

Les implications juridiques et économiques du téléchargement d'œuvres sur Internet : les clés du débat

François Dubuisson

Chargé de cours à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)

Introduction :

L'avènement de l'univers numérique a engendré une véritable révolution dans le domaine des œuvres musicales et audiovisuelles, touchant à leur mode de création, de diffusion et de consommation. La musique a été certainement la première et la plus fortement bouleversée par le changement de paradigme impliqué par le développement des technologies digitales¹, mais les œuvres cinématographiques et télévisuelles ont rapidement été impliquées et ce sont maintenant les œuvres littéraires qui sont directement concernées.

La numérisation des œuvres a très largement facilité leur reproduction et le développement d'Internet a permis aux simples particuliers le partage la diffusion à très grande échelle d'œuvres protégées par le droit d'auteur. L'industrie a enregistré une baisse significative de son chiffre d'affaires, à partir du début des années 2000, baisse imputée au phénomène du téléchargement d'œuvres à partir d'Internet². Dans ce contexte, s'est posée la question du renforcement de la protection du droit d'auteur et de la réponse juridique à apporter au phénomène du téléchargement. Présenté comme une solution appropriée au défi lancé au droit d'auteur par l'avènement des réseaux numériques, le régime juridique mis en place en 2001 par la directive européenne relative au droit d'auteur dans la société de l'information est rapidement apparu dépassé par la situation et la mise en place d'une protection juridique de « systèmes techniques de protection » des œuvres numériques, conçu comme la solution qui permettrait de lutter efficacement contre les utilisations illégales des œuvres sur les réseaux, n'a pas apporté les résultats escomptés. C'est ainsi qu'au milieu des années 2000, deux autres modèles de solution ont été avancés, relevant de fondements philosophiques et politiques différents. D'une part, le système de la « licence globale », qui établit une licence de

¹ Voy. D. KUSEK and G. LEONHARD, *The Future of Music. Manifesto for the Digital Music Revolution*, Berkley Press, 2005, pp. 4 et s.

² Voy. IFPI, Digital Music Report 2012, http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2012.html.

téléchargement pour les utilisateurs d'Internet moyennant une redevance mensuelle perçue sur l'abonnement au fournisseur d'accès et reversée aux ayants droit. D'autre part, le régime de la « réponse graduée », qui a été adopté en France en mai 2009 dans le cadre de la très controversée loi « Création et Internet » (dite « loi HADOPI ») et qui prévoit un régime de sanction au droit d'auteur propre à Internet, géré par une autorité administrative, et qui aboutit, après plusieurs avertissements infructueux adressés à l'internaute, à la coupure de l'accès à Internet.

La question de l'appréhension du phénomène du téléchargement d'œuvres sur Internet apparaît extrêmement complexe et dépassant largement le cadre étroit du droit pour s'étendre aux domaines de l'économie, de la politique, de la sociologie, de la philosophie, etc. La présente contribution entend ainsi éclairer les principaux aspects de cette problématique, en en cernant les enjeux et en précisant les termes du débat. Il s'agira de constater tout d'abord que le téléchargement constitue un phénomène très difficile à évaluer, tant sur le plan quantitatif que sur le plan de ses conséquences économiques (1). On verra ensuite que l'analyse juridique des actes de téléchargement est plus délicate qu'il n'est parfois prétendu et que des incertitudes demeurent à cet égard (2). On s'interrogera alors sur les modèles de solution proposés, qu'ils soient juridiques (3) ou économiques (4). Enfin, en guise de conclusion, sera posée la question de l'avenir du droit d'auteur, dans le contexte du monde numérique (5). Pour les besoins de l'analyse, le domaine de la musique constituera notre point de référence privilégié, s'agissant du secteur touché le premier et le plus massivement par la pratique du téléchargement sur les réseaux numériques.

1. Le téléchargement : un phénomène difficile à appréhender

Il est indéniable qu'aujourd'hui, le téléchargement d'œuvres sur Internet constitue une pratique très largement répandue, qu'il se réalise par le moyen de réseaux peer-to-peer (P2P) ou par celui de sites d'hébergement de contenus. De nombreux rapports ont été rendus sur la question mais leurs conclusions apparaissent très contrastées voire contradictoires et ils sont le plus souvent commandités par des acteurs directement intéressés dans le domaine de l'industrie culturelle. Le téléchargement d'œuvre constitue ainsi un phénomène dont il demeure très difficile d'évaluer avec précision tant l'ampleur (a) que les effets économiques (b).

a) La difficulté de l'évaluation quantitative du téléchargement d'œuvres

Le téléchargement d'œuvres sur Internet est sans conteste un phénomène massif mais son échelle tout à fait précise est, par définition, délicate à établir. Pour s'en tenir au partage de fichiers par P2P, l'évaluation se heurte à un double écueil : l'estimation du chiffre global d'échanges et la détermination dans ce chiffre de la part concernant des œuvres diffusées sans le consentement des ayants droit. Des chiffres sont cités dans divers rapports sans que la méthode d'évaluation ne soit explicitée ni scientifiquement établie. Dans la plupart des cas, la source des chiffres provient de l'industrie culturelle elle-même. Le Rapport intitulé « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux », rendu par Denis Olivennes au Ministre français de la culture, rapport qui a constitué l'une des sources d'inspiration du système HADOPI, cite pour le domaine musical le chiffre d'un milliard d'échanges en France pour l'année 2006, dont seuls 20 millions seraient en provenance de plateformes de téléchargement légal, tout en admettant que « les chiffres ne sont pas faciles à établir et peuvent être discutés dans leur ampleur exacte »³. La seule source indiquée est celle du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP), qui regroupe les principales majors de l'industrie du disque et qui, à ce titre, peut difficilement être considérée comme une source indépendante. Une autre étude plus récente, établie par le groupe TERA consultants, évalue pour la France à 778 millions le nombre d'unités de « violations du droit d'auteur » (« copyright infringements ») concernant la musique digitale (à l'exclusion des supports physiques)⁴. La source en est à nouveau le SNEP, dont le rapport cité n'explique ni ne justifie la manière dont ce chiffre a pu être établi⁵. A cet égard, il n'est guère aisé de comprendre ce que désigne concrètement cette « unité de violation » : un échange de fichier, une chanson, un album, un ensemble d'albums⁶ ? En outre, à l'instar de la plupart des rapports rendus sur le sujet, l'étude s'abstient de définir ce qu'il faut entendre par « piratage » (« pirated music »), téléchargement « illégal » (« illegal music downloading ») ou violations du droit d'auteur (« copyright infringements »), alors que, comme on le verra plus loin, ces concepts sont loin d'être évidents et peuvent varier très largement d'un pays à l'autre.

³ Rapport « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux », novembre 2007, p. 5.

⁴ TERA consultants, « Building a Digital Economy : The Importance of Saving Jobs in Digital Economy », mars 2010, appendix 1.1, p. 47.

⁵ SNEP, « L'économie de la production musicale 2009 », p. 34.

⁶ Le rapport de la SNEP (qui n'est pas explicitement cité par l'étude TERA) semble se référer au nombre de « titres musicaux » téléchargés (*op. cit.*, p. 34).

A partir de ce bref aperçu, on peut constater que l'évaluation du nombre de téléchargements illégaux d'œuvres sur Internet est très incertaine et que les chiffres annoncés dans les études sont peu fiables car reposant sur des sources directement issues de l'industrie culturelle et qui n'explicitent aucune méthodologie expliquant le mode d'évaluation. De plus aucune explication n'est donnée quant à la définition de ce qui est entendu par piratage ou téléchargement illégal. Ces difficultés à évaluer de manière fiable le volume de téléchargements non autorisés rendent très délicate toute estimation de l'impact économique du phénomène du téléchargement, ce qui sera examiné dans le point suivant.

b) La difficulté de l'évaluation de l'impact économique du téléchargement d'œuvres

S'il est délicat d'évaluer le nombre d'échanges illicites d'œuvres sur Internet, il est encore plus complexe de déterminer l'impact économique du phénomène du téléchargement. Certaines études tentent de la faire, mais les chiffres auxquels elles aboutissent sont à prendre avec les plus grandes précautions. En effet, toute évaluation se heurte à plusieurs écueils : la détermination du nombre de téléchargements illicites (voir *supra*), la définition du taux de substitution (la fixation de la portion d'œuvres qui aurait été achetées en l'absence de téléchargement « pirate »), l'analyse du comportement des consommateurs dont les profils peuvent être complexes et variables.

