usage du P2P et disponibilité d'une large bande passante : aux États-Unis, 41 % des internautes disposant d'une connexion à haut débit ont téléchargé de la musique en 2003, contre un quart des internautes ayant un accès par modem¹⁶. S'agissant du profil des internautes effectuant des téléchargements, les résultats diffèrent : aux États-Unis, par exemple, ce sont plutôt les ménages à faible revenu et les internautes ayant un niveau d'instruction moyen qui font le plus de téléchargements alors qu'en France le niveau de revenu ne paraît pas entrer en ligne de compte et ce sont les Français les plus diplômés qui téléchargent le plus volontiers¹⁷. Sur le total des internautes des pays de l'OCDE, 55,4 % sont des Américains contre 10,2 % des Allemands et 8 % des Canadiens. Les utilisateurs du P2P forment 1,2 % de la population canadienne totale, 0,9 % de la population des États-Unis et 0,6 % de la population de la France et de l'Allemagne ; la moyenne des pays de l'OCDE est de 0,24 %.

Si l'on compare l'évolution du nombre d'utilisateurs du P2P dans les pays membres de l'OCDE de 2002 à 2003 en proportion du nombre d'utilisateurs de P2P dans le monde, c'est en France, en Allemagne, au Japon et en Italie que cette proportion a crû le plus rapidement tandis que celle des États-Unis et, à un degré moindre, celle de la Belgique, du Royaume-Uni et d'autres pays ont

⁹ Möller (note 8).

¹⁰ Borland, A New Hope for BitTorrent?, 5 janvier 2005, http://news.com.com/A+new+hope+for+bitTorrent/2100-1032_3-5512230.html (consulté le 12 janvier 2005).

¹¹ Voir ci-dessus la note 6. Malheureusement, on ne dispose pas en règle générale de données sur les pays en développement.

¹² Actuellement, l'OCDE compte 30 pays membres : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Corée, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, Suisse et Turquie (voir www.oecd.org).

¹³ Voir l'étude de l'OCDE précitée à la note 6, p. 3.

¹⁴ Voir l'étude OCDE précitée à la note 6, p. 8. Les données pour 2002 étaient les suivantes : 62,5 % (audio), 25,2 % (vidéo) et 12,3 % (autres).

¹⁵ Plus de 35 % en Allemagne, 32 % en Italie et 26,1 % en France, contre 12 % seulement aux États-Unis ; voir l'étude OCDE citée dans la note 6, p. 4.

¹⁶ Parallèlement, la possibilité d'avoir accès à du contenu a peut-être encouragé les internautes ayant une connexion à bas débit à s'abonner à un mode de connexion plus rapide, voir l'étude OCDE citée dans la note 6, p. 10.

¹⁷ Voir l'étude OCDE (note 6), p. 11.

diminué ; cette forte croissance en Europe par rapport aux États-Unis s'explique par le fait que l'utilisation du P2P s'est répandue plus tard en Europe qu'aux États-Unis¹⁸.

Le nombre de personnes utilisant simultanément un réseau quelconque d'échange de fichiers FastTrack dans le monde a augmenté entre septembre 2002 et septembre 2003 d'environ 1,5 million et a atteint plus de 5,5 millions en octobre 2003 avant de retomber à quelque 4,5 millions depuis. Cette diminution a été attribuée à l'augmentation des poursuites judiciaires intentées personnellement contre des utilisateurs du P2P ainsi qu'au succès de nouveaux services commerciaux de téléchargement de musique tels que iTunes d'Apple¹⁹. Or, l'activité en P2P de manière générale n'a peut-être pas diminué ; elle s'est plutôt dissimulée si bien qu'il faut nécessairement recourir à une méthode de mesure plus fiable si l'on veut connaître le volume effectif du trafic en P2P²⁰. En fait, le nombre d'utilisateurs simultanés de P2P, tous réseaux confondus, a grimpé de près de dix millions en avril 2004 ce qui s'explique peut-être par un abandon des réseaux FastTrack au profit de ceux que l'industrie de la musique contrôle plus rarement²¹.

Une autre question qui fait débat concernant les usages non autorisés du P2P est leur impact économique possible sur les ventes (en particulier de CD de musique). La baisse des ventes de CD de ces dernières années²² est attribuée par l'industrie de la musique principalement, mais pas exclusivement, à l'accroissement du nombre des téléchargements à partir des réseaux en P2P²³. Effectivement, le nombre d'internautes allemands qui ont acheté moins de CD pour cause d'échange de fichiers a été le double de celui des internautes qui ont découvert de nouvelles oeuvres musicales grâce à l'échange de fichiers et ont été de ce fait incités à acheter des CD²⁴. Toutefois, selon une étude concernant les États-Unis, l'échange de fichiers n'a eu qu'un effet limité sur les ventes de disques, en fait statistiquement assimilable à zéro, le téléchargement pouvant être responsable d'une

¹⁸ Voir l'étude de l'OCDE (note 6), p. 7 ; l'appendice (p. 13) fait état d'un taux de croissance avoisinant 4,5 % en France et 2 % en Allemagne contre une baisse de 7 % et de 0,4 % aux États-Unis et en Belgique respectivement ; s'agissant de l'évolution de 2003 à 2004, la même enquête montre une augmentation de la part du Canada et de la France dont le pourcentage d'utilisateurs du P2P par rapport à leur nombre dans le monde atteint respectivement 4,5 % et 4,4 %, alors qu'il baisse de 23,53 % aux États-Unis, voir p. 7 de l'étude.

¹⁹ Voir l'étude OCDE (note 6, p. 4) et l'étude de chercheurs de l'Université de Californie à Riverside et de la Cooperated Association for Internet Data Analyses: Karagiannis/Broido/Brownlee/claffy/Faloutsos, "Is P2P Dying or Just Hiding ? ", www.caida.org/outreach/papers/2004/p2p-dying, p. 1 (consultées le 12 janvier 2005).

²⁰ Cet argument est avancé par Karagiannis/Broido/Brownlee/Claffy/Faloutsos (note 19). Il reste toutefois une question à laquelle ne répond pas l'étude, comme il est dit dans Dean, Song-Swap Networks Still Humming www.wired.com/news, 25 octobre 2004 (consultée le 12 janvier 2004) à savoir celle-ci : Comment les chercheurs ont-ils tenu compte de la méthode dite d' « interdiction » utilisée par les éditeurs de musique, qui consiste pour eux à encombrer les files d'attente des réseaux P2P.

²¹ Voir l'étude de l'OCDE (note 6), p. 4.

²² Par exemple, en Allemagne, la baisse du trafic a été de 19 % en 2003, voir www.ifpi.org/site-content/statistic/wolrdsales.html (consulté le 12 janvier 2005). Les ventes mondiales de musique enregistrée ont perdu 7,6 % en valeur en 2003 et ont régressé de 38 milliards de dollars en 1998 à à peine plus de 30 milliards de dollars en 2003 (voir IFPI, www.ifpi.org/site-content/statistic/wolrdsales.html (consulté le 12 janvier 2005) ; NN, Global Attack on Music File Sharing Meets Resistance in Courts, Research, Word E-commerce and IP Report 2004 (issue 4, p. 17).

²³ Voir IFPI www.ifpi.org/site-content/statistic/wolrdsales.html (consulté le 12 janvier 2005) et Gebhart, Legale Musikangebote unterstützen - illegal Angebote bekämpfe, MMR 2004, p. 281, 282, qui signale que plus de 600 millions de téléchargements à partir d'offres illicites sont intervenus en Allemagne en 2003 (voir également NN, Presse, Phonowirtschaft büßte 2003 insgesamt 19,8 % Umsatz ein, www.ifpi.de).

