

Qui paie pour la copie privée ?

L'article suivant

La redevance pour copie privée à la croisée des chemins

de Francisco Javier Cabrera Blázquez
est un extrait de la publication IRIS *plus* 2011-4
"Qui paie pour la copie privée ?".
Cette publication est disponible sous forme imprimée
auprès de l'Observatoire européen de l'audiovisuel.
Pour plus d'informations et pour commander, veuillez cliquer sur :
Série IRIS *plus*
Publication IRIS *plus* 2011-4

Avant-propos

Les relations à trois sont toujours difficiles à gérer, aussi bien au niveau personnel qu'au niveau juridique. Dans le cas de la redevance pour copie privée, les trois pointes du triangle sont les créateurs des œuvres, les copistes agissant dans la légalité et les pirates du droit d'auteur. Jusqu'à un certain point, qui n'est sans doute pas suffisant, leurs relations mutuelles sont régies par la loi.

Etant donné que nous souhaitons tous disposer d'une grande diversité de contenus, nous approuvons le fait que les forces créatives ont besoin de protection pour rester créatives et bénéficier de revenus visant à financer leur créativité. Ainsi, dans l'intérêt du grand public, les législateurs du monde entier ont rendu la créativité financièrement attractive en conférant des droits juridiques aux auteurs et autres créateurs. Ces ayants droit peuvent « vendre » l'utilisation de leurs droits pour gagner leur vie. Mais nous n'avons pas toujours besoin d'acheter les œuvres protégées par le droit d'auteur pour en profiter. C'est ici que les copistes entrent en scène, car de nombreuses législations autorisent certaines utilisations des œuvres, y compris contre le gré des titulaires de droits, ce qui complique la situation entre les ayants droit et les utilisateurs, qui seraient autrement des clients (ou des pirates). Parallèlement, les pays qui permettent des exceptions au droit d'auteur – tels que l'usage privé – réconfortent les ayants droit par des systèmes de compensation équitable. Cet équilibre délicat est menacé par les pirates, qui utilisent des œuvres protégées hors de toute exception au droit d'auteur. Pour les ayants droit, cette perte de revenu n'est pas couverte par les régimes de compensation équitable. Il est difficile d'estimer à combien s'élèvent ces pertes, notamment parce que la copie illégale est souvent faite de façon à brouiller toute distinction entre les pirates et les copistes se conformant à la légalité. C'est pourquoi il n'est pas facile d'assurer une compensation équitable et d'empêcher les utilisations illégales non couvertes par les dispositifs en place.

Les principaux facteurs de cette équation sont les suivants : Quelles utilisations faut-il autoriser ? Comment mesurer la rémunération équitable ? A qui faut-il demander de payer ? Comment prévenir les infractions au système ainsi développé ? Nous assistons actuellement à un débat très animé sur tous ces points, en lien avec la question de la redevance pour copie privée, un concept juridique qui peut s'avérer, ou non, être une bonne orientation pour cette relation à trois.

L'article de fond met en lumière les racines et la réglementation actuelle de la redevance pour copie privée. Il aborde, en particulier, la question de savoir comment répondre à l'augmentation du phénomène de copie privée déclenchée par les moyens numériques de

reproduction et de diffusion. Avons-nous besoin d'une nouvelle règle sur les dispositifs de réception numérique, afin de compenser les titulaires de droits ? Considérant le même problème sous un angle différent, l'article de fond étudie également différentes options permettant de traiter le partage de fichiers. Peut-on / doit-on le légaliser au prix d'une indemnisation équitable ? Les articles de la rubrique Reportages reviennent sur ces deux questions. Ils présentent les développements récents concernant la redevance pour copie privée et la façon dont différents pays trouvent un juste équilibre entre le piratage et l'usage privé légal – qui donne lieu à une compensation. Enfin, la rubrique Zoom de cet IRIS *Plus* indique où trouver les dispositions concernant les droits de reproduction, les exceptions pour copie privée et les règles sur la compensation équitable dans les pays de l'UE. Il convient de noter que les URL fournies dans cette rubrique mènent vers les textes consolidés dans les (nombreux) cas où les lois ont été révisées ou modifiées.

Strasbourg, juin 2011

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

Responsable du département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

La redevance pour copie privée à la croisée des chemins

*Francisco Javier Cabrera Blázquez
Observatoire européen de l'audiovisuel*

I. Introduction

Les copistes ont existé depuis l'aube de l'humanité. Des scribes égyptiens jusqu'aux moines du Moyen-âge, la transmission des connaissances était aux mains de ces personnes, généralement anonymes¹. La production d'un seul exemplaire d'une œuvre exigeait de longues heures de travail manuel et des compétences qui, à l'époque, étaient réservées à une élite. C'est pourquoi l'invention de l'imprimerie par Gutenberg fut une révolution majeure. Pour la première fois dans l'histoire de la civilisation, une machine était capable d'automatiser le processus de copie d'un travail intellectuel. Néanmoins, l'imprimerie ne concernait que les œuvres textuelles, de sorte que tous ceux qui souhaitaient, par exemple, copier La Joconde, devaient s'installer en face d'elle pendant des heures pour n'obtenir, le plus souvent, qu'une médiocre reproduction du chef-d'œuvre de Léonard de Vinci. Quant aux arts du spectacle, comme la musique, ils étaient partiellement exclus de toute reproduction. Si les œuvres musicales pouvaient être transcrites sur papier, le but réel de ces partitions était de servir de guide pour les musiciens interprètes. Ce n'est qu'au début du XX^e siècle, qu'une invention majeure, le phonogramme, allait apporter une révolution dans des millions de foyers : la possibilité d'écouter l'enregistrement d'une interprétation musicale. Désormais, on n'avait plus besoin de sortir ou de devenir pianiste pour avoir le plaisir d'écouter de la musique. L'arrivée du phonogramme a donné lieu à l'émergence d'un nouveau marché : la production et la vente d'enregistrements musicaux.

Une nouvelle révolution s'est ensuite produite au début des années 1950, avec l'introduction du matériel d'enregistrement sonore sur le marché du grand public. Ce fut une évolution majeure, tant pour les consommateurs que pour l'industrie du disque. Pour la première fois, un particulier pouvait faire à domicile des reproductions fidèles et bon marché des enregistrements sonores. En même temps, pour la première fois, il existait un moyen facile de contourner la vente de copies d'enregistrements sonores aux particuliers. A son tour, l'industrie du cinéma allait connaître une révolution semblable à la fin des années 1970, lorsque les magnétoscopes se sont introduits dans la plupart des foyers.

1) La philosophie grecque, par exemple, aurait été sans doute perdue sans le travail des traducteurs arabes, qui ont conservé pour la postérité les œuvres d'Aristote et de Platon en les « copiant » dans une autre langue.

Cette nouvelle révolution a été accueillie avec une certaine résistance de la part de l'industrie des contenus. Il n'y a pas si longtemps, l'ex-président de la Motion Picture Association of America, Jack Valenti, déclarait lors d'une audience sur l'enregistrement à domicile d'œuvres protégées : « Le magnétoscope est au producteur et au public américains ce que l'étrangleur de Boston est à une femme seule chez elle². » Par la suite, l'industrie du cinéma, ayant découvert qu'il y avait de l'argent à faire avec la fonction « Play » d'un magnétoscope, s'est lancée dans la production de cassettes vidéo. Actuellement, l'industrie du cinéma gagne plus d'argent avec la vente de disques DVD et Blu-Ray qu'avec l'exploitation en salle des films. Mais les industries du film et du disque n'ont jamais aimé la touche « Rec ». Pour elles, la copie privée les prive d'une part du gâteau. C'est pourquoi elles ont essayé – mais sans succès – de faire déclarer hors-la-loi le matériel d'enregistrement.

A défaut de fondement juridique permettant d'interdire le matériel et les supports d'enregistrement, d'autres solutions ont été cherchées pour limiter le préjudice incontestablement causé aux titulaires de droits par la copie privée des enregistrements d'œuvres musicales et audiovisuelles. En 1965, l'Allemagne, pionnière européenne en la matière, a introduit dans la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins) le prélèvement d'une taxe sur la vente de matériel d'enregistrement audio et vidéo. En 1985, la même loi a instauré une redevance sur les cassettes vierges destinées aux enregistrements audio et audiovisuels. Peu après, d'autres pays européens ont suivi cette voie et ont introduit dans leur législation nationale un système de prélèvement au titre du droit d'auteur³.