Diverses études tendent à conclure à un effet négatif important du téléchargement sur les ventes de musique⁷. Prenons pour exemple l'étude publiée en novembre 2008 et réalisée par Equancy et Tera Consultants, intitulée « Rapport Hadopi : Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France »⁸, rapport remis à Christine Albanel, ministre de la Culture alors en charge du dossier Hadopi. Selon ce rapport, le téléchargement illicite d'œuvres sur Internet entraînerait une perte de chiffre d'affaires de 333,3 millions d'euros dans le domaine musical. La méthode utilisée pour parvenir à cette estimation n'échappe toutefois pas à la critique. Le point de départ du calcul est constitué par le nombre supposé de

⁷ Voy. la liste établie par l'IFPI, « The Impact of Illegal Downloading on Music Purchasing », novembre 2009.

⁸ Equancy & Tera Consultants, Rapport HADOPI : Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France : Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique, novembre 2008, <http://www.guim.fr/blog/2008/11/impact-conomiqu.html>.

téléchargements illégaux de fichiers (700 millions) dont la source est le SNEP⁹, représentant l'industrie du disque. Aucune précision n'est apportée quant à la méthode de détermination de ce chiffre. Le chiffre de 700 millions est ensuite augmenté d'une portion de 51 % représentant le taux de « prêts » à des tiers des fichiers téléchargés, pour obtenir un total de 1 milliards 6 millions de fichiers échangés. Ce résultat est soumis à un taux de substitution de 10 %, fixé également sans justification scientifique précise, en référence à une seule étude. Le volume de « pertes unitaires » est alors établi à 106 millions multiplié par un prix unitaire de revente, évalué à 1,95 € sur Internet (source, selon l'étude, de 90 % des ventes avortées) et à 14,40 € en magasin (source des 10 % des ventes avortées restantes). Cette évaluation du prix unitaire est critiquable à deux égards. D'une part, le montant de 1,95 € paraît très largement surévalué lorsque l'on sait que le prix pratiqué à l'époque sur les plateformes de téléchargement était généralement de 0,99 €/titre. Aucune explication n'est donnée par l'étude sur ce point. D'autre part, le « prix unitaire magasin » de 14,4 € renvoie lui à l'achat d'un album CD complet (10 à 15 chansons en moyenne). Il est donc illogique d'utiliser ce montant pour évaluer la perte d'une unité téléchargée illégalement. Dans le rapport du SNEP, le chiffre de 700 millions renvoie au nombre de « titres musicaux » échangés, ce qui vise dans le contexte du rapport des chansons individuelles et non des albums entiers. Mais à nouveau, aucune explication n'est donnée sur ces points dans l'étude Equancy/Tera. Dans un rapport publié par Tera deux ans plus tard, déjà cité ci-dessus, le chiffre de la perte due au téléchargement de musique sur les réseaux est évalué cette fois à 184 millions d'euros, soit un montant largement moindre que celui établi en 2008 pour un volume d'échanges de fichiers musicaux présenté pourtant en hausse¹⁰. La différence s'explique par la modification de certaines variables, modification qui ne fait l'objet d'aucune justification¹¹.

Il faut encore souligner que divers paramètres ne sont pas pris en considération dans ce type d'études : le caractère limité du budget loisirs des consommateurs, l'apparition d'autres sources de dépenses (téléphones portables, ordinateurs, balladeurs mp3), les profits nouveaux générés par des services et produits liés à la consommation d'œuvres (merchandising,

⁹ SNEP, « L'économie de la production musicale 2008 », p. 16.

¹⁰ TERA consultants, « Building a Digital Economy : The Importance of Saving Jobs in Digital Economy », march 2010, pp. 24 et 47.

¹¹ En particulier, le prix unitaire de revente et la suppression de l'ajout d'un pourcentage lié au « prêt » de fichiers.

concerts,...) et à l'apparition des nouvelles technologies, le paiement éventuel d'une redevance pour copie privée sur le matériel ou le support de reproduction¹².

D'autres études existent qui montrent le caractère très incertain du lien entre la pratique du téléchargement et la baisse des ventes d'œuvres musicales ou autres. Se fondant sur la littérature existante réalisée de manière indépendante et publiée dans des revues scientifiques, un rapport rendu par TEO, SEO et IViR en février 2009, pour le compte du gouvernement néerlandais, tire les conclusions suivantes concernant la détermination du lien entre téléchargement non autorisé et baisse des ventes : « Taking all the empirical data into consideration, the conclusion to be drawn from the international scientific literature is that a negative effect of file sharing on the purchase of CDs can be neither ruled out nor indisputably confirmed »¹³. Quant au comportement des consommateurs, l'étude constate que ceux qui ont l'habitude de télécharger n'achètent par ailleurs pas moins de musique que ceux qui ne téléchargent pas et qu'ils ont tendance à davantage fréquenter les concerts et acheter du merchandising¹⁴. L'étude arrive à la conclusion que, pris dans ses effets globaux, le phénomène du téléchargement est susceptible de présenter un bilan économique positif, même si cela se réalise en partie au détriment de l'industrie de contenus culturels¹⁵.

Il est également intéressant de replacer la crise de l'industrie de la musique dans une perspective historique, sujet d'une étude réalisée par Bourreau et Labarthe Piol¹⁶. Analysant les fluctuations du marché du disque depuis sa création, ils mettent en évidence quatre facteurs intervenant dans ces fluctuations : l'apparition d'un nouveau média de promotion, le changement de support, la concurrence d'autres loisirs et l'apparition de moyens de copie. Ces facteurs permettent d'expliquer des fortes diminutions de ventes lors, par exemple, de l'apparition de la radio (années 1920), du passage du 78 au 33 tours, de l'apparition de la cassette vierge (années 1970) ou encore du passage au compact disc (1983). Selon ces

¹² Par exemple, en Belgique, une rémunération est due pour tout type de copies, qu'elle entre dans le champ de la copie privée ou non.

¹³ TEO, SEO, IViR, « Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games », 18 février 2009, p. 98.

¹⁴ *Ibidem*, p. 75. Voy. aussi Birgitte ANDERSEN and Marion FRENZ, « The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada », 2007.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 103 et s.

¹⁶ M. BOURREAU et B. LABARTHE PIOL, « Le peer to peer et la crise de l'industrie du disque : une perspective historique », 2006.

auteurs, la crise actuelle de l'industrie du disque s'expliquerait par la combinaison simultanée des quatre facteurs, situation assez inédite : développement d'Internet, passage du CD au mp3, choix accru de loisirs et système de copies digitales. Ils en déduisent que « les échanges n'expliquent qu'une faible part de la réduction des ventes. D'autres facteurs sont à l'œuvre, liés en particulier au développement de nouveaux comportements de divertissement (écoute de radio en ligne, navigation sur Internet, consommation DVD, etc.) et à la fin probable du cycle de vie de la technologie CD »¹⁷.