²⁴ Gebhart (note 23), p. 282 faisant référence notamment à l'étude allemande "Brenner-Studie" de la Gesellschaft für Konsumforschung (société de recherche sur la consommation) de février 2003, www.ifpi.de/news/279/index.htm ; selon une étude européenne de Forrester Research datant d'août 2004, 10 % des téléchargeurs ont acheté plus et 36 % moins de musique (voir IFPI, Digital Music Report 2005, www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf, p. 18, 19).

perte des ventes de tout au plus deux millions de CD par an²⁵. Cette étude a été critiquée pour ses méthodes notamment par l'IFPI²⁶. D'autres raisons ont été évoquées pour expliquer la baisse des ventes de CD, comme la qualité et la diversité insuffisantes des productions nouvelles, d'où des contenus moins attrayants, comme le prix trop élevé des CD, etc.²⁷. En conclusion, l'impact des échanges de fichiers sur les ventes de CD demeure controversé. Il faut savoir aussi que le fait qu'il puisse nuire à la vente des copies n'intervient pas dans l'analyse juridique et la justification de la protection.

2. Les enjeux concernant le droit d'auteur

2.1 L'objet des droits

Il va sans dire que toute œuvre d'un auteur qui est protégée en tant que telle par le droit d'auteur constitue un objet protégé, quel que soit son mode (analogique ou numérique) d'exploitation. Il en va de même de toutes les activités protégées par des droits voisins, telles que les interprétations des artistes interprètes ou exécutants, les phonogrammes et films pour lesquels les producteurs sont protégés, etc., et même les bases de données qui sont protégées par un droit *sui generis* dans un certain nombre de pays. Cela étant, la question de savoir quelles utilisations sont couvertes par la protection, est régie par les dispositions relatives aux droits des titulaires respectifs.

2.2 Les droits en cause dans l'échange des fichiers

D'un point de vue juridique, il convient de distinguer trois types d'actes qui, bien que s'inscrivant dans un seul contexte économique, sont néanmoins différents : il y a d'abord le fait d'installer une copie sur un ordinateur ; puis le fait de mettre cette copie à la disposition d'autrui par un système d'échange de fichiers ; et, enfin, le fait pour un utilisateur du système de télécharger cette copie.

En premier lieu, pour qu'un réseau d'échange de fichiers puisse fonctionner, il faut au préalable que les fichiers soient disponibles sur au moins certains des ordinateurs qui en font partie. En d'autres termes, le fichier contenant l'objet protégé doit être transféré sur l'ordinateur, c'est-à-dire sur le disque dur de celui-ci. Il s'agit là incontestablement d'un acte de reproduction qui est principalement couvert par le droit exclusif de reproduction du titulaire du droit d'auteur ou d'un droit voisin conformément au droit international existant et, par voie de conséquence, à la législation nationale appliquant ce droit. En particulier, la définition du droit de reproduction retenue dans l'article 9 (1) de la Convention de Berne (« reproduction ... de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ») est suffisamment large pour couvrir également la reproduction électronique, ce point ayant été clarifié dans la déclaration commune relative à l'article 1 (4) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) selon laquelle le droit de reproduction s'applique pleinement dans l'environnement numérique et, en particulier, le stockage sur un support électronique constitue une forme de reproduction ; on retrouve la même idée dans les déclarations communes relatives aux articles 7 et 11 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) s'agissant de la matière de celui-ci. Même abstraction faite de ces clarifications, il est indubitable aujourd'hui que le stockage numérique sur un disque dur est constitutif de reproduction au sens du droit d'auteur et des droits voisins.

²⁵ Voir l'étude faite par la Harvard Business School/UNC at Chapel Hill en 2004 par Oberholzer/Koleman/Strumpf, "The Effect of File-Sharing on Record Sales" - An Empirical analysis, www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf.

²⁶ NN (note 24), p. 17.

²⁷ Voir par exemple Freiwald, *Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing*, Baden-Baden 2004, p. 37 et suivantes avec d'autres références.

En deuxième lieu, dans bon nombre de systèmes P2P, cette copie est proposée aux autres utilisateurs du réseau d'échange de fichiers aussi longtemps que celui qui la propose est relié à l'Internet. Cet acte constitue ce que l'on appelle une « mise à disposition » couvert par un droit exclusif en vertu de l'article 8 du WCT, dans le cas des auteurs, et des articles 10 et 14 du WPPT, dans le cas des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Ce droit est formulé comme suit (dans l'article 8 du WCT) : « [...] droit exclusif d'autoriser [...] la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individuelle ». Ce droit a été depuis mis en œuvre par 50 et 47 Parties contractantes au WCT et au WPPT, respectivement, et dans d'autres pays²⁸. Dans de nombreux pays qui n'ont pas donné effet à ces dispositions, cet acte de mise à disposition peut néanmoins figurer déjà dans la loi. Il en va ainsi en particulier des pays de système européen continental et de tradition de « droits d'auteur » (par opposition au « copyright » anglosaxon) qui, par principe, accordent souvent un droit d'exploitation très large aux auteurs, en ne citant nommément des utilisations particulières, telles que la reproduction ou la distribution, qu'à titre d'exemple de ce droit²⁹.

Les utilisateurs du P2P pourraient contester le fait que l'offre d'objets sur le réseau soit constitutive de mise à disposition « du public ». Mais la notion de « public » n'exclut en général que les membres de la famille et les amis ou connaissances proches ou autres personnes qui ne sont pas trop éloignées de ces premiers cercles. En vertu des traités de l'OMPI, le terme « public » ne devrait pas être interprété de manière trop restrictive si l'on veut assurer une protection efficace³⁰. Régulièrement, même les transmissions à des utilisateurs d'Intranet d'école ou d'entreprise, par exemple, sont considérées comme s'adressant au « public ». Il est indubitable que les millions d'utilisateurs simultanés des réseaux P2P, qui ne se connaissent même pas entre eux et peuvent d'autant moins arguer de relations personnelles, constituent le « public » au sens du droit de la propriété intellectuelle. En conséquence, même si l'on donne à la notion de « public » le sens le plus étroit que l'on puisse trouver dans les lois en vigueur, les offres de téléchargement faites aux autres utilisateurs sur les réseaux P2P, sont destinées au « public »³¹.

La question se pose aussi de savoir si la condition selon laquelle chacun peut avoir accès à la musique ou autre objet protégé, « au moment qu'il choisit de manière individuelle » est remplie. Le doute est permis à cet égard, dans la mesure où l'utilisateur d'un système d'échange de fichiers ne met pas constamment les œuvres qui se trouvent sur son ordinateur à la disposition des autres participants ; il ne le fait que lorsqu'il est relié au réseau, si bien que les autres utilisateurs ne sont apparemment pas en mesure d'y avoir accès au moment de leur choix. Toutefois, le droit de mettre à disposition ne présuppose aucune offre constante ; il n'impose pas que l'œuvre soit offerte 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Le critère de l'accès « au moment qu'il choisit de manière individuelle » signifie simplement, que, pendant la durée de l'offre, les utilisateurs doivent pouvoir accéder aux œuvres et autres objets au moment qu'ils choisissent de manière individuelle³².

²⁸ On trouvera la liste des Parties contractantes au WCT et au WPPT (au 13 janvier 2005) sur le site www.wipo.int, à la rubrique « Traités et Parties contractantes ».

²⁹ Tel est, par exemple, le cas en Allemagne, où, avant sa mise en œuvre explicite, le vaste droit de « communication au public » a été interprété par la majorité de la doctrine mais également, en partie, par la jurisprudence comme couvrant la mise à disposition. Freiwald (note 30), p. 132 et seq.

³⁰ Voir, par exemple, Reinbothe & von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Londres 2002, article 8 du WCT, note 21, qui cite également le critère de la « protection efficace » en vertu de l'alinéa premier du préambule.

³¹ Voir, par exemple, Reinbothe & von Lewinski (note 30), article 8 du WCT, note 21 à propos de l'Internet.

³² Voir, par exemple, Reinbothe & von Lewinski (note 30), article 8 du WCT, note 20 (en particulier note de bas de page n° 43).