A l'ère analogique, la solution consistant à imposer une taxe sur le matériel et les supports d'enregistrement semblait raisonnable, car les magnétophones et magnétoscopes étaient presque exclusivement utilisés pour copier des œuvres protégées. Mais la révolution numérique est arrivée, et tout est devenu beaucoup plus compliqué. Etant donné que presque plus personne n'utilise de matériel ou de supports analogiques pour faire des enregistrements à domicile, il semblait logique d'instaurer une taxe sur leurs substituts numériques, afin de compenser le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de la copie privée. Cependant, cette mesure a été vivement critiquée par l'industrie des TI, les associations d'utilisateurs et même certains universitaires. Ils font valoir que les prélèvements sur le matériel d'enregistrement et les supports vierges numériques peuvent aller au-delà du but initial des taxes pour copie privée. De nos jours, alors que chaque fragment d'information est réduit à une suite d'octets et que toute communication prend la forme d'une chaîne de zéros et de un, un seul et même dispositif d'enregistrement peut être utilisé pour copier le dernier album de Lady Gaga, pour la sauvegarde des comptes annuels d'une entreprise ou pour la sauvegarde des photos de vacances de l'été dernier. Un système de redevance pour copie privée, qui taxe le matériel et les supports de reproduction numérique sans tenir compte de leur utilisation effective, risque de rémunérer les ayants droit pour des actes de copie qui n'ont aucun rapport avec leur travail créatif.

Tandis que les prélèvements pour copie privée sont contestés par l'industrie des TI et les associations d'utilisateurs, diverses propositions sont émises parallèlement pour étendre la notion de redevance pour copie privée au partage de fichiers sur internet (licence globale en France, *Kulturflatrate* en Allemagne, etc.). Leurs partisans font valoir qu'une taxe sur le partage de fichiers payée par les utilisateurs d'internet en complément de leur forfait d'accès à l'internet permettrait d'assurer une rémunération adéquate des titulaires de droits et de résoudre (ne serait-ce qu'en partie) le problème de la piraterie sur internet. Il semble donc que les prélèvements pour copie privée se trouvent à la croisée des chemins : certains s'efforcent de les réduire, d'autres militent pour les développer, d'autres, encore, privilégient le statu quo.

Le présent article retrace le chemin parcouru jusqu'à cette croisée des chemins : la première partie présente un bref historique de la redevance pour copie privée et une description du statu

2) <http://cryptome.org/hrcw-hear.htm>

3) Pour plus de détails sur l'historique des prélèvements pour copie privée, voir P.B. Hugenholtz, L. Guibault, S. van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment*, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>

quo juridique. En ce qui concerne la discussion sur l'extension des prélèvements à l'environnement numérique, un point particulier est consacré à la récente décision de la Cour de justice de l'UE dans le cas *Padawan c. SGAE* et ses répercussions en Espagne et dans les autres Etats membres de l'UE. La seconde partie présente des propositions visant à légaliser le partage de fichiers sur internet par le biais de systèmes de rémunération pour les ayants droit, ainsi qu'une analyse juridique des modèles possibles et un aperçu de la controverse qu'ils suscitent. En conclusion, l'auteur livre quelques commentaires concernant l'avenir de la copie privée.

II. Les prélèvements pour copie privée

Lorsqu'on ne peut pas vaincre l'adversaire, mieux vaut s'y rallier, dit le proverbe. Ou mieux : le faire payer. Alors que les actes de copie privée portent un préjudice économique aux ayants droit, ces actes ne peuvent être ni contrôlés, ni autorisés, ni interdits de façon effective. Par conséquent, la meilleure manière d'indemniser les ayants droit est d'autoriser la copie privée par le biais d'une exception au droit exclusif de reproduction et de coupler cette exception à l'obligation d'indemniser les ayants droit. Cette compensation prend généralement la forme d'un prélèvement imposé aux fabricants, aux importateurs ou aux distributeurs des équipements ou supports analogiques ou numériques qui permettent aux utilisateurs de faire des copies privées⁴.

Selon Jörg Reinbothe, ancien directeur de l'unité « Droit d'auteur et droits voisins » de la DG Marché intérieur de la Commission européenne, l'introduction d'exceptions de copie privée en lien avec des systèmes de prélèvement repose sur les motifs suivants :

- **Applicabilité** : le droit exclusif de reproduction n'est pas exécutoire dans la sphère privée, du moins pas sans porter gravement atteinte à la vie privée.
- **Partage du marché** : l'avènement de la technologie permettant la copie privée a créé un nouveau marché pour l'exploitation des œuvres protégées. Les principaux bénéficiaires de ce marché sont les fabricants d'équipements d'enregistrement et de supports vierges. Les prélèvements pour copie privée accordent aux ayants droit leur part de ce marché.
- **Justice** : elle est directement liée au test en trois étapes énoncé dans la Convention de Berne et autres conventions (voir ci-après) et qui fixe les conditions requises pour toute limitation du droit de reproduction.
- **Équité** : la rémunération pour copie privée étant gérée collectivement, elle est plus avantageuse pour les petits ayants droit que les droits exclusifs, que ces derniers ne peuvent pas exploiter individuellement. De cette façon, les prélèvements donnent l'occasion à tous les ayants droit, petits et grands, de participer au marché et de recevoir une « rémunération équitable ».
- **Facilité d'accès** : le système de prélèvement pour copie privée permet aux consommateurs de faire des copies privées tout en tenant dûment compte des intérêts économiques des ayants droit.
- **Traitement national** : les bénéficiaires sont définis par la législation nationale des Etats membres appliquant les taxes. La rémunération est partagée avec les ayants droit relevant du traitement national⁵.

4) Voir Commission européenne, *Background Document « Fair Compensation for Acts of Private Copying »*, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/background_en.pdf

5) J. Reinbothe, « *Private Copying, Levies and DRMs against the Background of the EU Copyright Framework* », DRM Levies Conference, 8 septembre 2003, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm

1. Exception de copie privée au niveau de l'UE

L'exception de copie privée et les prélèvements correspondants ont été harmonisés au niveau de l'UE, dans une certaine mesure, par la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (ci-après la Directive 2001/29/CE)⁶. Les objectifs de la Directive 2001/29/CE consistent à adapter la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins en tenant compte de l'évolution technologique et à transposer en droit communautaire les principales obligations internationales découlant des deux traités sur le droit d'auteur et les droits connexes adoptés dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en décembre 1996 (Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁷ et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes⁸).

La Directive 2001/29/CE harmonise les droits de reproduction, de distribution et de communication au public, ainsi que la protection juridique des dispositifs anti-copie et les systèmes de gestion des droits. Elle comporte également une liste exhaustive et facultative d'exceptions aux droits d'auteur. L'article 2 de la Directive 2001/29/CE définit le droit de reproduction comme « un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous toute forme, en tout ou en partie :

- a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;
- b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;
- c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;
- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite. »

Ce droit de reproduction exclusif est tempéré par une liste d'exceptions et de limitations non obligatoires. En ce qui concerne la copie privée, l'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE dispose que les Etats membres peuvent prévoir des exceptions ou des limitations au droit de reproduction « lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins qui ne sont ni directement, ni indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés. »

Conformément à la définition de l'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE, on peut retenir les caractéristiques suivantes en matière d'exception pour copie privée :

- le terme souvent utilisé de « droit à la copie privée » est en fait une exception au droit exclusif des auteurs et autres ayants droit ;
- le type de support sur lequel est effectuée la copie est indifférent ;
- la copie doit être faite par une personne physique, ce qui exclut les entreprises et les organismes publics du champ d'application de l'exception ;
- les finalités commerciales de toutes sortes sont exclues ;

6) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:NOT>

7) Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, disponible sur : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/>

8) Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, disponible sur : http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html

- les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable ;
- l'application des mesures techniques contre la copie introduites par les titulaires de droits sont à prendre en compte lors de l'application de la compensation équitable⁹.

En outre, conformément à l'article 5.5 de la Directive 2001/29/CE, les Etats membres souhaitant introduire cette exception ou limitation au droit de reproduction doivent prendre en compte le test dit « en trois étapes », qui prévoit que les exceptions et limitations ne doivent être appliquées que « dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »

2. Une compensation équitable

En vue de rémunérer les ayants droit pour les pertes causées par la copie privée, la Directive 2001/29/CE impose une compensation équitable. La directive considère le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte de copie privée comme un « critère utile » pour déterminer la forme, les modalités et le niveau éventuel d'une compensation équitable. Toutefois, aucune rémunération ne sera due si les titulaires de droits ont déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence.