Ce bref tour d'horizon des études sur l'impact du téléchargement sur l'économie de la musique, qui ne se prétend en rien exhaustif, permet en tout cas de montrer les grandes incertitudes qui existent concernant l'évaluation de cet impact et le caractère extrêmement complexe de la question. Il semble que si la pratique massive du téléchargement d'œuvres sur les réseaux produit nécessairement un effet sur la commercialisation d'œuvres, l'ampleur exacte et la nature de cet effet demeurent difficiles à établir. Des effets positifs indirects pour d'autres secteurs et/ou au profit d'autres acteurs sont également enregistrés et d'autres facteurs paraissent jouer un rôle importants dans la baisse des chiffres enregistrés par l'industrie musicale.

2. Le téléchargement d'œuvres diffusées sans autorisation : une analyse juridique délicate

La pratique du téléchargement d'œuvres diffusées sans autorisation donne lieu à un débat juridique délicat. Le processus de téléchargement diffère selon la technique utilisée. S'il se réalise à partir d'un contenu hébergé sur un site (comme Megaupload ou Rapidshare) l'acte consiste en une reproduction par l'utilisateur. Si le téléchargement est fait par l'intermédiaire du peer-to-peer (P2P), la reproduction (downloading) se double d'un acte de mise à disposition du public (uploading), le contenu de l'ordinateur de l'internaute étant mis à disposition des autres utilisateurs, principe d'échange sur lequel se fonde le système P2P. Il n'est guère douteux que ce second aspect de l'opération constitue une violation du droit d'auteur, le contenu protégé étant diffusé vers un public sans l'autorisation des ayants droit¹⁸. L'analyse est nettement plus difficile concernant la reproduction de l'œuvre par l'utilisateur.

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸ Voy. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVSI et HADOPI*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2010, p. 32.

En effet, cette reproduction peut se concevoir comme une copie à des fins d'utilisation privée, pour autant qu'elle ne soit pas destinée à une communication ou une distribution publiques¹⁹. L'utilisateur serait alors en mesure de bénéficier d'une exception au droit d'auteur, admise en droit international et européen et prévue dans la plupart des législations nationales. La question demeure toutefois de savoir si l'origine illicite de la copie de l'œuvre (rendue disponible sur Internet sans autorisation) n'est pas de nature à empêcher l'invocation par l'utilisateur du bénéfice de l'exception. Par exemple, la loi belge limite l'application des exceptions au cas où l'œuvre a été « licitement publiée ». Ces termes impliquent-ils que l'exception de copie privée n'est applicable que si la reproduction a été faite au départ d'une source rendue disponible avec l'accord des ayants droit ou visent-ils uniquement la première publication de l'œuvre, soit l'exercice du droit de divulgation ? Saisie de la question, l'Office de la propriété intellectuelle a conclu dans un rapport rendu en 2003 qu'il « ressort tant de l'examen des travaux préparatoires de la LDA que de celui de la doctrine que la notion d'« œuvre licitement publiée » désignerait plutôt une œuvre divulguée par l'auteur »²⁰. Cette position a été confirmée lors de la réforme de la loi en 2005 et par le ministre de l'Economie qui, au mois de juin 2005, a apporté à une question parlementaire portant sur ce sujet la réponse suivante :

« La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins prévoit certaines exceptions au droit d'auteur notamment en matière de copie privée. Cette exception est susceptible de s'appliquer aux actes de téléchargement effectués dans le cadre des réseaux d'échange de données, nommés «Peer to Peer». ²¹»

Les décisions judiciaires ont été assez contrastées, une tendance se dégageant toutefois pour relaxer les prévenus poursuivis pour avoir téléchargé des fichiers musicaux pour leur usage personnel, hypothèse majoritairement considérée comme relevant de l'exception de copie privée, admise par la loi²².

¹⁹ Voy. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op. cit.*, p. 19.

²⁰ Office de la propriété intellectuelle, « Note concernant le champ d'application des exceptions et celui de la rémunération pour la copie privée à l'attention des membres de la Commission consultative », OPRI 10072003.

²¹ Réponse du ministre de l'Economie, de l'Energie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique du 21 juin 2005, à la question n°283 de Mme Jacqueline Galant du 11 mai 2005, QRVA, 51, 084, 27 juin 2005, 14539.

²² Voy. E. WERY, « La copie privée au centre de toutes les attentions : la cour d'appel et le Parlement se penchent sur la question », <http://www.droit-technologie.org>, 19 septembre 2005 ; Fr. DUBUISSON et I. RORIVE, « La liberté d'expression en prise avec l'Internet », in *Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique : entre ombres et lumières*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 389.

En France, l'adoption du dispositif HADOPI a eu pour effet de faire considérer comme étant illicite toute reproduction faite à partir d'une source illicite²³.

Sur le plan européen, il n'existe donc pas de solution uniforme sur la manière de qualifier juridiquement la reproduction d'œuvres faite par un réseau P2P ou depuis un site d'hébergement, lorsque la source de cette reproduction a été rendue disponible sans le consentement des ayants droit. A cet égard, il faut relever que le texte de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ne mentionne aucune condition de « publication licite » de l'œuvre concernant le bénéfice de l'exception de reproduction effectuée pour un usage privé²⁴. L'étendue et la portée de l'exception de copie privée peuvent ainsi varier largement d'un Etat à l'autre, ce qui pourrait entraîner une analyse juridique différente de la pratique du téléchargement. C'est ce qu'a souligné la CJUE dans son arrêt rendu en l'affaire *Scarlet c/ SABAM* :

« En effet, il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission [sur le réseau] dépende également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre »²⁵.

A défaut de consensus européen sur la qualification juridique de la reproduction d'œuvres circulant sur Internet sans le consentement des ayants droit, il n'est guère étonnant qu'il n'existe pas de vision uniforme concernant la réponse juridique adéquate à y apporter.

3. Une solution juridique ? Quel modèle de réponse juridique ?

Les modes de réaction face au phénomène du téléchargement et les pistes de solution juridiques proposées apparaissent très diversifiées²⁶. Une première approche a consisté à entamer des actions, civiles ou pénales, visant les acteurs du téléchargement, qu'il s'agisse des sites d'hébergement ou de P2P, ou des utilisateurs sur un plan individuel. Ces actions ont connu des sorts très variables sur le plan juridique, les requêtes visant les individus se heurtant

²³ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse : de l'alibi pédagogique à la tentation sécuritaire », A. & M., 2010, p. 441.

²⁴ Article 5.2 b) de la directive.

²⁵ CJUE, *Scarlet c/ SABAM*, arrêt du 24 novembre 2011, § 52.

²⁶ Voy. la contribution de V. DELFORGE dans le présent ouvrage.

bien souvent, comme on l'a vu, à l'exception de copie privée. Au delà de leur portée symbolique, les condamnations obtenues n'ont pas été à même d'enrayer sérieusement la progression du téléchargement non autorisé d'œuvres sur Internet²⁷. Les ayants droit ont dès lors tenté de se tourner vers les intermédiaires de l'Internet afin qu'ils prennent les mesures techniques destinées à empêcher l'utilisation contrefaisante de réseaux *peer to peer*²⁸. On trouve dans cette perspective l'action intentée par la société d'auteur SABAM contre le fournisseur d'accès Scarlet, visant à faire condamner ce dernier à mettre en œuvre à l'égard de leurs abonnés un filtrage automatique des transmissions P2P concernant des œuvres protégées²⁹. Saisie en cette affaire d'une question préjudicielle posée par le juge d'appel, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé une telle revendication contraire au droit européen, contrevenant en particulier à l'interdiction de l'imposition aux fournisseurs d'accès à Internet (FAI) d'une obligation de surveillance générale, à la liberté d'entreprise de ces mêmes FAI ainsi qu'au droit des clients à la protection des données à caractère personnel et à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations³⁰.