En troisième lieu, le téléchargement par le second utilisateur sur son propre ordinateur constitue une forme de reproduction et est donc couvert par le principe du droit exclusif de reproduction³³.

2.3 Limitations et exceptions

Les limitations et exceptions seront examinées séparément pour chacun des trois actes mentionnés ci-dessus, dans le point 2.2 : la reproduction initiale sur l'ordinateur de l'internaute qui offre le fichier, le fait de mettre le fichier à disposition et le téléchargement de ce fichier par un autre utilisateur du système. Étant donné que le droit international relatif au droit d'auteur et aux droits voisins fixe seulement le périmètre des limitations et exceptions admissibles, et que les lois nationales sont assez variables d'un pays à l'autre sur ce plan, l'analyse ne peut être qu'assez abstraite, même si elle est assortie d'un certain nombre d'exemples. En principe, le droit de reproduction peut faire l'objet de limitations dans un certain nombre de cas, par exemple à des fins de recherche, pour un usage administratif, pour rendre compte de l'actualité, etc. La limitation qui risque le plus de s'appliquer, ou qui du moins exige une analyse dans le contexte du P2P, est celle associée à l'utilisation privée qui existe dans bon nombre de lois nationales. Lorsqu'un utilisateur fait une copie sur son disque dur en vue de la proposer par la suite sur un réseau d'échange de fichiers, cette reproduction n'est certainement pas (ou du moins pas seulement) effectuée à des fins privées. Toutefois, lorsque la reproduction dans la mémoire de l'ordinateur a été effectuée au départ à des fins privées et n'a que par la suite été mise à la disposition d'autres utilisateurs, la question se pose de savoir si la reproduction initiale continue d'être qualifiée de reproduction privée et que seule sa mise à disposition nécessiterait une autorisation, ou bien si la reproduction change de nature et perd son privilège au moment où elle est utilisée (ou du moins utilisée également) à des fins autres que privées. Ce point peut donner lieu à controverse si l'on rentre dans le détail des différentes lois nationales³⁴. D'autres fins privilégiées sont moins évidentes ; à titre d'exemple, l'utilisateur régulier d'un système d'échange de fichiers de musique, de vidéo ne fait probablement pas des copies de contenus - généralement divertissants - à des fins de recherche personnelle. Même si tel était le cas, il se pose là aussi le problème de l'utilisation ultérieure, après la recherche personnelle, comme dans le cas de l'utilisation privée.

En deuxième lieu, le droit de mise à disposition peut faire l'objet de limitations et d'exceptions, lorsqu'il s'agit par exemple de fins éducatives ou autres fins analogues. Cela étant, concrètement, les utilisateurs des systèmes d'échange de fichiers les plus courants pour l'instant veulent en principe écouter de la musique ou regarder des films pour leurs loisirs et non pour l'enseignement (scolaire ou autre) ou la recherche. Ces limitations ne s'appliqueront donc normalement pas aux réseaux P2P tels qu'ils existent actuellement.

La question des limitations et exceptions pourrait s'avérer plus difficile à traiter s'agissant du troisième acte susmentionné, à savoir le téléchargement par un utilisateur à partir d'un autre ordinateur faisant partie du réseau d'échange des fichiers. Ces actes de reproduction sont généralement effectués à des fins privées et pourraient donc être couverts par une limitation au droit d'auteur³⁵. Toutefois, si l'utilisateur envisage dans le même temps de mettre la copie téléchargée à la

³³ Sur les questions relatives à la reproduction électronique, voir plus haut, les considérations relatives à la copie effectuée par le premier utilisateur.

³⁴ S'agissant de l'Allemagne, ce problème est examiné en particulier dans Freiwald (note 30), p. 135 à 141.

³⁵ Voir, par exemple, l'étude allemande intitulée "Brennerstudie 2002" selon laquelle, en février 2003, 94,7 % des utilisateurs téléchargeaient de la musique pour leur usage personnel, 56,5 % également pour des amis, des proches et des collègues, 58,2 % pour d'autres membres de la famille et 10,5 % seulement pour d'autres personnes (www.ifpi.de/nems/279/brennerstudie.pdf, feuillet 22) ; rapport hongrois aux journées d'étude de l'ALAI 2004 sur la responsabilité des intermédiaires Internet, point 3.5 ; affaire canadienne BMG Canada Inc. c.x, Tribunal fédéral [2004] F.C. 488, estimant que les requérants n'avaient pas de prime abord établi la réalité

disposition des autres utilisateurs du réseau d'échange des fichiers, voire y est obligé par le système³⁶, il ne peut pas invoquer la limitation au droit d'auteur pour usage privé, puisque l'un des buts du téléchargement serait de mettre la copie à la disposition du public. Cela étant, même si le réseau n'exige pas que la copie obtenue par les utilisateurs soit immédiatement mise à disposition, ou que l'utilisateur ne procède pas volontairement à cette mise à disposition, une autre question se pose, qui est actuellement examinée dans le cadre des législations nationales à propos de la reproduction privée, à savoir si la copie à partir de laquelle le téléchargement a été effectué doit ou non elle-même être une copie légale pour que la limitation des droits en cas d'utilisation à des fins privées s'applique³⁷. Cette question a suscité des controverses, en Allemagne par exemple, jusqu'à ce qu'une modification de la loi vienne clarifier quelque peu ce point. Cette clarification demeure toutefois insuffisante, d'où la toute dernière proposition tendant à modifier la loi allemande sur le droit d'auteur, pour préciser que la restriction des droits en cas d'utilisation à des fins privées ne s'applique pas lorsque la copie privée a été faite à partir d'une copie elle-même manifestement faite illégalement ou mise à disposition illégalement³⁸. Aux termes de ce projet, les utilisateurs de réseaux P2P qui agissent sans le consentement des titulaires du droit seraient clairement en infraction par rapport au droit de reproduction lorsqu'ils téléchargent un fichier du réseau. En résumé, le téléchargement d'une copie en amont et sa mise à disposition dans les réseaux P2P ne seraient pas couverts par une limitation ou une exception au droit de reproduction en vertu des lois nationales, alors que le téléchargement en aval pourrait l'être lorsque la loi nationale permet d'appliquer une dérogation pour usage privé/personnel à de tels téléchargements.

2.4 Responsabilités autres que celles du contrevenant principal

Lorsque les actes de reproduction et de mise à disposition n'ont pas été autorisés par les titulaires du droit considéré, et qu'aucune limitation ni exception ne s'applique, l'utilisateur qui fait la copie puis la met à la disposition des participants au réseau et l'utilisateur qui télécharge le fichier sont les contrevenants principaux et sont passibles des sanctions générales prévues dans le droit national. Étant donné les problèmes que pose la poursuite individuelle des utilisateurs de réseaux d'échange de fichiers³⁹, la question de la responsabilité d'autres parties intervenant dans ce contexte devient pertinente. Les fournisseurs du logiciel utilisé par le système d'échange de fichiers, en particulier, pourraient être tenus responsables d'infractions secondaires au droit d'auteur et aux droits voisins. Les règles de la responsabilité relèvent du droit national et il n'est donc guère possible, là encore, de les traiter dans le détail dans la présente étude succincte. Il est néanmoins possible de donner quelques exemples.

Dans le droit des États-Unis, la responsabilité secondaire n'existe que dans la jurisprudence, alors que les conditions d'immunité des fournisseurs de services ont été inscrites dans la loi sur le droit d'auteur, par la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998. Selon une jurisprudence bien établie, la responsabilité secondaire peut être une responsabilité partagée ou une responsabilité du fait d'autrui. Jusqu'ici, les tribunaux des États-Unis ont considéré qu'il y avait complicité lorsque

d'une infraction, dans la mesure où la dérogation pour usage personnel (Art. 80 (1)(a) CA) pouvait disculper les auteurs du téléchargement ; voir également l'affaire analogue TONO et al. c. Bruvik (Cour d'appel norvégienne, citée dans le rapport norvégien aux journées d'étude de l'ALAI 2004 sur la responsabilité des intermédiaires Internet), paragraphes 2.4 et 3.6.