Dans les cas où le préjudice porté au titulaire du droit est minime, il peut ne pas être nécessaire de prévoir une compensation.

Il est très important de noter que la compensation équitable s'applique à tous les actes de copie privée légaux, ce qui exclut donc tout acte de violation du droit d'auteur.

Actuellement, la législation de 25 Etats membres de l'UE comporte une exception de copie privée. Les deux pays de l'UE qui n'en prévoient aucune sont le Royaume-Uni et l'Irlande. Conformément à l'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE, une rémunération équitable doit être versée aux titulaires de droits pour des actes de copie privée, mais la directive laisse les Etats membres libres de décider comment mettre en œuvre cette obligation. Sur les 25 Etats membres ayant prévu une exception de copie privée, 23 ont un système de prélèvement pour copie privée.

Seuls quatre Etats membres n'ont pas mis en place de système de prélèvement pour copie privée. Le Royaume-Uni et l'Irlande n'ont pas besoin d'un tel système, étant donné qu'ils n'ont pas d'exception. Malte et le Luxembourg ont prévu une telle exception dans leur législation, mais sans mettre en place de système de prélèvement.

Il n'est pas surprenant que des différences notables existent entre les Etats membres de l'UE en matière de prélèvement pour copie privée, puisque l'harmonisation de l'exception de copie privée prévue par la Directive 2001/29/CE n'est que partielle et laisse une importante marge de manœuvre aux législateurs nationaux, pour ce qui est des choix opérés, et aux tribunaux pour ce qui est de l'interprétation¹⁰.

3. L'affaire Padawan

La tendance à l'extension des prélèvements pour copie privée fait l'objet de critiques depuis un certain temps, notamment de la part de l'industrie des TI, des associations d'utilisateurs et du milieu universitaire, qui considèrent qu'un système de prélèvement pour copie privée taxant le matériel

9) Pour de plus amples informations sur les interactions entre l'exception pour copie privée et les dispositifs de protection technique, voir, par exemple, Cabrera Blázquez, F.J., *Systèmes de gestion des droits numériques : dernières évolutions en Europe*, disponible sur : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus1_2007.pdf.fr

10) Pour un panorama complet des systèmes de tous les Etats membres, voir la rubrique ZOOM de ce numéro.

et les supports numériques de reproduction dépasse la portée de l'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE. Ils s'appuient en cela sur le considérant 35 de la directive, qui précise que le versement d'une compensation équitable a pour seul but d'indemniser les titulaires de droits de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. Néanmoins, ces critiques ont dû attendre octobre 2010 pour voir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rendre un jugement inédit concernant l'applicabilité des prélèvements pour copie privée aux équipements et aux supports de reproduction numérique. Dans son arrêt sur l'affaire *Padawan c. SGAE*¹¹, la CJUE a clarifié des questions importantes telles que celles de l'interprétation uniforme de la notion de compensation équitable, des personnes tenues de payer cette taxe et de la relation entre la taxation et l'utilisation de matériel ou de support d'enregistrement aux fins de copie privée.

3.1. L'arrêt de la CJUE

Dans cette affaire, les parties en présence étaient la *Sociedad General de Autores y Editores* (une société espagnole de perception des droits des auteurs et éditeurs - SGAE), et Padawan, une société espagnole qui commercialise des CD-R, CD-RW, DVD-R et lecteurs MP3. La SGAE demandait à Padawan de verser une redevance pour copie privée au titre des années 2002 à 2004. La défenderesse, Padawan, refusait au motif que l'application de cette redevance à ces supports numériques, sans distinction et indépendamment de la fonction à laquelle ils sont destinés (usage privé ou autre activité professionnelle ou commerciale), serait contraire à la Directive 2001/29/CE. Le 14 juin 2007, le *Juzgado de lo Mercantil n°4* de Barcelone (tribunal de commerce n°4 de Barcelone) a fait entièrement droit à la demande de la SGAE et Padawan a été condamnée au paiement d'une somme de 16 759,25 EUR, assortie des intérêts de droit. Padawan a interjeté appel de ce jugement devant l'*Audiencia Provincial de Barcelona* (Espagne). Le 15 septembre 2008, l'*Audiencia Provincial de Barcelona* a décidé d'introduire une demande de décision préjudicielle auprès de la CJUE, conformément à l'article 234 du Traité CE¹² et lui a posé les questions préjudicielles suivantes :

- « La notion de 'compensation équitable' figurant à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la Directive 2001/29/CE implique-t-elle une harmonisation, indépendamment de la faculté reconnue aux Etats membres de choisir les systèmes de perception qu'ils jugent appropriés pour mettre en œuvre le droit à une 'compensation équitable' des titulaires de droits de propriété intellectuelle lésés par l'introduction de l'exception de copie privée au droit de reproduction?
- Quel que soit le système utilisé par chaque Etat membre pour calculer la compensation équitable, ce système doit-il respecter un juste équilibre entre les personnes concernées, c'est-à-dire, d'une part, les titulaires de droits de propriété intellectuelle lésés par l'exception de copie privée, bénéficiaires de ladite compensation, et, d'autre part, les redevables directs ou indirects? Cet équilibre est-il déterminé par la raison d'être de la compensation équitable, qui est de remédier au préjudice découlant de l'exception de copie privée ?
- Lorsqu'un Etat membre opte pour un système d'imposition ou de redevance sur les équipements, appareils et supports de reproduction numérique, *cette imposition* (la compensation équitable pour copie privée) *doit-elle être nécessairement liée*, conformément à l'objectif poursuivi par l'article 5, paragraphe 2, b), de la Directive 2001/29/CE et au contexte de cette disposition, *à l'usage présumé de ces équipements et supports pour réaliser des reproductions bénéficiant de l'exception de copie privée*, de telle sorte que l'application de l'imposition serait justifiée si l'on peut présumer que les équipements,

11) Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre), affaire C-467/08, 21 octobre 2010, disponible sur : <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=fr&num=79898978C19080467&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>

12) Demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'*Audiencia Provincial de Barcelona*, par décision du 15 septembre 2008.

appareils et supports de reproduction numérique seront destinés à réaliser des copies privées, alors qu'elle serait injustifiée dans le cas contraire ?

- Lorsqu'un Etat membre choisit d'instaurer un système de 'redevance' pour copie privée, l'application, sans distinction, de ladite 'redevance' à des entreprises et à des professionnels qui font clairement l'acquisition d'appareils et de supports de reproduction numérique à des fins autres que celle de la copie privée est-elle conforme à la notion de 'compensation équitable' ?
- Le système adopté par l'Etat espagnol, qui consiste à appliquer sans distinction la redevance pour copie privée à tous les équipements, appareils et supports de reproduction numérique, est-il contraire à la Directive 2001/29/CE, en l'absence de corrélation suffisante entre la compensation équitable et la limitation pour copie privée du droit [de reproduction], qui justifie cette compensation, dès lors que celle-ci s'applique dans une large mesure à des cas différents où la limitation des droits qui justifie la compensation financière n'existe pas ?»

En ce qui concerne le système espagnol de redevance pour copie privée, l'article 25 de la *Ley de Propiedad Intelectual* (loi sur la propriété intellectuelle - LPI¹³) prévoit une compensation équitable pour les actes de « reproduction réalisé[s] exclusivement pour un usage privé, au moyen d'appareils ou d'instruments techniques non typographiques, d'œuvres divulguées sous forme de livres ou de publications assimilées à cet effet par voie réglementaire, ainsi que de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports sonores, visuels ou audiovisuels. » Ces actes de reproduction donnent lieu à une compensation équitable et unique pour chacun des trois modes de reproduction mentionnés. Les bénéficiaires de cette compensation sont les auteurs des œuvres exploitées publiquement sous l'une quelconque des formes mentionnées précédemment, ainsi que les éditeurs, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les artistes interprètes ou exécutants dont les exécutions ont été fixées sur ces phonogrammes et vidéogrammes. La gestion collective de cette compensation est obligatoire. Les débiteurs sont les fabricants installés en Espagne, lorsqu'ils opèrent en tant que distributeurs commerciaux, ainsi que les personnes qui acquièrent hors du territoire espagnol, en vue de leur distribution commerciale ou de leur utilisation sur celui-ci, des équipements, appareils et supports matériels visés précédemment. Les distributeurs, grossistes et détaillants sont tenus au paiement de la compensation solidairement avec les débiteurs qui les leur ont fournis, sauf s'ils prouvent qu'ils la leur ont effectivement payée.