D'autres modes de réponse ont été envisagés, impliquant une réforme du régime du droit d'auteur, considéré en définitive comme peu à même d'offrir en l'état une voie d'action susceptible d'enrayer le phénomène du téléchargement. A cet égard, la France s'est trouvée au centre des débats puisque s'y sont opposés les deux principaux modèles juridiques de réplique au P2P : celui de la « riposte graduée » d'un côté, celui de la « licence globale » de l'autre. Après l'éphémère vote en faveur du second à l'Assemblée nationale³¹, c'est finalement le premier qui l'a emporté avec la mise en place du système dit « HADOPI ». Sans entrer dans les détails, on peut résumer le régime mis en place de la manière suivante³² : établissement d'un système répressif gradué visant les utilisateurs, débutant par une simple mise en garde en cas de téléchargement illicite, suivi d'un rappel en cas de récidive et pouvant déboucher sur une condamnation en cas de troisième infraction, la sanction étant susceptible

²⁷ Voy. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁸ Voy. la contribution d'A. STROWEL dans le présent ouvrage.

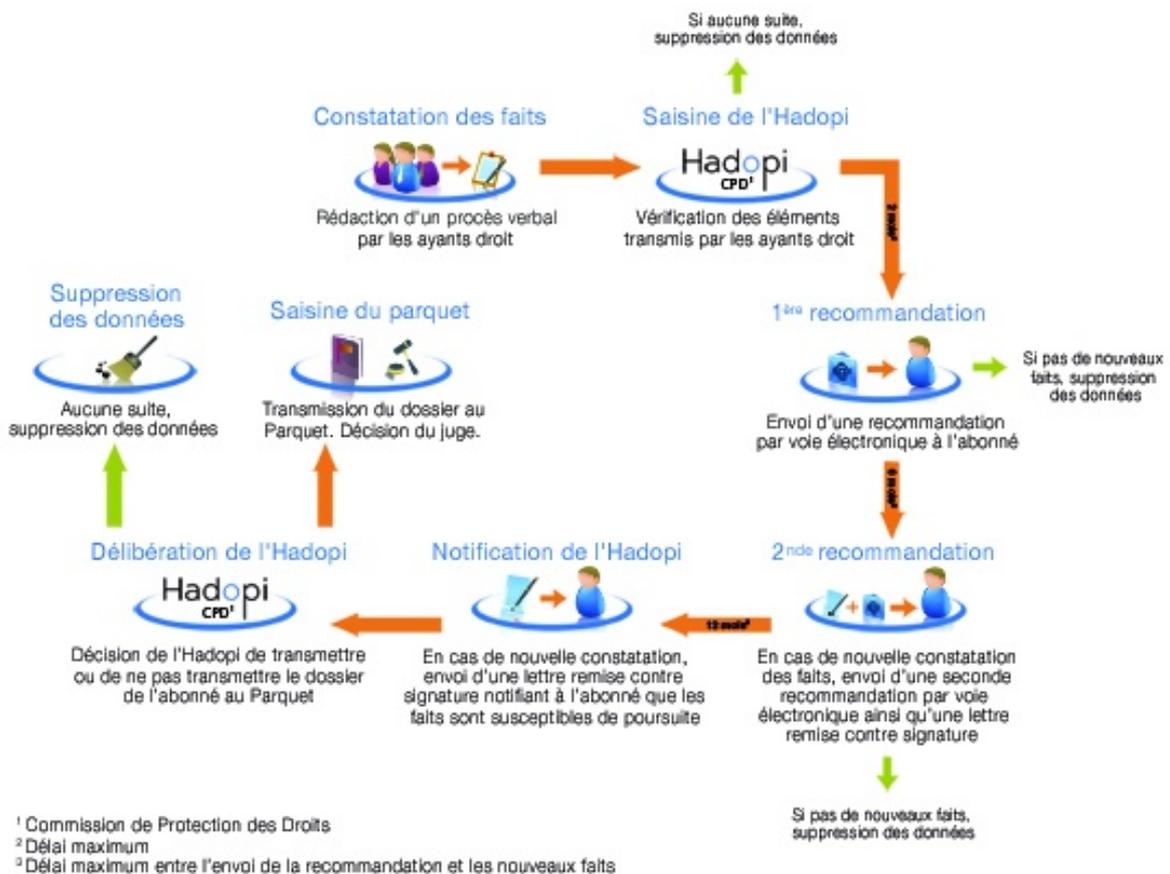
²⁹ Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 26 novembre 2004, précité ; E. MONTERO et Y. COOL, « Le "peer to peer" en sursis ? », *Rev. Dr. Tech. et Inf.*, 21/2005, pp. 97 et s.

³⁰ CJUE, Scarlet c/ SABAM, arrêt du 24 novembre 2011, précité ; voy. également CJUE, Sabam c/ Netlog, arrêt du 16 février 2012.

³¹ Voy. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op. cit.*, pp. 97-101.

³² Pour une analyse approfondie, voy. la contribution de C. GEIGER dans le présent ouvrage.

d'inclure la suspension de l'accès à Internet³³. Le régime nouveau établit également une obligation de sécurisation de l'accès à Internet, par des logiciels appropriés, à charge du titulaire de l'abonnement et une infraction corrélative, la contravention de négligence caractérisée, visant l'abstention de mise en place d'un moyen de sécurisation ou le manque de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen, cette négligence s'étant traduite par la réalisation répétée de téléchargements illicites³⁴. Une haute autorité administrative (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet) est créée afin de mettre en œuvre le volet répressif du système, mais également de développer un volet de prévention et de promotion des offres légales sur Internet. La procédure HADOPI est expliquée schématiquement par le dessin reproduit ci-dessous³⁵.



³³ Pour une analyse détaillée du régime « HADOPI », outre la contribution de C. GEIGER, voy. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op. cit.*, pp. 121 et s.

³⁴ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse... », *op. cit.*, pp. 446-448.

³⁵ Source : <http://www.hadopi.fr>.

Le modèle HADOPI soulève de nombreuses questions. Sans entrer dans leurs détails, on peut mentionner les problématiques suivantes. Tout d'abord, de manière fondamentale, des interrogations existent quant à l'efficacité du système mis en place pour enrayer le phénomène du téléchargement : seul est véritablement visée l'utilisation de P2P alors que la transmission d'œuvres tend à se faire de plus en plus par des sites de streaming ou des sites d'hébergement, moyens qu'il est plus difficile de surveiller³⁶. Des voies techniques de contournement de la surveillance des réseaux sont également disponibles (masquage de l'adresse IP, utilisation de réseaux collectifs,...)³⁷. En juin 2011, la HADOPI publiait un Rapport faisant le bilan d'un an d'activité³⁸. En mai 2011, elle publiait un sondage tendant à indiquer que son institution incite les internautes à changer leurs habitudes de consommation³⁹. Si l'autorité dresse un bilan encourageant de ses premiers mois d'existence, il est difficile à ce stade de tirer des conclusions définitives sur les modifications durables de comportements des internautes. Ensuite, des questions se posent quant au respect de plusieurs libertés fondamentales : vie privée des internautes, qui voient leurs activités sur Internet surveillées par des sociétés déléguées par les ayants droit et dénoncées, le cas échéant, à la HADOPI aux fins d'identification du titulaire de l'abonnement concerné ; limitation à liberté d'expression et d'information, impliquée par la surveillance exercée sur les transmissions P2P et par la sanction consistant en la coupure de l'accès à l'Internet ; établissement d'une infraction de « négligence caractérisée » revenant à établir une responsabilité pour autrui, le titulaire de l'abonnement n'étant pas nécessairement la personne qui a effectué le téléchargement incriminé⁴⁰. Enfin, sur un plan plus philosophique et sociétal, certains craignent, à travers des systèmes comme l'HADOPI, l'établissement d'un régime de surveillance étendu de l'Internet⁴¹.

L'alternative opposée au régime de la réponse graduée est le système de la licence globale, soutenu par certains parlementaires français et plusieurs associations d'artistes et

³⁶ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse... », *op. cit.*, p. 439.

³⁷ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse... », *op. cit.*, pp. 444-445.