³⁶ Voir plus haut, section 1.1 dans le texte qui suit la note 5.

³⁷ Une autre question encore est celle de savoir si la « possession » du fichier ou, plutôt, la possibilité de télécharger ce fichier a été obtenue illégalement, par exemple en cas de reproduction d'une copie volée. Étant donné que le « possesseur » du fichier, l'autre utilisateur au sein du réseau accepte en premier lieu le téléchargement par d'autres utilisateurs, la question ne se poserait pas dans le cas de l'échange de fichiers ; voir, pour le droit allemand Freiwald (note 30), p. 147 et 148.

³⁸ Projet de loi (Referentenentwurf) du 27 septembre 2004, paragraphe 53 (1) ; p. 52 et seq.

³⁹ Pour plus de détails, voir le point 3 ci-dessous.

le défendeur avait connaissance de l'infraction et d'une manière ou d'une autre la facilitait⁴⁰. La responsabilité du fait d'autrui en matière de droit d'auteur est communément admise lorsque le défendeur avait le droit et les moyens de superviser l'activité constitutive de l'infraction principale et détenait un intérêt financier dans cette activité. Là encore, le P2P soulève de nouvelles questions ; à titre d'exemple, s'agissant de la responsabilité partagée, est-ce que la connaissance doit porter sur des infractions précises et exister avant qu'elles soient commises et est-ce que le fournisseur de services peut délibérément éviter d'en avoir connaissance ? Quant à la responsabilité du fait d'autrui, les questions qu'elle soulève ont trait au degré de supervision que le fournisseur de services exerce et à la source directe de l'avantage financier⁴¹. Les dispositions qui confèrent aux fournisseurs de services une immunité de responsabilité en matière de droit d'auteur⁴² sont trop détaillées pour être analysées, ou même simplement décrites ici. Leur application à des affaires impliquant des réseaux P2P a abouti jusqu'ici à la défaite des réseaux de première génération Napster et Aimster et à la victoire d'un réseau de troisième génération, Grokster⁴³. L'une des principales différences quant aux faits entre Napster/Aimster et Grokster qui a des incidences sur le plan juridique est que Napster et Aimster faisaient appel à un serveur central fournissant aux utilisateurs les informations pertinentes concernant le contenu disponible et étaient donc en mesure de contrôler le système, alors que, dans le système Grokster, il n'y a aucun serveur central permettant un tel contrôle⁴⁴.

La directive des communautés européennes sur le commerce électronique contient des dispositions qui confèrent aux fournisseurs de services une immunité de type horizontal, allant au-delà des lois sur le droit d'auteur et autres formes de propriété intellectuelle⁴⁵. Ces dispositions sont certes moins détaillées que celles du DMCA mais l'on ne peut dans la présente étude qu'indiquer de manière générale que les dispositions relatives à la « simple transmission » (« mere conduit ») et à la forme de stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information dénommé « mise en mémoire cache » ou « mise en mémoire tampon » (« caching ») sont très proches des dispositions 512(a) et (b) du DMCA et que celle relative à l'hébergement est quelque peu plus restrictive que la disposition 512(c) de la même loi des États-Unis. En Europe, dans le premier procès intenté à KaZaA, la Cour suprême néerlandaise a statué en faveur de KaZaA, qui est un réseau de troisième génération⁴⁶. Mais cette décision en elle-même est mineure, en ce sens que les titulaires des droits réclamaient simplement que KaZaA adapte son logiciel de manière à éviter toute violation de ces droits par les utilisateurs du réseau. En première instance, cette requête a été

⁴⁰ Parness, "Overview of the Problem of Infringement: The Transition from Traditional Piracy to the Liability of Internet Intermediaries, *and beyond*", intervention à la Conférence de l'ALAI, Mexico, 8 juin 2004, à paraître dans les actes de ladite Conférence ; voir également www.hiplaw.com, p. 4 et 5.

⁴¹ Parness (note 40).

⁴² 17 USC, par. 512(a) et seq. ; l'immunité conférée par la Communications Decency Act de 1996 aux intermédiaires Internet, s'agissant de leur responsabilité à raison d'infractions civiles associées aux différentes formes d'expression, ne s'applique pas à la propriété intellectuelle (47 USC, par. 230(e)(2)) mais son champ d'application a été nettement élargi par ailleurs. Elle s'applique dans les tribunaux des États (par opposition aux tribunaux fédéraux qui traitent de la propriété intellectuelle) et a déjà servi à dégager le service de vente aux enchères en ligne eBay de toute responsabilité concernant la vente d'enregistrements musicaux non autorisés, la plainte ayant été déposée devant un tribunal d'État et le motif invoqué étant la contrefaçon (voir Parness (note 40), p. 10 et 11).

⁴³ Voir les affaires concernant Napster, *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000) et 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) (l'affaire n'est pas allée au-delà du stade du référé) ; et *Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634 (N.D. III. 2002), jugement confirmé par la Cour d'appel, 334 F. 3d 643 (7th Cir. 2003) ; et l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. c. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), jugement confirmé par la Cour d'appel, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004).

⁴⁴ Pour une analyse détaillée de ces affaires, voir en particulier Parness (note 40), p. 19 à 25.

⁴⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO CE L 178/1 du 17 juillet 2000 ; voir en particulier la section 4.

⁴⁶ Voir arrêt de la Cour suprême (Hoge Raad) du 19 décembre 2003, n° C02/186HR ; LJN : AN7253, voir <http://www.rechtspraak.nl>.

rejetée, au motif que l'adaptation logicielle demandée était pratiquement impossible. Les détenteurs de droits ont ensuite fait valoir devant la Cour suprême que leur requête aurait dû être interprétée comme visant à interdire la distribution du programme KaZaA si son adaptation se révélait impossible. Or, la Cour suprême a simplement estimé que le tribunal de première instance n'avait pas le droit d'interpréter aussi largement la requête initiale mais elle ne s'est pas prononcée sur la violation du droit d'auteur, ni sur la responsabilité correspondante⁴⁷.

2.5 Juridiction compétente et droit applicable

Étant donné que les réseaux P2P autorisent une disponibilité planétaire instantanée des contenus, la question des juridictions compétentes et du droit applicable se pose, surtout lorsque des réseaux établissent leur siège dans des pays autres que ceux où réside la majorité des titulaires de droits. La société Sharman Networks, en particulier, a fait valoir devant les tribunaux qu'elle ne devait pas être soumise au droit fédéral américain⁴⁸. Or, les tribunaux fédéraux américains ont jusqu'ici décidé de se déclarer compétents sur la base du « contact minimal » requis, l'argument étant que le logiciel KaZaA a été utilisé par des internautes californiens⁴⁹. Référence a également été faite à la titularité du droit d'auteur des sociétés américaines dont le siège social est en Californie. L'analyse de toutes les questions de juridiction internationale et de droit applicable excéderait largement la portée de la présente étude, où l'on ne peut que signaler l'importance du sujet⁵⁰.

3. Problèmes pratiques et stratégies d'application

L'industrie du disque, dont les droits avaient été violés par l'utilisation de réseaux d'échange de fichiers a commencé par les faire respecter de la manière classique, en poursuivant en justice le premier réseau non autorisé d'échange de fichiers, Napster. Bien qu'elle ait obtenu gain de cause dans ce cas, des sites miroirs et d'autres réseaux se sont immédiatement créés. Il s'est établi en outre des systèmes décentralisés contre lesquels la justice ne lui a pas donné raison jusqu'à présent⁵¹, bien qu'en fait elle ait obtenu en 2004 le retrait de 60.900 sites Web en infraction, de 447 serveurs P2P non autorisés et de 1,6 milliard de fichiers musicaux illégaux dans 102 pays⁵². Néanmoins, afin de faire mieux valoir ses droits, la profession n'a pas eu d'autre choix que de recourir à la solution, politiquement délicate, des poursuites judiciaires individuelles contre des utilisateurs de réseaux d'échange de fichiers. Dans ce contexte, un problème était de trouver l'identité des utilisateurs, indispensable pour pouvoir porter plainte. Lorsque les fournisseurs de services Internet n'acceptent pas de livrer cette information, les industries musicales sont forcées de porter plainte contre le fournisseur de services pour l'obliger à communiquer l'identité des utilisateurs. Une action en justice de ce type a été gagnée par la Recording Industry Association of America en première instance (district court)⁵³ mais la Cour d'appel a annulé la décision⁵⁴. La Cour suprême s'est refusée à

⁴⁷ Voir également le commentaire de Hugenholtz, *Over KaZaA is nog niets beslist*, NRC Handelsblad, 22 décembre 2003, et www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/nrc-kazaa.html.