Dans son arrêt du 21 octobre 2010, la CJUE apporte un certain nombre de clarifications importantes pour l'avenir des prélèvements pour copie privée :

- La notion de « compensation équitable » doit être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée d'une manière uniforme dans tous les Etats membres. Ni l'article 5, paragraphe 2, b), ni aucune autre disposition de la Directive 2001/29/CE ne se réfère à la législation nationale des Etats membres en ce qui concerne cette notion. Dans de telles circonstances, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la disposition en cause¹⁴.

13) Voir *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (Décret-loi royal 1/1996 du 12 avril 1996, approuvant le texte consolidé de la loi sur la propriété intellectuelle). Ce décret-loi royal a été modifié dans le cadre de la transposition de la Directive 2001/29/CE par la loi 23/2006 du 7 juillet 2006 portant modification du texte consolidé de la loi sur la propriété intellectuelle approuvée par décret-loi royal 1/1996 (BOE n° 162 du 8 juillet 2006, p. 25561). Une version consolidée (avec les modifications apportées jusqu'en 2011) est disponible sur : <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/reals/Lpi.html>

14) Citations des arrêts rendus dans l'affaire 327/82 Ekro [1984] ECR 107, paragraphe 11; l'affaire C-287/98 Linster [2000] ECR I-6917, paragraphe 43; et l'affaire C-523/07 A [2009] ECR I 2805, paragraphe 34.

- Les Etats membres ont le pouvoir de déterminer, dans les limites imposées par le droit de l'Union, notamment par la Directive 2001/29/CE, la forme, les modalités de financement et de perception, ainsi que le niveau de cette compensation.
- La compensation équitable doit nécessairement être calculée en fonction du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres protégées par l'introduction de l'exception de copie privée.
- La réalisation d'une copie par une personne physique agissant à titre privé doit être considérée comme un acte de nature à engendrer un préjudice pour les ayants droit. Il incombe dès lors, en principe, à cette personne de verser une compensation aux ayants droit. Néanmoins, il est pratiquement impossible d'identifier les utilisateurs privés et de les obliger à indemniser les ayants droit du préjudice subi. En outre, le préjudice qui peut découler de chaque utilisation privée, considérée individuellement, peut s'avérer minime. Par conséquent, les systèmes de prélèvement d'une redevance pour copie privée appliqués à ceux qui mettent à la disposition des utilisateurs privés des équipements, des appareils et des supports de reproduction numérique, ou qui leur fournissent des services de reproduction, sont acceptables, car ces activités constituent la prémisse factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent obtenir des copies privées. En outre, le montant de la redevance pour copie privée peut être répercuté dans le prix payé par l'utilisateur final, qui devient alors indirectement redevable d'une compensation équitable.
- L'équipement et les supports de reproduction numérique faisant l'objet d'une taxe pour copie privée doivent être susceptibles d'être utilisés pour la copie privée et partant, de causer un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée. L'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE doit être interprété en ce sens qu'un lien est nécessaire entre l'application de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard du matériel et des supports de reproduction numérique et l'usage présumé de ces derniers à des fins de reproduction privée.
- L'application sans distinction de la redevance pour copie privée à l'égard de tous les types d'équipements et de supports de reproduction numérique, y compris dans l'hypothèse où ceux-ci sont acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins manifestement étrangères à celle de copie privée, ne s'avère pas conforme à l'article 5, paragraphe 2, b) de la Directive 2001/29/CE.
- Dès lors que des équipements ou des supports de reproduction numérique ont été mis à la disposition de personnes physiques à des fins privées, l'application de la redevance pour copie privée est justifiée, sans qu'il soit nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées. La possibilité de porter préjudice aux titulaires de droits est suffisante.

3.2. Les conséquences de l'arrêt Padawan en Espagne

L'arrêt de la CJUE ne répond pas à la question de savoir si le système espagnol est conforme ou non aux dispositions régissant l'exception de copie privée dans la Directive 2001/29/CE. Le CJUE rappelle qu'« en dehors du recours en constatation de manquement » la Cour n'est pas habilitée à statuer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit de l'Union. Cette compétence revient aux juridictions nationales, le cas échéant après qu'elles aient obtenu de la part de la Cour, par la voie d'un renvoi préjudiciel, les précisions nécessaires sur la portée et l'interprétation de ce droit¹⁵.

15) Voir arrêt du 22 mars 1990, Triveneta Zuccheri e.a./Commission, C-347/87, Rec. p. I-1083, point 16.

Le 2 mars 2011, l'*Audiencia Provincial de Barcelona* a pris note de l'arrêt de la CJUE et a décidé¹⁶ que l'article 25 de la LPI devait être interprété selon les orientations définies par cet arrêt. Par conséquent, l'application sans distinction de la redevance pour copie privée prévue à l'article 25 de la LPI, notamment en ce qui concerne les appareils et les supports de reproduction numérique qui ne sont pas mis à la disposition des utilisateurs privés et clairement réservés pour des usages autres que la copie privée, ne peut pas être considérée comme équitable. L'étape suivante consistait à établir si la défenderesse, Padawan, devait ou non payer les montants dus au titre de la redevance pour copie privée pour les années 2002 à 2004. En effet, de nombreux clients de la défenderesse étaient des entreprises. Le tribunal, incapable de déterminer quels équipements et supports vierges avaient été vendus à des entreprises ou à des particuliers, a donné suite à l'appel et a décidé que Padawan n'aurait pas à payer les redevances réclamées par la SGAE.

Il convient de noter, cependant, que le 28 février 2011 un autre tribunal d'Espagne, le *Juzgado de lo Mercantil número 6 bis de Madrid*, a rendu un jugement¹⁷ dans une affaire similaire qui contredit la décision prise par l'*Audiencia Provincial de Barcelona* dans l'affaire Padawan. Dans cet autre jugement, le tribunal a décidé que le débiteur (une société espagnole de vente d'équipements, d'appareils et de supports numériques) était tenu de fournir des informations au créancier (en l'occurrence EGEDA, une société espagnole de gestion des droits des producteurs d'œuvres audiovisuelles) concernant le nombre d'équipements et de supports numériques vendus afin de calculer la compensation équitable qu'il devait à EGEDA.

Les conséquences de l'arrêt de la CJUE dépassent largement l'affaire Padawan. L'une des questions non résolues est la suivante : que va-t-il advenir des montants déjà perçus par les sociétés des ayants droit en conformité avec la législation espagnole, mais en violation du droit de l'UE ? Si les sociétés de gestion ont encaissé indûment des redevances pour copie privée de la part des entreprises, des professionnels et des organismes publics, doivent-elles rendre les sommes perçues ? Les sociétés de gestion collective ont déjà déclaré qu'elles ne rembourseraient pas ces sommes, car elles considèrent que l'arrêt Padawan n'a pas d'effet rétroactif¹⁸. Toutefois, certains organismes publics ont annoncé qu'ils allaient demander le remboursement des redevances pour copie privée payées dans le passé¹⁹.

Pour compliquer davantage la situation, le 22 mars 2011, l'*Audiencia Nacional* espagnole (Cour nationale) a annulé²⁰ pour des raisons formelles l'ordonnance espagnole qui déterminait quels étaient les appareils de reproduction et les supports vierges soumis à la redevance pour copie à usage privé²¹. L'ordonnance avait été portée devant les tribunaux espagnols par l'*Asociación de Internautas*²² (une association d'internautes - AI) pour des raisons similaires à celles invoquées dans l'affaire Padawan, en avançant notamment l'argument que l'application sans distinction d'une redevance pour copie privée à tous les types d'équipements et de supports vierges numériques, quel que soit l'usage auquel ils sont destinés (usage privé ou autres activités professionnelles ou

16) Arrêt de l'*Audiencia Provincial de Barcelona* (tribunal provincial de Barcelonne) dans l'affaire *Padawan c. SGAE*, 2 mars 2011, disponible sur : <http://www.institutoautor.org/uploads/website/docs/2157-2-STPADAWAN.pdf>

17) Jugement du *Juzgado de lo Mercantil número 6 bis de Madrid* (tribunal commercial de Madrid n°. 6 bis), 28 février 2011, disponible sur : <http://www.institutoautor.org/uploads/website/docs/2157-1-Egeda.pdf>

18) *Las sociedades de gestión rechazan devolver dinero por el canon*, elpais.com, 25 octobre 2010, disponible sur : http://www.elpais.com/articulo/cultura/sociedades/gestion/rechazan/devolver/dinero/canon/elpepucul/20101025elpepucul_8/Tes