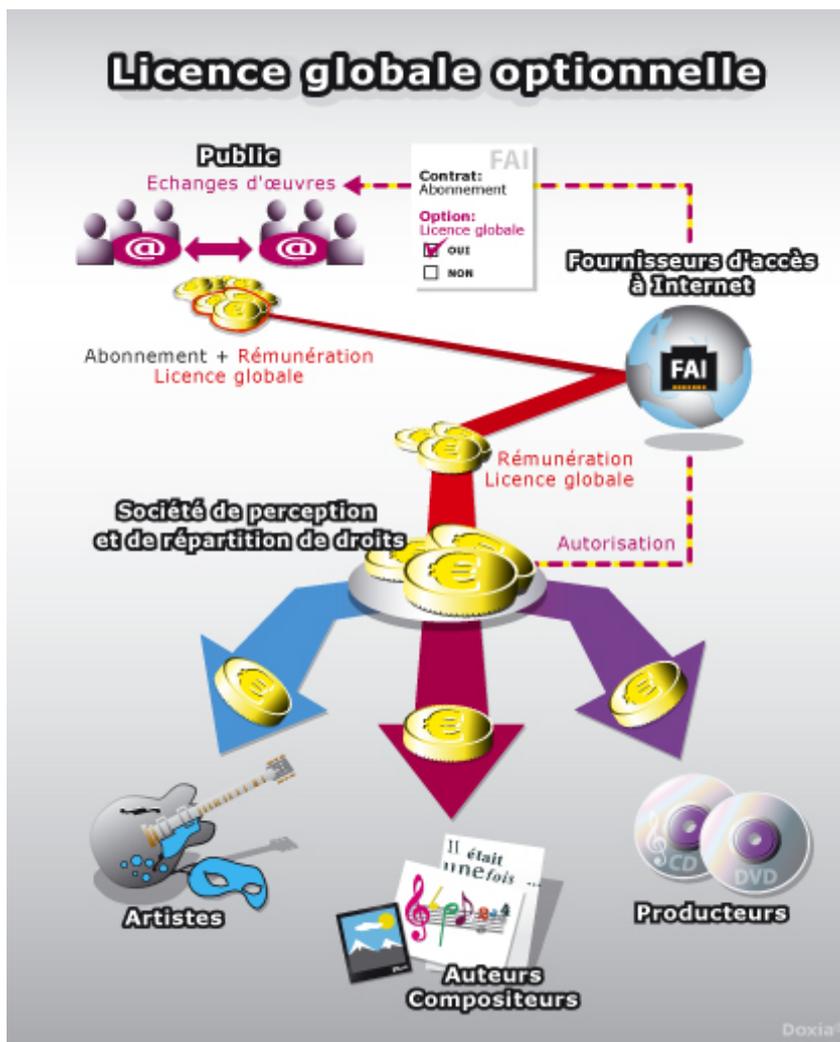
³⁸ HADOPI, *Rapport d'activité 2010*, juin 2011, www.hadopi.fr.

³⁹ HADOPI, *Hadopi, biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes français*, 18 mai 2011, www.hadopi.fr.

⁴⁰ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse... », *op. cit.*, pp. 444 et s. ; E. DERIEUX et A. GRANCHET, *op. cit.*, pp. 191 et s.

⁴¹ Voy. V.-L. BENABOU, « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse... », *op. cit.*, p. 446 ; M. SITBON, « La paix de Big Brother », in *La Bataille HADOPI*, Cergy-Pontoise, In Libro Veritas, 2009, pp. 129 et s.

d'utilisateurs. La licence globale est susceptible de recouvrir des formes juridiques assez variées⁴². Pour la présenter de façon assez schématique, il s'agit d'établir une licence – légale ou volontaire – permettant aux internautes d'échanger les œuvres sur Internet, moyennant le paiement d'une somme forfaitaire mensuelle, s'ajoutant au prix de l'abonnement d'accès à Internet. Ce modèle se revendique d'une approche pragmatique, entendant pouvoir tirer au profit des artistes une certaine rémunération à partir du phénomène du téléchargement, qu'il est vain d'essayer de prohiber. En voici un exemple, sous forme de schéma⁴³.



La licence globale charrie également son lot de questions. Un tel système, qui est susceptible d'apporter une certaine limitation aux droits des auteurs, est-il compatible avec les conditions

⁴² Voy. la contribution de S. DUSOLLIER et de C. COLLIN dans le présent ouvrage.

⁴³ Source : <http://www.lalliance.org>.

posées par le « test en 3 étapes » (article 9.2 de la Convention de Berne, article 13 du traité ADPIC), qui exige notamment que les exceptions soient limitées à « certains cas spéciaux » et ne « porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »⁴⁴ ? A cet égard, la licence globale ne porterait-elle pas un coup fatal aux plateformes de téléchargement légal ? Et de manière plus générale, ce modèle ne véhicule-t-il pas un dogme du « tout (quasi-)gratuit », peu compatible avec la promotion de la création ?

En Europe et dans le reste du monde, les réponses juridiques apportées ont été très variées et contrastées⁴⁵. En Belgique, l'heure est pour le moment à l'attentisme, aucune réforme de la loi sur le droit d'auteur visant spécifiquement le phénomène du téléchargement n'ayant été entreprise. Plusieurs propositions de lois ont toutefois été récemment déposées, présentant une gamme variée de modèles de réponse. Une première proposition de loi, déposée par le sénateur Monfils⁴⁶, s'inspirait très largement du modèle HADOPI, tandis qu'une seconde, signée par les sénateurs Helings et Piryns⁴⁷, reprenait le principe de la licence globale. Ces deux propositions, déposées sous la précédente législature, sont devenues caduques avant d'avoir pu faire l'objet d'un examen parlementaire plus approfondi. Sous l'actuelle législature, d'autres propositions ont été déposées. Une proposition de loi a été soumise au Sénat par M. Miller, prévoyant l'introduction d'un régime de « réponse graduée »⁴⁸, régime qui a ensuite été supprimé de la proposition par un amendement, au motif qu'un tel régime « paraît inapplicable » et « serait impossible [à] mettre en œuvre [...] sans mettre en cause le respect des droits privés des consommateurs »⁴⁹. Une autre proposition a été introduite par les sénateurs Moraël et Piryns et défend l'introduction d'une licence globale⁵⁰. Une troisième proposition, déposée à la Chambre par Mme Lalieux et consorts, entend se centrer sur la lutte contre les sites, généralement installés hors de l'UE, offrant contre paiement des

⁴⁴ Sur cette question, voy. la contribution de S. DUSOLLIER et C. COLIN.

⁴⁵ Voy. la contribution de V. DELFORGE dans cet ouvrage.

⁴⁶ Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, déposée par M. Philippe MONFILS, Sénat, 4-1748/1, session 2009-2010, 21 avril 2010.

⁴⁷ 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. Benoît HELINGS et Mme Freya PIRYNS, Sénat, 4-1686/1, session 2009-2010, 20 mars 2010.

⁴⁸ Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, déposée par M. Richard MILLER, Sénat, 5-741/1, session 2010-2011, 28 janvier 2011.

⁴⁹ Amendement n° 1, 5-741/2, déposé par M. Richard MILLER François BELLOT, 24 mai 2011.

⁵⁰ 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. Jacky MORAEL et Mme Freya PIRYNS, Sénat, 5-590/1, session 2010-2011, 9 décembre 2010.

téléchargements de musique ou de films, sans être détenteur des autorisations nécessaires⁵¹. Il est ainsi prévu de permettre aux ayants droit d'imposer aux FAI une obligation de bloquer l'accès à de tels sites et d'enjoindre aux organismes de paiement la suppression de la possibilité de payer en ligne. La proposition n'entend pas, par ailleurs, viser les consommateurs qui téléchargeraient à partir de ces sites illégaux.