⁴⁸ Le siège de Grokster se trouve à Nevis (Caraïbes), celui de iMesh en Israël, celui de KaZaA à Amsterdam et celui de sa société mère, Sharman Networks, en Australie et sur l'île de Vanuatu dans le Pacifique.

⁴⁹ Voir *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. c. Grokster Ltd et al.*, 243 F. Supp. 2d 1073, 1087.

⁵⁰ Voir, sur le droit applicable en particulier, Lucas « Loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique ». Étude commandée par l'UNESCO pour la 13e session du Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur, telle que révisée en 1971).

⁵¹ Voir plus haut 1.1 et 2.4 (note 42).

⁵² Voir le Digital Music Report (note 24), p. 21.

⁵³ *RIAA c. Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C., 2003) ; la base juridique de l'action en justice était le titre 17 de l'US Code, par. 512(h).

⁵⁴ US Court of Appeal, District of Columbia, 19 décembre 2003, n° 03-7015, *RIAA, Inc. c. Verizon, Inc.*

connaître du différend concernant la possibilité de contraindre les fournisseurs d'accès Internet à identifier les utilisateurs de réseaux illégaux d'échange de fichiers⁵⁵.

En Europe, la situation juridique diffère selon les pays : l'article 15(2) de la Directive sur le commerce électronique⁵⁶ laisse aux États membres le soin de décider d'instaurer ou non, pour les prestataires de services, l'obligation de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord. Certains pays (l'Espagne, l'Irlande et le Luxembourg) n'ont pas fait usage de cette possibilité, d'autres tels que par exemple, l'Autriche, la Belgique, l'Italie et le Portugal y ont eu recours et l'Allemagne s'est limitée à instaurer cette obligation en cas de poursuites pénales⁵⁷. Dans ce pays, la profession a porté plainte contre X au pénal pour permettre au Procureur général d'obtenir les informations voulues auprès des fournisseurs d'accès. A la suite de quoi les demandeurs ont également porté plainte au civil contre les utilisateurs identifiés⁵⁸.

Une fois que les données concernant l'identité des utilisateurs ont été communiquées soit volontairement soit à l'issue d'une procédure judiciaire, la profession s'est efforcée en général de régler rapidement le litige afin de rentrer au moins dans ses frais et de tenter de produire un effet dissuasif (d'ailleurs controversé) sur les utilisateurs. Par exemple, en 2003, la RIAA a intenté environ 5.500 actions en justice et conclu des transactions dans 504 cas, représentant généralement quelques milliers de dollars chacun⁵⁹.

Parallèlement à la procédure judiciaire, d'autres stratégies ont été retenues par les industries concernées⁶⁰. En Allemagne, par exemple, des courriers électroniques ont été adressés à un très grand nombre d'entreprises et d'universités afin de bien faire comprendre que la participation de membres de leur personnel ou d'étudiants à des échanges de fichiers sur des réseaux illégaux constituait une infraction à la législation sur le droit d'auteur et qu'elle risquait en outre d'introduire dans les systèmes informatiques des virus ou des logiciels d'espionnage, sans parler du coût d'utilisation des ressources⁶¹. La RIAA a annoncé aux entreprises et aux universités qu'elle porterait plainte contre elles en tant que responsables secondaires des infractions au droit d'auteur si leurs salariés ou leurs étudiants utilisaient les réseaux internes à haut débit pour télécharger de la musique protégée⁶². En Allemagne également, l'industrie musicale a envoyé (jusqu'en mai 2004) plus de 30.000 messages « instantanés » aux fournisseurs de services d'échange de fichiers pour leur faire comprendre qu'ils avaient été découverts et ne pouvaient se réfugier dans l'anonymat⁶³. D'autres mesures avaient un caractère technique comme l'insertion dans les réseaux d'échange de pseudo-fichiers comme leurres destinés à en perturber le fonctionnement ; entre-temps, d'ailleurs, certains

⁵⁵ <http://news.findlaw.com>, 12 octobre 2004.

⁵⁶ Voir la Directive (note 45).

⁵⁷ Voir Guibault, « Vous qui téléchargez des œuvres de l'Internet, pourriez-vous savoir qui vous êtes ? », Revue du droit des technologies de l'information n° 18/2004, p. 9 et suivantes, 24 et suivantes, avec d'autres références. La High Court of London a ordonné aux fournisseurs d'accès Internet d'identifier les personnes qui téléchargent de la musique, voir Wardell, British Court Orders ID's of Downloaders, <http://news.findlaw.com>, du 15 octobre 2004.

⁵⁸ Gebhart (note 23), p. 282.

⁵⁹ Wardell, Music Industry Group Launches Piracy Suits, <http://news.findlaw.com>, 7 octobre 2004 ; voir aussi pour d'autres pays le Digital Music Report (note 24), p. 21.

⁶⁰ Pour un aperçu des campagnes en faveur de services musicaux légaux, etc., voir le Digital Music Report (note 24), p. 20.

⁶¹ Gebhart (note 23), p. 282.

⁶² Gump, die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“, im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht, GRUR Int. 2003, p. 991, 1001.

⁶³ Gebhart (note 23), p. 282.

réseaux ont réussi à s'immuniser contre ces fichiers⁶⁴. De même, des fichiers factices, censés contenir un film mais n'ayant en fait aucun intérêt, ont été insérés dans des systèmes d'échange de fichiers vidéo ; du côté des échanges de fichiers audio, on a inséré dans les systèmes des fichiers qui se contentent de répéter une petite partie de la musique prétendument enregistrée. Des attaques de virus et l'insertion de logiciels espions ont aussi été signalées⁶⁵. Parallèlement, on s'est aussi employé à améliorer les services à la demande conformes à la légalité, tels qu'iTunes d'Apple ou la « PhonoLine » allemande⁶⁶.

4. Perspectives et modèles législatifs proposés en ce qui concerne les réseaux Peer-to-Peer

Étant donné que le fait de se procurer, par l'intermédiaire de réseaux P2P d'échange de fichiers, des œuvres ou d'autres objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits constitue une infraction au droit d'auteur et aux droits voisins, et que les mesures destinées à faire respecter ces droits et diverses stratégies visant à réduire les utilisations illégales n'ont pas jusqu'ici été suffisamment efficaces, différents modèles sont en train d'être expérimentés ou étudiés, sur les plans tant pratique que législatif, en vue de surmonter ces problèmes.