19) Voir par ex. *La Generalitat de Catalunya reclamará a la SGAE la devolución del canon digital*, facua.org, 11 novembre 2010, disponible sur : <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=5422&IdAmbito=21>

20) Arrêt de l'*Audiencia Nacional*, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección tercera, 22 mars 2011, disponible sur : <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/03/24/canon.pdf>

21) *Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/o1743-2008-pre.html

22) <http://www.internautas.org/>

commerciales), est arbitraire et, par conséquent, illégale. Par ailleurs, AI a également souligné les lacunes de procédure dans l'adoption de l'ordonnance, telles que l'absence d'un avis obligatoire du Conseil d'État et de divers autres rapports réglementaires. Dans son arrêt, l'*Audiencia Nacional* a opté pour la facilité et annulé l'ordonnance pour les défauts de procédure mentionnés ci-dessus, sans statuer sur le caractère légal ou non des règles concernant la redevance pour copie privée. La conséquence logique de cet arrêt voudrait que soient appliquées les règles de 2006 précédemment en vigueur sur la redevance pour copie privée²³. Or, les sociétés espagnoles de gestion collective des droits ont déjà annoncé qu'elles allaient faire appel de cet arrêt devant la Cour suprême²⁴, de sorte que cette affaire n'est toujours pas close. Entretemps, l'incertitude grandit concernant l'application actuelle de la redevance pour copie privée en Espagne et, notamment, le sort des paiements déjà effectués dans le cadre d'un système considéré comme défectueux.

Concernant l'avenir, le Gouvernement espagnol a annoncé qu'il apporterait des modifications à la législation actuelle afin de l'adapter aux exigences posées par l'arrêt de la CJUE. L'adoption récente de loi sur l'économie durable comporte une disposition insolite²⁵ qui prévoit que d'ici juin 2011, le gouvernement prendra des mesures pour modifier la réglementation espagnole sur la compensation équitable pour la copie à usage privé par le biais d'un décret royal, afin d'assurer la pleine conformité de la loi espagnole avec le cadre réglementaire et la jurisprudence de l'Union européenne.

3.3. Quelles répercussions dans les autres Etats membres de l'UE ?

Dans un communiqué de presse sur l'arrêt de la CJUE, le Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC) se félicite de la confirmation par la CJUE du fait que « les systèmes de rémunération pour copie privée assurent un juste équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs de contenus protégés par le droit d'auteur » et du fait que le jugement « règle un certain nombre de controverses concernant la manière dont les auteurs et les compositeurs doivent être rémunérés équitablement pour ces reproductions.²⁶ » En ce qui concerne les passages de l'arrêt consacrés aux usages professionnels, le GESAC ne pense pas que cela conduira à des changements importants (si changement il y a) dans les législations nationales. Selon le GESAC, les systèmes nationaux de redevance pour copie privée au sein de l'UE comportent déjà des solutions pour la mise en œuvre du principe posé par la CJUE, selon lequel les prélèvements pour copie privée ne peuvent être appliqués aux copies que les entreprises réservent à des fins professionnelles avec des appareils, dispositifs et supports de reproduction numériques acquis à cet effet. Le GESAC cite l'exemple des pays nordiques, qui ont mis en place un dispositif d'exemption et de remboursement pour les utilisateurs professionnels. Dans d'autres pays, tels que la France, le fait que certains des produits taxés soient utilisés par les entreprises ou les administrations publiques à des fins autres que la copie privée est pris en compte dans le calcul du montant de la redevance. C'est pour cette raison que les sociétés françaises de gestion collective ont déclaré récemment que la législation française était conforme aux exigences posées par l'arrêt de la CJUE²⁷. Une position similaire a été adoptée, par exemple, par la *Zentralstelle für private Überspielungsrechte* (office allemande de perception de la redevance due pour la copie audiovisuelle

23) Voir *Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l23-2006.html#dtu

24) http://www.finanzas.com/noticias/formacion/2011-04-10/463004_entidades-gestoras-derechos-autor-recurriran.html

25) Voir *disposición adicional duodécima (douzième disposition supplémentaire) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (loi sur l'économie durable, loi 2/2011 du 4 mars 2011)*, disponible sur : <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>

26) Communiqué de presse du GESAC, 29 octobre 2010, disponible sur : http://www.gesac.org/ENG/NEWS/COMMUNIQUEDEPRESSE/download/COMMUNIQUESEN_20101029_GESAC%20welcomes%20the%20ECJ%E2%80%99s%20confirmation%20in%20the%20SGAE-Padawan%20decision%20.pdf

27) Voir le communiqué de presse Sorecop, Copie France, Sofia, Sorimage du 22 octobre 2010, disponible sur : <http://www.copieprivee.org/Communiquede-Sorecop-Copie-France.html>

privée - ZPÜ)²⁸ et par la Société belge de Gestion collective pour la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles (Auvibel)²⁹.

Les représentants de l'industrie informatique européenne lisent cette décision sous un éclairage différent : EURIMAG, l'Association Européenne de groupes d'Imagerie, considère que l'arrêt « indique clairement que les réclamations de redevance au titre du droit d'auteur sur les appareils utilisés par les entreprises sont illégales » et elle demande instamment à la Commission européenne et aux membres du Parlement européen de se saisir de l'opportunité offerte par la prochaine directive sur la gestion collective des droits (CRM) pour combler les « lacunes des systèmes actuels de prélèvement au titre du droit d'auteur³⁰. » Pour DIGITALEUROPE, l'arrêt Padawan interdit « l'application sans distinction de la redevance pour copie privée aux appareils utilisés à des fins commerciales » et constitue « un précédent vers l'instauration d'un système de compensation plus équilibré³¹. » Au niveau national, les réactions sont similaires : par exemple, BITKOM, en Allemagne, demande au Gouvernement allemand d'adapter les règles nationales sur la redevance pour copie privée à la législation et la jurisprudence européennes (en mentionnant expressément l'arrêt Padawan), afin que les produits utilisés à des fins commerciales ne soient pas assujettis à une taxe³².

Au-delà de la controverse politique, le dernier mot concernant les répercussions de l'arrêt Padawan dans chaque Etat membre revient aux juridictions nationales, comme cela vient d'être démontré par le Conseil d'Etat français. Le 17 juin 2011, le Conseil d'Etat a rejeté l'argumentation avancée par les sociétés françaises de gestion des droits (voir plus haut) et jugé qu'en imposant le versement d'une redevance pour copie privée à l'ensemble des usagers, y compris aux entreprises et aux administrations publiques, le système français était en infraction avec la législation européenne³³. Il est probable que dans d'autres Etats membres, les juridictions nationales seront, à leur tour, saisies pour statuer sur l'interprétation de l'arrêt Padawan, même si l'issue de la procédure peut varier selon les cas.

III. Une taxe sur le partage de fichiers : panacée ou chimère ?

En 2006, l'éminent politicien italien Roberto Maroni déclarait dans une interview qu'il téléchargeait illégalement de la musique à partir d'internet et que la musique devait être « libre et accessible à tous. » Cette déclaration avait suscité toute une controverse dans un pays réputé pour avoir l'un des pires taux de piratage de l'UE³⁴. Plus tard, en 2010, un collectif regroupant des parlementaires, des universitaires, des journalistes et plusieurs associations de consommateurs, a écrit une lettre ouverte³⁵ à Maroni (entretemps nommé ministre de l'Intérieur) lui rappelant

28) Voir *EuGH entscheidet über Anwendungsbereich des Vergütungsanspruchs für private Vervielfältigung*, disponible sur : <https://www.gema.de/presse/aktuelle-pressemitteilungen/presse-details/article/eugh-entscheidet-ueber-anwendungsbereich-des-verguetungsanspruchs-fuer-private-vervielfaeltigung.html>

29) Voir *Suite à l'arrêt Padawan vs SGAE CJUE (C467/08) : la rémunération pour copie privée tient la route*, disponible sur : <http://www.auvibel.be/fr/actualites/p/detail/suite-a-larret-padawan-vs-sgae-cjue-c46708-la-remuneration-pour-copie-privee-tient-la-route>

30) Voir *EU Highest Court confirms copyright levies on devices sold to businesses are illegal*, disponible sur : http://www.eurimag.eu/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=8&id=59&Itemid=12

31) Voir *Court Ruling on Copyright Levies Paves the Way for Change*, 21 octobre 2010, disponible sur : http://www.digitaleurope.org/index.php?id=32&id_article=504

32) Voir *BITKOM zum Korrekturbedarf beim Pauschalabgabensystem*, disponible sur : http://www.bitkom.org/de/themen/37153_64777.aspx

33) Conseil d'Etat, 17 juin 2011, Canal + distribution et autres, n° 324816, 325439, 325463, 325468, 325469. Séance du 16 mai 2011 - Lecture du 17 juin 2011, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=2363>

34) Voir *Right-winger sparks piracy debate*, disponible sur : <http://www.variety.com/article/VR1117950064?categoryid=19&cs=1>

35) *Lettera aperta al ministro Roberto Maroni per legalizzare gli usi non commerciali del file sharing* (Lettre ouverte au ministre Roberto Maroni rédigée par des parlementaires, des universitaires, des journalistes et des associations de consommateurs pour demander au ministre de soutenir la légalisation du partage de fichiers non-commercial), disponible sur : <http://www.agoradigitale.org/letteramaroni>

ses anciens « péchés » et lui demandant d'intervenir en faveur de la légalisation du partage non-commercial de fichiers.