Comme on le constate, aucun mode de réponse juridique ne s'est encore imposé et les modèles proposés varient très largement selon les pays et les sensibilités politiques. A défaut de consensus et de système ayant véritablement prouvé son efficacité, il apparaît ainsi que la réponse au phénomène du téléchargement ne saurait être uniquement juridique. La révolution technologique qui s'est produite a rendu le modèle économique existant obsolète, ce qui nécessite la définition d'un nouveau modèle.

4. Une solution économique ? Quel modèle économique ?

Il est assez généralement admis que la révolution qu'a constitué le développement d'Internet et des technologies numériques implique une redéfinition du modèle économique de l'exploitation des œuvres. A cet égard, si l'on excepte le modèle de la licence globale, les modes juridiques de réponse au phénomène du téléchargement d'œuvres (actions en contrefaçon, filtrage, protection juridique des mesures techniques de protection, HADOPI) s'attachent essentiellement à préserver le modèle économique existant, fondé sur la vente par l'industrie culturelle d'exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il apparaît toutefois que la situation actuelle impose la redéfinition du modèle économique existant et que la récession des ventes d'œuvres musicales et audiovisuelles, si elle peut être très probablement imputée en partie à l'avènement d'Internet, n'en relève pas moins également de la responsabilité de l'industrie culturelle elle-même. Celle-ci a ainsi été très lente à réagir au phénomène du téléchargement et s'est trouvée en peine à proposer rapidement une offre attractive de téléchargement légal, à même de dissuader le recours à l'échange par P2P⁵². C'est le constat opéré par Ludovic Tournès :

⁵¹ Proposition de loi modifiant l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires lors d'atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, déposée par Mme Karine LALIEUX et consorts, 19 janvier 2011, Ch., DOC 53, 1084/001.

⁵² Voy. S. KNOPPER, *Appetite for Self-Destruction: The Spectacular Crash of the Record Industry in the Digital Age*, Simon & Schuster, 2009, p. 149.

« Echaudées par le chute des start-up de la nouvelle économie, les majors cessent d'investir dans l'Internet. Considérant un site web essentiellement comme une vitrine pour vendre des disques compacts, elles renoncent à mettre au point un système de téléchargement de la musique. C'est dans ce contexte qu'apparaît la pratique massive du *peer to peer* qui va prendre par surprise l'industrie du disque »⁵³.

Le développement de l'offre numérique légale constitue la première piste de réponse économique au téléchargement non autorisé, qu'il s'agira d'analyser (1). Au delà d'un tel développement, c'est probablement tout un modèle économique d'exploitation des œuvres qui est à redéfinir (2).

1. L'amélioration de l'offre de téléchargement légal

Si le téléchargement non autorisé d'œuvres a pu autant se généraliser, c'est notamment parce qu'il s'est développé en l'absence d'offre satisfaisante de plateformes légales d'œuvres sous format numérique. Par exemple, l'I-Tunes Store, le principal site de service d'achat de musique en ligne, n'a été proposé en France qu'au mois de juin 2004. Il a fallu attendre l'année 2009 pour qu'Amazon y développe un magasin de musique en ligne. L'industrie musicale a ainsi été très lente à organiser une offre de musique en ligne de qualité, et sous plusieurs aspects on peut toujours d'interroger sur son caractère pleinement satisfaisant. Les services de musique en ligne ont été développés en commettant une erreur stratégique majeure : l'adjonction aux fichiers musicaux de systèmes techniques de protection (plus connus sous l'acronyme anglais DRM) (a). L'offre d'œuvres en ligne, si elle a connu un développement appréciable, souffre toujours de barrières à la diffusion et à la concurrence, liés à l'absence d'épuisement des droits pour l'offre en ligne (b). On peut, enfin, s'interroger sur l'adéquation de la politique de prix pratiquée (c).

a) Une erreur stratégique: les systèmes techniques de protection

La première réaction de l'industrie du disque face à l'apparition du phénomène du téléchargement a été de persévérer dans l'exploitation exclusive du format CD, qu'il s'agisse de préserver de toute possibilité de diffusion non autorisée sur Internet en y apposant des DRMs sensés limiter les possibilités de reproductions numériques. Cette stratégie s'est

⁵³ L. TOURNES, *Musique ! Du phonographe au MP3*, Paris, Editions Autrement, 2011, p. 146.

révélee non seulement totalement inefficace pour enrayer l'échange d'œuvres sur les réseaux mais elle a également symbolisé l'attitude de suspicion montrée par les majors à l'égard de leurs consommateurs. Les DRMs ont eu pour principal effet de contrarier les acquéreurs légitimes de CDs, qui étaient empêchés de procéder à une copie privée ou même se voyaient dans l'incapacité de lire l'œuvre acquise sur certains appareils. Seuls quelques labels indépendants se sont abstenus d'installer des DRMs sur leurs CDs, en revendiquant ce choix comme une marque de confiance envers le consommateur⁵⁴.

La même erreur a été commise lors du lancement des offres de vente en ligne de fichiers musicaux⁵⁵. Ceux-ci ont été dotés de DRMs limitant les possibilités de reproduction sur un autre support et restreignant la portabilité vers d'autres appareils, ces restrictions reflétant les conditions d'utilisation établies dans les licences. Cette pratique trouvait sa traduction juridique dans la directive européenne de 2001 qui établissait, d'une part, une protection juridique étendue des systèmes techniques de protection⁵⁶ et, d'autre part, garantissait la prévalence absolue de ces systèmes techniques sur les exceptions au droit d'auteur (dont la copie privée) lorsque l'œuvre est offerte en ligne à la demande, selon des dispositions contractuelles⁵⁷. Cette exclusion des exceptions pour l'offre d'œuvres en ligne répondait directement au souci exprimé par l'industrie musicale pour le développement de l'exploitation des œuvres sur les réseaux⁵⁸. La présence de DRMs restreignant les possibilités d'utilisation des fichiers musicaux achetés légalement manifestaient la même défiance envers le

⁵⁴ Voy par exemple le manifeste du label allemand !K7, lançant la campagne "NO copy protection" logo - A call for a respectful attitude towards music »:

« You can do all sorts of things with music. You can listen to it once, twice, or as many times as you like. You can do it by yourself or with friends. You can give your favorite music as a present. Perhaps you'll be given music as a present yourself. Music you've never heard of and wouldn't otherwise have come across. You can talk about music during the day in the record shop and at home or at clubs in the evenings. Music is culture. And culture is life. That's why, from now on, !K7 releases will carry a new logo: "NO copy protection - respect the music". This makes it clear that you've bought a CD and you can use it however you want. It's also clear, therefore, that good music has a prerogative - it has a right to be treated with respect.

"NO copy protection" is an indication that there is a reciprocal loyalty between the buyer and the label. The old song about mutual give and take has been given a new verse: Copy protection kills customer relationships. "NO copy protection" adds a new chorus. For only those to whom respect is given show respect themselves. Music is valuable. Those who love it, treat it accordingly: Trust is good. Nothing is better ».

⁵⁵ Voy. P. WIKSTRÖM, *The Music Industry*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 102.

⁵⁶ Article 6 de la directive.

⁵⁷ Article 6 § 4 de la directive.

⁵⁸ Voir le considérant 53 de la directive : « La protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des oeuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. »

consommateur, quand bien même celui-ci optait pour l'acquisition de musique sur une plateforme légale. Elle avait également pour résultat paradoxal d'essayer de concurrencer la pratique du téléchargement illégal en offrant des fichiers certes d'une meilleure qualité sonore mais affublés de restrictions d'utilisation dont étaient dépourvus les fichiers provenant de sources non autorisées. Le produit proposé manquait donc d'attractivité et, comme ce fut le cas pour les CDs, les DRMS furent finalement progressivement abandonnés par l'ensemble des plateformes légales, I-Tunes ne les supprimant totalement qu'en avril 2009⁵⁹.