4.1 Modèles économiques

Dans une perspective pratique, tout d'abord, de nouveaux modèles économiques voient continuellement le jour. Les services légaux en ligne se sont développés dans le monde entier⁶⁷. Ce n'est toutefois que par approximations successives que la profession pourra trouver la meilleure solution. L'essentiel est que la distribution en ligne légale et autorisée soit suffisamment attractive pour inciter les clients à passer des réseaux P2P illégaux aux achats autorisés de musique et autres fichiers. De fait, « on ne sait pas encore à quoi ressemblera un modèle économique efficace pour la vente de musique en ligne »⁶⁸ - et, en particulier, s'il s'agira d'un service avec paiement à l'acte (pay per use) ou par abonnement⁶⁹. C'est Apple qui, de tous les distributeurs de musique légale en ligne, semble avoir trouvé la meilleure solution, du moins aux États-Unis où cette société a conquis 70 % du marché légal⁷⁰. Les avantages de sa boutique « iTunes » sont : une meilleure qualité que les réseaux illégaux de partage de fichiers, l'absence de virus et d'espioniciels, la possibilité illimitée d'écouter la musique téléchargée, la possibilité de la graver sur CD et sur baladeur MP3, ainsi que de la transférer sur un maximum de cinq ordinateurs du réseau de l'utilisateur, la possibilité de télécharger des chansons séparées (par opposition aux collections contenues sur les CD), et le prix peu élevé à payer pour chaque chanson (0,99 euro en Europe)⁷¹. Du côté des critiques, on a objecté que le catalogue offert était encore limité (en particulier par la nécessité d'obtenir les autorisations

⁶⁴ Cela est vrai, par exemple, pour BitTorrent, voir Svensson, Popular File-Sharing Site Shut Down, <http://use.findlaw.com>, 20 décembre 2004.

⁶⁵ Voir, par exemple, Freiwald (note 31), p. 33.

⁶⁶ Voir 4.1 pour plus de détails. Le premier service commercial et légal à la demande a été établi dès 1997 par l'Association fédérale allemande du commerce phonographique en coopération avec les Télécommunications allemandes ; le projet était baptisé « Musique à la demande ». Toutefois, quand Napster a entrepris ses activités illégales en 1999, ce service légal payant n'avait aucune chance de survie. Aujourd'hui il existe une quinzaine de services légaux à la demande en Allemagne, mais leur impact économique est jusqu'ici faible, voir Gebhart (note 23), p. 281.

⁶⁷ Voir le Digital Music Report (note 24), p. 4 à 7, qui mentionne notamment, en dehors de l'Europe et des États-Unis d'Amérique, la région Asie-Pacifique, mais aussi l'Afrique du Sud et l'Amérique latine et le Brésil où les premiers services légaux ont démarré en 2004 ; voir aussi aux pages 18 et 19, des informations sur les principaux services légaux.

⁶⁸ « NN, Music's Brighter Future », The Economist, 30 octobre 2004, p. 91, 93.

⁶⁹ Voir le Digital Music Report (note 24), p. 7.

⁷⁰ Interview de Steve Jobs, Süddeutsche Zeitung, 17 juin 2004.

⁷¹ Schrader, Hits aus Bits, Süddeutsche Zeitung, 18 juin 2004, p. 13.

des ayants-droit qui peuvent prendre un certain temps)⁷² et que l'enregistreur iPod fonctionne exclusivement avec iTunes et non avec les autres boutiques de musique en ligne.

Il n'est pas évident à ce stade que des services par abonnement mensuel, comme Rhapsody de Real Networks, qui offrent un accès illimité à des programmes musicaux en flux continu (« streaming »), comportant des recommandations sur les nouveaux artistes, auront finalement plus de succès⁷³. Les expériences doivent aussi se poursuivre sur les technologies de gestion numérique des droits et les mesures de protection technique acceptables par les consommateurs. L'industrie phonographique s'attend à de nouvelles avancées lorsque l'iPod ou les appareils similaires ne feront plus qu'un avec le téléphone mobile. Le succès du marché des sonneries pour téléphones mobiles, le fait que les usagers peuvent désormais régler le volume sonore de leur téléphone au même niveau qu'une radio, identifier un morceau musical et acheter ultérieurement l'enregistrement, alimentent ces espoirs⁷⁴.

Une des dernières nouveautés, qui est sur le point de voir le jour, est le service baptisé Snocap. L'idée vient de Sean Fanning, le fondateur de Napster, premier réseau d'échange de fichiers, et repose sur la technologie de l'échange de fichiers et la coopération avec les titulaires des droits. En fait, d'autres tentatives de coopération pour la distribution légale en ligne entre les systèmes existants d'échange de fichiers et l'industrie musicale avaient déjà eu lieu. Par exemple, en 2004, le réseau eDonkey avait pris contact avec les quatre majors pour explorer les possibilités de vendre légalement de la musique sur ce réseau et, en même temps, d'obtenir des titulaires des droits qu'ils offrent gratuitement leurs enregistrements en échange d'une promotion⁷⁵. On a officiellement annoncé au début de décembre 2004 que Snocap débiterait ses activités en 2005. Snocap a été présenté avec les caractéristiques suivantes⁷⁶ : il combinerait les avantages des boutiques de musique en ligne autorisée (qui sont légales mais ont un contenu et un nombre d'utilisateurs limités) avec ceux des services non autorisés (qui ont des contenus volumineux et beaucoup d'utilisateurs mais sont illégaux). Dans le système Snocap, les détenteurs des droits accordent une licence pour la distribution en ligne sur de multiples « points de vente » et sont à même de définir les conditions d'utilisation, y compris les prix de chaque titre, grâce à un système de gestion numérique des droits. Basé sur la plate-forme Mashboxx d'échange de fichiers, Snocap promet de donner aux titulaires des droits la possibilité d'« identifier chaque chanson par ses propriétés acoustiques (son "empreinte digitale") et de lui associer une série de règles de licence déterminées à l'avance par l'artiste ou le label »⁷⁷. Par exemple, le titulaire des droits pourrait autoriser l'utilisateur à écouter le morceau musical gratuitement une seule fois ou pendant un certain nombre de jours avant de l'acheter. Une fois que les titulaires des droits ont enregistré leur musique dans la base de données de Snocap et obtenu des informations sur la gestion des droits, ils peuvent utiliser l'interface de gestion du droit d'auteur de Snocap pour gérer la distribution en ligne sur de multiples sites de vente et réseaux. À ce jour, Universal Music a conclu un accord avec Snocap concernant son catalogue de chansons (150.000 titres)⁷⁸. Snocap annonce que les réseaux d'échange de fichiers et les revendeurs en ligne connectés à Snocap n'ont pas besoin de négocier individuellement les licences avec les détenteurs des droits, mais peuvent accéder au catalogue dès que ceux-ci se sont enregistrés dans la base de données Snocap, à charge pour eux de faire des paiements en bloc auxdits détenteurs. Un logiciel de

⁷² Interview de Steve Jobs, Süddeutsche Zeitung, 17 juin 2004.

⁷³ NN (note 64), p. 93.

⁷⁴ NN (note 64), p. 93 ; le Digital Music Report (note 24), p. 8-9 et 12, où l'Asie (Japon, Corée du Sud) est mentionnée comme leader.

⁷⁵ NN (note 64), p. 93. En effet, la société de management musical IE Music, basée à Londres, a assuré une bonne promotion au musicien Sweet Chap en diffusant ses chansons sur KaZaA, voir p. 91.

⁷⁶ Voir www.snocap.com.

⁷⁷ Grundner, Sean Fannings Snocap P2P Music services secures Universal 150 k catalogue, 16 novembre 2004, www.ehomeupgrade.com/entry/327/sean_fanning_snocap (consulté le 7 janvier 2005).

⁷⁸ Grundner (note 72).

filtrage est censé reconnaître les fichiers illégaux dans les réseaux P2P et permettre aux titulaires des droits de les inclure dans leur catalogue de vente. Les informations disponibles n'indiquent pas clairement si ce système éliminera en fin de compte la totalité des contenus non autorisés des réseaux concernés et, dans ce cas, si les réseaux P2P illégaux existants souffriront de cette « concurrence » ou décideront même de participer au système en se légalisant. On présume que Snocap serait surtout utilisé par les petits réseaux P2P comme Mashboxx ou l'israélien iMesh qui s'est engagé à ne plus offrir de contenus non autorisés⁷⁹. Le président de eDonkey a exprimé sa réticence à l'égard de Snocap, parce que, entre autres raisons, la décision de filtrer les contenus pourrait conduire l'industrie phonographique à soutenir que les services proposant le partage de fichiers étaient en mesure de contrôler la transmission illégale de musique dans les réseaux d'échanges⁸⁰. L'avenir devra montrer si l'entreprise Snocap est un modèle viable qui sauvegarde les droits des titulaires de droit d'auteur sur le marché de la distribution en ligne et satisfait les intérêts des utilisateurs comme des revendeurs.