Il ne s'agit pas d'une initiative isolée : dans plusieurs pays européens (Allemagne³⁶, France³⁷, Pays-Bas³⁸, Belgique³⁹, Italie⁴⁰), des propositions ont été faites pour l'introduction de systèmes prévoyant une rémunération versée aux titulaires de droits en contrepartie des échanges de fichiers entre internautes. Ces systèmes sont basés (avec certaines variantes) sur le paiement d'un forfait mensuel par l'internaute à son fournisseur d'accès internet, qui est chargé de reverser ce montant aux sociétés de gestion concernées. Ces solutions visent à adapter la notion de redevance pour copie privée à l'univers en ligne. Nous les désignerons ci-après par le terme de « taxe sur le partage de fichiers ». Ceux qui sont favorables à l'idée d'une taxe sur le partage de fichiers pensent qu'il n'est pas possible, ni souhaitable de bloquer les échanges de contenus entre des millions d'internautes. Toutefois, ils défendent également l'idée que les titulaires de droits doivent être rémunérés pour le partage non autorisé de leurs œuvres. Selon eux, faire payer une redevance forfaitaire aux internautes permettrait de compenser la pratique du partage qui, actuellement, prive les titulaires de droits de tout bénéfice concret⁴¹.

Toutefois, cela est plus facile à dire qu'à faire. La législation actuelle au niveau de l'UE ne permet pas le partage non autorisé des œuvres protégées. Une taxe sur le partage de fichiers nécessiterait probablement une modification importante des règles du droit d'auteur au niveau national et européen. Par ailleurs, une telle taxe soulève des questions majeures au niveau économique et logistique.

1. Analyse juridique

A l'ère analogique, les choses étaient assez simples : le piratage était une activité à but lucratif dirigée par divers réseaux de trafiquants et elle était basée sur la reproduction illégale d'œuvres protégées sur des supports physiques. Avec le développement d'internet, un nouveau type de piratage est apparu : le partage de fichiers. Toutefois, le partage de fichiers n'est pas une activité à but lucratif dirigée par des trafiquants, mais le libre échange de fichiers numériques entre un nombre quasiment illimité d'utilisateurs anonymes. Ici, l'aspect commercial est absent, et certains affirment que ce partage de contenus est couvert par l'exception pour copie privée, parce qu'il est fait pour un usage personnel.

Afin d'établir si le partage de fichiers porte atteinte au droit d'auteur, deux actions distinctes doivent être analysées séparément : l'offre d'œuvres protégées aux membres d'un réseau (mise en ligne) et la copie de ces œuvres par les membres du réseau (téléchargement).

La mise en ligne d'œuvres protégées sur des sites internet et les réseaux de partage de fichiers constituent ce que la Directive 2001/29/CE désigne par la « mise à disposition du public d'œuvres et autres objets protégés de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. » C'est ce qu'on appelle le « droit de mise à disposition ». Ce droit exclusif fait partie du droit de communication au public. Actuellement, ni la Directive 2001/29/CE, ni l'Accord sur les ADPIC, ni les traités de l'OMPI ne prévoient d'exception au droit de mise

36) Voir plus bas.

37) Voir plus bas.

38) Voir *Torrentfreak.com, Dutch Artist Unions Call Government to Legalize File-Sharing*, disponible sur : <http://torrentfreak.com/dutch-artist-unions-call-government-to-legalize-file-sharing-101124/>

39) Voir *Proposition de loi visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet (déposée par M. Benoit Hellings et Mme Freya Piryns)*, 2 mars 2010, disponible sur : <http://www.bela.be/media/109096/proposition%20de%20loi%20ecolo-groen%20licence%20globale%20hellings-piryns.pdf>

40) Voir par ex. *Proposta di Legge d'iniziativa dei deputati Beltrandi, Bernardini, Zamparutti, Farina Coscioni, Maurizio Turco, Mecacci, Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di comunicazione di opere al pubblico da parte di persone fisiche che scambiano archivi attraverso reti digitali per fini personali e senza scopo di lucro, nonché di riproduzione privata dei fonogrammi e videogrammi dalle medesime messi a disposizione del pubblico, presentata il 29 aprile 2008*, disponible sur : http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0008140.pdf

41) Les logiciels sont généralement exclus de telles propositions.

à disposition pour les utilisations non commerciales/privées. Par conséquent, la mise en ligne d'œuvres protégées sur internet (par exemple sur les réseaux de partage de fichiers ou de services tels que Rapidshare) sans l'autorisation requise viole le droit exclusif de mise à disposition.

En principe, la copie d'œuvres protégées sans autorisation viole le droit de reproduction. Mais une personne qui télécharge des œuvres protégées par le droit d'auteur à partir de réseaux P2P de partage de fichiers le fait généralement « à des fins privées », c'est-à-dire pour écouter ou regarder ces œuvres à domicile, sur un ordinateur, un téléphone portable ou un lecteur MP3. La véritable question est donc la suivante : les téléchargements relèvent-ils de l'exception pour copie privée ? Tout d'abord, il faut savoir si la loi du pays concerné comprend ou non une telle exception. Si tel est le cas, le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées à partir de réseaux P2P doit être couvert par le champ d'application de l'exception.

Parmi les pays ayant prévu une exception pour copie privée, on peut distinguer deux groupes :

- ceux qui ont adapté l'exception pour exclure explicitement de son champ d'application le téléchargement non autorisé à partir de sites internet ou de réseaux P2P ;
- ceux qui ont conservé jusqu'à présent l'exception telle qu'elle était intégrée dans la législation nationale avant la révolution numérique.

Le premier groupe comprend des pays comme l'Allemagne, où l'article 53, paragraphe 1 de l'UrHG interdit les copies privées si elles proviennent de la duplication d'une « copie qui a été clairement produite ou rendue accessible au public de façon illégale. »

Le deuxième groupe comprend des pays qui ont conservé une exception plus large de la copie privée dans leur législation nationale. Dans ces pays, une interprétation littérale de la loi pourrait conduire à la conclusion que les téléchargements non autorisés sont protégés par l'exception pour copie privée.

Aux Pays-Bas, par exemple, plusieurs décisions des tribunaux indiquent clairement que le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées sur internet entre dans le champ d'application de l'exception pour copie privée⁴². En outre, une décision de la Cour d'appel de La Haye est allée jusqu'à affirmer que, puisque le téléchargement à partir d'une source illégale à des fins privées n'est pas interdit, cela devrait être pris en compte dans le calcul du montant du prélèvement pour copie privée⁴³. Cette position pourrait toutefois être renversée par la législation. En 2009, un groupe de travail parlementaire sur les droits d'auteur (le Comité Gerken) a publié un rapport⁴⁴ proposant d'interdire le téléchargement à partir de sources illégales, suivant l'exemple allemand, et d'abolir progressivement les prélèvements pour copie à usage privé. En réponse, le ministre de la Justice a déclaré que le Gouvernement néerlandais était globalement d'accord avec les propositions du Comité⁴⁵. Plus récemment, le 11 avril 2011, Fred Teeven, secrétaire d'Etat néerlandais à la Sécurité publique et la Justice, a publié un énoncé de mission⁴⁶ dans lequel il propose de moderniser le droit d'auteur néerlandais⁴⁷. Entre autres mesures, il se propose de

42) Voir par ex. IRIS 2011-1/41 et IRIS 2011-1/42.