Depuis la fin des années 90, la stratégie des majors de l'industrie du disque a été très largement fondée sur le développement des DRMs, supposés apporter la réponse à la question du piratage de la musique et des films sur Internet. Cette stratégie s'est révélée totalement inefficace mais elle a également contribué à détériorer l'image de marque de l'industrie culturelle auprès des consommateurs.

2. La persistance de barrières à la diffusion: l'absence d'épuisement des droits pour l'offre en ligne

L'accès à l'offre d'œuvres en ligne se trouve limité, surtout dans les plus petits pays, par le fait que la mise à disposition d'œuvres sur les plateformes de téléchargement se fait par la mise en œuvre du droit de communication publique, qui peut être soumis à des restrictions territoriales, et non par application du droit de distribution, auquel s'applique le principe de l'épuisement des droits, excluant de telles restrictions au sein de l'Union européenne.

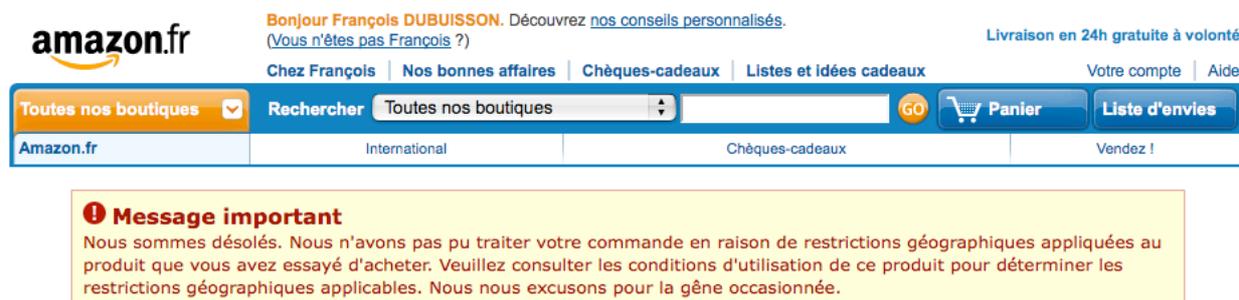
L'offre d'œuvres en ligne par téléchargement ressortit, au regard du droit européen, au « droit de mise à disposition du public », comme l'explique le considérant 25 de la directive droit d'auteur dans la société de l'information :

« [L]es titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmissions interactives à la demande. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

⁵⁹ Voy. L. TOURNES, *op. cit.*, p. 151.

Cela signifie que le droit de distribution n'est pas applicable à l'hypothèse de transmissions interactives à la demande, dans la mesure où ce droit n'est conçu par la directive de 2001 que comme ne visant que « la distribution d'une oeuvre incorporée à un bien matériel »⁶⁰. Le droit de distribution reconnu aux ayants droit par la directive, défini comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs oeuvres ou de copies de celles-ci »⁶¹, ne concerne donc que les copies matérielles.

Seul le droit de distribution est limité par le principe de l'épuisement, qui implique qu'une fois mise en circulation sur le territoire de l'un des pays de l'UE, les copies de l'oeuvre sont soumises au principe de libre circulation des marchandises⁶². Ceci implique que la diffusion d'oeuvres en ligne puisse être soumise par les ayants droit à des restrictions territoriales, et ce notamment sur les principales plateformes de téléchargement comme Amazon ou I-Tunes, (voir illustrations ci-dessous).

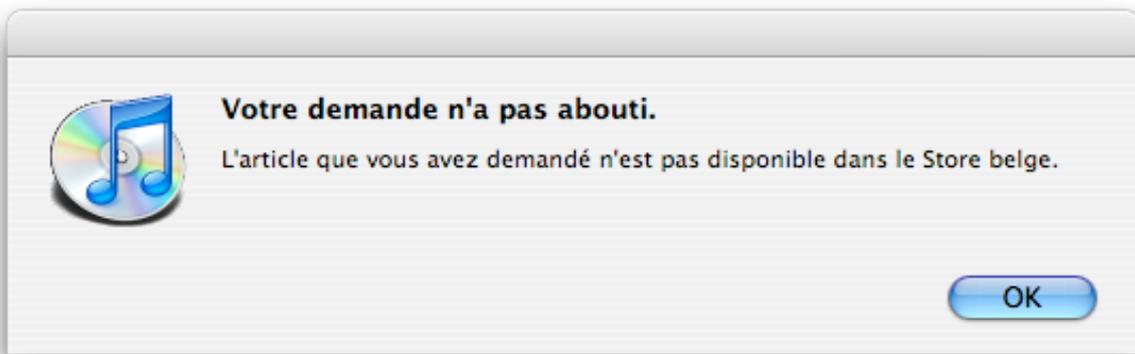


The screenshot shows the top navigation bar of Amazon.fr. It includes the Amazon logo, a personalized greeting for François DUBUISSON, and a 24-hour delivery promise. The navigation menu contains links for 'Chez François', 'Nos bonnes affaires', 'Chèques-cadeaux', 'Listes et Idées cadeaux', 'Votre compte', and 'Aide'. Below the navigation bar is a search bar with the text 'Toutes nos boutiques' and a 'GO' button. To the right are buttons for 'Panier' and 'Liste d'envies'. A yellow message box with a red exclamation mark icon contains the following text: 'Message important: Nous sommes désolés. Nous n'avons pas pu traiter votre commande en raison de restrictions géographiques appliquées au produit que vous avez essayé d'acheter. Veuillez consulter les conditions d'utilisation de ce produit pour déterminer les restrictions géographiques applicables. Nous nous excusons pour la gêne occasionnée.'

⁶⁰ Considérant 28 de la directive.

⁶¹ Article 4 § 1^{er} de la directive.

⁶² Article 4 § 2 de la directive.



La diffusion d'œuvres par Internet, réseau présenté comme « global », produit ainsi ce curieux paradoxe de réinstaurer des frontières au sein de l'UE là où celles-ci ont été abolies pour la commercialisation des œuvres fixées sur un support matériel. Très rapidement pourrait donc se poser la question de l'extension du principe de l'épuisement des droits à la mise à disposition d'exemplaires numériques, mode de diffusion appelé probablement à se substituer progressivement à la distribution de copies matérielles (CDs, DVDs,...). Dans une résolution du 22 septembre 2010, le Parlement européen reconnaît d'ailleurs que « l'absence d'un véritable marché intérieur européen du numérique constitue un obstacle important au développement d'une offre légale en ligne »⁶³.

3. Une politique de prix adéquate ?

Un dernier aspect important dans l'appréciation du caractère satisfaisant de l'offre légale en ligne concerne la politique des prix. S'agissant de convaincre les utilisateurs de préférer une offre légale au téléchargement non autorisé gratuit, il est essentiel que le prix proposé soit attractif et cohérent. Or en la matière, l'arbitraire et l'illogisme sont monnaie courante. A titre de référence, il est pertinent d'analyser le cas du leader du marché, I-Tunes. La politique de prix mise en œuvre initialement consistait à pratiquer un prix unique de 0,99 € par titre, quelle que soit la durée du morceau (de quelques secondes à 9 minutes 59 secondes) et quelle que soit l'année de production (du back catalogue aux dernières nouveautés). Plus récemment, une différenciation de prix a été instaurée avec l'introduction de trois tarifs : 0,69 €, 0,99 € et 1,29 €. Très rapidement, cette politique a eu pour effet une hausse moyenne des prix, le prix

⁶³ Résolution du Parlement européen du 22 septembre 2010 sur l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur, T7-0340/2010.

le plus bas se rencontrant de manière extrêmement rare et le prix supérieur ayant tendance à s'appliquer de manière de plus en plus large, pour viser tant les nouveautés que des titres très anciens, sans que l'on comprenne le plus souvent ce qui justifie un prix plutôt que l'autre⁶⁴. On constate également avec un certain étonnement que très fréquemment l'achat d'un album en téléchargement revient substantiellement plus cher que son acquisition sous format CD, pour une édition identique. Ci-dessous, l'exemple de l'album *London Calling* de The Clash, coûtant près de 50 % plus cher en téléchargement sur I-Tunes qu'en format CD (sur Amazon).