4.2 Modèles législatifs proposés

Comme les internautes se sont habitués à pouvoir accéder librement aux contenus disponibles sur le réseau P2P et continuent d'enfreindre le droit d'auteur et les droits voisins tout en bénéficiant des difficultés matérielles et juridiques d'application de la loi⁸¹ et étant donné que les services légaux mis en ligne depuis 1997⁸² n'ont pas encore réussi à se substituer aux réseaux illicites, un certain nombre de propositions ont été émises par des chercheurs et divers acteurs du secteur visant notamment à légaliser l'échange de fichiers P2P en associant différentes formes de licences légales à un principe de droit à rémunération inscrit dans la loi, voire à supprimer le droit d'auteur dans l'environnement numérique. L'on est droit de se demander si le blocage⁸³, dû aux violations incessantes et parallèlement, la difficulté d'appliquer la loi et par conséquent de proposer des services concurrentiels légaux, constituent une justification suffisante pour de telles propositions.

Cela étant, si l'on veut protéger les œuvres et autres objets couverts par les droits voisins tout en permettant l'échange de fichiers à grande échelle, on peut imaginer de recourir aux approches législatives de base suivantes (indépendamment de leur comptabilité avec le droit international) : une licence légale assortie ou non d'un droit à rémunération, une gestion collective facultative des droits exclusifs concernés, une gestion collective obligatoire des mêmes droits, l'application du modèle scandinave d'octroi de licences collectives étendues, voire une combinaison de plusieurs de ces systèmes. Les propositions émises jusqu'à présent diffèrent dans le détail et ne peuvent être présentées de manière exhaustive ici. Nous nous contenterons ci-après de quelques brèves remarques sur certaines d'entre elles.

Premièrement, ceux qui pensent que les usages du P2P doivent être exempts des droits exclusifs et des droits à rémunération des titulaires du droit d'auteur⁸⁴ soutiennent entre autre chose que la protection assurée par le droit d'auteur ne doit pas s'étendre aux cas de libre utilisation à titre personnel et ne doit pas couvrir les utilisations non commerciales. Hormis le fait que cela contreviendrait au droit international en vigueur et au droit national de la plupart des pays⁸⁵,

⁷⁹ Voir www.heise.de/newsticker/meldung/print/53256 qui se réfère à www.heise.de/newsticker/meldung/49281 (15 novembre 2004) (consulté le 13 janvier 2005).

⁸⁰ Grundner (note 72).

⁸¹ Voir le point 3 ci-dessus.

⁸² Gebhart (note 23), p. 281.

⁸³ Voir Netanel, "Impose a Non-Commercial Use Levy to All Free Peer-to-Peer File-Sharing", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, décembre 2003, p. 20.

⁸⁴ En particulier Raymond Ku, Jessica Litman, Glynn Lunnay et Marc Nadel ; voir leurs points de vue et arguments tels que les décrit et résume Netanel (note 78), p. 74-77.

⁸⁵ Voir ci-dessus, 2.2.

L'argument n'est pas convaincant puisque la copie de fichiers et leur mise à la disposition du public (c'est-à-dire les autres participants du réseau) n'est sûrement pas un acte privé ou personnel mais un acte adressé au public ; dès lors, cet acte est comparable à la distribution de copies papier au public, acte couvert par un droit exclusif, même si les copies sont distribuées gratuitement. On pourrait même faire valoir que l'usage du P2P est un usage commercial (en fonction de la définition de l'expression) puisqu'il évite aux utilisateurs d'avoir à payer pour le contenu. Cela mis à part, la nature commerciale ou non commerciale de l'usage ne joue pas sur le principe. La protection assurée par le droit d'auteur est justifiée chaque fois qu'un type d'usage important intervient. L'argument selon lequel le droit d'auteur fonctionne *de facto* principalement pour protéger les distributeurs et non les créateurs renvoie à un problème qui doit être résolu par le renforcement de la position des créateurs et non en les dépouillant de leurs droits. Les propositions qui visent à ce que l'incitation économique faite aux auteurs prenne la forme de pourboires du public ou autre paiement du même genre, feraient de l'auteur un mendiant et ne pourraient jamais remplacer complètement la protection reconnue dans le cas d'utilisations massives telles que celles représentées par le P2P, lequel P2P constitue un mode essentiel d'utilisation des œuvres et touche par conséquent à l'essence même de la protection assurée par le droit d'auteur.

Deuxièmement, ceux qui proposent d'associer à une licence légale une rémunération au titulaire des droits n'ont pas tous la même approche. Une de ces propositions prévoit une rémunération (appelée « taxe ») qui serait perçue sur le matériel numérique et les services d'accès à l'Internet pour l'utilisation des œuvres dans le cadre de services commerciaux et non commerciaux. Les titulaires de droits devraient enregistrer leurs œuvres auprès du Copyright Office (des États-Unis) qui redistribuerait ensuite les redevances aux titulaires des droits en fonction de données sur la fréquence des utilisations. Le but final de la proposition est de remplacer les droits exclusifs par un « système de rémunération administré par l'État »⁸⁶. Une autre proposition limite l'imposition de la licence légale et de la taxe aux utilisations non commerciales du P2P, mais l'étend à la création d'œuvres dérivées (par exemple les œuvres remixées) à des fins non commerciales. Cette proposition diffère aussi de la première par son caractère obligatoire et le fait qu'elle ne permet pas de s'en affranchir en enregistrant pas les œuvres. La taxe serait appliquée aux fournisseurs commerciaux de produits et services au consommateur dont la valeur est « substantiellement augmentée » par l'échange de fichiers P2P⁸⁷. Une autre proposition encore a elle aussi un caractère facultatif en ce sens que les titulaires des droits pourraient s'affranchir de l'obligation de prendre une licence légale (et des conditions qu'elle prescrit) en codant les fichiers en conséquence. Par ailleurs, la taxe ou la redevance pour la licence serait versée directement aux créateurs et pas nécessairement aux titulaires du droit d'auteur⁸⁸. Ces propositions qui sont originaires des États-Unis reprennent dans une certaine mesure, avec des variations, les systèmes de droits légaux à rémunération, administrés par les sociétés de gestion collective des droits d'auteur qui sont de longue date chargées dans la plupart des pays européens de recouvrer les droits concernant par exemple la reprographie, la copie privée sur bandes vierges, etc., et autres utilisations similaires.

L'association de licences légales et de droits à rémunération ou de taxes peut paraître une bonne idée parce qu'elle évite d'avoir à faire appliquer des droits exclusifs (ce que l'on n'a pas très bien réussi à faire jusqu'à présent) tout en prévoyant le versement d'une rémunération aux titulaires des droits, en particulier aux créateurs et aux artistes interprètes ou exécutants. Ceux-ci pourraient même - tout au moins dans les pays où ces droits à rémunération sont gérés par des sociétés de perception du genre de celles qui existent sur le continent européen - tirer un meilleur profit de ces

⁸⁶ W. Fisher III, "An Alternative Compensation System", <http://olin.stanford.edu/FISHER%20SPRING%202004.pdf> (consulté le 13 janvier 2005), en particulier le chapitre 6, p. 5.

⁸⁷ Netanel (note 78).