43) Cour d'appel de La Haye, 15 novembre 2010, ACI c.s. c. Stichting De Thuis kopie & SONT, LJN B03982, 200.018.226/01, 05-2233, disponible sur : <http://www.cedar.nl/uploads/files/file/Cedar/uitspraak%20151110.pdf>
Voir également <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/1/article42.en.html>

44) Rapport final du groupe de travail parlementaire sur le droit d'auteur (Comité Gerken), Tweede Kamer (seconde chambre), 2008-2009, 29 838 et 31 766, no. 19. Disponible sur : http://www.tweedekamer.nl/images/Herdruk_rapport_auteursrecht_118-191067.pdf

45) Voir P. Bernt Hugenholtz, [RIDA 2010] Chronicle of the Netherlands - Dutch copyright law, 2001-2010, disponible sur : http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/RIDA_2010.pdf

46) *Staatssecretaris Teeven biedt de Tweede Kamer, mede namens de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de speerpuntenbrief Auteursrecht 20@20 aan* (Rapport de mission du secrétaire d'Etat à la Sécurité publique et à la Justice Fred Teeven), disponible sur : <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2011/04/11/speerpuntenbrief-auteursrecht-20-20.html>

47) Voir IRIS 2011-5/34.

rendre illégal le partage de fichiers et d'abolir les prélèvements pour copie privée, notamment sur CD et DVD vierges⁴⁸.

Dans la plupart des pays de l'UE, le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées est illégal. Et si le partage de fichiers n'est pas un acte de copie privée, il n'est pas couvert par les prélèvements pour copie privée. Plusieurs pays sont en train de mettre en place des règles plus strictes contre le partage non autorisé d'objets protégés par le droit d'auteur. Cependant, nombreux sont ceux qui affirment que le partage de fichiers continuera à subsister et ne se laissera pas arrêter par des mesures rédhibitoires. Les défenseurs de cette position soutiennent qu'il est temps d'adopter une démarche différente pour résoudre ce casse-tête numérique.

Deux grandes options sont proposées pour légaliser le partage de fichiers :

- i. l'exception au droit de mise à disposition ;
- ii. la gestion collective obligatoire du droit de mise à disposition.

Ces deux propositions impliquent l'introduction d'une exception de copie privée et la gestion collective obligatoire du droit connexe à une rémunération⁴⁹.

La première proposition, à savoir l'introduction d'une exception au droit de mise à disposition, suppose la modification de la Directive 2001/29/CE, de l'Accord sur les ADPIC et des traités de l'OMPI en vue d'instaurer une exception au droit de mise à disposition à des fins non commerciales. Une telle exception aurait à se conformer au test en trois étapes prévu par ces instruments juridiques (voir ci-dessus).

En Allemagne, la formation politique *Bündnis 90/Die Grüne* propose actuellement, dans le cadre de son programme politique, la mise en place d'une *Kulturflatrate* (forfait culturel). Le principe consiste à faire payer aux internautes un montant forfaitaire en complément de leur abonnement mensuel à internet. Ce forfait serait obligatoire pour l'utilisateur et lui donnerait le droit de mettre des produits culturels à la disposition d'autres internautes à des fins non commerciales.

Afin de soutenir cette proposition, le groupe parlementaire *Bündnis 90/Die Grüne* et la fraction des Verts/Libre alliance européenne (*The Greens/European Free Alliance*) au Parlement européen ont commandé un rapport sur la faisabilité juridique de la *Kulturflatrate* conformément au droit national et européen⁵⁰. Ce rapport a été présenté au Parlement européen en mars 2009.

Le rapport analyse les obstacles juridiques que la *Kulturflatrate* devra surmonter pour être introduite dans le système juridique allemand. Selon les auteurs, le *Kulturflatrate* est légalement possible, mais sa mise en place exige une modification de la Directive 2001/29/CE et de la loi allemande sur le droit d'auteur en raison de la nécessité d'introduire une exception au droit de mise à disposition. Les auteurs affirment qu'une telle exception, une fois introduite, serait conforme au test en trois étapes.

La deuxième proposition, à savoir l'introduction obligatoire de la gestion collective du droit de mise à disposition, n'implique pas l'introduction d'une exception au droit de mise à disposition,

48) L'auteur souhaite remercier Kevin van 't Klooster de l'Institut du droit de l'Information de l'Université d'Amsterdam pour les informations concernant la situation des Pays-Bas.

49) Pour une troisième proposition concernant des licences collectives élargies, voir Philippe Aigrain, *Internet et Création*, disponible sur : http://paigrain.debatpublic.net/?page_id=171
Voir également NEXA Center for Internet and Society, *Remunerating Creativity, Freeing Knowledge: File-Sharing And Extended Collective Licenses*, disponible sur : <http://nexa.polito.it/nexafiles/NEXACenter-ExtendedCollectiveLicenses-EnglishVersion-June2009.pdf>

50) Alexander Roßnagel, Silke Jandt, Christoph Schnabel, Anne Yliniva-Hoffmann, *Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht*, disponible sur : http://www.gruene-bundestag.de/cms/netzpolitik/dokbin/278/278059.kurzgutachten_zur_kulturflatrate.pdf

mais plutôt l'obligation pour les ayants droit de gérer ce droit par l'intermédiaire d'une société de gestion collective⁵¹.

En France, en 2001, la société civile pour l'Administration des Droits des Artistes et Musiciens Interprètes (Adami) a développé le concept d'une licence globale. Ce concept a été présenté officiellement en 2004, aux Rencontres européennes des artistes de Cabourg. L'Alliance Public-Artistes a été créée en mai 2005 pour assurer la promotion de ce concept. Cette association regroupe les organismes de défense des artistes et des consommateurs et soutient la licence globale⁵².

La licence globale⁵³ est une autorisation qui serait accordée aux utilisateurs pour qu'ils puissent avoir accès légalement aux contenus culturels sur internet et les partager avec d'autres à des fins non commerciales. En contrepartie, les utilisateurs auraient à payer une redevance mensuelle aux titulaires de droits, qui serait ajoutée à leur abonnement internet. Cette licence globale serait facultative pour l'utilisateur, afin que ceux qui ne pratiquent pas le partage de fichiers n'aient pas à la payer. En outre, la licence n'est pas censée couvrir les téléchargements effectués à partir de plateformes commerciales.

La licence globale est un système comprenant deux autorisations distinctes : tout d'abord, l'exception pour copie privée telle qu'elle existe déjà dans la législation française⁵⁴. Ensuite, une autorisation dispensée par les représentants des ayants droit pour des actes de mise à disposition du public. Cette seconde partie du système implique les éléments suivants :

- La gestion collective obligatoire : les ayants droit seraient obligés par la loi de faire gérer partiellement leur droit de mise à disposition par une société de gestion collective. Le législateur désignerait une société de gestion nouvellement créée par agrément ministériel, qui serait en mesure de distribuer des licences individuelles de droit de mise à disposition à des fins non commerciales.
- Les taux de rémunération pour les auteurs, artistes interprètes ou exécutants et producteurs et les limites des actes autorisés seraient librement négociés et fixés par accord entre les représentants des ayants droit, les consommateurs et les fournisseurs d'accès internet. Une commission spécialisée serait chargée de trancher dans les cas où les parties ne parviennent pas à trouver un accord.
- Les fournisseurs d'accès internet seraient tenus d'informer leurs abonnés des conditions générales de la licence globale pour le compte des ayants droit.
- La rémunération serait perçue par le fournisseur d'accès internet et transmise à la société mandatée pour la gestion collective. Cette société serait chargée de la répartition du montant global entre les différentes sociétés de gestion collective

Selon l'Alliance Public-Artistes, le développement des nouvelles technologies et de la gestion collective du droit de mise à la disposition du public permettra de trouver de nouveaux moyens d'information sur les échanges effectués, sans risquer de porter atteinte à la protection des données personnelles, afin de permettre une redistribution précise aux ayants droit concernés.

51) Pour une analyse approfondie de cette proposition, voir : Carine Bernault & Audrey Lebois (sous la direction d'André Lucas), *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique : Étude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur Internet*, disponible sur :

<http://alliance.bugieweb.com/usr/Documents/RapportUniversiteNantes-juin2005.pdf>

52) L'Alliance Public-Artistes réunit plus de 15 organismes représentant les intérêts des musiciens et des comédiens (SPEDIDAM, ADAMI, FNS, SNM-FO, SAMUP, SNEA-UNSA, UMJ), des photographes, dessinateurs, plasticiens (SAIF, UPC, SNAP-CGT), de producteurs indépendants (Quartz Electronic Music Awards), des éducateurs (La Ligue de l'enseignement), des familles (UNAF), des internautes amateurs de musique (Les Audionautes) et des consommateurs (CLCV et UFC Que-Choisir).