Au regard de ces différents éléments, on peut s'interroger sur la capacité et la volonté des offres de téléchargement légal de véritablement enrayer le phénomène du téléchargement non autorisé. Ceci pose la question plus générale de la redéfinition du modèle économique d'exploitation des œuvres sur Internet.

B) Une redéfinition du modèle économique d'exploitation des œuvres sur Internet ?

Les initiatives prises par l'industrie culturelle et les ayants droit se sont principalement tournées vers la préservation du modèle existant d'exploitation des œuvres. De nombreux observateurs du secteur estiment toutefois que ce modèle est devenu largement obsolète et que seule une profonde redéfinition sera de nature à permettre de répondre au défi posé par le développement des réseaux numériques⁶⁵. Les paramètres de cette redéfinition demeurent toutefois encore difficiles à établir avec précision.

⁶⁴ Certains titres identiques se rencontrent d'ailleurs sous deux prix différents, selon l'album qui en est la source.

⁶⁵ Voy. L. TOURNES, *op. cit.*, pp. 148 et s. ; D. KUSEK and G. LEONHARD, *op. cit.*, p. 107 et s. ; P.-J. BENGHOZI et Th. PARIS, « L'industrie de la musique à l'âge d'internet. Nouveaux enjeux, nouveaux modèles, nouvelles

Il faut tout d'abord constater que le marché de l'offre en ligne est en plein bouleversement. On y rencontre différents modèles dont il est difficile de prédire ceux qui vont s'imposer durablement : vente à l'unité (titre/album) (I-Tunes, Amazon, Fnac,...), vente par abonnement mensuel (e-Music), sites offrant l'accès aux morceaux de musique en streaming, par abonnement gratuit ou payant (Deezer, Spotify,...)⁶⁶. Les modes de « consommation » de la musique se diversifient également : lecteur CD, lecteur MP3, ordinateur, téléphone, streaming, stockage dans un « cloud », ... Le support se fait de plus en plus volatile et la musique de plus en plus « portable », ce qui implique que l'écoute de musique se fondera de moins en moins sur la possession et davantage sur l'accès⁶⁷.

L'exploitation de musique sur Internet implique une tendance à la diversification des sources de revenus. A côté du produit de la « vente » de morceaux ou d'albums en téléchargement, on trouve les recettes publicitaires, celles du merchandising, ou encore la vente de tickets de concerts⁶⁸. Il est ainsi soutenu que les revenus devront provenir à l'avenir davantage de « valeurs » créées *autour* de la musique que de la vente de la musique elle-même.

On constate également une diversification des acteurs et des partenariats dans le domaine de l'exploitation des œuvres sur les réseaux : opérateurs télécoms, opérateurs mobiles, hébergeurs de sites, fournisseurs d'accès, moteurs de recherche...⁶⁹ Certains intervenants, comme les fournisseurs d'accès, tirent toutefois profit de la diffusion d'œuvres sur Internet sans pour autant rétrocéder une quelconque part de leurs revenus aux ayants droit.

La mutation du marché de la musique, entamée depuis le début des années 2000, est loin d'être achevée. Comme l'analyse L. Tournés, « tout est à repenser » :

« la fabrication des supports (doit-on continuer à fabriquer des disques ?), la distribution (à quoi servent les magasins de disques ?), la politique commerciale (faut-il continuer à mettre en place de grandes campagnes de promotion dans les médias traditionnels ?), la

stratégies », *Gestion 2000*, mars-avril, pp.41-60 ; S. KNOPPER, *op. cit.*, pp. 229 et s. ; P. WIKSTRÖM, *op. cit.*, pp. 170 et s.

⁶⁶ Voy. P. WIKSTRÖM, *op. cit.*, pp. 101 et s.

⁶⁷ Voy. D. KUSEK and G. LEONHARD, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ Voy. D. KUSEK and G. LEONHARD, *op. cit.*, p. 114 et s.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 153.

découverte des artistes (Myspace est-il un vivier de talents ?), leur promotion (un label doit-il se faire également organisateur de spectacles), etc ⁷⁰».

La situation actuelle n'est ainsi très probablement que transitoire et le nouveau modèle économique reste encore à définir.

Conclusion : quel avenir pour le droit d'auteur ?

La révolution numérique a entraîné un bouleversement du marché des produits culturels en général et de la musique en particulier, comme il a produit une modification radicale des habitudes d'utilisation et des modes de diffusion des œuvres protégées. Cette situation a provoqué une mise en cause sans précédent du système de droit d'auteur, qui est désormais devenu l'enjeu de vifs débats entre industrie culturelle, artistes, intermédiaires des réseaux numériques, internautes. Le système mis en place pour l'exploitation d'œuvres sur les réseaux par la directive européenne de 2001, extrêmement complexe et largement favorable aux industries culturelles, s'est montré totalement inefficace et a produit un divorce évident avec les utilisateurs. L'équilibre proclamé entre droits des auteurs et intérêts des utilisateurs s'est rompu⁷¹ et le fossé n'a fait que s'accroître avec l'adoption de régimes du type HADOPI, axé principalement sur la répression, même si celle-ci s'avère graduée. A l'heure où la loi HADOPI est remise en cause dans le cadre de la campagne présidentielle française⁷², où est adopté l'ACTA⁷³, nouveau traité anti-contrefaçon très controversé⁷⁴, se pose plus que jamais la question de la redéfinition d'un modèle de droit d'auteur qui soit à même de réconcilier les auteurs et les utilisateurs, la théorie et la pratique, la protection des droits et la liberté de

⁷⁰ *Ibidem*, p. 154.

⁷¹ Voy. Fr. DUBUISSON, « Le régime des exceptions au droit d'auteur après la loi du 22 mai 2005 : la réalisation d'un "juste équilibre" ? », in C. DOUTRELEPONT et F. DUBUISSON (sous la direction de), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 91 et s.

⁷² Voy. « Hollande propose de remplacer la loi Hadopi par une forme de licence globale », *Le Monde.fr*, 26 janvier 2012.

⁷³ Accord commercial anti-contrefaçon entre l'Union européenne et ses États membres, l'Australie, le Canada, la République de Corée, les États Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume du Maroc, les États-Unis mexicains, la Nouvelle Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse, 23 août 2011, Conseil de l'UE, 12196/11.

⁷⁴ Voy. D. KORFF et I. BROWN, « Opinion on the compatibility of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) with the European Convention on Human Rights & the EU Charter of Fundamental Rights », octobre 2011 ; Commission services comments on the opinion of European Academics on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement , 26 avril 2011, <http://ec.europa.eu/trade/tackling-unfair-trade/acta/> ; Opinion of European Academics on Anti-Counterfeiting Trade Agreement, janvier 2011, <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-1-2011/2965>.

communication. Cette exigence d'obtenir l'adhésion des citoyens dans toute réforme du régime des droits d'auteur a été soulignée par le Parlement européen dans sa résolution du 22 septembre 2010 sur l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur :

« considérant que les efforts déployés en vue de lutter contre la violation des droits d'auteur doivent bénéficier d'un soutien public afin de ne pas prendre le risque de compromettre le soutien aux droits de propriété intellectuelle parmi les citoyens »⁷⁵.

Toute redéfinition ne pourra non plus se réaliser sans une réflexion plus globale portant sur la conception du modèle économique de l'exploitation des œuvres sur Internet. Le droit d'auteur de demain reste certainement à écrire.

⁷⁵ Résolution précitée.