⁸⁸ Litman, *Sharing et Stealing* (23 novembre 2003) ; voir le résumé et l'article (en particulier les pages 33 à 42, 35 et 37 à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=472141) (consulté le 13 janvier 2005).

utilisations que des droits exclusifs auxquels ils sont souvent contraints de renoncer par contrat sans obtenir une rémunération comparable. Toutefois, et surtout peut-être en raison de l'importance économique des utilisations en P2P, ces licences légales ne seraient guère, voire pas du tout, conformes au triple critère applicable en vertu des dispositions internationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui figurent dans l'article 9(2) de la Convention de Berne concernant le droit de reproduction de l'auteur, de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC concernant les droits des auteurs en général, et des articles 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et 16 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes relatif aux droits des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes⁸⁹. Par ailleurs, l'histoire récente des régimes relatifs à la copie privée, en particulier en Europe, a montré qu'il est souvent assez difficile de recouvrer la rémunération auprès des personnes qui sont tenues de la payer⁹⁰.

Autre solution proposée, la gestion collective volontaire des droits exclusifs⁹¹. Ce modèle est d'ores et déjà appliqué dans une certaine mesure, en particulier dans des pays européens. Toutefois, il apparaît que les grands éditeurs, en particulier, ne sont pas disposés à confier la gestion de leurs droits de mise à disposition aux sociétés de perception des droits, ou alors uniquement en vertu d'un mandat qu'ils peuvent facilement annuler, et que les producteurs de phonogrammes et de films préfèrent ne pas confier leurs droits à ces sociétés mais continuer de s'efforcer de les appliquer personnellement. Un tel modèle n'est utile que si la majeure partie, voire la totalité du répertoire est confiée aux sociétés de perception des droits. Si tel était le cas, ce serait certainement un modèle conforme au droit international qui aurait l'avantage de permettre des utilisations légales contre paiement d'une rémunération équitable. Il y aurait un autre modèle qui remédierait à cette réticence à l'égard des sociétés de perception. Ce serait la gestion collective obligatoire des droits exclusifs concernés. Ce modèle a été mis en place en Hongrie, mais la loi a été récemment modifiée de façon à rendre moins impérative l'obligation de la gestion collective. Il serait de plus conforme au droit international⁹² étant donné que les titulaires conserveraient leurs droits exclusifs et il pourrait de surcroît rendre légales les utilisations des réseaux P2P grâce à l'octroi simplifié de licences globales. Malgré tout, il se pourrait que les entreprises du secteur préfèrent tenter de gérer personnellement leurs droits de façon à mieux profiter du marché.

Enfin, le modèle de la licence dite licence collective étendue a été proposé pour le téléchargement de copies et la mise à disposition au public, associé à une licence légale et à un droit à rémunération reconnu par la loi s'agissant d'un téléchargement qui serait considéré comme une copie privée⁹³. Il pourrait même être envisagé, aux termes d'une autre proposition, d'appliquer une

⁸⁹ Le triple critère est expliqué comme suit (article 9(2) de la Convention de Berne) : « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres 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 ». Pour une analyse détaillée de la compatibilité avec le triple critère, voir Peukert, "International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licenses Regarding P2P File-Sharing" (présentation à une conférence sur les ADPIC qui s'est tenue en juillet 2004 à Utrecht, publication prévue dans les actes de la Conférence).

⁹⁰ Pour d'autres arguments contre de tels systèmes, voir Peukert (note 88), p. 6 ; il propose un système dit « bipolaire » qui permettrait au titulaire des droits de choisir entre le droit exclusif et, sous condition d'inscription, un système de taxes (manuscrit non encore publié "A bipolar copyright system for the digital network environment").

⁹¹ www.eff.org/share/?f=legal.html et www.eff.org/share/compensation.php ; von Lohmann, "Don't Sue the Customers", IP Law & Business, décembre 2004, p. 24 et 25.

⁹² Voir von Lewinski, « La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur » - Étude de cas, Bulletin du droit d'auteur de l'UNESCO, janvier-mars 2004, p. 1 et seq.

⁹³ Proposition de l'organisme français qui gère les droits des artistes interprètes ou exécutants, ADAMI, voir La lettre de l'ADAMI, novembre 2004, n° 53, p. 6 et 7 ; voir aussi www.adami.fr/portail/index.php, puis : Lettre de l'ADAMI ; voir aussi Actu ADAMI, 2004, p. 1.

licence collective étendue au téléchargement d'une copie, en particulier quand celle-ci n'est pas considérée comme une copie à titre privé autorisée par la loi. Les licences collectives étendues, telles qu'elles sont utilisées depuis longtemps dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins dans les pays scandinaves, sont des licences collectives (accordées par des sociétés de gestion collective des droits) dont les effets sont étendus par la loi aux titulaires individuels de droit qui n'ont pas confié la gestion de ceux-ci à une société de gestion collective⁹⁴. Selon cette proposition de l'ADAMI, la loi devrait habiliter les organisations d'ayants-droit et les organisations de consommateurs à conclure une licence contractuelle étendue. Une des conditions financières pour bénéficier de cette autorisation serait le paiement de la rémunération légale pour les téléchargements effectués par les internautes, rémunération qui serait incluse dans les frais d'abonnement payés mensuellement par les internautes aux fournisseurs d'accès ; son montant serait fixé par une commission telle que celle déjà établie en France pour la rémunération en cas de copie privée⁹⁵. Ce modèle aurait l'avantage d'être conforme au droit international⁹⁶ en ce qu'il maintiendrait le droit exclusif des titulaires des droits et autoriserait le partage des fichiers P2P contre paiement.

5. Conclusions

L'échange de fichiers et la plupart des téléchargements effectués à partir de tels réseaux portent régulièrement atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins dans le monde entier. Il a été jusqu'à présent difficile, mais pas impossible, d'assurer le respect de ces droits. Compte tenu de cette difficulté et du fait que les internautes se sont habitués à pouvoir accéder librement et gratuitement (quoique illégalement) à un nombre quasi illimité de fichiers de musiques, de films et autres contenus, un certain nombre de propositions ont été formulées par les groupes intéressés et les chercheurs visant à modifier les lois existantes. Les propositions qui préconisent l'instauration d'une licence légale avec ou sans rémunération (qu'il s'agisse d'un droit à rémunération inscrit dans la loi, d'une taxe ou d'une autre formule) pourraient bien ne pas répondre au triple critère qui figure dans tous les traités importants sur le droit d'auteur et les droits voisins et ne devraient par conséquent pas être retenues - outre qu'elles pourraient être difficiles à concrétiser, étant donné les procédures et la technologie qu'il faudrait mettre en place pour gérer les systèmes de rémunération et sans compter que ces solutions ne garantissent pas le paiement effectif de la rémunération. Le système de gestion collective volontaire proposé est conforme au droit international mais, bien qu'il soit dès à présent disponible, il n'a pas la faveur de certains groupes (puissants) de titulaires des droits. Cela étant, les systèmes de licence collective obligatoire et de licence collective étendue ne violeraient pas le droit international et devraient être sérieusement envisagés comme solution valable, même s'ils rencontrent l'opposition des principaux titulaires de droits et pourraient n'être que d'un usage limité au cas où un petit nombre de pays seulement l'adopteraient. Quoi qu'il en soit, puisqu'il ne semble pas exister de solutions idéales et de modèles législatifs faciles à mettre en pratique et compte tenu de la rapidité de l'innovation dans le secteur, le plus sage est sans doute de voir comment la situation va évoluer dans un proche avenir. De fait, l'industrie musicale espère, sur la foi des derniers chiffres, que les services légaux vont se multiplier et s'améliorer et que, grâce à une meilleure prise de conscience des internautes et à leur volonté croissante de rester dans la légalité, ces services légaux deviendront suffisamment attrayants aux yeux des utilisateurs pour pouvoir remplacer en partie et finalement marginaliser les systèmes illégaux de P2P.

⁹⁴ Voir Karnell, "Extended Collective License Systems, Provisions, Agreements and Clauses - A Nordic Copyright Invention with an International Future?", in: NN, Essays in honor of George Koumantos, Athènes 2004, p. 391 et suivantes.

⁹⁵ Voir l'article L.311-5 du Code de la propriété intellectuelle français.

⁹⁶ Karnell (note 93), p. 396, 398 comportant des spécifications supplémentaires.