53) Voir *Qu'est-ce que la licence globale ?*, disponible sur : http://alliance.bugieweb.com/pages/2_1.html

54) Voir Art. L.122-5-2, Art. L.211-3-2 et Art. L.311-1 du *Code de la propriété intellectuelle*, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>

Lors des débats parlementaires sur la loi DADVSI⁵⁵, l'idée d'une licence globale a été introduite par deux amendements déposés par des membres de l'UMP et du PS. Ces amendements au projet de loi DADVSI ont été adoptés par l'Assemblée nationale, même s'ils ont, par la suite, été annulés lors d'une lecture ultérieure et n'ont jamais été intégrés à la loi⁵⁶.

2. Controverse

Dans la scène finale du film de Brian de Palma « Les Incorruptibles », Al Capone ayant déjà été placé derrière les barreaux, Eliot Ness est informé par un journaliste que la prohibition va être abrogée. Lorsque le journaliste lui demande ce qu'il va faire ensuite, Ness répond nonchalamment : « Je crois que je vais boire un verre. ». Pour comprendre l'humour de la situation, il faut savoir que Ness était un célèbre agent de la prohibition à Chicago. A présent que la vente de boissons alcoolisées est de nouveau légale, il s'apprête à faire une chose qu'il a combattue professionnellement pendant de longues années ...

Il est clair qu'une comparaison entre la prohibition aux Etats-Unis et le partage de fichiers n'a guère de sens. Toutefois, face à l'introduction d'une taxe sur le partage de fichiers, les gens respectueux des lois, qui achètent actuellement leurs CD et DVD ou utilisent des services de téléchargement de type iTunes, pourraient réagir de la même manière qu'Eliot Ness dans le film : ils pourraient adopter la pratique du partage de fichiers, étant donné qu'il serait désormais légal et qu'ils paieraient un droit de licence en tout état de cause. Si tout le monde réagit de la sorte, on peut alors craindre un impact énorme et imprévisible et les plus pessimistes pourraient considérer ce prélèvement comme une carte blanche pour tuer les industries culturelles.

Le 25 janvier 2010, le *Bundesverband Musikindustrie* (association allemande de l'industrie de la musique - BVMI) a publié une prise de position dans laquelle il présente dix arguments contre la *Kulturflatrate*⁵⁷. Selon le BVMI, la *Kulturflatrate* serait une mesure injuste, parce que les consommateurs paieraient pour quelque chose qu'ils n'utilisent pas et que cela induirait une charge disproportionnée pour tous les consommateurs, en particulier les personnes socialement défavorisées et vulnérables. Le BVMI craint également que i) d'un point de vue économique, la *Kulturflatrate* soit contraire aux principes économiques de notre société et supprime les fondements économiques des nouveaux modèles d'activité numériques ; ii) d'un point de vue juridique, la *Kulturflatrate* soit contraire aux traités internationaux sur le droit d'auteur, retire aux auteurs et aux artistes le droit de déterminer l'utilisation de leurs œuvres et conduise à une dévaluation de la propriété intellectuelle ; iii) d'un point de vue administratif, la *Kulturflatrate* crée davantage de problèmes que de solutions et qu'elle nécessite la mise en place d'une bureaucratie et d'un dispositif administratif démesurés et iv), par ailleurs, la *Kulturflatrate* ait pour effet de « niveler » la culture.

En France, il y a eu aussi des réactions négatives : la Commission sur la distribution des contenus numériques en ligne du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique juge la proposition d'une licence globale non viable d'un point de vue économique⁵⁸.

Il est vrai qu'un prélèvement pour le partage de fichiers pose effectivement un grand nombre de questions :

- Tout d'abord, quel devrait être le montant de cette taxe ? Si l'on devait lier le montant de la taxe à l'impact que le partage de fichiers pourrait avoir sur d'autres produits ou services commerciaux existants, il pourrait être très élevé ...

55) Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350>

56) Voir <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/7/article20.fr.html> et <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/2/article15.fr.html>

57) Bundesverband Musikindustrie (BVMI), *Positionspapier zur Kulturflatrate*, disponible sur : http://www.musikindustrie.de/politik_einzelansicht/back/56/news/positionspapier-zur-kulturflatrate/

58) Voir Pierre Sirinelli : « La licence légale n'est pas économiquement viable », disponible sur : http://www.lemonde.fr/technologies/article/2005/12/19/pierre-sirinelli-la-licence-legale-n-est-pas-economiquement-viable_722969_651865.html

- Comment la redevance doit-elle être répartie entre les ayants droit ? Mesurer le succès sur internet est tout sauf une science exacte ...
- Qu'advierait-il des fenêtres des médias ? Dès qu'une œuvre est disponible pour le partage, toutes les fenêtres des médias deviennent obsolètes.
- Qu'advierait-il des échanges transfrontaliers ? Si un internaute télécharge un fichier mis à disposition dans un pays où il n'y a pas de prélèvement pour le partage de fichiers, le droit de mise à disposition ne serait pas couvert et il y aurait alors infraction.
- Quelle serait la définition des « fins non commerciales » ? Devront-elles inclure des modèles économiques basés sur le partage de fichiers de tiers ?

Il y a sûrement beaucoup d'autres questions à résoudre. Peut-être l'inventeur américain Charles F. Kettering avait-il raison quand il affirmait : « Nous avons beaucoup de gens prêts à révolutionner le monde parce qu'ils n'ont jamais eu à présenter une maquette de travail⁵⁹. » L'introduction d'une telle mesure révolutionnaire ne saurait se faire sans l'avoir scrupuleusement testée au préalable, chose qui semble impossible à réaliser. Mais le fait de proposer des alternatives à la piraterie sur internet ne peut qu'encourager la poursuite d'une réflexion sur ce problème apparemment insoluble. Ce qui n'est certainement pas une mauvaise chose, après tout ...

IV. La voie à suivre

*I'm standing at the crossroads
There are many roads to take
But I stand here so silently
For fear of a mistake*

Calvin Russell, *Crossroads*

Le 5 novembre 2010, Neelie Kroes, vice-présidente de la Commission européenne en charge de l'Agenda Numérique, a annoncé que la Commission examinerait à nouveau le problème des divergences nationales concernant la rémunération pour copie privée. Par ailleurs, Michel Barnier, commissaire en charge des questions de droit d'auteur, vient de présenter une stratégie européenne en matière de propriété intellectuelle, où il est annoncé la nomination d'un médiateur de haut niveau afin de parvenir à un accord entre les parties concernées sur les redevances pour copie privée⁶⁰. En fait, les prélèvements pour copie privée figurent à l'ordre du jour de la Commission européenne depuis un bon moment maintenant, sans toutefois déboucher sur aucune action décisive. Il s'agit d'une question très sensible, ce qui explique pourquoi la Commission préfère adopter une attitude prudente à cet égard. Toutefois, la décision de la CJUE dans l'affaire Padawan pourrait accélérer les choses, ne serait-ce qu'au niveau national.

En ce qui concerne la taxe sur le partage de fichiers, aucun accord sur l'introduction d'une de ces propositions ne semble pointer à l'horizon. Cependant, les protestations s'amplifient contre le fait que ceux qui passent pour les principaux bénéficiaires du partage illicite de fichiers, à savoir les fournisseurs d'accès internet, ne contribuent pas à la rémunération de la créativité. En France par exemple, les sociétés de gestion collective SACEM et l'Adami ont appelé conjointement, en 2009, à

59) Voir http://thinkexist.com/quotes/charles_f._kettering/

60) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle - doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix », 24 mai 2011, COM(2011) 287 final, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_fr.pdf

l'instauration d'une taxe sur le chiffre d'affaires global des fournisseurs d'accès internet. Selon leur communiqué de presse commun⁶¹, cette contribution pourrait être ajustable en fonction du volume global des échanges non autorisés. Il conviendrait de prendre en compte à la fois le préjudice économique subi et le préjudice à venir, et cette taxe serait gérée collectivement. Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue par le Gouvernement français jusqu'à présent.

Quelle que soit la voie qui permettra de sortir de ce carrefour, elle nécessitera un large consensus entre toutes les parties concernées. Or, c'est sans doute ce qui est le plus difficile à obtenir ...

61) Communiqué de presse de SACEM & Adami, 6 octobre 2009, *Les auteurs, les compositeurs, les artistes-interprètes et les éditeurs de musique pour une contribution compensatoire sur Internet*, disponible sur : http://www.adami.fr/fileadmin/user_upload/pdf_docs/02_Defendre/Les_droits_sur_internet/communiqu_e_Adami_Sacem_mission_Zelnik_oct2009.pdf